

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

**LA OMISIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA DEL
DELITO Y LAS CLASES DE OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO DECRETO 17-73**

WENDY ELIZABETH CARIAS MEDINA

GUATEMALA, JUNIO 2010

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

**LA OMISIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA DEL
DELITO Y LAS CLASES DE OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO DECRETO 17-73**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

WENDY ELIZABETH CARIAS MEDINA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2010

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

DECANO:	Lic.	Bonerge Amílcar Mejía Orellana.
VOCAL I:	Lic.	César Landelino Franco López.
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bónilla.
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz.
VOCAL IV:	Br.	Mario Estuardo León Alegría.
VOCAL V:	Br.	Luis Gustavo Ciriaiz Estrada.
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda.	Ileana Nohemí Villatoro Fernández de Sandoval.
Vocal:	Lic.	Luis Alberto Zeceña López.
Secretario:	Lic.	Jaime Noel Ruiz Pinto.

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Carlos Humberto Mancio Betancourt.
Vocal:	Lic.	Vladimiro Gilielmo Rivera Montealegre.
Secretario:	Lic.	Erick Gustavo Santiago de León.

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).

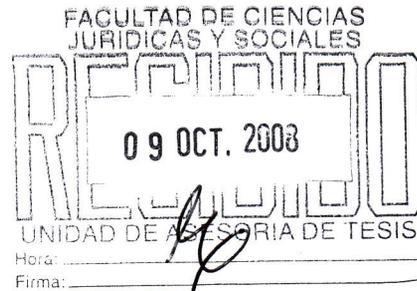


Lic. Milton Guillermo Miranda Ramírez
Abogado y Notario
Colegiado No. 5129



Guatemala, 09 de octubre de 2008

LICENCIADO
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento a la resolución emitida por la unidad de tesis, el 23 de julio del año 2002, por medio de la cual se me nombró como asesor de Tesis, de la Bachiller, Wendy Elizabeth Carias Medina, procedí a revisar el trabajo de tesis intitulado **“LA OMISIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA DEL DELITO Y LAS CLASES DE OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO DECRETO 17-73”**.

En el trabajo de tesis la Bachiller Carias Medina, realizó un estudio diligente acerca del tema, el cual pese a que es básico para la comprensión del Derecho Penal, no ha sido discutido de la manera que merece en nuestro país, en efecto quien hoy trabaja el tema lo hace realizando propuestas y recomendaciones interesantes haciendo un análisis respecto a la legislación sustantiva vigente y su aplicación, comparando también con el punto de vista de lo que al respecto establecen tratadistas internacionales, que enriquecen la doctrina penal, por lo que el aporte que genera el trabajo es digno de encomio.

En virtud de lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en relación al mismo me permito opinar:

- Estimo que el contenido científico y técnico de la presente tesis, pretende destacar la importancia la omisión en la Teoría del Delito, contribuyendo al enriquecimiento conceptual y jurídico de nuestra Facultad.
- La metodología utilizada para realizar la investigación es la correcta, ya que empleo el método inductivo, deductivo, así como el comparativo, dialéctico y analítico, cumpliendo con los pasos científicos necesarios.
- Las técnicas de investigación utilizadas son, la bibliográfica y de fichas.

Av. Reforma 2-18, Z. 9, Ed. Cortijo Reforma, Planta Alta, of. 4 Telefono 23348373



Lic. Milton Guillermo Miranda Ramírez
Abogado y Notario
Colegiado No. 5129



- Es oportuno destacar el aporte científico del presente trabajo de tesis de grado, ya que es notorio, en virtud de que se enfoca en la importancia de la omisión, como elemento fundamental de la teoría del delito y las clases de omisión en el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73.
- La redacción se encuentra adecuada, expresiva y ajustada a terminología legal.
- Las recomendaciones y conclusiones son congruentes con el trabajo realizado.
- Considero como completa y suficiente la bibliografía consultada.

En definitiva, el contenido del trabajo cumple con los requerimientos científicos y técnicos, de conformidad con la normativa respectiva, por lo anteriormente expuesto me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando en su totalidad el trabajo de investigación, estimando que no hay más consideraciones pertinentes.

Atentamente,

Lic. Milton Guillermo Miranda Ramírez
Abogado y Notario
Colegiado No. 5129

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de marzo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HUGO ROBERTO JAUREGUI, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante WENDY ELIZABETH CARIAS MEDINA, Intitulado: "LA OMISIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA DEL DELITO Y LAS CLASES DE OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO DECRETO 17-73".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, 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, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh

Licenciado Hugo Roberto Jáuregui
Abogado y Notario
Colegiado 4,535



Guatemala, 06 de mayo de 2009

CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO



Respetable Licenciado Castro Monroy:

Por nombramiento emanado de esa unidad de tesis según providencia de fecha 23 de marzo del año 2009, se me nombró para revisar el trabajo de tesis de la estudiante Wendy Elizabeth Carias Medina, intitulado "LA OMISIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA DEL DELITO Y LAS CLASES DE OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO DECRETO 17-73".

De conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, luego de revisar cuidadosamente el trabajo de tesis sometido a mi consideración, procedo a dar mi dictamen de la siguiente manera:

- 1. Es oportuno mencionar el aporte del contenido científico y técnico del presente trabajo ya que resuelve de manera sencilla, al estudiante de derecho, el concepto de omisión, y aporta al estudiante un conocimiento teórico de la Teoría del Delito y la interpretación de los elementos característicos del delito.*
- 2. Los métodos de investigación necesarios para obtener la información más actualizada sobre el tema, fueron el método inductivo, deductivo, comparativo, dialéctico y analítico.*

Licenciado Hugo Roberto Jáuregui

Abogado y Notario

Colegiado 4,535



3. Las técnicas de investigación utilizadas son, la bibliográfica y la de fichas, ya que la presente se desarrollo con el apoyo de material bibliográfico, y documental, utilizando leyes, textos, documentos, así como diccionarios jurídicos.
4. En cuanto a la contribución científica del presente trabajo es de verdadera importancia ya que se brinda un conocimiento teórico de la Teoría del Delito y la interpretación de los elementos característicos del delito, especialmente a lo relativo a la omisión.
5. La redacción se encuentra adecuada, con léxico jurídico y con terminología legal.
6. Las conclusiones y recomendaciones son correctas y tienen el enfoque apropiado.
7. Finalmente considero que la bibliografía consultada es suficiente y completa.

Al presente trabajo se le hicieron las correcciones oportunas, las cuales fueron atendidas por la estudiante y en consecuencia **DICTAMINO FAVORABLEMENTE**, en virtud que se satisfacen los requerimientos establecidos.

Sin otro particular me es grato suscribirme,

Atentamente,



Licenciado Hugo Roberto Jáuregui

Abogado y Notario

Colegiado 4,535

Hugo Roberto Jáuregui

ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



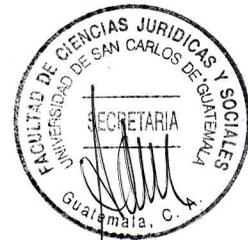
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de abril del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante WENDY ELIZABETH CARIAS MEDINA, Titulado LA OMISIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA TEORÍA DEL DELITO Y LAS CLASES DE OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO DECRETO 17-73. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.





DEDICATORIA

A DIOS:

El agradecimiento que hay en mi corazón para Él, es interminable, gracias Señor, por todos los privilegios que me has dado y por todos los propósitos que tienes para mí.

A MIS PADRES:

Alvaro de Jesús y Gladys Elizabeth, por su amor, educación y apoyo, que fueron la base para lograr llegar a esta meta tan anhelada, los quiero mucho.

A MI ESPOSO:

Fredy Cabrera, por compartir la vida contigo, y por el gran regalo de tenerte como esposo, te amo.

A MIS HIJOS:

Wendy Michelle, José Guillermo y José Alfredo, con todo mi amor, que Dios les permita alcanzar todos sus propósitos y que puedan llegar a cosechar muchos más éxitos que los nuestros, los amo.

A MIS HERMANOS:

Alvaro Ernesto y Ana María, que Dios los bendiga y les permita alcanzar todas sus metas.

A MIS SUEGROS:

Yolanda y Walter, con respeto y cariño.

A MIS CUÑADOS:

Jorge, Karla, Antonio, Gaby, María Mercedes y Alejandro, con mucho aprecio.

A MIS SOBRINOS:

Maria Alejandra, Mariana Elizabeth, Alvaro Adrián, Jorge, Ximena y Piter Samuel, por quienes siento un cariño muy especial.

A MIS TIAS Y TIOS:

Con mucho cariño, en especial a Rolando Carias Palacios.

A MIS AMIGOS:

A todos, por cada momento compartido en especial a Ligia y a Julio Aldana mis amigos de pacto; Nelly Baten, porque Dios nos ha dado la bendición de ser amigas desde hace muchos años.

A LOS LICENCIADOS:

Rafael Godinez, por todas sus enseñanzas; Valeska y Erick Santiago, a Milton Miranda, Hugo Jáuregui, por su gran apoyo muchas gracias.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Jornada Matutina, por formarme como una profesional del derecho.



ÍNDICE



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

CAPÍTULO I

1. Teoría del delito.....	1
1.1. Evolución de la teoría del delito.....	2
1.2. El concepto de delito.....	15
1.3. Criterios para definir al delito.....	18
1.4. Estructura del delito.....	20
1.5. Clasificación de los delitos.....	23
1.6. Elementos característicos del delito.....	25

CAPÍTULO II

2. Teoría de la acción.....	27
2.1. El comportamiento humano como base de la teoría del delito.....	27
2.1.1 Formas del comportamiento humano penalmente relevantes.....	28
2.2. Concepto de la acción.....	28
2.2.1. Manifestaciones de la acción.....	31
2.2.2 La polémica sobre el concepto de acción.....	32
2.2.3. Sujeto de la acción: actuación en nombre de otro.....	33
2.3. Acción y resultado.....	35
2.4. Relación de causalidad e imputación del resultado.....	36



2.5. Teoría de la imputación objetiva.....

CAPÍTULO III

3. Tipicidad.....	39
3.1. Definición.....	39
3.2. Fuente de la tipicidad.....	42
3.3. Función de la tipicidad.....	44
3.4. Ausencia de tipo y de tipicidad.....	45
3.5. Causas de atipicidad.....	46
3.6. El dolo.....	47
3.6.1. Elementos del dolo.....	47
3.6.2. Clases de dolo.....	48
3.7. Antijuricidad.....	50
3.8. La culpabilidad y sus elementos.....	53
3.9. La imputabilidad.....	55

CAPÍTULO IV

4. La omisión, concepto.....	59
4.1. Distinción entre comisión y omisión.....	63
4.2. La acción esperada.....	65
4.3. Clases de omisión penalmente relevantes.....	68
4.4. Delitos propios de omisión dolosos.....	70



4.5. Los delitos propios de omisión imprudentes.....

CAPÍTULO V

5. La omisión como elemento fundamental de la Teoría del Delito.....	81
5.1. Clases de omisión reguladas en el Código Penal decreto 17-73.....	82
5.2. Omisiones en los códigos iberoamericanos.....	87
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

Este trabajo es un estudio para determinar si la omisión es o no, un elemento fundamental en la teoría del delito y determinar las clases de omisiones reguladas en el Código Penal Guatemalteco, Decreto 17-73.

El presente trabajo tiene como objetivo, destacar la importancia de un estudio profundo relativo al concepto de la omisión, resolver de manera sencilla al estudiante de derecho el concepto de omisión, aportar al estudiante de derecho un conocimiento teórico de la teoría del delito y la interpretación de los elementos característicos del delito, resolver al estudiante de derecho las dudas que sobre el elemento esencial del delito pudiere tener, crear en el estudiante de derecho una responsabilidad de estudio sobre este elemento tan esencial.

La hipótesis planteada fue: establecer que la omisión es un elemento fundamental en la teoría del delito, ya que en el derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos.

Es por esta razón que el contenido capítular del presente trabajo se encuentra desarrollado en cinco capítulos que se dividen de la siguiente manera: el primero comprende lo relativo a la teoría del delito, la evolución de la teoría del delito, el concepto de delito, los criterios para definir al delito, la estructura del delito, la clasificación de los delitos, y los elementos característicos del delito; en el segundo, se



CAPÍTULO I

1. Teoría del delito

Para poder tener una definición propia de la teoría general del delito, se debe hacer un análisis de la estructura del delito y de los elementos que lo conforman, pues esto es precisamente lo que está contenido dentro de la teoría general del delito, todas las características y elementos que son comunes a todos delitos.

Francisco Muñoz Conde, señala: "La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de carácter público."¹

Jáuregui lo define: "como parte de la ciencia penal que se ocupa de explicar qué es el ilícito para tales fines, es decir, tiene la misión de señalar cuales son las características o elementos esenciales de cualquier delito."²

Ampliando el concepto anterior, Jáuregui señala que: "la teoría general del delito "es una construcción dogmática que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto, razón suficiente por la que no se puede limitar a definirla como una conducta dañosa que afecta intereses de terceros, o que vulnera los

¹ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho Penal, Parte General**. Pág. 211.

² Jáuregui, Hugo Roberto. **Apuntes de la Teoría del delito**. Pág. 1.



derechos de sus semejantes, o peligrosa para la convivencia social etc., como tantas propuestas que suelen hacerse para significar un hecho o conducta humana contrario a las costumbres ciudadanas dentro del sistema axiológico socialmente preestablecido por la sociedad dentro de la comunidad”.³

Es decir, Jáuregui señala que: “la teoría del delito constituye pues, una metodología o un sistema metodológico que permite al penalista, independientemente de la función que ejerza en el sistema de justicia penal, ya sea como un juez de paz, de instancia o de sentencia, fiscal, defensor, docente o estudiante universitario de ciencias jurídicas y sociales, determinar con criterio técnico y científico si en un determinado hecho se cometió o no delito.”⁴

Zaffaroni indica que: “se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir cuáles son las características que debe tener cualquier delito.”⁵

1.1. Evolución de la teoría del delito

Ya a finales del siglo XIX, Von Liszt, en su tratado de derecho penal, traducido al español por Quintiliano Saldaña y Luis Jiménez de Asúa, Madrid 1919, definía el delito como: “acto, contrario a derecho, culpable y sancionado con una pena”⁶. El centro de

³ Jáuregui, Hugo Roberto. *Ob.Cit.* Pág 1

⁴ *Ibid.*

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General.* Pág.317.

⁶ Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal,* Pág.59



esta definición lo constituía el acto, la acción entendida como un proceso causal, como un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos. Este acto debía ser, además, contrario a derecho, es decir, antijurídico, concibiendo, pues, la antijuricidad como una simple valoración del acto, del proceso causal objetivo externo.

Con ello, aceptaba el concepto de antijuricidad objetiva desarrollado por Ilierino quien, superando la confusión reinante en esta materia en el ámbito del derecho civil, había destacado que también la lesión objetiva de las normas jurídicas produce consecuencias jurídicas. Pero naturalmente, no bastaba en Derecho Penal con la valoración del acto, por lo que a ella añadió Von Liszt, la valoración del autor de ese acto, es decir, la culpabilidad, concebida en un sentido meramente psicológico, como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad, el dolo y la culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad.

Estas tres características: acción, antijuricidad y culpabilidad, formaban la esencia del concepto de delito, aunque a veces era necesario, además, añadir algunas características que condicionaban todavía el castigo, pero que no tenían nada que ver con el acto mismo ni con sus elementos, y que debían considerarse separadamente, las llamadas condiciones objetivas de penalidad, excusas absolutorias, etc.

El esquema que se acaba de describir se distinguía por su sencillez y claridad: la valoración del acto, concebido de un modo causal-objetivo, constituía la antijuricidad:



la valoración del autor y de los componentes subjetivos del delito pertenecía a la culpabilidad. Faltaba todavía, sin embargo, un elemento que diese consistencia a esas valoraciones y las vinculase a la norma jurídico-penal positiva: La acción, de cuya valoración se trataba, debía, por imperativo del principio de legalidad, encajar en la descripción contenida en las normas penales, el descubrimiento de esta tercera característica, meramente formal, pero importantísima, en la teoría del delito se denomina a la adecuación de una acción a la descripción contenida en la norma penal, tipicidad.

La tipicidad no tenía ningún significado valorativo, era simplemente la descripción del suceso objetivo externo en la norma penal; la subsunción en ella no significaba todavía nada, pero era el punto de referencia de las sucesivas valoraciones y se convertía así en una característica conceptual del delito, en esta consideración del delito como acción típica, antijurídica y culpable, amenazada con una pena, se agotaban todas las posibilidades de análisis del hecho punible y se daban las bases para una discusión y evolución que todavía está vigente.

Muñoz Conde, Francisco, en su libro Derecho Penal, parte general indica que: "La primera quiebra de este sistema comienza a aparecer en su propia base, en el concepto de acción. Pronto se demostró que el concepto causal de acción era incapaz de sostener todo el edificio de la teoría del delito. Ya en 1904, el filósofo del derecho y penalista, demostró la imposibilidad de reducir los conceptos de acción y omisión a un denominador común al no haber en la omisión movimiento corporal alguno y ser, por esencia, la negación de una acción. Por ello, propuso que el concepto de acción se

sustituyera por el más concreto de realización del tipo, e igualmente, el sistema fallaba en los delitos de mera actividad, porque también en ellos faltaba el movimiento corporal. Así, por ejemplo, la esencia de las injurias verbales no radica, intentando salvar un poco el concepto causal de acción, en la invasión de las cuerdas bucales, sino en el significado social que se les atribuye.”⁷

Al mismo tiempo, empezó a mostrarse también la quiebra de la tajante separación entre antijuridicidad y culpabilidad, según el binomio objetivo-subjetivo y ello porque en algunos delitos, como el hurto o la injuria, era imposible calificar la acción como antijurídica si no se recurría desde el primer momento a determinados elementos subjetivos: el ánimo de apropiarse de la cosa mueble en el hurto, el animus injuriandi en la injuria, etc. Muñoz Conde, en su tratado de derecho penal anota que: “el descubrimiento de este dato fue en el ámbito del derecho civil y posteriormente fue trasladado al derecho penal, siendo Mayer y Mezger el que mejor ha desarrollado y analizado sus consecuencias en su Tratado de Derecho Penal, constituyendo el punto de partida de la elaboración dogmática de la teoría del delito en España y Latinoamérica.”⁸ A partir de ese momento ya no se podrá decir que todo lo objetivo pertenece a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

La confusión que este hecho pudo originar entre las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad fue anulada en cierto modo por el descubrimiento de una teoría normativa de la culpabilidad que ya no veía la esencia de esa categoría en una mera relación

⁷Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*. Pág. 217.

⁸ *Ibid.*



psicológica entre el hecho y su autor, sino en el reproche que a éste se le hacía por no haber actuado de otro modo, pudiendo hacerlo, sólo así podía explicarse satisfactoriamente por qué quedaba impune el autor de un hecho antijurídico que había actuado dolosa o culposamente cuando se encontraba en una situación extrema de motivación anormal o de necesidad.

Igualmente se acentuaron los aspectos normativos de la antijuridicidad con el concepto de antijuridicidad material como lesión de bienes jurídicos y con la idea de la ponderación de bienes, que tuvo su reflejo en la creación de una causa supralegal de justificación en el caso de conflictos entre bienes jurídicos de igual valor.

Por otro lado, la distinción entre tipicidad y antijuridicidad se relativizó también con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, es decir, de aquellos elementos que requerían de una valoración, como, por ejemplo, los términos funcionario, documento público, ajenidad, etc. Muñoz Conde indica que: de aquí a considerar que la relación entre tipo y antijuridicidad era mas estrecha de lo que se había mantenido hasta ese momento sólo había un paso, paso que fue dado por M.E. Mayer al considerar que la tipicidad era un indicio de la antijuridicidad, y que fue llevado a sus últimas consecuencias por Mezger, para quien el tipo era el fundamento. La ratio essendi, de la antijuridicidad.⁹

Este proceso de transformación que sufre el originario sistema clásico se caracteriza por el intento de referir a valores las categorías de la teoría general del delito,

⁹ Ibid. Pág. 217.



mostrando así la influencia manifiesta de la filosofía neokantiana, que en esta época tuvo su máximo esplendor y reflejo entre los penalistas alemanes, y por el afán de sustituir el formalismo positivista por un positivismo teleológico referido a valores (sistema neoclásico de la teoría del delito).

Estas aspiraciones no pudieron realizarse completamente, pero sus observaciones críticas abrieron la puerta a una nueva y más importante transformación sistemática: la teoría final de la acción.

El origen de esta teoría se encuentra, en la Psicología del pensamiento, su punto de partida era la vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas, es decir, a las estructuras del ser tal como éste aparece en la realidad. De acuerdo con este punto de partida se asigna a la ciencia del Derecho penal la misión de elaborar un sistema partiendo de dichas estructuras. La ciencia del derecho penal tiene que partir siempre del tipo, pero debe luego de ir más allá y descender al ámbito de lo ontológico, de lo previamente dado. Este ámbito ontológico que sirve de base a la ciencia del derecho penal no puede ser otro que el concepto de acción; pero este concepto de acción no es ya, como pretendieron los partidarios del sistema tradicional, un concepto causal, sino final. La acción, ontológicamente considerada es, según Welzel, el ejercicio de actividad final; la finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta y tener fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan a la consecución de estos fines.



Muñoz conde señala que: "más recientemente ha surgido también en Alemania un planteamiento funcionalista de la teoría del delito en el que las distintas categorías se contemplan desde el punto de vista de su funcionalidad para el sistema social de convivencia."¹⁰ El principal representante de esta tendencia es Gunther Jakobs, quien en su tratado de derecho penal, parte general expone una visión puramente tecnocrática del derecho penal y de la teoría del delito, en la que el carácter conflictivo de la convivencia social queda convertido en un problema que tiene que ser reducido y resuelto en las categorías jurídicas, de forma puramente funcional, desde esta perspectiva el delito se define como la frustración de expectativas normativas y la pena como la confirmación contra fáctica de la vigencia de las normas infringidas. El sistema normativo de referencia, los intereses y los conflictos que lo sustentan no son, sin embargo, en sí mismos objeto de valoración o crítica. Las categorías del delito se elaboran desde el punto de vista de su funcionalidad intrasistematizada, con criterios ordenadores extraídos del propio sistema. Es indiferente que el sistema sea el de un estado democrático o el de un estado totalitario, el de un convento de monjas o el de una banda de ladrones, lo que importa es la estabilidad del sistema mismo y la funcionalidad de las distintas categorías y conceptos elaborados para conseguir esa estabilidad.

No cabe duda que con ello se consigue un alto nivel de abstracción conceptual, aunque a costa de darle a la dogmática jurídico-penal un carácter puramente descriptivo y neutro, en el que cualquier valoración o crítica del sistema de referencia está de antemano excluida. Este carácter pretendidamente neutral de la teoría funcionalista

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Ob. Cit.* Pág. 217.



del delito es difícilmente compatible con la amarga realidad de un derecho penal que en todos los países del mundo, también en los más avanzados y democráticos, tiene grandes puntos conflictivos (aborto, penalización del consumo de drogas, pena de muerte) y se aplica a los sectores mas marginales y desfavorecidos económicamente de la población.

La teoría general del delito, tiene su enfoque en las características que debe revestir, cualquier hecho, para ser considerado delito, que equivaldría a una acción o conducta humana, de esta manera tenemos que descartar todos los resultados producidos por la fuerza de la naturaleza, de entre todas las acciones humanas que se realizan, el legislador seleccionó unas pocas y las describe en la parte especial de nuestro código penal, u otras leyes como la ley forestal, la ley de narcoactividad, ley de armas y municiones etc.

El aparato conceptual de la teoría del delito es producto de un método específico de interpretación de la ley, el método dogmático que, respecto de esta cuestión particular, pretende elaborar un esquema de imputación coherente, racional, y sistemático, fundado en nuestra legislación vigente que permite resolver casos penales de manera consistente, igualitaria y predecible.

Este esquema de imputación estructura las reglas de la responsabilidad penal, contenidas en la parte general del código penal, el punto de partida necesario para el desarrollo de la teoría del delito, consiste, en la aceptación de reglas de la parte



general del código, establece un sistema de imputación completo coherente y consistente.

Es importante señalar que aún así el punto de partida no resulta verdadero, siempre ha sido objeto central del movimiento de la codificación la regulación de determinadas relaciones sociales en un cuerpo jurídico único, el código que contempla todas las situaciones y soluciones posibles. Por este motivo, el método dogmático resulta adecuado para interpretar normas comprendidas en un sistema jurídico codificado.

Por lo que, resulta evidente que la teoría del delito construye un sistema de imputación que en mayor o menor medida, refleja el esquema contenido en la ley.

La teoría del delito desarrollada como producto de la aplicación del método dogmático a la interpretación de los principios normativos generales de la legislación guatemalteca, referidos a la imputación de responsabilidad penal, establece todos los requisitos que deben ser verificables para afirmar la responsabilidad penal de una persona que interviene en la comisión de cualquier hecho punible definido en la parte especial del código penal, o en legislaciones penales especiales. Ello se aplica en consecuencia a la resolución de todos los casos penales, puesto establece precisamente los presupuestos generales de responsabilidad penal, por la comisión de todo hecho punible, sin importar la particularidad del caso concreto.

La diferencia entre los diversos hechos punibles es una circunstancia absolutamente irrelevante en este sentido, puesto que se trata de presupuestos generales.



Lo que en cualquier caso tiene que quedar claro, es lo que en la definición, el concepto no la realidad en si, el delito y la cebra son unidades indivisibles aunque para su estudio se divida. La cebra no es un animal, mamífero, equino, y rayado, si no que es una unidad de la cual se ha extraído unas características.

Los dispositivos que la ley penal utiliza para individualizar una conducta prohibida se llaman tipos, estos tienen un carácter eminentemente descriptivos, diremos que una acción es típica cuando se adecúa a la descripción realizada por la ley, si sucede lo contrario que no se adecua a la descripción de la ley diremos que es atípica, una vez comprobada la tipicidad observaremos si la acción típica es también antijurídica, esto es contrario al ordenamiento.

Puede darse la situación de que nos encontremos ante una causa de justificación, el clásico ejemplo es el de legítima defensa. La persona que dispara sobre otro para evitar que la maten está realizando la acción típica del Artículo 123 del Código Penal, pero sin embargo no es antijurídica puesto que esta amparada en una causa de justificación.

La conducta típica antijurídica la definimos como injusto penal, la norma penal contiene un doble reproche: por una parte, considera reprochable un acto en si; y por otra, considera reprochable el que una persona haya realizado ese acto.

El injusto penal, supone un reproche por el hecho, por esta razón un homicidio, cometido en legítima defensa, no será injusto por cuanto el derecho entiende que no es reprochable ese comportamiento.



Admitida la conducta típica y antijurídica, el injusto, un juicio de reproche al autor, sin embargo, en algunos supuestos, este juicio de reproche del autor, culpabilidad, no tendrá sentido por cuanto éste no conocía el carácter antijurídico del acto, no tenía capacidad psíquica suficiente, o no se le podía exigir otro comportamiento. En este caso con causas que excluyen la culpabilidad, por ejemplo si un enajenado mental mata a una persona su conducta será injusta pero no habrá un reproche al autor.

Finalmente, algunos autores entienden que para poder imponer una pena, son necesarios otros requisitos no encuadrables en ninguno de los anteriores; Por ejemplo la no prescripción, la presentación de querrela en delitos privados, etc., a este requisito totalmente heterogéneo, lo denominan punibilidad o penalidad. Sin embargo considero que éstos han de quedar fuera de la teoría del delito por ser más bien de carácter procesal, el hecho que una acción típica antijurídica y culpable no se pueda castigar, no impide que nos encontremos ante un delito.

De lo analizado anteriormente, partimos de la acción para llegar al autor, sin embargo, algunas teorías pretendían realizar el camino inverso, es decir, analizar en primer término al autor para de allí llegar a la acción. La influencia hegeliana era clara nadie puede actuar con relevancia jurídica si no es libre, los motivos aducidos son que el hombre es anterior al delito y que sin autor no hay conducta. Con respecto al primer motivo habría que responder que el criterio cronológico no es relevante porque si no lo primero será la tipicidad (la ley) y después la acción. En cuanto el segundo es tan cierto como contrario, sin delito tampoco hay autor, por otra parte admitir este criterio puede llevarnos hacia un derecho autoritario y excluyente.



Se correría el riesgo de internar a un enajenado mental, sin llegar a analizar ~~la~~ conducta que realizó era antijurídica, adicionalmente generaría numerosos problemas técnicos de difícil solución, Por ejemplo, no podríamos admitir legítima defensa frente al ataque de un enajenado mental, puesto que éste no podría realizar una conducta antijurídica o contemplado en nuestra ley penal, de conformidad con el Código Penal Guatemalteco en su Artículo 1º. que nos habla sobre el principio de legalidad, en concordancia con el Artículo 23 de la imputabilidad, aunado a las causas de justificación, y de inculpabilidad contenidas en el Artículo 24 y 25 de dicho Código Penal.

El sistema de la teoría del delito se construye fundamentalmente a partir de los principios políticos criminales que se establece en nuestra Constitución Política y tratados internacionales.

El sistema de la teoría del delito, es un sistema de categorías clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño, a peldaño, se van elaborando, a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito. De una categoría pasar a la otra, de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad, etc. por lo que ha de tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma.

De esta manera, si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible. Cada una de estas categorías contiene, pues, a su vez, criterios



valorativos propios con distinta trascendencia teórica y práctica.

1.2. El concepto de delito

El delito como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado y como la razón de ser del derecho penal, en el devenir de la evolución histórica, ha recibido diversas denominaciones atendiendo a que siempre ha sido una valoración judicial, se tiene conocimiento que en el derecho más lejano del antiguo oriente: Persia, Israel, Grecia y la Roma primitiva; se consideró primeramente como la valoración objetiva del delito, castigándolo con relación al daño causado.

Fue en la Roma en donde aparece la valoración subjetiva del delito, o sea juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención dolosa o culposa, tal como está legislado en la actualidad.

Refiriéndose al delito, en la antigua Roma se habló de noxa o noxia que significa daño, posteriormente aparece en la cultura romana para identificar la acción penal, los términos: flagitium, scelus, facinus, crimen, delictum, entre otros, teniendo mayor aceptación hasta la edad media los términos: crimen y delictun. El primero se utilizó para identificar a la infracción o delitos de mayor gravedad, los cuales eran castigados con una mayor pena y el segundo para señalar una infracción leve que sería castigada con una pena menor.

Actualmente, en la cultura jurídica moderna y en especial en nuestra legislación se habla indistintamente de delito, crimen, infracción, hecho o acto punible, conducta delictiva acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, contravención o faltas.



Con respecto a la terminología De León Velasco señala: "la técnica moderna plantea dos sistemas: el sistema bipartito que emplea un solo término para las trasgresiones a la ley penal graves o menos graves, utilizándose la expresión delito en las legislaciones europeas, principalmente germanas e italianas; y se emplea el termino falta o contravención para designar las infracciones leves a la ley penal, castigadas con menor penalidad que los delitos o los crímenes."¹¹

Considerando la división que plantea el Código Penal, Decreto 17-73, podemos afirmar que se adscribe al sistema bipartito al clasificar las infracciones a la ley penal del Estado en delitos y faltas.

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es, consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*, que rige el derecho penal moderno. Este principio impide considerar delito a toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal. Este concepto que se da es formal, y nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley penal. Las definiciones que dan algunos códigos, tienen elementos que el legislador exige

¹¹De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 118



para considerar una acción u omisión como delito o falta, por lo que ya no son **simples** definiciones formales de delito.

El legislador ha querido destacar en esas definiciones caracteres que le han parecido relevantes, en orden a la consideración de un hecho como delito, que debe tratarse de una acción u omisión, deben ser dolosas o culposas y penadas por la ley. Según la ciencia del derecho penal, para elaborar ese concepto del delito, deben estar presentes todas las características generales que son comunes a todos los delitos en particular, tomando en cuenta todos aquellos elementos que son comunes a todos los delitos, se puede definir éste, como la acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible, tomando en cuenta que esta definición tiene carácter secuencial, ya que el peso de la imputación va aumentando a medida de pasa de una categoría a la otra, teniendo que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma.

Existen otras definiciones de delito que son importantes de conocer:

- a) Definición formal: Delito es lo que la ley describe como tal, las conductas que el legislador sanciona con una pena.
- b) Definición dogmática: "Delito es toda acción o conducta, típica, antijurídica y culpable. Algunos autores añaden el requisito de punible. Esta definición es muy útil para determinar en concreto si una conducta es delictiva".¹²
- c) Definición sustancial: Esta definición explica el fundamento del delito como el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de

¹² González Cahuapé-Casaux. *Apuntes de derecho penal guatemalteco*. Pág. 27



conservación, desarrollo de la comunidad y existencia y como resultado impone una sanción.

1.3. Criterios para definir al delito

Para definir al delito existen varios criterios como lo son: El criterio legalista: desde la nombrada edad de oro del derecho penal, se deja ver un criterio puramente legalista para definir el delito, por que consideran al delito como lo prohibido por la ley, concepto simplista e indeterminado y a su vez demasiado amplio porque, cuantos actos son prohibidos por la ley, y sin embargo no constituyen necesariamente una conducta delictiva. Por lo que, el delito se concibe según De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela José Francisco como: "la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".¹³ El criterio filosófico: los estudiosos del crimen se encaminaron por aspectos más filosóficos, tomando en cuenta la moral, identificaban al delito como una conducta contraria a la moral y a la justicia, o bien la violación de un deber, o libre intención de nuestro deber y el criterio natural o sociológico: estos criterios, podrían haberse analizado dentro de los filosóficos, resulta mas interesante hacer el análisis de una manera independiente, la postura más notable a este criterio es quizás la adoptada por Rafael Garófalo al plantear la teoría del delito natural, tomando como base dos clases de sentimientos, que para el fueron los más importantes, el sentimiento de piedad y sentimiento de probidad.

¹³ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Ob.Cit. Pág. 127

Cuadro comparativo de diferentes escuelas en el tratamiento jurídico del delito:



“Escuelas del derecho

Jusnaturalista	Positiva	Ecléctica
Principio de legalidad total	Excepción en medida de Seguridad	No distinción filosófica Pragmatismo
Delito como ente jurídico	Delito hecho natural y social	Ambos son objetos diferentes
Libre albedrío	Determinismo	Causalidad
Responsabilidad moral	Responsabilidad social	Imputabilidad, Peligrosidad
Exclusión niños y locos	No hay excepción	Pena a imputables, medidas de seguridad a los demás.
Pena retribución	Sanción tratamiento	Sanción y tratamiento
Pena proporcional a delito y daño	Sanción proporcional a la peligrosidad del antisocial	Medidas de tratamiento
Para determinada	Medida indeterminada	Medida indeterminada
Para restablecer orden jurídico	Medida protege orden social	Protégé orden social
Estado tutelado jurídicamente	Estado defiende socialmente sustitutos penales y prevención	Defiende socialmente sustitutos penales y prevención



Clasificación de los delitos	Tipos y clasificación de criminales	No acepta el tipo y si clasificación
Como base principios dudosa priori.	Como base estudios antrosociales a posteriori	Como base a estudios científicos.
Metodológico-abstracto psicológico y didáctico	Método inductivoexperimental	El clásico para el derecho positivista para criminología". ¹⁴

1.4. Estructura del delito

A través de estudios realizados por Muñoz Conde: "Tras un minucioso análisis del Derecho penal positivo, la ciencia del Derecho Penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuricidad, al segundo culpabilidad o responsabilidad. Injusto o antijuricidad es, pues, la desaprobación del acto; culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo."¹⁵ Muñoz Conde señala: "En estas dos grandes categorías, antijuricidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito. En la primera se incluye la acción u omisión, los medios y

¹⁴ Rodríguez Manzanera, Luís. *Criminología*. Pág. 252.

¹⁵ *Ibid* Pág. 213



aborda lo relativo a la acción, la teoría de la acción, el comportamiento humano como base de la teoría del delito, las formas del comportamiento humano penalmente relevantes, el concepto de la acción, las manifestaciones de la acción, la polémica sobre el concepto de acción, los sujetos de la acción: actuación en nombre de otro, la acción y resultado, la teoría de la imputación objetiva; el tercero se refiere a la tipicidad, su definición, fuentes de la tipicidad, función de la tipicidad, ausencia de tipo y de tipicidad, causas de atipicidad, el dolo, elementos del dolo, clases de dolo, antijuricidad, la culpabilidad y sus elementos, la imputabilidad; el cuarto capítulo desarrolla el tema de la omisión, el concepto, distinción entre comisión y omisión, la acción esperada, clases de omisión penalmente relevantes, Delitos propios de omisión dolosos, los delitos propios de omisión imprudentes; en el quinto y último capítulo se analiza la omisión como elemento fundamental de la teoría del delito, las clases de omisión reguladas en el Código Penal Decreto 17-73, las omisiones en los códigos iberoamericanos.

Los métodos utilizados en la presente tesis son: Análítico, sintético, inductivo, sociológico, científico. Fueron empleadas las técnicas de investigación siguientes: bibliográfica y de fichas.

Espero que el contenido del presente trabajo, ayude a los alumnos que reciben las clases de derecho penal, a tener una mejor comprensión de la omisión, en la teoría general del delito, y los ayude a dominar el encuadramiento del mismo.



formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado.”¹⁶

Muñoz Conde indica que para que exista la culpabilidad es necesario que: “las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto. Ambas categorías tienen también una vertiente negativa; así, por ejemplo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción; la absoluta imprevisibilidad elimina la relación psicológica con el resultado; las causas de justificación (por ejemplo, la legítima defensa) excluye la imputabilidad, etc.”¹⁷

Muñoz Conde, señala que esta distinción sistemática tiene también un valor práctico importante. Por ejemplo, una medida de seguridad o de corrección (internar a un enfermo mental que ha cometido un delito en un centro psiquiátrico, o a un menor en un centro educativo) es suficiente con la comisión del hecho prohibido, antijurídico, aunque su autor no sea culpable; sin embargo, para imponer una pena, es necesario que exista culpabilidad, además de que el hecho sea antijurídico. No hay culpabilidad sin antijuricidad, aunque si hay antijuricidad sin culpabilidad.

Normalmente la presencia de un acto antijurídico es el límite mínimo de cualquier reacción jurídico-penal. Así, por ejemplo la legítima defensa supone una agresión antijurídica, aunque el autor de la acción no sea culpable. No cabe legítima defensa

¹⁶ Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte General*. Pág. 213

¹⁷ *Ibid.*



frente a un acto lícito, no antijurídico, Igualmente la participación a título de inductor o de cómplice en el hecho cometido por otro, solo es punible cuando este hecho es por lo menos antijurídico, aunque su autor no sea culpable, por ejemplo, un enfermo mental o un menor.

Asimismo manifiesta que no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito. De toda la gama de acciones antijurídicas que se comenten, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha culminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal. A este proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama tipicidad.

La tipicidad es, pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. La tipicidad, es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio nullum crimen sine lege, pero también del principio de intervención mínima, por cuanto generalmente sólo se tipifican los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes.

Las características comunes a todo delito, normalmente son: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues solo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación sobre la antijuricidad, es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho. Un hecho típico, por ejemplo: A



mata a B, puede no ser antijurídico, si existe una causa de justificación que lo permita; por ejemplo A mata a B en legítima defensa. Una vez comprobado que el hecho es no culpable, es decir, se posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho y hacerle responsable penalmente del mismo; por ejemplo, si está sano mentalmente o conoce la antijuricidad del hecho.

Con la constatación positiva de estos elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado con la pena que se asigne en cada caso concreto al delito en la ley. En algunos casos se exige la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad.

Después de todo lo dicho hasta ahora, podemos decir que la estructura del delito esta conformada por cada uno de sus elementos entendiendo estos como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

1.5. Clasificación de los delitos

Desde el punto de vista terminológico, se suele emplear la expresión delito en general como equivalente a infracción criminal, otras veces se utilizan expresiones como hecho punible, acción punible, etc., estos términos son equivalentes, pero es más común el de delito, salvo que se aluda concretamente a alguna particularidad de las faltas. Siendo todos delitos en sentido amplio, las leyes y códigos establecen dos órdenes de quebrantamientos punibles: uno, los delitos propiamente dichos; y dos; las faltas,



mayores en el primer caso y menores en el segundo. Esta distinción entre delito y falta es cuantitativa. Es una cuestión de política legislativa el que el hecho se considere delito o falta. Normalmente las faltas suelen ser delitos en miniatura y no difieren mucho de los delitos. Junto con la anterior clasificación legal, existen otras de carácter puramente doctrinario las cuales clasifican los delitos de la siguiente forma: las distinciones entre uno, delito en grado de tentativa, dos, delito consumado y tres, delito frustrado.

Los delitos también pueden dividirse:

- a) En relación con el sujeto activo, en individuales, colectivos, comunes y especiales;
- b) Con respecto al sujeto pasivo, en personales y sociales, estando comprendido en el primer grupo el homicidio, rapto, hurto, entre muchos; y en el segundo la rebelión, la sedición y tantos más;
- c) Por el elemento externo, en materiales, formales, instantáneos, continuos, consumados, tentados, frustrados;
- d) Por el elemento jurídico objetivo, en simples y complejos, según lesionen un solo derecho (homicidio, estafa) o violen más de una norma con un solo acto (como el que incendia para robar);
- e) Según el procedimiento, en privados y públicos;
- f) Según la intención del sujeto activo, dolosos y culposos, comprendiendo los primeros toda la esfera de los delitos, con excepción de los cometidos por negligencia, imprudencia o impericia que corresponde a los delitos culposos.



1.6. Elementos característicos del delito

Los elementos característicos del delito se dividen en:

A) Elementos positivos del delito.

- La acción o conducta humana;
- La tipicidad;
- La antijuridicidad o antijuricidad;
- La culpabilidad;
- La imputabilidad;
- Las condiciones objetivas de punibilidad; y
- La punibilidad.

B) Elementos negativos del delito.

- La falta de acción o conducta humana;
- La atipicidad o ausencia de tipo;
- Las causas de justificación;
- Las causas de inculpabilidad;
- Las causas de inimputabilidad;
- La falta de condiciones objetivas de punibilidad; y
- Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.





CAPÍTULO II

2. Teoría de la acción.

2.1. El comportamiento humano como base de la teoría del delito.

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular, por lo que tiene que partir de la conducta humana como aparece en la realidad, la norma selecciona una parte de estos comportamientos que valora negativamente y culmina con una pena, el derecho penal es de acto y no de autor, ya que solo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificadas de delito y motivar una reacción penal.

La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor es una cuestión sistemática, y fundamentalmente política e ideológica, solo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente.

El derecho penal de autor se basa en cualidades de la persona de las que no es responsable, y no pueden precisarse con toda nitidez en los tipos penales.

Muñoz Conde, Francisco, indica que: "Por eso, el Derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del estado y favorece una concepción totalitaria del mismo."¹⁸

¹⁸ Muñoz Conde, Ob.Cit. Pág. 213



De la concepción del Derecho penal como derecho penal de acto, se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento, ni las ideas, tampoco los actos de los animales, ni los sucesos causales como los fenómenos de la naturaleza.

2.1.1. Formas del comportamiento humano penalmente relevantes

La conducta humana se manifiesta en el mundo externo en actos positivos y en omisiones, ambas formas de comportamiento son relevantes para el derecho penal. Sobre ambas realidades ontológicas se construye el concepto de delito con la adición de elementos fundamentales que lo caracterizan, la acción y la omisión cumplen la función de elementos básicos de la teoría del delito. La realidad ontológica del comportamiento humano solo adquiere relevancia jurídica penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo.

Igualmente, se emplean términos como; hecho, acto, comportamiento, etc. que incluyen acción y omisión, sin que se equiparen ambos conceptos que siguen siendo realidades distintas y con distinto significado. La acción positiva es la forma de comportamiento humano más importante en derecho penal, sirviendo de referencia a la omisión.

2.2. Concepto de la acción.

Muñoz Conde, Francisco, en su manual de derecho penal, define la acción como: "todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante la voluntad implica sin embargo, siempre una finalidad. No se



concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin.”¹⁹

De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela José Francisco indican que 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 el ejercicio de la voluntad final.”²⁰

Por lo anteriormente expuesto, podemos decir que la acción va dirigida a lograr un objetivo, porque es el ejercicio de una voluntad del ser humano.

La dirección final de la acción según Francisco Muñoz Conde, se realiza en dos fases: una externa, otra interna.

Fase interna; esta fase en la que “sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin.”²¹ Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios, y tiene que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone. La consideración de estos efectos puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin, y rechace algunos medios seleccionados para su realización, pero una vez los admita seguro, esos efectos pertenecen a la acción.

¹⁹ Muñoz Conde, **Derecho Penal, Parte General**. Pág. 213

²⁰ **Ibid** Pág. 142.

²¹ **Ibid**.Pág. 228.



De León Velasco la define como: "la esfera del pensamiento de autor, en donde se propone la realización de un fin. Para llevar a cabo el fin selecciona los medios necesarios; la selección sólo ocurre a partir de la finalidad; cuando el autor está seguro de lo que quiere decide resolver el problema de cómo lo quiere."²²

Fase externa; Muñoz Conde señala que: "una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos culminantes, al autor procede a su realización en el mundo externo."²³ Y conforme a un plan procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que se ha realizado en el mundo externo, la base del derecho penal, es el fin de esa acción lo que le interesa, pero igualmente los medios elegidos o los efectos. De León Velasco, señala que es el "proceso de ejecución del acto."²⁴

La dirección final de la acción se divide en dos fases una interna y la otra externa; ambas fases de la acción es lo que se ha conocido como inter criminis, es decir, el camino del crimen hasta su realización.

En sentido general, es toda concreción de la voluntad humana en realizaciones externas que pueden preverse por el sujeto y ser esperadas por el ordenamiento jurídico, y que, consecuentemente, pueden evitarse, de forma que al no realizarse su

²² De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Ob.Cit.** Pág.143

²³ Muñoz Conde, **Ob.Cit.** Pág.229.

²⁴ **Ibid.** Pág.143.



evitación puede configurarse un tipo penal, en síntesis acción es todo comportamiento exterior evitable.

2.2.1. Manifestaciones de la acción

El comportamiento humano socialmente relevante presenta dos aspectos diferentes:

- a) Un hacer algo, o conducta activa denominada acción.
- b) Un no hacer algo o conducta pasiva denominada omisión.

La acción y la omisión corresponden a la naturaleza de la norma. Si esta es prohibitiva: no matarás, el hecho de vulnerarla supone un delito de acción, si es imperativa: auxiliarás, el quebrantarla implica un delito de omisión. Como categoría intermedia surgieron en el siglo XIX los que en Alemania se llamaron: impropios delitos de omisión y en Francia: delitos de comisión por omisión.

Para distinguir entre comisión y omisión, se plantean dos niveles así: a) Por un lado, es una distinción entre omisión pura y comisión por omisión y b) Es una distinción entre comisión activa y comisión por omisión.

Dentro de los delitos de omisión se distingue: entre delitos de omisión propia, también llamados de omisión pura, y delitos de omisión impropia, también denominados de comisión por omisión. La diferencia entre unos y otros delitos resulta discutida. Suele partirse de la diferencia entre delitos formales o de simple actividad y delitos materiales o de resultado externo, y así se entiende que la omisión propia es un delito de simple



conducta o simple actividad (al que algunos prefieren llamar de simple inactividad) en tanto la comisión por omisión es un delito de resultado externo.

2.2.2. La polémica sobre el concepto de acción

Existen dos corrientes o teorías que durante mucho tiempo han disputado la primacía en la explicación científica del concepto de acción, estas son, la teoría final o finalista de la acción, formulada por el alemán Hans Welzel y la teoría causal o causalista de la acción, de Von Liszt y Mezger, surgiendo la primera para superar la teoría causal, para la teoría causalista, la acción es una conducta humana voluntaria, pero prescinde del contenido de la voluntad, del fin, para la teoría final o finalista lo importante para establecer el concepto de acción es que el sujeto haya actuado voluntariamente, lo que el sujeto haya querido es irrelevante y solo interesa en el marco de la culpabilidad. La teoría causal reduce el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo por completo de la vertiente de la finalidad. La realidad de las acciones humanas son procesos causales dirigidos a un fin.

Para el causalismo, la finalidad debe ser objeto de valoración en el ámbito de la culpabilidad, el legislador cuando describe una conducta de tipo penal, describe un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana. Luego se añaden y valoran otros datos que caracterizan la acción en el caso concreto o que determinan la culpabilidad del autor, pero solo a partir de la acción final que sirve de presupuesto a toda valoración y reacción jurídico penal, el legislador



cuando tipifica las acciones prohibidas lo hace pensando en la acción como un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin.

El postulado del que parte la teoría final de la acción es la vinculación del legislador a las estructuras ontológicas que no puede modificar. Lo que al penalista interesa es la acción típica, que se desprende de las leyes, que definen los delitos, que es una acción final. Sin recurrir a la finalidad, voluntad, no se puede distinguir la acción humana de matar a otro de la muerte producida por un rayo. Para distinguir las acciones humanas unas de otras hay que recurrir a la finalidad, ya que sólo ésta puede dar sentido a ese proceso causal. Hay que recurrir desde el principio, para tipificar la acción, a determinados elementos subjetivos que exige la ley.

Para superar la polémica entre teoría final y teoría causal, hay una tercera que es la teoría social de la acción, para la cual tiene relevancia social el comportamiento humano, Muñoz Conde, señala que: "Solo atendiendo al contenido de la voluntad del autor se puede determinar el sentido social de la acción."²⁵ Por lo que, esta teoría es excesivamente ambigua, y es un dato prejurídico que no interesa directamente al jurista.

2.2.3. Sujeto de la acción, actuación en nombre de otro

Solo la persona humana puede ser sujeto de una acción penalmente relevante cuando falte la voluntad, esto sucede en tres casos:

²⁵ Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte General*. Pág.232.



A) Fuerza irresistible: es un acto de fuerza proveniente del exterior que **actúa** materialmente sobre el agente.

Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta, de forma que no deje ninguna opción al que la sufre. La fuerza ha de provenir del exterior, de una tercera persona o de fuerzas naturales, Muñoz Conde indica que: "En la práctica, la fuerza irresistible carece de importancia, salvo raras hipótesis en los delitos de acción"²⁶, pero es importante en los delitos de omisión. La consecuencia principal de esto es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actúe u omita violentado por la fuerza irresistible no responde, y su actuación u omisión es irrelevante penalmente.

B) Movimientos reflejos: pueden ser como convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, estos no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros censors, que lo transmiten, sin intervención de la voluntad directamente a los centros motores.

C) Estado de inconsciencia: pueden ser como el sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, etc.

En estos casos, los actos que se realizan no dependen de la voluntad y no pueden considerarse acciones penalmente relevantes. Aunque pueden ser penalmente

²⁶ Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte General*. Pág.234.



relevantes, si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir o llega a ese estado por negligencia.

Las personas jurídicas no pueden ser sujetos de acción penalmente relevante, desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, que no existe en la persona jurídica. El derecho penal, ante los abusos que se producen a través de la persona jurídica, castiga a las personas físicas individuales que cometen tales abusos.

En algunos casos no es posible castigar a las personas físicas que actúan en nombre de las personas jurídicas, porque algunos delitos exigen cualidades personales, que no se dan en las personas físicas sino en las jurídicas. Para evitar esto, el legislador puede o sancionar expresamente en los tipos delictivos donde más se den estos casos a las personas físicas que actúan en nombre de las jurídicas, o crear un precepto general que permita esta sanción en todos los casos donde ocurran problemas de este tipo.

2.3. Acción y resultado

En lo anteriormente expuesto la acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior; al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado. Pero este resultado ya no es parte integrante de la acción. Existe una tendencia doctrinal a considerar ya la acción manifestada misma como un resultado, pero con ello se confunde la manifestación de la voluntad, con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación.



La distinción entre la acción, como simple manifestación de la voluntad, y **resultado** como consecuencia externa, derivada de la manifestación de la voluntad, tiene gran importancia para el Derecho Penal.

2.4. Relación de causalidad e imputación del resultado.

En los delitos de resultado (homicidios, daños, lesiones, etc.) entre la acción y el resultado debe mediar una relación de causalidad, es decir una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello naturalmente sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos, a efectos de deducir una responsabilidad penal. La relación de causalidad entre acción y resultado y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son, por tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido.

Pero antes de imputar un resultado a una determinada acción es, sin embargo, necesario establecer una relación de causalidad entre ambos.

2.5 Teoría de la imputación objetiva.

En la dogmática jurídico-penal existe unanimidad en que la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción. En el proceso de depuración y selección de los factores causales jurídicamente relevantes se impone la utilización de criterios de carácter normativo



extraídos de la propia naturaleza de derecho penal que permitan ya en plano objetivo delimitar la parte de la causalidad jurídicamente relevante.

La previsibilidad objetiva, la evitabilidad del resultado, la relevancia jurídica, no son mas que formulas abstractas que poco sirven para resolver los casos más conflictivos, previsible y evitable objetivamente es casi todo y, en todo caso, el ámbito de prohibición jurídico-penal solo puede comenzar allí donde se conste la realización de una acción que se exceda de la jurídicamente permitido.

La creación de un riesgo no permitido, lo que ya se supone por lo menos una falta de diligencia, la realización de este peligro o riesgo de resultado, y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida, son pues, los criterios que se deben de aplicar para el establecimiento de una conexión causal, e imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causo.



CAPÍTULO III



3. Tipicidad

El estudio de los elementos que conforman el delito es el punto medular del estudio del derecho; para poder desarrollar un estudio completo del mismo, es esencial conocer y saber el concepto de tipicidad, en virtud de que sin éste, el delito no existiría y por ende no sería posible el encuadramiento del mismo, ni saber que causas originaron que el sujeto actuara de forma antijurídica.

3.1. Definición

Definiremos lo que es la tipicidad ya que ésta es un elemento característico del delito y el tipo es la especie de la infracción penal que los juristas y tratadistas españoles hispanos y sudamericanos conocen como encuadrabilidad o delito tipo, en nuestro país, Guatemala generalmente se le concibe como tipicidad cuando nos referimos al elemento delito y tipificar cuando se trata de describir la conducta humana en la norma legal.

Palacios Mota, aduce que "debe de existir una norma descriptiva de la conducta que atenta contra el interés jurídico tutelado contenido en el ordenamiento jurídico, considerando este en una forma unitaria"²⁷

²⁷ Palacios Mota, Jorge Alfonso. *Apuntes del derecho penal*. Pág.42



Se puede concebir a la tipicidad como elemento fundante del delito, al decir que **es la** condición *sine qua non* para calificar la conducta del criminal en la conducta humana **así** lo señala el profesor alemán Ernesto Beling, también sostuvo que en numerosos hechos de la vida real el legislador realiza un proceso de abstracción en virtud del cual, eliminando los elementos accidentales describe en la ley a manera de síntesis las características más generales del hecho delictivo. Convirtiendo así la tipicidad en una descripción de la conducta humana, en un tipo rector, carente de valoración e independiente de los demás caracteres del delito.

En el año 1915, el alemán Max Ernesto Meyer concibió la tipicidad como un indicio de la antijuricidad al sostener que la tipicidad era la razón del conocimiento de la antijuricidad, postura que posteriormente fue superada por el penalista Edmundo Mezger originario de Munich, él la presentó no como la razón de conocimiento sino como la razón esencial de la antijuricidad.

Después de las críticas que recibió Beling por su postura, éste revisó su teoría en el año 1930 y presenta al tipo o figura del delito formado por todos los elementos objetivos y subjetivos de la infracción, de esta forma presenta a la conducta antijurídica y culpable como una valoración real que tiene su existencia en la ley a diferencia de su concepción original como una abstracción conceptual.

En doctrina se le ha asignado otras funciones a la tipicidad siendo éstas las siguientes:



a) Función fundamentadora, De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela José Francisco señalan que: "En virtud que constituye en si un presupuesto de legalidad, que fundamenta la actitud del juzgador para culminar con una pena o bien con una medida de seguridad, la conducta delictiva del agente, siempre que no exista una causa que lo libere de responsabilidad penal."²⁸

b) Función sistematizadora, De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela José Francisco, la: "Función sistematizadora debido a que por su medio se tiende a relacionar formalmente la parte general con la parte especial del Derecho Penal."²⁹

Función garantizadora: la tipicidad resulta ser una garantía por el principio de legalidad regulado en el Artículo 1 del Código Penal Guatemalteco, donde establece que no puede haber crimen, ni pena si no está plenamente establecido en la ley penal, vigente y preestablecida. Establece que sólo los comportamientos seleccionados pueden ser sancionados penalmente.

c) La función seleccionadora: que contempla las conductas o comportamientos humanos penalmente relevantes.

d) La función motivadora: que lleva la culminación esperada para que las personas se abstengan de realizar la conducta calificada como delictiva o antijurídica.

²⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Ob.Cit.*. Pág162.

²⁹ *Ibid.*



3.2. Fuente de al tipicidad.

Es una de las características del delito, Los hechos cometidos por el hombre, para que se los pueda sancionar con una pena, deben estar descritos en la ley penal. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, constituye la tipicidad; de este modo, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando detalles innecesarios, para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

El precepto legal trata de resumir una conducta humana, describiendo, mediante una fórmula dada, un hacer u omitir que constituye objetivamente delito.

El arribo a esta concepción no ha sido fácil, sino producto de una paciente elaboración doctrinaria, particularmente por obra de la dogmática alemana. En sus comienzos se tuvo la tipicidad como una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. Matar a un hombre es el tipo del homicidio, su mera descripción. Las consideraciones referentes a si la muerte fue contraria a la norma o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que incumbe a la antijuricidad.

El juicio que atribuye el acto a un ser imputable y que se lo reprocha a título de dolo o culpa, concierne ya a la culpabilidad.

Esta función se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como por ejemplo la inclusión en el tipo de hurto de la cualidad de ajena de la cosa sustraída.

Con esto se afirma que el hecho de una conducta sea típica es ya un indicio de

antijuricidad.



La conducta culpable antijurídica sólo es punible con arreglo a las fórmulas de amenaza penal y en la extensión que ellas determinan. Estas influyen de tal suerte en la definición del delito, que sólo los tipos de conducta por ellas captados son objeto de penalidad y cada conducta en tal sentido típica, sólo es punible en adecuación precisamente a aquella pena abstracta que va unida al tipo de que se trata. La tipicidad es una característica esencial del delito. Para el jurista, toda conducta que no pueda incluirse en los tipos legalmente acuñados, aunque sea antijurídica y culpable, constituye lo atípico, esto es, conducta no punible.

Cada tipo delictual forma un compuesto de diversos elementos que hacen referencia, conjuntamente, a una imagen de pensamiento.

Esta imagen es el tipo legal para este delito. Si tomamos por ejemplo el tipo del hurto, encontramos que todas sus características, tanto objetivas como internas, están contenidas en la imagen o figura rectora, sustracción de una cosa mueble ajena, puesto que para que el hurto exista es preciso que dicha sustracción de una cosa mueble ajena se haya realizado y haya sido causada por el dolo del autor, y aparece también la otra característica típica, Intención de aprobación en tanto que esta característica se refiere precisamente a cosa ajena sustraída. De esta suerte el concepto sustracción de una cosa mueble ajena, domina sobre las conjuntas características típicas del hurto.



Siempre es necesario que el lado objetivo y el subjetivo coincidan en un punto, **de tal** suerte, que tanto aquél como éste estén dominados por una idéntica figura rectora.

La imagen o figura rectora es el tipo legalmente descrito, al modo de una imagen de representación. En el homicidio, por ejemplo, la muerte de un hombre se representa abstracción hecha de acontecimientos reales que a ella corresponden. Aquella primera característica del concepto asesinato no es, por tanto, la muerte de un hombre, sino la acción que realiza y produce la muerte de un hombre. Esta comparación ilustrativa ayudará a comprender, entre la partitura y el concierto hay una relación, la ejecución de la pieza no solo es idéntica al concierto, sino que ni siquiera forma parte integrante de él; es más bien una creación del pensamiento del compositor, que viene a constituir el programa para el concierto.

La tipicidad legal, como categoría, aparece vacía de contenido, es un puro concepto funcional. Sólo expresa aquel momento de valor rector para el tipo delictual que interesa, todos son relativos en cuanto al contenido. Cada delito tiene su tipo.

3.3. Función de la tipicidad.

Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho Liberal, por no haber delito sin tipo legal *nullum crimen sine lege*, equivalente a *nullum crimen sine tipo*.



La tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva que singulariza su valor, en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijurídica por concretarla en el ámbito penal.

La tipicidad no solo es pieza técnica. Es como secuela del principio legista, garantía de libertad. Por lo anterior se concluye que la tipicidad describe el delito para adecuarla en forma práctica a la Ley Penal, y así poder estar en aptitud de encuadrarlo en las conductas antijurídicas sancionables en dicha ley y plasmadas por el legislador, y en la que separa el tipo de la tipicidad.

3.4. Ausencia de tipo y de tipicidad

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

La falta de tipicidad en el delito elemento esencial del mismo, produce su inexistencia ya que la falta de igual es esencial para lograr el encuadramiento de dicha conducta



antijurídica y así estar en posibilidades de consignar y sancionar, lo anterior previo estudio del juzgador constatando que el delito en trámite cumpla con los requisitos exigidos por la ley y se encuentre investido de sus elementos constitutivos.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo, si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la Ley, respecto de él no existe tipo.

3.5. Causas de atipicidad

Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos, la ley describe en los preceptos legales la conducta que por sus causas de origen sea antijurídica y sancionable, singulariza un supuesto por medio de elementos que deben de constituir un delito; el cual al no cumplir con lo establecido por la Ley, automáticamente constituye una conducta atípica y por ende la esencia del mismo, no encuadra en el delito en estudio y sin estos dos elementos el mismo no existe, aunado a que en las conductas del sujeto activo y el pasivo la tipicidad esta ausente en virtud de que dichas conductas no se ajustan a los descritos por la ley, por lo que se esta a aplicar las causas de exclusión del delito.

Si falta el objeto material o el objeto jurídico, en esta causa se denota por sí misma la ausencia de la tipicidad, y pongo como ejemplo el robo simple, el cual no existe si al sujeto activo no se le halla el bien mueble que se presume robó, el cual es el indicio principal para su consignación y así poder estar en condiciones de aplicarle la ley y su sanción en otro orden si no existe en la ley el tipo adecuado a dicha conducta



antijurídica, por ende no existe tipicidad ni delito. Por ejemplo, el que roba un pan para comer, en el que el sujeto activo roba por necesidad para satisfacer su hambre, la cual es una causa excluyente del delito y por lo cual no puede tipificarse ni sancionarse.

3.6. El dolo.

Es la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley.

Consiste en aquella conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad.

En nuestra legislación, el dolo se considera como la regla general y la forma normal en la realización del hecho.

3.6.1. Elementos del Dolo.

Elemento intelectual: Implica el conocimiento y representación de los hechos, fundamento lógico de la abolición, careciendo de sentido que pueda afirmarse que un hecho pueda ser querido si no ha sido conocido previsto en su esencia objetiva y en su eficiencia.

Esta constituido por la prevención, por el reconocimiento, la representación de un acto



típicamente antijurídica, y comprende, antes que todo el conocimiento de los elementos objetivos del delito. Es decir se exige el conocimiento de los hechos actuales, aquellos hechos de tipo legal que existen ya en el momento en que el acto de voluntad se realiza y que por lo tanto son independientes de la voluntad del autor. Por ejemplo en el caso de que un hombre seduzca a una mujer es necesario que este conozca que la mujer es menor de dieciocho años o que el que hurta un objeto conozca que este objeto es ajeno. Lo mismo ocurre a aquel hombre que tiene relaciones con una mujer casada, es necesario que este conozca que esa mujer es casada.

Elemento emocional, volitivo o afectivo: Consiste en que no basta, para que haya dolo que el agente se represente un resultado antijurídico determinado, si no que es menester, que desee la realización de ese resultado típicamente antijurídico. La escuela positivista combate insuficientemente el concepto clásico del dolo, integrado únicamente por la concurrencia de la inteligencia y de la voluntad, y lo hace consistir en tres elementos: voluntad, intención y fin. La voluntad se refiere al acto en si, como en el disparo de un revolver que puede ser requerido o accidental. La intención se refiere al motivo por el que el acto con esta intención se ha buscado producir, como en el disparo del revolver, dirigido deliberadamente a matar, se busca, vengar la ofensa, lograr el robo, defender la persona o ejecutar una orden de autoridad.

3.6.2. Clases de dolo

Dolo Directo: Se configura cuando el sujeto a dirigido su voluntad hacia un hecho o un resultado antijurídico que ha previsto como cierto con el fin de determinarlo.



Se presenta cuando el autor ha previsto querido los resultados de su acción u omisión de conformidad con su intención.

Dolo Eventual: El sujeto prevé la posibilidad de que el resultado se verifique y a pesar de ello actúa, aceptando el de que se produzca o sin la segura convicción de que no se producirá. Existe dolo eventual cuando la gente se representa ya no como seguro, ya no como cierto, sino meramente como posible o, mejor aun como probable, un resultado típicamente antijurídico que en principio no desea realizar, sino que desea realizar una conducta distinta de ese resultado típicamente antijurídico ya previsto como posible, mas aun como probable.

Dolo de Consecuencia necesaria: Existe cuando el agente se representa como seguro, como cierto, un resultado típicamente antijurídico principal, que es el que desea actualizar y realizar, y un resultado típicamente antijurídico necesario también, representado como cierto, como seguro, que en principio tiene sin cuidado al sujeto activo que en principio no le interesa al sujeto activo realizarlo o actualizarlo pero que el sujeto activo ratifica, en la medida en que este resultado típicamente antijurídico accesorio esta indisoluble vinculado al resultado típicamente antijurídico principal y en la medida en que es menester que se realice, que se actualice típicamente antijurídico accesorio, para que también se actualice el resultado típicamente antijurídico principal.

Dolo Genérico: Es aquel en el cual el autor del delito comete el acto en forma tal que prevé las consecuencias del acto, aunque no determine la víctima, pero si tiene consciencia del hecho delictuoso y sus consecuencias.



Dolo Específico: Es el que está determinado por un fin especial, y este fin es el que le da fisonomía propia al delito. Dentro de un mismo hecho, como es el apoderamiento y la sustracción que configuran los delitos contra la propiedad, se pueden dar diferencias fundamentadas en el dolo específico. Si el apoderamiento de la cosa es con el fin de obtener provecho habría hurto o robo; si lo es para destruirla, será delito de daño. En los delitos contra la libertad, el fin puede cambiar la naturaleza del tipo. Si se priva a alguien de su libertad individual con fines de causar alarma, cometerá un delito contra la libertad, agravado.

Dolo de Ímpetu: Es el resultado de una decisión repentina y realizada de inmediato y en otras palabras, cuando entre el propósito criminal y su actuación no corre ningún lapso. Es el ideado y puesto en practica de manera súbita, que se valora en la moral y el lo penal sobre todo con cierta indulgencia que no alcanza la perversidad puesta de manifiesto en el dolo de propósito.

Dolo de Propósito: Se denomina también premeditación, la cual se caracteriza fundamentalmente, por la perseverancia del sujeto en el propósito delictivo durante un lapso considerable antes de la actuación, y por el proceso de reflexión que acompaña y se mantiene durante tal periodo de preparación del delito.

3.7. Antijuricidad

Tipificado el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, es decir, una vez comprobado que el caso de la realidad es subsumible en el tipo de delito



previsto en la norma penal el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ~~ese caso~~ puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuridicidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito. La antijuridicidad es considerada un elemento principal y el que le da la razón de ser a la culpabilidad. La culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido.

Conjuntamente con la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituyen también un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su actuar.

Se entiende que la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, puesto que una acción dolosa de tipo penal casi siempre va acompañada de conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuando el bien jurídico, protegido en el tipo en cuestión sea uno de esos fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el derecho penal. De ahí que, en la práctica el conocimiento de la antijuridicidad no plantea demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, que sea imputable.

Bacigalupo, señala: "una conducta es típica si con ella se infringe una norma y será justificada por una causa de justificación."³⁰ La acción o conducta humana resulta antijurídica cuando no ha sido ejecutada bajo el amparo de una causa de justificación.

³⁰ Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Pág. 57.



La tipicidad tiene como objeto primordial la valoración la acción típica, lo injusto comprende esta última y su calificación valorativa de antijurídica.

La antijuricidad se le puede clasificar de dos maneras:

- 1) La antijuricidad formal: la antijuricidad formal es aquella que contempla la violación de la norma prohibitiva o preceptiva por el hacer o comportamiento humano, un ejemplo de ella está regulado en el Artículo 123 del Código Penal.
- 2) La antijuricidad material: la antijuricidad material por el contrario, comprende el carácter dañino del acto materializado, la lesión o en la puesta en peligro de un bien jurídico.

El derecho penal no crea la antijuridicidad sino que se selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, culminándolos con una pena, normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho también es antijurídico, pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad.

Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico, de aquí se deduce que, en la práctica, la función del juicio de la antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación.



3.8. La culpabilidad y sus elementos

Para que exista una pena es necesario que exista la presencia de una tercera categoría, que debe encontrarse en todo hecho delictivo, que es la culpabilidad.

Quien actúa antijurídicamente realiza la figura del tipo atacando un bien jurídico penalmente protegido. Quien actúa culpablemente realiza un acto antijurídico pudiendo obrar de otro modo. Sin embargo como la capacidad de poder intervenir de un modo diferente a como se actuó es indispensable, se debe acudir a la experiencia y a la observación.

Lo que debe servir de base es lo fenomenológico, lo vivencial del hecho de que cualquier persona cuando tiene varias opciones, existe una capacidad de elección y esa capacidad es el presupuesto del actuar humano social y jurídicamente relevante.

De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela, indican que: "La culpabilidad no es un fenómeno individual, aislado, la culpabilidad debe verse con referencia a la sociedad, no sólo con referencia al autor del delito o del hecho delictivo como tipo y antijurídico sino una culpabilidad con referencia a los demás. De ello surge que la culpabilidad es un fenómeno social. Es el Estado entonces como representante de la sociedad, quien define lo que es culpable o inculpable. La culpabilidad tiene un fundamento sociológico, no psicológico como se concibió entre los partidarios del



causalismo entre quienes se encuentran los autores del Código Penal guatemalteco vigente".³¹

El concepto de la culpabilidad en su materialización hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal, Según Muñoz Conde: "lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal lo motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles, que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena".³²

La culpabilidad tiene elementos específicos, que son:

- a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad: se refiere a la capacidad de ser sujeto de derecho penal, ésto es, madurez tanto física como psíquica para poder motivarse conforme a la norma penal sin ellas no puede hablarse de culpabilidad.
- b) Conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido: Si el individuo puede conocer el contenido de las prohibiciones de la norma penal el individuo imputable puede motivarse, si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, tampoco puede atribuírsele a título culpabilidad.
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto: toda norma tiene un ámbito de exigencia fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna.

³¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. . Ob.Cit. Pág. 63

³² Muñoz Conde, . Ob.Cit. Pág. 199



3.9. La imputabilidad.

La imputabilidad es un tema que varios juristas lo ubican en la teoría general del delito y otros en el trato del delincuente. Específicamente, por considerar que la imputabilidad más que un concepto jurídico es un concepto psicológico que cobra vida en el agente llamado delincuente, actitud que a criterio asumido en el presente estudio está alejado de la realidad, por el contrario se está de acuerdo con quienes, sostienen que la imputabilidad es un elemento positivo de la infracción, pero que debe estudiarse dentro de la teoría general de delito. En consecuencia la imputabilidad asume el papel de un elemento positivo del delito con una marcada tendencia subjetiva por cuanto es el elemento previo más relevante de la culpabilidad ya que el sujeto activo del delito, antes de ser culpable tendrá necesariamente que ser imputable. El fundamento de la imputabilidad radica en la consecuencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas morales, que en última instancia van a determinar la salud mental y la madurez biológica que consecuentemente exige la legislación en materia penal o será considerado imputable el sujeto que reúna las características biopsíquicas, que requiere la ley para tener la capacidad de ser responsable de los hechos típicamente antijurídicos.

Mientras, la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación, legal, declarable jurisdiccionalmente por no haber motivo legal de exclusión o causas de inculpabilidad con relación al hecho cometido.



El Código Penal Guatemalteco Decreto 17-73, Título III, Capítulo I, Artículo 23, regula a cerca de las causas que eximen de la Responsabilidad Penal, y como causas contempla las siguientes:

No son imputables:

1. El menor de edad;
2. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea a causa de enfermedad mental, desarrollo psíquico completo o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salud que el trastorno mental transitorio haya buscado de propósito por el agente.

En el Artículo 25 del Código Penal Guatemalteco regula las causas de inculpabilidad, siendo estas:

1. El miedo invencible: (estado de necesidad disculpante), consiste en ejecutar el hecho por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.
2. Fuerza exterior, consiste en ejecutar el hecho violento por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.
3. Error (legítima defensa putativa), consiste en ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al supuesto riesgo.
4. Obediencia debida, ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien la haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:



- a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
 - b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la admite, y esté revestida de las formalidades legales,
 - c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.
5. Omisión justificada, quien incurre en alguna omisión hallándose impedida de actuar, por causa legítima e insuperable.

Circunstancias atenuantes o elementos accidentales del delito. El Artículo 26 regula:

Son circunstancias atenuantes:

1. Inferioridad psíquica
2. Excesos de causas de justificación
3. Estado emotivo
4. Arrepentimiento eficaz
5. Reparación de perjuicio
6. Preterintencionalidad
7. Presentación a la autoridad
8. Confesión espontánea
9. Ignorancia
10. Dificultad de prever
11. Provocación o amenaza
12. Vindicación de ofensa
13. Inculpabilidad incompleta
14. Atenuantes por analogía.



CAPÍTULO IV



4. La omisión, concepto.

El comportamiento humano tiene el ejercicio activo de la finalidad, y un aspecto pasivo constituido por la omisión, que puede ser también penalmente relevante. El derecho penal contiene también normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos, éstos constituyen los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de la acción mandada.

La omisión de una acción determinada, se da cuando el sujeto autor de la omisión está en condiciones de poder realizar una acción, y por tal razón si no existe tal posibilidad de acción, no puede hablarse de omisión. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión.

Muñoz Conde, en su libro teoría general del delito, señala que: "El derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos"³³

Acción y omisión son dos subclases independientes del comportamiento humano, susceptibles de ser regidas por la voluntad final.

³³ Muñoz Conde, Francisco. Ob.Cit. Pág.251



No solo la acción sino: "también la omisión originará la presencia de un delito o falta si se halla penado por la ley."³⁴

El planteamiento propuesto, que es compartido por la doctrina de Mir Puig, "ha de contener una consecuencia que a menudo se desconoce en derecho penal la presencia de una omisión no depende del carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura del tipo y de su significado como base de la infracción de una norma penal preceptiva, no podrá decidirse la existencia de una omisión en sentido del derecho penal antes de contemplar el tipo legal."³⁵

Muñoz Conde indica que: "El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante."³⁶ La conducta que sirve de base a la norma penal y que ésta regula puede consistir, pues, tanto en un hacer, como en un no hacer. Así, si la norma es prohibitiva, la conducta que la infrinja consistirá en una acción en sentido estricto, en un hacer (norma prohibitiva: no matar; conducta que la infringe: matar); pero si la norma es imperativa, la conducta que la infrinja consistirá en un no hacer la acción que la norma ordena (norma imperativa: socorre; conducta que la infringe: no socorrer).

Ciertamente muchos delitos, como por ejemplo el homicidio que, en principio se derivan de una norma prohibitiva "no matar", pueden ser realizados tanto por acción como por

³⁴ Mir Puig. Santiago. **Derecho Penal, parte general.** Pág. 251.

³⁵ Mir Puig. Santiago. **Ob.Cit.** Pág. 252.

³⁶ Muñoz Conde, **Ob.Cit.** Pág. 251.



omisión, pero en este último caso sólo puede ser hecho responsable por omisión el que tenga un especial deber de evitar el resultado, lo que demuestra una diferencia valorativa entre la acción y la omisión, que impide una equiparación entre ambas formas de comportamiento de forma general y absoluta.

La diferencia entre acción y omisión, en primer lugar es que la acción es una conducta humana con voluntad y depende de una finalidad, tiene los elementos de conocimiento, y voluntad y parte de tres teorías; la finalista, que le interesa la realización de la acción; la casualista le interesa el resultado, busca la culpabilidad, la social; y finalmente la expresión de personalidad que depende del criterio valorativo, de la norma de referencia que utilicemos para valorar la conducta humana.

En segundo lugar la omisión en sí misma no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí. Sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión: por ejemplo, un parálítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (voluntariedad, finalidad y causalidad deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Así, las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la



omisión. La posibilidad de acción es, por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción, como a la omisión.

De ahí que, la distinción no sea siempre fácil de hacer y haya que tener en cuenta siempre más la norma de referencia que la forma de manifestación misma de la conducta, que siempre está constituida de momentos activos y omisivos, también existe la diferencia entre ausencia de acción y omisión: en la ausencia de acción no hay conocimiento ni voluntad, en la omisión es dejar de hacer una obligación establecida en la ley que se tenía que realizar.

Acción y omisión no son, por tanto, dos formas ontológicamente distintas (A y B) del comportamiento humano, sino dos subclases independientes (A y no A) del comportamiento humano, susceptibles de ser regidas por la voluntad final.

Las legislaciones del siglo XVII, mantuvieron que los actos punibles comprendían las omisiones, a las que, en algunos casos, señalaban menor pena, pero, sin perjuicio de recordar tales antecedentes, hemos de reconocer que la omisión ha tenido un tratamiento relativamente reciente en la dogmática penal, con punto de partida en los estudios realizados en Alemania, los cuales mantienen que la estructura de la acción y de la omisión son como A y no-A, y en Francia, que se afirma que no hay posibilidad de reconocer la causalidad en la omisión, pues la nada no produce nada.

Sin embargo, pese a la denominación, no es, el carácter activo o pasivo de la conducta lo que distingue a ambas clases de tipos, sino su diferente estructura y su diverso



significado como base positiva del injusto. Y así, mientras los tipos de acción se cumplen si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, lo que no significa necesariamente pasividad, sino la realización de una actividad distinta a la prevista, de modo que el injusto del delito de acción consiste en hacer lo que la norma prohíbe, en tanto el injusto de la omisión estriba en hacer algo distinto a lo obligado por una norma preceptiva.

La fórmula clásica refleja una concepción que sitúa a acción y omisión en el mismo plano sistemático, sin embargo, los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. En el plano del ser, sólo hay procesos causales, algunos de los cuales reciben el nombre de acciones, éstas, al ser contempladas desde perspectivas normativas, pueden manifestarse como comisiones o como omisiones.

4.1. Distinción entre comisión y omisión.

Comisiones y omisiones se distinguen normativamente. Las primeras expresan injerencias en la esfera jurídica de terceros, lesiones de su autonomía. Las segundas expresan la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros y, por tanto, vulneran principios de solidaridad. La comisión por omisión es una situación compleja: es comisión y es omisión.

La distinción entre comisión y omisión se plantea en dos niveles. Por un lado, es una



distinción entre comisión pura y comisión por omisión. Por otro lado, es una distinción entre comisión activa y comisión por omisión.

Dentro de los delitos de omisión, se distinguen, los delitos de omisión propia, también llamados de omisión pura y delitos de omisión impropia. También denominados de comisión por omisión, a que antes nos referíamos.

La diferencia entre unos y otros delitos resulta discutida, suele partirse de la diferencia entre delitos formales o de simple actividad y delitos materiales o de resultado externo y así se entiende que la omisión propia es un delito de simple conducta o simple actividad, lo que algunos prefieren llamar, de simple inactividad, en tanto la comisión por omisión es un delito de resultado externo.

Resulta así que los delitos formales, se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley, y aunque, mediante la acción exigida, debe evitarse en último término, un resultado valorado objetivamente por el ordenamiento jurídico, el legislador no convierte la evitación del resultado en un deber para el omitente, ni tampoco, por tanto, la producción de un determinado resultado en elemento del tipo; por el contrario, en los delitos de omisión impropia, se impone a una determinada persona un deber de evitar el resultado, cuya producción pertenece al tipo y el que vulnera su deber de evitarlo, se ve castigado por la producción del resultado típico.

La diferencia entre unos y otros delitos en que los de omisión propia están expresamente tipificados en la ley, en tanto los de comisión por omisión son aquellos

creados por la jurisprudencia y la doctrina.



Sin embargo, a ello hay que oponer que, de tal modo, se desdibujará la diferencia material existente entre los delitos de omisión propia e impropia y se desconocería que también en la ley existen delitos de omisión impropia que deben tratarse de forma distinta de los delitos de omisión propia. En definitiva, puede afirmarse que, si bien los delitos de omisión pura han de estar expresamente tipificados en la ley.

En resumen, y antes de entrar en el estudio separado de la omisión propia y de la comisión por omisión, podemos partir de la idea de que en la primera el sujeto se limita a no intervenir ante un peligro ya existente para combatirlo, dejando que siga su curso y sin que responda del resultado; en tanto, en la segunda, la omisión del sujeto crea, desencadena o incrementa el peligro, de cuyo resultado responde.

4.2. La acción esperada.

La omisión penalmente relevante, es la omisión de la acción esperada. El delito omisivo consiste siempre en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar, consiste en la infracción de un deber jurídico. Éste se incumple al omitir el sujeto una acción mandada.

Muñoz Conde señala que: "La comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión. No siempre que podemos realizar una acción, como abofetear a



alguien, debemos realizarla. Omitir es un verbo transitivo, siempre se omite algo. La omisión penalmente relevante sólo puede ser, pues, la omisión de una acción esperada.”³⁷

De todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al ordenamiento jurídico-penal sólo le interesa aquella que espera que el sujeto haga: auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, etc., porque le impone el deber de realizarla.

El delito omisivo consiste siempre, por tanto, en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar. Por tanto, el delito de omisión es siempre, estructuralmente, un delito que consiste en la infracción de un deber, pero no de un deber social o moral, sino de un deber jurídico. En realidad, en el fondo de todo delito existe siempre una infracción de un deber, el deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión no matar, no hurtar, etcétera, pero lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y por lo tanto, esperada en el ordenamiento jurídico.

El deber puede ser un deber genérico, que incumbe a cualquier persona por el hecho mismo de la convivencia, ayudar a alguien en peligro, o un deber específico que sólo obliga a un determinado círculo de personas, funcionarios, médicos, etc. Pero, aun cuando exista infracción de un deber, si la lesión del bien jurídico se produce por una acción.

³⁷ Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte General*. Pág 256.

Por eso, la omisión penalmente relevante no puede ser comprendida en un plano exclusivamente ontológico y hay que referirse a las categorías de la tipicidad y la antijuricidad para comprender su esencia. Sin embargo, metodológicamente es correcto estudiarla en este lugar porque, desde el primer momento, hay que dejar sentado que la omisión es una forma del comportamiento humano que, igual que la acción en sentido estricto, sirve de base a todas las categorías de la teoría del delito.

Metodológicamente, es correcto estudiarlo ya que la omisión es una forma del comportamiento humano que sirve de base a todas las categorías de la teoría del delito.

El comportamiento humano, socialmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada acción en el Artículo 10 del Código Penal Guatemalteco, y que también podemos llamar comisión, y un no hacer algo, conducta pasiva, denominada omisión en el mismo artículo.

La acción y la omisión corresponden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva: No mataras el hecho de vulnerar supone un delito de acción; si es imperativa: auxiliarás, el quebrantarla implica un delito de omisión.

En los tiempos más remotos existió una idea bastante clara de los delitos de omisión, tanto en el antiguo oriente, como en el derecho hebráico, encontrándose algunas muestras en el derecho romano, como el caso, de castigar como falsificación de moneda el no impedir la misma. En España, las partidas castigaban con pena de muerte a los siervos y sirvientes que ven matar a sus señores o a los hijos de ellos y no



los socorren pudiéndolo hacer, pena que se impone, también, cuando, pudiendo ayudar al señor con sus manos, se limitan a dar voces para que otros los socorran, e incluso cuando el señor pretender quitarse la vida o matar a su mujer o a sus hijos.

Los glosadores y prácticos, más que elaborar el concepto de omisión, se preocuparon de diferenciarla o equipararla a los delitos de comisión, defendiendo la tesis de que el delito de omisión debía ser castigado con menos pena que las acciones delictivas, si bien algunos, sostenían que debía imponerse el mismo castigo a las omisiones que al delito comisivo, al menos en el homicidio.

4.3. Clases de omisión penalmente relevantes.

En derecho penal, el delito omisivo aparece de tres diferentes formas:

- a) Como delitos de omisión propia, se castiga la simple infracción de un deber de actuar.
- b) Como delitos de omisión y resultado, en los que la omisión vincula a un determinado resultado con el que se conecta casualmente.
- c) Como delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, en los que la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva.

Muñoz Conde indica: "La equiparación y equivalencia de la omisión, no mencionada expresamente en el tipo legal, a la acción en sentido estricto, descrita legalmente, debe realizarse con sumo cuidado si no se quiere lesionar el principio de legalidad y el

principio de intervención mínima, que impide equiparar con la misma sanción comportamientos cualitativamente diferentes.”³⁸



La acción o comisión, en cuanto a conducta activa, supone un movimiento corporal que produce en el mundo exterior un resultado, consistente en el peligro o lesión para un bien jurídico. Por consiguiente, delitos de acción o comisión serán todos los que en su descripción típica recojan un hacer del hombre, tanto cuando baste la simple actividad como cuando se exija la mencionada lesión.

La omisión propia o pura, en cuanto a conducta pasiva, consiste en no hacer lo que se esperaba que el sujeto hiciese. Esta expectativa de actuación la impone el ordenamiento jurídico, de modo que tales conductas omisivas vienen expresamente tipificadas por la ley, siendo supuestos claros en el Código Penal Guatemalteco los de omisión de auxilio del Artículo 156, o la omisión de denuncia del Artículo 457 del Código Penal Guatemalteco.

La omisión propia es, pues, un delito de mera conducta o de mera actividad o, como algunos prefieren llamarlo, de simple inactividad, por eso, el sujeto responde por su no actuar, pero no del evento lesivo que pueda sobrevenir, que es indiferente para la calificación de su conducta.

Así, en la omisión de auxilio, no influirá en la calificación el que la persona desamparada muera o no, y, en el primer caso, la muerte no originará responsabilidad.

³⁸ Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte General*. Pág. 255.



Partiendo de las ideas expuestas, los delitos de omisión propia o pura como tipos de simple conducta o simple actividad o de simple inactividad.

Ante ello se deben de considerar a los delitos de omisión propia o pura como tipos de simple conducta o simple actividad que se estructuran en los siguientes elementos, distinguiendo entre tipos dolosos e imprudentes así:

- A) Delitos propios de omisión dolosos
- B) Delitos de omisión impropios o de comisión por omisión.

4.4. Delitos propios de omisión dolosos

En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber actuar. Un ejemplo de este tipo de delitos es la omisión del deber de socorro. Muñoz Conde señala: "En él, el deber actuar surge en el plano objetivo de la presencia de una situación típica que exige una intervención."³⁹ La prestación de una intervención determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo injusto. En el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención. La imprudencia puede surgir de la negligencia en la apreciación de la situación típica o de las propias posibilidades de intervención, la realización del tipo de injusto no implica ni la antijuricidad ni la culpabilidad.

El tipo de estos delitos está constituido por los siguientes elementos:

- a) Concurrencia de la situación típica,

³⁹ Muñoz Conde, Ob.Cit. Pág. 255.



- b) Ausencia de acción exigida,
- c) Capacidad real de acción.

a) Concurrencia de la situación típica: la ley expresa cuál es la situación en la que se exige al sujeto que actúe. Por ejemplo encontrarse perdido o desamparado aún menor de 16 años, como nos dice el Código Penal Guatemalteco, Artículo 156.

Especial importancia de atipicidad reviste, en tales supuestos, como la teoría del riesgo, por virtud de la cual no puede exigirse una acción que aumente los riesgos para el sujeto o un tercero, que se considera causa de inexigibilidad y de justificación. En relación con el riesgo, tendría sentido la distinción que se hace entre acción esperada y acción exigida. Así, dice este autor, lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada, que el sujeto ha omitido realizar; y, porque no ha efectuado esta acción, que se esperaba de él, es por lo que es punible, en tanto dicha acción pueda exigírsele, de modo que la omisión es antijurídica sólo cuando existe una acción esperada.

b) Ausencia de acción exigida: igualmente descrita en el tipo, no significa, necesariamente, como ya hemos indicado, pasividad, en cuanto puede consistir en la realización de una conducta distinta. Así, en el Artículo 156 del Código Penal Guatemalteco, la no prestación del auxilio necesario según las circunstancias. Este elemento típico deja de darse también cuando se intenta realizar seriamente la acción prescrita pero no se consigue.



c) Capacidad real de acción: Ha de entenderse, no en sentido abstracto, sino en relación con el que omite la acción exigida. En este sentido, por un lado, a una posibilidad físico-objetiva, y, por otro, a una posibilidad subjetiva, con dos vertientes: De conocimiento de los medios y conocimiento del fin de la acción, Así, entre los elementos subjetivos, el sujeto habrá de saber que el menor de 10 años se encuentra desamparado y cómo remediar ese desamparo. Entre los elementos objetivos está la capacidad real de poner en acción tales medios o formas; como dice Gimbernat: "la doctrina dominante en la ciencia penal exige también como requisito conceptual de la omisión el que al sujeto le hubiera sido posible realizar la acción mandada, siempre tomando en cuenta que los presupuestos de esta posibilidad de acción solo pueden deducirse a partir del concepto final de acción."⁴⁰ Es ese sentido, lo que convierte en omisión a la no ejecución de una determinada acción es la capacidad de acción concreta referida a la acción ausente.

En sede de antijuridicidad, debe tenerse en cuenta que las causas de justificación previstas en el código son aplicables también a los delitos de omisión propia y su concurrencia dará lugar a la licitud del comportamiento.

Será precisa la imputabilidad del omítete para poderlo considerar culpable.

Asimismo, podrá darse la falta de conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, en este caso de comportamiento omisivo, lo que dará lugar a un error de mandato, equivalente al error de prohibición. Este error de mandato podrá ser también vencible o invencible.

⁴⁰ Gimbernat ordeig, *Introducción a la parte general del derecho*. Pág.216



Podrán darse las causas de exculpación vigentes para los delitos activos. Además, es frecuente que en los delitos de omisión propia existan cláusulas específicas de inexigibilidad del comportamiento que, si se dan, hacen no culpable la omisión. A ello responde la referencia, en el Artículo 156 del Código Penal Guatemalteco, a que el auxilio lo pueda hacer sin riesgo personal, si omite la acción para evitar ese riesgo personal, su conducta no podrá ser castigada, por no serle exigible la acción debida en tales circunstancias, siguiendo, en este punto, se estima que en tal caso nos encontramos ante una causa de justificación.

Ha de entenderse, no en abstracto, sino en relación con el que omite la acción exigida, de allí que se den dos posibilidades una posibilidad físico objetiva y una posibilidad subjetiva con dos vertientes así: conocimiento de los medios y conocimiento del fin de la acción.

El elemento subjetivo como anteriormente se ha expuesto, el sujeto habrá de saber que el menor de 10 años se encuentra desamparado y cómo remediar ése desamparo, en éste conocimiento habrá de tenerse en cuenta la doctrina del error.

En el elemento objetivo encontramos la capacidad real de poner en acción tales medios o formas, aquí hay que tomar en cuenta que la doctrina dominante en la ciencia penal exige también como requisito conceptual de la omisión el que al sujeto le hubiere sido posible realizar la acción mandada, siempre tomando en cuenta que los presupuestos de esta posibilidad de acción solo pueden deducirse a partir del concepto

final de acción. En ese sentido lo que convierte en omisión a la no ejecución de una determinada acción es la capacidad de acción concreta referida a la acción ausente.



4.5. Los delitos propios de omisión imprudentes

Dada la vigencia, en nuestro Código Penal, a través del Artículo 12, del principio de que los delitos imprudentes sólo se castigan cuando así lo diga expresamente la ley, sólo podemos verificar la presencia de delitos de omisión propia imprudente dentro del reducido elenco de los delitos imprudentes previstos en el Código Penal Guatemalteco. De hecho, el Código parte de la existencia de delitos de omisión imprudentes, cuando en el citado Artículo 12 se refiere tanto a acciones como a omisiones imprudentes. El peculado culposo del Artículo 446 y la evasión culposa del Artículo 472 podrían ser entendidos como delitos omisivos imprudentes.

Los elementos del tipo son los mismos que los de los delitos de omisión propia dolosa, con la salvedad de que, por inobservancia del cuidado debido, bien se desconoce la concurrencia de la situación típica o de los medios o formas de realizar la acción, es decir que no se tiene capacidad real para realizar la acción.

En la omisión impropia o comisión por omisión, mediante un no hacer lo que se estaba obligado a realizar, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa. El Código Penal Guatemalteco regula estos supuestos, en el Artículo 18.



El primer tema que surge en torno a estos delitos, es el de la existencia o no de causalidad, hipertrofiado por la doctrina alemana, que, más bien que clarificarlo ha venido a oscurecerlo, lo que ha dado lugar a que se considere estéril la discusión, que calificó como una de las más infructuosas que ha sostenido la ciencia penal.

Surge si, bajo el influjo del pensamiento naturalista, se entiende la causa en sentido físico-mecanicista, de modo que, entendida como nexo físico entre dos fenómenos, llega a afirmarse que la omisión es acausal; pero si se identifica la existencia de relación de causalidad con la posibilidad de aplicación de la fórmula de la conditio sine qua non (requisito indispensable), el problema se muestra paralelo respecto a la acción y a la omisión, designado con diversas expresiones, tales como: ha contribuido, dio lugar, ocasionó, resultó o causaron, llegando a afirmar la jurisprudencia española, que existió la debida relación de causalidad entre la omisión de sus obligaciones por parte del recurrente y el mal efectivo y concreto que por causa de él se produjo.

El segundo tema, pero de mayor importancia tiene la delimitación de los posibles sujetos activos. Así como en la omisión propia la concurrencia de la situación típica exige, generalmente por una razón de solidaridad humana, un determinado actuar a todos los que se encuentran ante la misma, en la comisión por omisión ha de determinarse por qué a una persona era exigible un determinado comportamiento y no a los demás, por qué se imputa el resultado a aquél y no a éstos.

Este elemento constituye, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 18 del Código, el componente característico de estas figuras, ha ciertos individuos que tienen una



situación social que les hace tener relaciones específicas con ciertos bienes jurídicos. Respecto los cuales les surgen deberes jurídicos especiales. Tales deberes se refieren no solamente a prohibiciones de actuar en contra de esos bienes. Sino también a mandatos de protegerlos, en otras palabras, están obligados a respetar el bien jurídico tutelado y, a su vez, obligados a impedir la violación de ese bien jurídico porque la posición social que se encuentran los obliga a la posición de garante del autor.

Para concretar quiénes son esas personas obligadas a actuar, la doctrina de la posición de garante o deber de garantía, según la cual el derecho exige en cada caso a una persona determinada que garantice que el resultado no se produzca a partir de esta formulación, surge el problema de determinar en virtud de qué criterios el derecho atribuye a una persona esa condición.

La doctrina tradicional, mantenida, la teoría formal del deber jurídico, que atiende a las fuentes formales, manteniendo que la posición de garante puede proceder de una disposición legal, de la previa aceptación, expresa o tácita, del sujeto, o de una conducta anterior; productora de una situación de peligro, es decir, la controvertida cuestión de la injerencia.

Con estos conceptos se pretende auxiliar al aplicador de la ley penal en su interpretación de la expresión deber jurídico de evitar contenida en el Artículo 18 del Código Penal Guatemalteco.

La posición de garante surgirá en virtud de una ley cuando, una norma jurídica ordena



a ciertos individuos una acción positiva en defensa de un bien jurídico; en este caso, afirma, el mandato de acción contenido en la ley está secundariamente contenido en la prohibición y se refiere a los sujetos de derecho que tienen jurídicamente a su cargo una tarea de protección, por ejemplo del Código Civil se deriva con facilidad que una posición de garante de los padres respecto a los hijos se ha criticado a esta posición que el aferrarse a un criterio legal es desconocer que hay muchas situaciones interpersonales no reconocidas por el orden jurídico, pero que también merecen un tratamiento jurídico penal equiparable, como, por ejemplo, el caso de los hijos no reconocidos por ser fruto de uniones de hecho.

La tercera variante de la teoría del deber jurídico formal es la basada en la injerencia, o creación previa por el autor de la situación de riesgo en la que se encuentra el bien jurídico. Estamos ante un actuar precedente peligroso que hace surgir en su creador un deber específico de evitar la producción del resultado en cuya probable aparición su comportamiento antecedente ha desempeñado un papel decisivo. Ahora bien, no todo actuar precedente con influencia en la probable aparición del resultado determina la adquisición de la posición de garante. Se ha de tratar de un actuar peligroso antijurídico, lo que supone que ha de haber sido realizado voluntariamente, entendiendo esta expresión como comprensiva de los casos de dolo e imprudencia.

La ilicitud del actuar peligroso deja fuera de consideración, en consecuencia, aquellos casos en los que la fuente de peligro no procede de un comportamiento antijurídico, como será la ocasión el automovilista que por caso fortuito atropellan a un ciclista y luego le abandona, muriendo éste.



Para corregir el defecto de lo anterior, que no se fija en el contenido del deber jurídico, la moderna doctrina suele aceptar la teoría de las funciones, que estima que la posición de garante ha de estimarse con criterio materiales, distinguiendo entre deberes que consisten en una función de protección de un determinado bien jurídico y una función de control de una fuente de peligro.

La perspectiva material muestra un camino de resolución de la problemática del garante sobre la base del sentido social de los distintos deberes, pero tampoco pueden perderse de vista las fuentes de las que éstos surgen, pues, de lo contrario, se abrirán las puertas al peligro de una excesiva extensión. De ahí que deba perseguirse la unión de los puntos de vista formales y materiales. Con esta idea, estudia los dos grandes grupos.

Así como en la omisión propia la concurrencia de la situación típica exige, generalmente por una razón de solidaridad humana, un determinado actuar a todos los que se encuentran ante la misma, en la comisión por omisión ha de determinarse por que a una persona era exigible un determinado comportamiento y no a los demás, porque se imputa el resultado a aquél y no a éstos.

A ciertos individuos que tiene una situación social que les hace tener relaciones específicas con ciertos bienes jurídicos, respecto a los cuales les surgen deberes jurídicos especiales. Tales deberes se refieren no solamente a prohibiciones de actuar en contra de esos bienes, sino también a mandatos de protegerlos. Siendo así tales autores están obligados a respetar el bien jurídico porque la posición social en que se

encuentran los obliga a salvaguardarlo. Son estas ideas las que dan las pautas para construir la posición de garante del autor.



Una problemática especial se presenta en los delitos llamados de comisión por omisión, o impropios de omisión, ya que en ellos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo.





CAPÍTULO V

5. La omisión como elemento fundamental de la teoría del delito.

Como se explicó en los capítulos anteriores se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir cuáles son las características que debe tener cualquier delito. Los elementos que son comunes a todos los delitos, se puede definir como la acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible. El derecho penal contiene también normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos, estos constituyen los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de la acción mandada.

La omisión es un elemento fundamental en la teoría del delito en virtud de que es una de las bases para que se den los demás elementos del mismo, como predicado de la conducta exteriorizada, puesto que si no existe este elemento no se cumplen los elementos necesarios para poderle imputar a una persona un resultado, como consecuencia de la omisión realizada.

A través de la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar se da origen a una serie concatenada de actos técnicos jurídicos que son los que provocan la intervención jurídico penal del Estado de Guatemala, por tanto, el delito de omisión es siempre, estructuralmente, un delito que consiste en la infracción de un deber jurídico, lo esencial en el delito de omisión es que



ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y por tanto, esperada en el ordenamiento jurídico.

5.1. Clases de omisión reguladas en el Código Penal Decreto 17-73.

Según De León Velasco y de Mata Vela, el derecho penal se: "define como un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas."⁴¹

Es importante señalar que el Código Penal, generalmente se ha dividido en dos partes, que coinciden también con la mayor parte de códigos penales del mundo, la primera la parte general y la segunda la parte especial.

De León Velasco y de Mata Vela señalan que la parte general es la que "se ocupa de las distintas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relativas al delito, el delincuente, a las penas y a las medidas de seguridad, tal es el caso del libro primero del código penal guatemalteco".⁴²

De León Velasco y Mata Vela indican que la parte especial "se ocupa de los ilícitos penales propiamente dichos, delitos y faltas, de las penas y medidas de seguridad que se an de aplicar a quienes lo cometen, tal es el caso del libro segundo y tercero de

⁴¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Ob.Cit.** Pág.6.

⁴² **Ibid.** Pág. 7.

nuestro código penal.⁴³



Artículo 18. Cambios de comisión. Quien omite impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiere producido.

El concepto del acto, que éste abarca tanto el hacer como el omitir. De esta doble y contrapuesta forma de actividad ha nacido una clasificación de las infracciones, objeto de polémica y largo estudio. Las primitivas categorías de delitos de acción y de omisión han sido completadas en el siglo XIX con los llamados en Alemania impropios delitos de omisión y en Francia delitos de comisión por omisión. Ahora, los penalistas aceptan como más certera la denominación francesa.

La omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva: no matarás, su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa: socorrerás, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión. Esto es de naturaleza absolutamente meridiana. Pero la claridad cesa cuando queremos discernir el fundamento punible de las omisiones y esclarecer el tema de su causalidad.

Edmundo Mezger emprende una nueva construcción que no deja de ser discutible, pero que es muy certera.

La clave de su sistema se halla en la acción esperada, cuyo antecedente (si bien no extrae de su idea las mismas consecuencias) se encuentra en Guillermo Sauer, que

⁴³Ibid. Pág.6.



habla de una realidad pensada. Mezger dice: lo que hace la omisión sea omisión es la acción esperada que el autor ha omitido emprender.

Porque no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, es por lo que es punible, siempre que sea acción esperada le sea exigible. Ahora bien: como sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta absolutamente correcto que ésta sólo se fundamente desde fuera externa, normativamente y que, por tanto, no el que omite, sino el que juzga, da existencia a la omisión.

Esto que escribe Mezger en orden a los propios delitos de omisión, delitos de omisión simple, es valedero, por tanto, con mayor motivo, para los delitos de omisión impropia, delitos de comisión por omisión, de cuyo asunto en particular nos ocuparemos al exponer la causalidad.

Recientemente se critica la opinión de Mezger y sobre todo la expresión acción esperada, por Drost, que considera infeliz esa frase y el contraste que se busca entre acción esperada y acción exigida, ya que la primera, aun correcta en el idioma normal, no lo es en el orden jurídico, donde sólo es correcta la segunda.

Intentar poner más claridad y amplitud en el tema sin desconocer el intento unitario. En algunos delitos de comisión por omisión, no debe haber distinguos por el modo de perpetrarlos. Así, en el clásico ejemplo de la madre que para dar muerte a su niño de pecho no le da de mamar, la infanticida, más que un delito de comisión por omisión, comete un delito francamente comisivo.



La ley no toma nota precisa de los medios con que se cometen homicidios o infanticidios. Igual se denomina asesinato la muerte alevosamente dada con un revólver que la que se causa con un cuchillo o una piedra.

Al derecho no le interesa de modo tan principal el medio usado. Lo mismo es infanticida por acción la muerte de un recién nacido dada por su madre con las manos apretadas en torno al débil cuello, que mediante la privación del alimento.

Por otra parte, en esta hora en que la solidaridad se impone, importa meditar si conviene abrir la esfera de los legítimos delitos de comisión por omisión. Acaso no deben considerarse tales únicamente los que se perpetran en quebrantamiento de un deber nacido de un contrato u otro género de obligación jurídica, sino los que surgen contra el deber moralmente exigido por la convivencia social. Quien al borde de un río, sin peligro para su persona, no arroja una cuerda o alarga su bastón a quien encuentra ahogándose; quien ve avanzar al precipicio a un ciego y no le detiene con sus voces o su brazo, debe considerarse reos de un homicidio de comisión por omisión.

Estos impropios delitos de omisión se caracterizarían porque no son equiparables a las acciones, en tanto que el caso antes dicho de la madre que no amamanta a su hijo, no tiene forma omisiva propia ni impropia, sino que es absolutamente equiparable a los delitos que se cometen por acción.

A continuación citaré algunos Artículos del Código Penal en los cuales se regulan omisiones puras y delitos propios de omisión imprudentes.



En el Artículo 156 del Código Penal se encuentra regulada la omisión pura ya que este artículo nos indica que si alguna persona omite auxiliar, a un menor de 10 años encontrado perdido o desamparado o una persona herida, inválida o amenazada de inminente peligro, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal, será sancionado con multa de 25 a 200 quetzales.

En el Artículo 298 del Código Penal se encuentra regulada la omisión de delitos propios dolosos, ya que existe la ausencia de la acción exigida, el artículo anteriormente citado establece que: el conductor, capitán, piloto o mecánico de ferrocarril, nave, aeronave o de cualquier otro medio de transporte público, que abandone su puesto antes del término de viaje respectivo, así mismo establece que si el hecho no constituye otro delito sancionado con mayor pena, será reprimido con prisión de un mes a un año y multa de 20,000 quetzales. Este Artículo garantiza la función del transporte

En el Artículo 421 del Código Penal, se regula la omisión pura ya que existe ausencia de acción exigida por el jefe o agente de policía o de cualquier fuerza pública de seguridad, que rehusare, omitiere o retarde, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente, la sanción de esta omisión es de prisión de uno a tres años.

El Artículo 457 del Código Penal regula delitos omisión pura en cuanto conducta pasiva, consiste en no hacer lo que se esperaba que el sujeto hiciese ya que indica que el funcionario o empleado público que, por razón de su cargo, tuviere conocimiento de



la omisión de un hecho calificado como delito de acción pública y a sabiendas, ~~omitiere~~ o retardare hacer la correspondiente denuncia a la autoridad judicial competente, la pena de la presente omisión será sancionado con multa de cien a un mil quetzales, en igual sanción incurrirá el particular que, estando legalmente obligado, dejare de denunciar.

El Artículo 469 del Código Penal establece que el juez, el representante del Ministerio Público o el funcionario, autoridad o agente de esta que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y procesamiento de los delincuentes en este artículo se regula un delito de comisión por omisión será sancionado con multa de cien a dos mil quetzales e inhabilitación especial de dos años.

En el Código Penal Guatemalteco se regulan omisiones de delitos propios de omisión dolosos y delitos de omisión imprudentes, así como delitos de comisión por omisión, ahora es importante el estudio de las omisiones que se regulan en códigos iberoamericanos.

5.2. Omisiones en los códigos iberoamericanos.

Primeramente, por haber sido el modelo de muchos códigos hispanoamericanos, a lo establecido por el Código Penal español. El Artículo primero dice que son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley. Se equiparan, pues, las unas a las otras.



La inmensa mayoría de los códigos de Iberoamérica enuncia también, en su sentido preciso, la acción y la omisión como formas de la conducta delictiva. Así acontece con los de Bolivia en el Artículo 1, en Chile en el Artículo 1, en Nicaragua en el Artículo 1 y 2, en Puerto Rico en los Artículos del 1 al 3 y en el Artículo 10, en El Salvador en el Artículo 1, en Honduras en el Artículo 1 y 2, en Paraguay Artículo 6 y 16, en Panamá en el Artículo 43, en Perú en el Artículo 3, en Venezuela en el Artículo 61, en México en el Artículo 7, en Uruguay en el Artículo 1 y 3, en la República de Cuba esta regulada en el Artículo 17 y 18, en Colombia se encuentra en el Artículo 11, en Ecuador (Artículo 11 y 15), Brasil (Artículo. 11) y Costa Rica (Artículo 18 y19). En casi todos estos Códigos se dice taxativamente acción y omisión, salvo en los de Bolivia, en que se habla de hacer y omitir; Panamá, en que se ha escrito hecho u omisión; Puerto Rico, que prefiere decir acto cometido u omitido.

El Código de la Argentina no se refiere en definiciones generales a acciones y omisiones; pero son bastantes los delitos de omisión que en la parte especial se configuraran.

No siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión a la acción respecto a un resultado prohibido y, por eso mismo, sigue siendo una de las cuestiones más discutidas en la Dogmática jurídico-penal descubrir el fundamento de esta equiparación y los límites de la misma.

Efectivamente, si en lugar de los ejemplos anteriores ponemos otros, rápidamente veremos que la cuestión no es tan fácil como a primera vista pudiera parecer.



Aunque en muchos de estos cabe ya una responsabilidad por la simple omisión, lo que aquí se plantea es si el sujeto que no actúa, deja hacer u omite, responde también de la muerte, la defraudación, el hurto o la agresión sexual.

La diferencia entre omisión y comisión por omisión es más que una cuestión técnica y compárense las penas allí previstas y luego inténtese fundamentar por qué dejar de socorrer a una persona puede ser una simple omisión del deber de socorro castigada con una pena de multa o, por el contrario, un delito de homicidio o incluso de asesinato castigado, un delito de homicidio o incluso de asesinato castigado con penas de prisión mucho más graves.

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderá cometidos por omisión cuando la no-evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación.

A tal efecto se equiparará la omisión legal a la acción:

- Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente



La equiparación entre acción y omisión, a los efectos de imputar a la omisión la producción de un determinado resultado. Se basa por un lado, en la equivalencia entre la omisión y la causación de un resultado, según el sentido del texto de la ley y por otro, en la existencia de un especial deber jurídico del autor de evitar el resultado, basado en la ley, el contrato o el riesgo para el bien jurídico protegido creado por el omitente.

Todo esto es lo que según el sentido del texto de la ley, al que alude el Artículo 11 del Código Penal Guatemalteco permite imputar un determinado resultado a una conducta puramente omisiva.

Lógicamente, en el ámbito del tipo subjetivo doloso se requiere que el sujeto tenga conocimiento de la situación típica, de la forma de evitar el resultado y de la posibilidad real que tiene de evitarlo.

A diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de comisión por omisión no basta, para imputar un resultado al sujeto de la omisión, con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo.

Por el contrario, es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión.



Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: posición de garante. Así que en los delitos de comisión por omisión, sujeto activo no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino sólo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo, los delitos de comisión por omisión son, pues, delitos especiales.

La principal dificultad con que tropezamos a la hora de establecer la posición de garante, es la no mención expresa de los deberes que la fundamentan en el tipo legal del delito comisivo, que sólo describe expresamente una acción positiva. De ahí que se formulen reparos de orden constitucional contra la figura de los delitos de comisión por omisión.

Para evitar objeciones de inconstitucionalidad por infracción del principio de legalidad de los delitos, el Artículo 11 del Código Penal propone, como indicadores de un especial deber jurídico de actuar, la ley, el contrato y el actuar precedente.

Esta relación hay que tomarla, sin embargo, en un sentido puramente indicativo, pues ya hace tiempo que la doctrina ha criticado esta reducción de las fuentes de la posición de garante a criterios puramente formales que no agotan otras posibilidades de fundamentación de la misma dentro del respeto que merece el principio de legalidad y el contenido material de los respectivos tipos delictivos.



En estos casos, la omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de ese resultado por omisión.

La razón de ello está en que un precepto legal, la asunción de una especie de deber contractual derivado del ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo.

Pero no siempre se puede fundamentar directamente en alguna de estas tres la posición de garante y, sin embargo, la más elemental sensibilidad jurídica dice que el sujeto que omite debe responder del resultado.

CONCLUSIONES



1. A través del presente estudio se pudo determinar que, el tema de la omisión como elemento fundamental en la teoría general del delito, pese a que es básico para la comprensión del derecho penal, el cual es de suma importancia ya que se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, no ha sido discutido de la manera que se merece en nuestro país.
2. Se determinó que en el ordenamiento jurídico vigente; Decreto 17-73, Código Penal, no se contempló el brindar un concepto de los elementos característicos del delito y esto es fundamental para una mejor comprensión y aplicación de la ley, únicamente se contemplaron las sanciones a imponer a las personas que con una acción u omisión, infringen las conductas preestablecidas.
3. Actualmente no se le ha dado énfasis a la omisión, como elemento fundamental de la teoría del delito así como de los elementos que lo conforman, porque el comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, como se pensaba en la antigüedad, sino que tiene un aspecto pasivo constituido por la omisión.
4. Se ha determinado a través del presente estudio, que no es posible establecer la presencia de un delito de omisión, sin que se cumpla de parte del sujeto activo, la omisión de una acción mandada y por tanto, esperada en el ordenamiento ya que la omisión es un delito que consiste en la infracción de un deber jurídico.



- 5) La omisión penalmente relevante no puede ser comprendida en un plano exclusivamente ontológico y hay que referirse a las categorías de la tipicidad y la antijuricidad para comprender su esencia, sin embargo, metodológicamente es correcto estudiarla en este lugar porque, desde el primer momento, hay que dejar sentado que la omisión es una forma del comportamiento humano que, igual que la acción en sentido estricto, sirve de base a todas las categorías de la teoría del delito.

RECOMENDACIONES



1. Que las universidades del país, especialmente la Universidad de San Carlos de Guatemala, en la Facultad de Derecho, a través de los cursos de derecho penal, se profundice el estudio de la omisión como elemento fundamental en la teoría general del delito, el cual es básico para la comprensión del derecho penal, y así pueda ser discutido de una mejor manera, tanto en la aulas, como por los profesionales.
2. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, a través de una reforma, al Decreto 17-73, Código Penal, legisle lo relativo al concepto de los elementos característicos del delito, ya que esta implementación, sería de gran utilidad para una mejor comprensión y aplicación de la ley penal.
3. Los juristas nacionales como internacionales deben, desarrollar un amplio estudio, de la teoría del delito, ya que es necesario para que al realizar un análisis de la estructura del delito y de los elementos que lo conforman, así como también de comportamiento humano, se tenga un concepto claro, especialmente de la omisión porque se agota con el ejercicio activo de la finalidad.
4. Es necesario que se incremente el estudio de la teoría del delito, por los juristas guatemaltecos ya que deben profundizar el estudio de la de omisión ya que es siempre, estructuralmente, un delito que consiste en la infracción de un deber jurídico y que lo esencial en el delito de omisión, es que el deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y esperada en el ordenamiento jurídico.



5. Es necesario que los docentes de la universidad hagan énfasis en que la omisión penalmente relevante no puede ser comprendida en un plano exclusivamente ontológico y hay que referirse a las categorías de la tipicidad y la antijuricidad para comprender su esencia, esto será de mucha utilidad para los estudiantes de derecho.

BIBLIOGRAFÍA



BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. 2a. ed.; San José, Costa Rica: Ed. Jurícentro, 1985.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal Guatemalteco, parte general y parte especial**. 11a. ed.; corregida y actualizada; Guatemala: Ed. F&G Editoriales, 1999.

GONZÁLEZ CAHUAPÉ-CASAUX. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. 2a. ed.; Madrid: Ed. Abellido Perrot, 1979.

JÁUGUERI, Hugo Roberto. **Apuntes de la teoría del delito**. 1a. ed.; Guatemala: Ed. Magna Terra Editoriales. S.A., 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general**. 1a. ed.; Barcelona: Ed. Promociones Publicaciones Universitarias. 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2a. ed.; Revisada y puesta al día conforme al código penal de 1995; Valencia: Ed. Tirant lo Banch, 1996.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminología**. 1ª. ed.; Granada: Ed. Porrúa, 1990.

VALENZUELA OLIVA, Wilfredo. **Derecho penal, parte general, delito y estado**. 1a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.

VON LISZT, Franz, **Tratado de derecho penal**. 3a. ed.; Madrid, España: Ed. Reus, S.A., 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Manual de derecho penal, parte general**. 6a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, 1991.

Legislación:

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



Código Penal Guatemalteco, Decreto Número 17-73 y sus reformas.

Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92 y sus reformas.

Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-89 y sus reformas.