

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



**LA INDEMNIZACIÓN CIVIL DERIVADA
DEL ACCESO CARNAL DELICTUOSO**

VILMA NOEMI VALENZUELA MOSCOSO

GUATEMALA, ABRIL DE 2011

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

LA INDEMNIZACIÓN CIVIL DERIVADA DEL ACCESO CARNAL DELICTUOSO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VILMA NOEMI VALENZUELA MOSCOSO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril de 2011

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



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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Lic. Crista Ruiz de Juárez
Vocal:	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt
Secretario	Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Vocal:	Lic. Rodolfo Giovani Célis López
Secretario:	Lic. Héctor David España Pinetta

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).

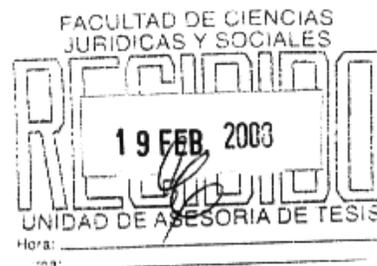


**LIC. MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO**

4ta.Calle 7-53 zona 09 Edificio Torre Azul 6to nivel Oficina 604
Ciudad de Guatemala C.A.
Tel. 23625826

Guatemala febrero 19 de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable licenciado:

En atención a la providencia de esa unidad de fecha 03 de febrero del año 2008, en el cual se me nombrare **ASESOR** de Tesis de la Bachiller **VILMA NOEMI VALENZUELA MOSCOSO**, quien se identifica con el número de Carné 9821997. Se le brindó la asesoría de su trabajo de tesis intitulada "**LA INDEMNIZACIÓN CIVIL DERIVADA DEL ACCESO CARNAL DELICTUOSO**"; en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

- a) La estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia civil y penal. En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, la estudiante manifestó sus capacidades en la investigación la cual contiene una exposición sobre lo relativo al daño moral al proyecto de vida derivado del acceso carnal delictuoso.
- b) Los métodos y técnicas utilizados en la investigación fueron los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.
- c) La contribución científica oscila en la recolección de información de diferentes leyes comparadas, que será legalmente hablando de gran apoyo a todas las personas que decidan proponer iniciativas de ley; abarcó las instituciones

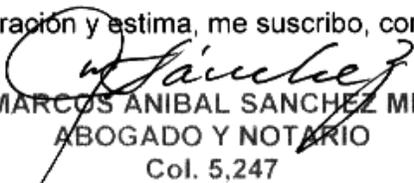


jurídicas relacionadas a los temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho y así cumplir con un aporte al derecho por su estudio analítico.

- d) La estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis, y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.
- e) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte importante para la solución del tema investigado y la utilización de la técnica de investigación bibliografía que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.
- f) En cuanto a las fuentes bibliográficas consultadas son suficientes y adecuadas para el desarrollo del tema ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros que hacen que el contenido del tema sea mas completo

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo de la bachiller **VILMA NOEMI VALENZUELA MOSCOSO**, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con las normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.


 LIC. MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
 ABOGADO Y NOTARIO
 Col. 5,247

MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
 ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) INGRID BETZABÉ ECHEVERRÍA PERMOUTH DE HERRERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante VILMA NOEMÍ VALENZUELA MOSCOSO, Intitulado: "LA INDEMNIZACIÓN CIVIL DERIVADA DEL ACCESO CARNAL DELICTUOSO".

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

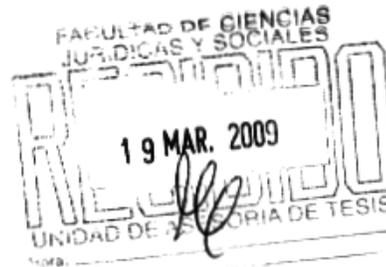
cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh

LICENCIADA INGRID BETZABE ECHEVERRIA PERMOUTH
ABOGADA Y NOTARIA
Col. 3,433
15 Av. 15-16 ZONA 01 CIUDAD DE GUATEMALA
TELÉFONO. 24118181- 53185273



Guatemala, marzo 19 de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

Me honra informarle que en cumplimiento de la resolución de esa unidad de fecha veintitres de febrero del presente año, por la cual se me otorga el nombramiento para **REVISAR** el trabajo de tesis de la Bachiller **VILMA NOEMI VALENZUELA MOSCOSO**, intitulado: "**LA INDEMNIZACIÓN CIVIL DERIVADA DEL ACCESO CARNAL DELICTUOSO**", procedí a la revisión del trabajo de tesis en referencia.

- a) Realice la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción; que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla. El tema está redactada de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, al igual la utilización de derecho comparado, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.
- b) En tal virtud el contenido de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado que el material es considerablemente actual y vanguardista,

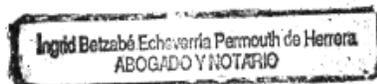


con lo cual la sustentante aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, por lo que pueden ser sometidos a su discusión y aprobación definitiva, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

- c) Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas. **Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas**, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario.
- d) En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la bachiller **VILMA NOEMI VALENZUELA MOSCOSO**, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que puede ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público.

LICENCIADA INGRID BETZABE ECHEVERRIA PERMOUTH
ABOGADA Y NOTARIA
Col. 3,433



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de marzo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante VILMA NOEMI VALENZUELA MOSCOSO, Titulado LA INDEMNIZACIÓN CIVIL DERIVADA DEL ACCESO CARNAL DELICTUOSO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO: Ser supremo que guía mi camino, fuente eterna de sabiduría, merecedor de toda honra, porque de Él, por Él y para Él son todas las cosas, por haberme concedido llegar a este momento culminante de mi formación y a quien mi triunfo pertenece.

A MIS PADRES: Mariano de Jesús Valenzuela González (Q.E.P.D.). Te pido un segundo en el paraíso donde te encuentras para que disfrutes este triunfo conmigo te lo dedico con todo mi corazón, Ángela Moscoso, por hacer posible este momento, su apoyo y esfuerzo incondicional a lo largo de mi vida *por el apoyo incondicional que hasta el día de hoy me ha brindado.

A MIS HERMANOS: Rony (Q.E.P.D.). Mario y Mandy. Por el apoyo incondicional que hasta el día de hoy me han brindado

A MIS TÍOS: Pedro Valenzuela y Cecilia Herrera de Valenzuela
Por su apoyo incondicional que siempre me han brindado y por ser una bendición en mi vida

A MIS SOBRINOS: Que mi triunfo les sirva de ejemplo.

A LOS LICENCIADOS: Licenciada Ingrid Johana Romero Escribá
Licenciado Augusto Valenzuela Herrera
Licenciado Carlos Rafael Rivera Oliva
Gracias de todo corazón, por sus consejos por enseñarme a luchar por mis sueños, mi eterna



gratitud, admiración y respeto, porque este triunfo que hoy alcanzo también es suyo

A MIS COMPAÑEROS:

De estudio, a quienes por razones de tiempo y espacio no puedo mencionarlos, gracias por compartir todos estos años de mi formación profesional.

A MIS AMIGOS:

Gracias por su apoyo y comprensión en los años transcurridos y por sembrar en mí, sabias enseñanzas.

A:

La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, centro de estudios donde realicé mis sueños y forjadora de los mejores profesionales en el país y en especial, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que hoy me honra con tan preciado galardón, a quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión por permitir que forme parte de su gloriosa historia.

A USTED:

Por su presencia.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho penal	1
1.1 Origen	1
1.1.1. La venganza privada	2
1.1.2. Ley de talión	3
1.1.3. Período teológico-político de la venganza divina	4
1.1.4. Período humanitario	4
1.1.5. Etapa científica	5
1.1.6. Época moderna	6
1.1.7. Antecedentes del derecho penal guatemalteco	7
1.2 Definición	13
1.3 Naturaleza jurídica	14
1.4 Principios del derecho penal	16
1.5 Escuelas	21
1.5.1. Escuela clásica	21
1.5.2. Escuela positiva	24
1.5.3. Escuelas intermedias	27
1.6. Finalidad	29

CAPÍTULO II

2. El delito	31
2.1 Origen	32
2.2 Definición	42
2.3 Elementos	47
2.4 Sujetos	58



2.4.1. Sujeto activo	58
2.4.2. Sujeto pasivo del delito	59
2.5. Clasificación	59
2.5.1. Por su gravedad	61
2.5.2. Por su estructura	61
2.5.3. Por su resultado.....	61
2.5.4. Por su ilicitud y motivaciones.....	62
2.5.5. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad	62
2.6. Participación	63
2.7. Regulación legal	68

CAPÍTULO III

3. La responsabilidad civil derivada del delito.....	73
3.1. Aspectos generales	71
3.2. Definición.....	71
3.3. Naturaleza jurídica.....	76
3.3.1. De naturaleza penal	77
3.3.2. Sui generis o mixto.....	78
3.3.3. De naturaleza civil.....	79
3.3.4. Desarrollo histórico.....	80
3.4. Elementos o requisitos para establecer la responsabilidad civil	82
3.4.1. El hecho ilícito (antijuricidad)	82
3.4.2. El daño causado.....	83
3.4.3. La relación de causalidad	85
3.4.4. Factores de atribución	85
3.4.5. Derechos que se garantizan con el ejercicio de la acción civil	86



CAPÍTULO IV

4. El acceso carnal delictuoso.....	89
4.1. Origen.....	89
4.2. Definición.....	90
4.3. Realidades sobre el ataque sexual.....	96
4.4. Resarcimiento.....	100

CAPÍTULO V

5. Análisis sobre el resarcimiento del daño moral.....	113
5.1. El daño moral.....	113
5.2. El daño y sus clasificaciones doctrinarias	115
5.2.1. Daño desde la perspectiva de la esfera personal de la víctima.....	115
5.2.2. Daño desde la perspectiva de la esfera patrimonial de la víctima.....	115
5.3. Requisitos del daño para ser indemnizado como tal.....	116
5.4. Indemnización derivada del acceso carnal delictuosa.....	119
CONCLUSIONES.....	121
RECOMENDACIONES.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	125



INTRODUCCIÓN

En pleno inicio del siglo XXI, época en la cual se suponen superadas todas las ideas retrogradadas que se oponían al imperio pleno de los derechos humanos y en donde los esfuerzos de las naciones por adecuar el contenido de su derecho interno al respeto de dichos derechos, ha debido ponerse de manifiesto, así como su empeño por respetar, cumplir y mantener en vigencia los contenidos de las distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos, ya no es concebible la existencia y vigencia de normas jurídicas contenidas dentro de la legislación ordinaria guatemalteca orientadas a restar o disminuir los derechos humanos reconocidos, tanto en la Constitución Política de la República como en los diversos tratados y convenios internacionales firmados y ratificados por Guatemala a nivel internacional, de ningún sector de la población, menos el del sector femenino el cual, dicho sea de paso, sufre actualmente importantes agravios y vejámenes en la sociedad.

Se estima que dicha norma jurídica desvalora la calidad de ser humano de la mujer, al vedársele la oportunidad de ser compensada por el hombre que, con uso de fuerza física, aprovecha su ventaja corpórea o la inexperiencia de la mujer por minoría de edad, que posteriormente da a luz producto de tal situación.

Para las organizaciones guatemaltecas de mujeres, ha sido una prioridad el impulso de reformas jurídicas debido a la vigencia de las normas discriminatorias y a la ausencia de instrumentos legales que les permitan a las habitantes femeninas del país el goce de sus derechos, especialmente a una vida libre de violencia, asimismo se han involucrado en procesos de fortalecimiento de la justicia, con el fin de que la violencia contra las mujeres, en sus diversas manifestaciones, no quede en la impunidad.

La acción cometida en la integridad física de la mujer abusada, irrumpe en lo que actualmente se ha denominado dentro del derecho como el proyecto de vida, el cual se trata de una potencialidad que permite decidir, elegir después de valorar, entre muchas



posibilidades de vida, aquello que precisamente se llama proyecto de vida o proyecto existencial.

El objetivo general fue establecer cuáles son las principales causas por las que el sector femenino sufre de la acción de acceso carnal en forma delictuosa y la vinculación directa de la norma con el tipo penal correspondiente; y los específicos fueron: Establecer de acuerdo con las convenciones internacionales; en materia de derechos humanos y ratificadas por Guatemala, la orientación que con respecto a la indemnización por daño moral causado a la madre corresponde y definir el tipo de indemnización a que tiene derecho la madre.

Se puede indicar al respecto que se logró comprobar la hipótesis planteada en cuanto que la madre que ha sufrido acceso carnal delictuoso posee la facultad, de acuerdo con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de ser indemnizada sin importar cuál sea su condición económica, cultural y social. Para el desarrollo del trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación: el analítico y sintético, inductivo, deductivo; y, como técnicas de investigación, la documental y la científica jurídica

La presente investigación, se distribuye en cinco capítulos, los cuales se describen brevemente a continuación: en el capítulo uno, se hace referencia al derecho penal, origen, su definición, la naturaleza jurídica, los principios, las escuelas, así como a la finalidad del derecho penal; en el capítulo dos, se indica lo relacionado al delito, su origen, algunas definiciones, los elementos, los sujetos y su respectiva clasificación; en el capítulo tres, se hace referencia a la responsabilidad civil derivada del delito, iniciando con los aspectos generales, su definición, naturaleza jurídica y los elementos o requisitos para establecer la responsabilidad civil; el capítulo cuatro contiene los aspectos relativos al acceso carnal delictuoso, el origen, su definición, las realidades sobre el ataque sexual, y el resarcimiento; en el quinto capítulo se hace referencia al análisis sobre el resarcimiento del daño moral causado a la víctima, el daño desde la esfera personal y patrimonial de la víctima.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

“Es la rama del derecho que establece y regula el castigo de los crímenes o delitos, a través de la imposición de ciertas penas. El principal objetivo del derecho penal es promover el respeto a los bienes jurídicos. Por esto, prohíbe las conductas que, están dirigidas a lesionar o poner en peligro un bien jurídico.”¹

1.1. Origen

“En la época primitiva, anterior a la organización de los pueblos en ciudades-estados, estados o imperios, no se podía hablar propiamente de la existencia de un derecho penal, pero sí existía la venganza, siendo ésta algo parecido a la pena y que cumplía su función.”²

La venganza debió ser la primera manifestación de la justicia penal, teniendo la pena un sentido individualista. La venganza también se puede visualizar, no sólo como una manifestación o equivalente de la pena, sino como una guerra entre grupos sociales, siendo éstos organismos políticos primarios dotados de un rudimentario sistema de prohibiciones y sanciones.

¹ Diccionario Ilustrado Pequeño Larousse. Pág. 319.

² Binder, Alberto Martín. **Política criminal, derecho penal y sociedad democrática, Guatemala.** Pág. 15.



Pero esta venganza, ya sea individual o realizada por un grupo familiar contra otro, puede considerarse como una auténtica forma de reacción propiamente penal, ya que ostenta un carácter puramente personal o familiar, permaneciendo el resto de la sociedad indiferente a ella. Sólo cuando la sociedad se pronuncia a favor del vengador, se pone de su parte y le ayuda, reconociendo la legitimidad de su reacción, es cuando ya se puede hablar de la venganza equivalente de la pena.

La venganza dio lugar a sangrientos enfrentamientos y al exterminio de numerosas familias. Para evitar este mal, surgió una institución, a primera vista cruel y bárbara, pero que supuso un considerable avance estableciendo límites a la venganza: El Talión. En virtud del muy conocido principio ojo por ojo, diente por diente, o principio talional, no podía responderse a la ofensa con un mal superior al inferido a la víctima.

Otra importante limitación al primitivo sistema de la venganza fue la composición, calificada como el primer progreso en área punitiva, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y su familia el derecho de venganza mediante el pago de una cantidad. La enardecida venganza de sangre entre las tribus, se concilia, la reconciliación, basada sobre la reparación en metálico a la tribu ofendida, negociada primero, se convierte después en obligatoria. Así nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena: el sistema de composición.

1.1.1. La venganza privada

Para el doctor Soler Sebastian, manifiesta que “la idea de la venganza, es un movimiento natural y por mucho tiempo se consideró esta idea no sólo como natural,



sino como legítima y necesaria. La venganza privada, era realizada de familia a familia de tribu a tribu, de clan a clan, por lo que se afirma que la responsabilidad penal, antes que individual, fue social, y por lo tanto este período se caracteriza por que la acción penalizadora no se ejerce como función política del Estado, sino que el ofensor es víctima de una reacción desorbitada y sin medida, sin que la sociedad como organización política intervenga para nada. Es una reacción punitiva entre el ofendido y el ofensor, o entre un grupo familiar y el ofensor.”³

1.1.2. Ley del talión

Al final de la primera edad de piedra, paleolítico, nace un orden fundado en principios que se concretó en la ley del Talión, la cual, al no permitir hacerle al ofensor mayor mal que el que había causado, constituye un avance en las instituciones represivas. De esta ley se desconoce el lugar y tiempo exacto de su nacimiento.

La ley del Talión reza así: alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, llaga por llaga, cardenal por cardenal esto es, tal pena cual delito que es lo que significa la palabra Talión.

Esta ley se encontraba escrita en el Código Hammurabi, 1927 a 2000 años antes de Cristo y con mayor desarrollo y perfección en algunas legislaciones antiguas, tales como la hebrea, la griega y la romana.

La aplicación de ésta ley creó grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos de lasciva, contra la propiedad o

³ Soler, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Pág. 66.



contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.

1.1.3. Período teológico-político de la venganza divina

La autoridad pública toma para sí el encargo de sancionar las ofensas al derecho; pero ya éstas no la son solamente contra la víctima de la infracción, sino que como esa autoridad se presentaba con calidad de representante de la divinidad, se las estimaba dirigidas contra ella, es por eso que los actos menos graves eran considerados como turbadores del orden público y religioso y como tales castigados con penas rigurosas, con suplicios desatinados a apaciguar la divinidad o la autoridad ofendida. Se colmaba no sólo de dolor y sufrimiento al ofensor, sino de terror a los que en el futuro intentaran faltar al derecho.

Se castigaba con muerte por medio del fuego la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el sacrilegio; la brujería y la posesión demoníaca. La penalidad europea desde la antigüedad hasta fines del siglo XVIII, se basaba en la idea de la venganza social y de la intimación.

En este período es notoria la concepción mágica y divina de los fenómenos naturales y de la vida en general.

1.1.4. Período humanitario

El tratadista Beccaria Cesar, manifiesta que “se le atribuye a la iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas, la excesiva crueldad de la época de la venganza



pública dió como resultado un movimiento humanizador, no sólo de la pena sino del procedimiento penal, comienza a fines del Siglo XVIII, con la corriente intelectual del iluminismo, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue César Bonessana (el Marqués de Beccaria, en su obra de los delitos y las penas).⁴

Continua manifestando Beccaria Cesar, que “se pronunció abiertamente contra el tormento, el fin de la pena no era atormentar, el fin es impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. A demás ha dicho que tiene el mérito de haber cerrado la Época Antigua del derecho penal y abrir la denominada Época de la edad de oro del drecho penal.”⁵

1.1.5. Etapa científica

Manifienta el tratadista argentino Von Beling, Ernesto que, “con Inició de la obra de el Marqués de Beccaria y subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el aparecimiento de la escuela positiva. La labor de sistematización que realizaron Francesco Carrera y los demás protagonistas de la Escuela Clásica, llevaron a considerar al derecho penal como una disciplina única, general e independiente cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico”⁶.

Luego de la Escuela Clásica, aparece la escuela positiva del derecho penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri considera que el derecho penal,

⁴ Beccaria, Cesar. **De los delitos y de las penas**. Pág. 31.

⁵ **Ibid.**

⁶ Von Beling, Ernesto. **Esquema del derecho penal**. Pág. 62.



debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose para su estudio de métodos positivistas o experimentales. En este período el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales, se deja de considerar el delito como una entidad jurídica, para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente, la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social, luego de esta etapa surge el derecho penal autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios, cuya principal característica era proteger al Estado, por lo cual los delitos de tipo político fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.

1.1.6. Época moderna

El tratadista Heinrich Jescheck, Hans argumenta que actualmente, existe unicidad de criterio de toda la doctrina en cuanto a que el derecho penal “es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminológica, que tienen el mismo objeto de estudio, lo hacen desde un punto de vista antropológico y sociológico.”⁷

Los períodos que comprenden la evolución de las ideas penales, y de las cuales se puede iniciar destacando que a lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos.

⁷ Heinrich Jescheck, Hans. **Tratado de derecho penal**. Pág. 89.



Y sobre la evolución de las ideas penales, y por consiguiente, de la historia del derecho penal, se debe mencionar que los estudiosos de la materia agrupan en cuatro períodos las tendencias que son:

- a) La venganza privada,
- b) La venganza divina,
- c) La venganza pública, y
- d) El período humanitario.

Hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos denominada científica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.

1.1.7. Antecedentes del derecho penal guatemalteco

En la historia jurídica guatemalteca, se puede contar la promulgación de 5 códigos penales hasta la presente fecha. El primero se promulgó en el año de 1834 durante el gobierno del Doctor Mariano Gálvez, el segundo en el año de 1877 durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios, el tercero en el año de 1887, durante el gobierno del General Manuel Lizandro Barillas; el cuarto, en el año de 1936, durante el gobierno del General Jorge Ubico; y el quinto entró en vigencia el 15 de septiembre de 1973, durante el gobierno del General Carlos Arana Osorio.



a) Época precolombina

Se penaban delitos como:

1. Traición,
2. Contrabando,
3. Hurto,
4. Adulterio.

Con penas como:

1. Azotes,
2. Marcas,
3. Mutilaciones o,
4. Trabajos forzados

En esta época la pena de muerte, se cambió por la de esclavitud perpetúa o temporal.

Las legislaciones de esta época eran:

1. Reales cédulas
2. Leyes de Indias



Instituciones:

1. Audiencia de los confines,
2. Capitanías Generales,
3. Gobernadores.

b) Época colonial

Fué un ordenamiento represivo y cruel, los delitos se penaban con la esclavitud incluyendo a mujeres y niños, ésta podía ser perpetúa o temporal; generalmente se conmutaba la pena de muerte por la esclavitud.

Penas corporales:

1. Mutilaciones corporales
2. Azotes
3. Marca con hierro candente
4. Trabajos forzados en las minas

Legislación:

En 1530 se dictaron las Reales Cédulas que impusieron limitaciones a los conquistadores y esclavistas, desde entonces se prohibió someter a servir a mujeres y niños menores de 14 años, aún tratándose de rehenes por motivo de guerra.



En 1542, se promulgaron las Leyes Nuevas, que abolieron la esclavitud de los indios. Las Leyes de Indias fueron el principal ordenamiento jurídico aplicado a la colonia, se integraba por nueve libros.

En este ordenamiento se estableció que los indios eran hombres libres y vasallos de la corona, pero en la práctica y en la realidad resultaron ser lo contrario; una clase dirigente era dueña del poder político y económico. El derecho concedido a los indígenas para disfrutar toda clase de bienes en igualdad de estado con los españoles, fué abolido por los intereses de los gobernantes.

La administración de justicia durante la colonia, estuvo a cargo de las Instituciones: del Consejo Supremo de Indias, que era el sumo gobernador y supremo juez de América Española. Este órgano realizó una importante labor legislativa y administrativa y se integró con los ex virreyes, ex gobernadores y ex oidores.

Otros órganos importantes fueron:

1. Las Capitanías Generales
2. Las Gobernaciones
3. Los Ayuntamientos y
4. Los Corregimientos



c) Época posterior a la Independencia

Al independizarse Guatemala de España, en nada se modificó la legislación penal vigente en Guatemala, porque se continuaron aplicando los ordenamientos penales de la potencia colonizadora.

El primer intento de reformar ese estado de cosas, se dió el 24 de junio de 1834, durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, fecha en la cual se ordenó la promulgación del Código de Livingston, por haber sido tomado y traducido al español de la compilación legislativa y que en 1821, redactó para el Estado de Louisiana, Estados Unidos el doctor Edward Livingston. El traductor fué don José Francisco Barrundia. El Código de Livingston introdujo 2 reformas importantes:

1. El sistema penitenciario que hacía de la cárcel un taller, donde el trabajo era el principal medio de redención;
2. El juicio por jurados, que independizaba la administración de justicia de la tutela de los jueces.

El general Justo Rufino Barrios acordó nombrar el 26 de junio de 1875, una comisión que se encargara de redactar los nuevos códigos para la administración de justicia en Guatemala.

Casi a los dos años de integrada la comisión ésta rindió el informe de sus actividades y mandaron a publicar los nuevos códigos penal y de procedimientos penales, para la



República de Guatemala. El ordenamiento sustantivo penal fué calificado con el nombre de Código del 1977.

El 15 de febrero de 1889, se promulgó un nuevo Código Penal por Decreto Número 419, dictado por el presidente de la República, General Manuel Lisandro Barillas. Este Código fué aprobado por el Decreto número 48 de la Asamblea Nacional legislativa, de fecha 29 de abril de 1889. En este Código el principal avance consistió en la supresión del sistema de penas compuestas para dejarlas fijas a cada delito, sin diversos extremos, para el caso de faltar circunstancias atenuantes o agravantes.

En 1936, se designó a los abogados Manuel Zeceña Beteta y Manuel Marroquín, para que redactaran la legislación penal que se conoce como Código del 36, que entró en vigor el 25 de mayo de 1936 según Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de Guatemala. El criterio de varios penalistas guatemaltecos, es que la tendencia que siguió el Código penal del 36, fue la de la escuela clásica.

Este Código, fué reformado por varios Decretos presidenciales y Decretos del Congreso, los cuales trataron de darle un impulso decisivo al derecho penal, pero lamentablemente la experiencia ha demostrado que casi la totalidad de ellos además, de haberse dictado en forma casuística, no llenaron las finalidades para las que se les decretó, razones que explican la copiosa emisión de disposiciones legislativas entre 1936 y 1973, lapso durante el cual rigió el Código del 36 que fué abrogado por el Decreto Número 17-73, actualmente en vigencia.



1.2. Definición

el jurista argentino Zaffaroni Eugenio, Raúl sostiene que “el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.”⁸

Mientras que Sebastián Soler, señala que “el derecho penal, es la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva.”⁹

Para Von Liszt, citado por Mir Puig es el “conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia.”¹⁰

El tratadista, Jiménez de Asúa Luis, define al derecho penal como “el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”¹¹

El tratadista, Fontán Balestra, Carlos, señala, que derecho penal es “la rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción.”¹²

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal, parte general.** Pág. 52.

⁹ Soler, Sebastián. **Derecho penal argentino.** Pág. 3.

¹⁰ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal.** Pág. 50.

¹¹ Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal.** Pág. 2.

¹² Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal.** Pág. 21.



Cuando se habla de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados según a qué el mismo se esté refiriendo. De tal modo podemos mencionar una clasificación preliminar tal como: derecho penal sustantivo y, por otro lado, el derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de ellos está constituido por lo que generalmente se conoce como Código Penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el Estado estableciendo los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal penal, es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas.

1.3. Naturaleza jurídica

Cuando se busca sobre la naturaleza jurídica del derecho penal, y se trata de investigar el lugar donde ésta nace y la ubicación que tiene dentro de las disciplinas jurídicas, y así cabe preguntarse: si pertenece al derecho privado, al derecho público o si pertenece al derecho social, que son los tres escaños en que se le ha tratado de ubicar.

El hecho que algunas normas de tipo penal o procesal penal, puedan dar cierta intervención a los particulares en la sustanciación del proceso o en la iniciación del mismo por la clase de delito que se trate (instancia de parte interesada para ser delito privado, el perdón del ofendido y el sobreseimiento del proceso en ciertos delitos privados), no es ninguna justificación válida para pretender situar al derecho penal dentro del derecho privado; la venganza como forma de reprimir el delito, dejando a los particulares hacer su propia justicia, ha sido formalmente desterrada del derecho penal



moderno, y si bien es cierto que aún pueden darse algunos casos, esto no sólo es ilegal sino absurdo en una sociedad civilizada y jurídicamente organizada, donde solamente al Estado corresponde determinar los delitos y establecer las penas o medidas de seguridad.

La intervención de los particulares en la ejecución de la pena, es en los libros tan sólo un recuerdo histórico de las formas primitivas de castigar.

Los tratadistas, De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Carlos Aníbal, refieren lo siguiente: “algunos tratadistas, en época reciente y amparados por las novedosas corrientes de la defensa social contra el delito, han pretendido ubicar al derecho penal dentro del derecho social, como el derecho de trabajo y el derecho agrario, sin embargo, tampoco se ha tenido éxito. El derecho penal, es una rama del derecho público interno que tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos y Sociales); la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que sólo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito, genera una relación directa entre infractor y el Estado que es el único titular del poder punitivo, en tal sentido, se considera que el derecho penal sigue siendo de naturaleza jurídica pública.”¹³

Es necesario indicar, que la relacionada distinción entre derecho público y derecho privado, es en la actualidad, puramente preferencial, pues en la práctica, hay muchas

¹³ Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 46.



actividades del derecho privado que se ven inmersas en el derecho público y viceversa, al extremo que se piensa que la gran polaridad entre lo público y lo privado.

1.4. Principios del derecho penal

Desde los tiempos en que el derecho penal fue tomando su conformación como ciencia de carácter jurídico y se fueron elaborando las principales instituciones que como el delito, la pena y el sujeto delinciente, forman parte integrante del objetivo de esa disciplina, así también, se fueron elaborando los principios básicos, tanto de aplicación de la norma jurídica penal como de la configuración de los diferentes tipos que encierran en su estructura las conductas que pueden determinarse dentro de lo ilícito penal.

Tanto las Instituciones fundamentales del derecho penal, como los principios en los cuáles se sustenta, su validez temporal y espacial, han ido cambiando o transformándose como advenimiento de las escuelas de derecho penal y con las diferentes formas o modos de producción, porque no se debe perder de vista que las escuelas del derecho penal representan en cada caso el fundamento del orden jurídico vigente, que como medida política, se desprende del orden económico.

a) Principio de legalidad

El principio de legalidad es considerado como “la piedra angular del sistema jurídico penal y comprendido como la garantía mediante la cual ninguna persona podrá ser penada por hechos que no estén calificados como delitos o faltas por ley anterior a su perpetración, tiene una validez meramente formal en relación a las faltas, este principio



es violado constantemente tanto por la descripción genérica de los diversos tipos de delitos o faltas, como por la descripción confusa y extensiva de los propios preceptos legales.”¹⁴

El Código Penal, tratándose de una garantía de carácter constitucional y de ejercicio legítimo del derecho de defensa debe realizarse no desde un punto de vista restrictivo, sino por el contrario su interpretación debe hacerse con carácter extensivo con el fin de que los ciudadanos guatemaltecos se encuentren protegidos contra las constantes violaciones que comúnmente se verifiquen con abuso de poder por parte de los funcionarios encargados de la aplicación de la función Jurisdiccional de tal manera que el principio de legalidad no se encuentra restringido en su contenido, en la exigencia de que para que una persona pueda ser juzgada y sancionada, debe existir previamente una norma penal que califique la conducta como delito.

Ya que este requisito en un Código de carácter violento como el guatemalteco se cumple con suma facilidad con el fin de ubicar al estado dentro del régimen aparente de derecho y así se puede observar fácilmente que la mayoría de las conductas que el estado considera como dañosas a su estructura económica, política y social se encuentran reguladas como delito dentro del Código Penal; el principio de legalidad como eje fundamental de la estructura penal, debe interpretarse con un criterio más amplio y dirigirse en una forma lógica a la descripción de los tipos o conductas ilícitas y a su juzgamiento.

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 55.



El tratadista Cabanellas Guillermo, lo define como: “Como el primer instante del ser, de la existencia de la vida, razón, fundamento, origen.”¹⁵

b) Principio de tipicidad

Según el autor argentino, Jiménez Asúa, Luís, “Inicialmente al surgir las primeras teorías criminales, con la escuela clásica del derecho, se planteó como pilar fundamental de la nueva ciencia el principio de legalidad; sin embargo mientras más se fue perfeccionando la ciencia jurídica y se fueron descubriendo nuevos elementos que caracterizaban las conductas ilícitas, la teoría general del delito incorporó en su seno nuevas instituciones que definían la nueva configuración penal; de esta manera surgieron al conocimiento tanto de los teóricos, como de las leyes penales, nuevos parámetros que distinguían los actos ejecutivos de carácter material que producían un resultado de daño o de peligro y que eran indispensables para que la conducta observada por el sujeto pudiera ser objeto de sanción.”¹⁶

Entre estos elementos integrantes de la nueva teoría, aparece el llamado principio de tipicidad cuyo creador principal fue el autor alemán Binding, quien explicó su contenido de la siguiente forma: “Así como el principio de legalidad determina que una conducta incriminatoria penal para ser sancionada merece estar previamente calificada en la ley como delito, el principio de tipicidad, consiste en que esa conducta ilícita penal debe ser descrita dentro del Código en una forma adecuada, que permita la incorporación de la conducta social dentro de la hipótesis contenida en la norma jurídica, y en

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 382.

¹⁶ Jiménez Asúa, Luís. **Tratado de derecho penal**. Pág.123.



consecuencia cuando el precepto penal recoge en su descripción tanto los supuestos sociales como los elementos constitutivos de carácter jurídico de la conducta, es cuando se cumple en su totalidad las garantías de juzgamiento y sanción del delincuente.”¹⁷

De tal manera, considerando que tanto el principio de legalidad como el principio de tipicidad, no son instituciones cuyo contenido se contraponen, tal como lo han considerado algunos autores, por el contrario la legalidad origina la hipótesis o marco teórico del contenido del derecho penal y la tipicidad desarrolla esa hipótesis dentro del ordenamiento jurídico, describiendo taxativamente las conductas que el Estado considera como reprobables y que deben ser sancionadas ya sea como delitos o como faltas; de tal forma que en estricta interpretación legal los tipos que contengan descripciones relacionadas con incriminaciones penales, sean delitos o faltas, deben estar debidamente fundamentadas en el principio de tipicidad; la descripción de los preceptos deben ser de tal forma que sin lugar a dudas expresamente se determine la existencia de la conducta ilícita con todos sus elementos integrantes, con el fin de evitar que la confusión, o la tergiversación de términos o instituciones permitan que cualquier conducta se incorpore en el precepto.

a) El principio de exclusión de la analogía

Continua manifestando González Cauhapé-Cazaux Eduardo, que la teoría positivista tradicional se le considera como “un principio accesorio al de legalidad, tomado en el sentido de que los tribunales, como los encargados de la aplicación sustantiva y

¹⁷ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Pág. 39.



procesal, no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones que no se encuentren expresamente determinadas en una norma jurídica quiero decir, con esto que la exclusión de la analogía debe tomarse en un sentido amplio y no restringido y en esta forma tanto se prohíbe la creación de tipos (tipicidad) como la aplicación de sanciones no previstas en una norma legal, (aplicación jurisdiccional); en este orden de ideas considero como explique al referirme a la violación del principio de prohibición de analogía, dentro de la parte general del Código, que tal vez con mayor violencia e indeterminación se atenta en el libro tercero contra este principio, ya que si bien por un lado se trata de infracciones penales de menor gravedad no por este motivo se debió dejar de observar se deja totalmente librada a la voluntad del juzgador su calificación y en consecuencia se permite que pueda crear figuras tipo de contravenciones ya que las normas no se encuentran redactadas en una forma concreta sino que se utilizan términos que permiten diversas ubicaciones de la conducta de las personas, tal por ejemplo el caso de la regulada en el Artículo 489 numeral 7 del Código Penal (faltas contra las buenas costumbres) o la regulada en el Artículo 496 numeral 8 del Código Penal (faltas contra el orden público).”¹⁸

Por otra parte también al permitirse en los principios generales de las faltas (Artículo 480), la aplicación de medidas de seguridad, se crean sanciones indeterminadas en relación a su naturaleza jurídica, que es la otra cara de la medalla que se involucra en el principio de exclusión por analogía.

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 18.



La tipicidad es aquella cuando la acción humana viola una norma, sino además debe reunir otros elementos de encuadre en algunas de las figuras que establece el Código Penal, o, en leyes especiales. El letrado Jiménez de Asúa define la tipicidad como “la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando detalles innecesarios para la determinación del hecho que se cataloga en la ley como delito.”¹⁹

1.5. Escuelas

Las escuelas del derecho penal, son un conjunto de doctrinas y principios que a través de un método tienen por objeto investigar la filosofía del derecho de penar, la legitimidad del Jus Puniendi la naturaleza del delito y los fines de la pena.

1.5.1. Escuela clásica

Agrupan a los pensadores y tratadistas del derecho penal que, fundándose en el libre albedrío humano y en la eficacia de la pena como ejemplaridad general e individual jurídica criminal sobre principios de estricto dogmatismo jurídico, liberalidad en el proceso y trato humanitario de los procesados, con eliminación de torturas y otros sistemas de inquisición o castigo.

El resultado de las teorías de los filósofos de los siglos XVII y XVIII, fué la formación de una escuela general de derecho penal, cuyos principios se concentraron en los Códigos Penales promulgados después de la Revolución Francesa que con algunas adiciones y modificaciones, rigen en la actualidad y forman el derecho penal liberal surgido así de la denominada Época de Luces.

¹⁹ Jiménez de Asua, Luis. **La ley y el delito. Principios de derecho penal.** Pág. 67.



Los principales fundadores fueron: Cesar Beccaria, fué el iniciador de estas escuelas denominada clásica siendo sus continuadores, en Italia Rossi Carrara; en Francia Ortolán y Chauveau, Helie; y en España García Goyena y Pacheco. El máximo exponente de esta doctrina ha sido el maestro Italiano Francisco Carrara.

El profesor Ladislao, expone la tesis de la escuela clásica de la forma siguiente:

- a) El delito, es una entidad jurídica que se compone de diversas fuerzas: morales y físicas.
- b) El derecho de castigar, corresponde al Estado a título de tutela jurídica.
- c) El fin de la pena, es el restablecimiento del orden externo de la sociedad.
- d) La pena, es un contenido necesario del derecho.
- e) La Imputabilidad, criminal tiene un fundamento moral.
- f) El método de investigación en el derecho penal es objetivo.

La escuela clásicas, establece la proporcionalidad entre el delito y las penas; excluyen las corporales e infamantes; defiende como garantía suprema la inexistencia de delito para la ley positiva sin previa declaración del mismo; y propugna ardorosamente las garantías individuales en el procedimiento y en las condenas penales.



a) Caracteres de la escuela clásica

- 1) Método lógico-abstracto puesto que el derecho Penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología.
- 2) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral: Carrara dijo que no podía concebirse en el derecho penal si no construirlo sobre esas bases.
- 3) El delito como antijurídico, ya que es un ente de hecho, si no el concepto jurídico de que el según Carrara, se derivan todas las consecuencias de un sistema derecho Penal.
- 4) La Pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica. Es verdad que entre los penalistas de aquellas personas de aquellas épocas hay algunos que no creen en el libre albedrío o que asignan a la pena un fin de defensa. Por eso Romagnos Feveerbach y Benthan se les ha llamados padres de positivismo.

b) Principios de la escuela clásica

- 1) El Delito, es una infracción de la ley de Estado compuesto por dos fuerzas: Moral: Conciencia de hacerlo, física: que es la acción.
- 2) La Pena, es la necesidad que tiene la sociedad de castigar al delincuente o infractor, nace en la conciencia del sujeto activo que lo comete, generando responsabilidades moral, obra con su propia conciencia.



- 3) El Delito, es la trasgresión de la ley establecida el cual requiere retribución moral a la sociedad, representada en la multa o años de condena no es regenerativo, es una consecuencia jurídica.
- 4) La Responsabilidad moral, se funda en el libre albedrío, y el sujeto debe responder, escogió esta conducta y no otra lícita.
- 5) Previsión, efectos de las infracciones que establece la ley.
- 6) Voluntad, es la forma de obrar contra el derecho.

1.5.2. La escuela positiva

De la ejecutoria doctrinal de la escuela clásica puede hacerse hoy un balance objetivo, del que resultan aportaciones positivas y datos negativos, méritos y deméritos. Estos últimos, son muy de tener en cuenta, ya que ellos justifican en gran parte la aparición y el progresivo desarrollo de la escuela positiva.

Sus principales representantes, de la creación de la escuela positiva se deben a César Lombroso. La desarrollan Rafael Garofalo y Enrique Ferri. El pensamiento de estos tres autores, conforma los postulados fundamentales de la escuela.

- a) **La aportación de César Lombroso:** Las aportaciones más destacadas a la génesis de la escuela positiva son la aplicación del método inductivo experimental al estudio de la delincuencia y su concepción del criminal nato. Aparte de ellas, la verdadera significación de Lombroso está en la historia de la Criminología, disciplina de la que puede considerarse fundador.



- b) **La aportación de Rafael Garófalo:** Entre los discípulos que la creciente fama de Lombroso agrupa en torno a su cátedra, figura Rafael Garófalo, quien aporta a la escuela su profundo conocimiento del derecho, que sirve para plasmar en fórmulas jurídicas, asequibles a teóricos y prácticos, las nuevas ideas. Este conocimiento jurídico faltaba, en el período de iniciación de la tendencia positiva, no sólo a Lombroso, sino también a Ferri que, aunque más tarde realizara una grandiosa elaboración jurídica, era entonces mero filósofo del derecho.
- c) **La aportación de Enrique Ferri:** Otro de los discípulos de la cátedra de Lombroso es Ferri, llegado a ella en el mismo año que Garofalo. Ha sido, como indica Grispigni, el sistematizador, animador, defensor, divulgador y realizador de la escuela. La primera aportación que hace al patrimonio ideológico del positivismo criminológico es su conocida tesis sobre la negación del libre albedrío. La expone en su libro “La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío”, enfrentándose así a los clásicos en uno de sus más firmes postulados. Su significación fué tanta que el propio Carrara la refutó personalmente en una Apostilla, añadida a la recensión que de la obra hizo Lombroso en el Archivo Giuridico.

Los principales postulados de la escuela positiva, siguiendo el orden utilizado para señalar los de la clásica, son:

- a) **El derecho:** Para la escuela positiva, el derecho es un producto social lo mismo que otras manifestaciones de la vida humana asociada. Esta concepción, adecuada al



método empleado, no permite dar al derecho un contenido distinto del que resulta de las fuentes legislativas, y hace innecesaria la investigación de su origen primero.

- b) El derecho penal:** Es también un producto social, obra de los hombres. La ley penal tiene su origen en la necesidad evidente de la vida asociada, y representa el poder soberano que el Estado ejercita, como derecho y deber impuesto por aquella necesidad. La razón de la justicia penal es la defensa social, entendida como defensa del Estado en su ordenamiento jurídico-positivo, esto es la defensa de las condiciones fundamentales para la vida de los ciudadanos ordenados y constituidos en comunidad.
- c) El delito:** Para la escuela positiva, el delito es tanto un fenómeno jurídico como un ente fáctico. Debe contemplarse en ambos aspectos, pues uno y otro, si no se integran, resultan insuficientes.
- d) La sanción:** Tiene por fin asegurar la defensa social, y ha de cumplir una función preventiva. No debe ser sólo proporcionada a la gravedad del delito, como propugnaban los clásicos, sino que ha de adaptarse también, y en primer término, a la peligrosidad del delincuente, empleando incluso la segregación por tiempo indeterminado, esto es hasta que el reo aparezca readaptado a la vida libre.
- e) El método:** La escuela positiva aplica a la investigación de la criminalidad el método inductivo-experimental. Como ya se ha dicho, se emplea en el campo primero por Lombroso y después por Ferri. Lo que justifica su aplicación a la ciencia penal, según Ferri, es la idea de que todas las ciencias tienen una misma naturaleza y un



idéntico objeto el estudio de la naturaleza y el descubrimiento de sus leyes, para beneficio de la humanidad.

1.5.3. Escuelas intermedias

De León Velasco, Héctor Aníbal y José De Mata Vela, mencionan que “se cree que los antecedentes más cercanos a la evolución del derecho penal contemporáneo pueden encontrarse en las mismas contradicciones que sostuvieron las corrientes anteriormente planteadas, toda vez que la lucha intelectual encarnizada por las dos famosas escuelas de antaño, no solo fue un estímulo a la realización de nuevas concepciones en el campo jurídico-penal-criminológico, sino que sirvió de base y punto de partida para lo que después denominó dogmática y técnica jurídica del derecho penal por un lado, y la enciclopedia de las ciencias penales o criminológicas, por otro lado.”²⁰

Es innegable que ambas escuelas aportaron grandes avances para la disciplina, como innegable es que cometieron grandes errores, así por ejemplo: mientras la escuela clásica dio un carácter definitivamente científico al derecho penal desde el punto de vista jurídico, hilando un sistema de acabada perfección sobre la tesis del delito como ente jurídico, buscando siempre un criterio de justicia absoluta olvidó o no quiso recordar, que el delito antes que una fría creación legal es un hecho del hombre y postergó el estudio del delincuente. La Escuela Positiva que reivindicó al delincuente exigiendo que se le estudiara más profundamente y que se le tratara con medidas adecuadas a su personalidad, castigando el delito no en relación al daño causado, sino

²⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal y José De Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 54.



en relación a la peligrosidad social del delincuente, creando las famosas medidas de seguridad para la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente postergo el estudio del derecho anteponiendo el estudio de las ciencias naturales o criminológicas, negando también la libertad moral del delincuente.

Refiriéndose a los conflictos acaecidos en la segunda mitad del siglo XIX, el autor Juan Ramos, citado por Héctor Aníbal De León Velasco y José De Mata Vela señala que “la hora de la polémica ha pasado, lo deleznable se ha deshecho por sí mismo. Respetemos y seamos justos con lo que queda de la obra de ambas escuelas de derecho penal y de ciencia criminal.”²¹

Por su parte Cuevas del Cid, Citado por Héctor Aníbal De León Velasco y José De Mata Vela, al final de su obra indica que: “La escuela clásica como se ha dicho con una expresión feliz enseñó a los hombres el conocimiento de la justicia, en tanto que la escuela positiva enseñó a la justicia el conocimiento de los hombres.”²²

Después de aquella etapa crítica por la que atravesó la ciencia, aparecieron nuevas corrientes que con el fin de conciliar los postulados de las dos grades escuelas, fueron tomando partido, situándose en puntos equidistantes entre corrientes en pugna, por tal razón se les ha denominado escuelas intermedias del derecho penal, tal es el caso de de la Terza Scuola Italiana, representada por Manuel Carnevale y Berdardino Alimena; la escuela de la política criminal que más tarde se convirtió en la Escuela Sociológica

²¹ **Ibíd.** Pág. 54.

²² **Ibíd.** Pág. 55.



Alemana, representada por Franz Von Liszt; y la Escuela Sociológica Francesa representada por Alejandra Lacassagne y Gabriel Tarde.

Las llamadas Escuelas Intermedias, plantearon sus más importantes postulados en forma ecléctica, retomando principios fundamentales, tanto de la escuela clásica como de la escuela positiva del derecho penal, iniciando así una nueva etapa en el estudio de la ciencia que podrían catalogarse como antecedentes del derecho penal contemporáneo, que principia a perfilarse en los primeros años del siglo XX. Cerezo Mir, citado por Héctor Aníbal De León Velasco y José De Mata Vela, indica que: “a pesar de existir diferencias entre la tercera Escuela Italiana y la Sociológica o Político Criminal de Von Liszt existen una serie de coincidencias básicas. Ambas afirman, frente a la escuela positiva, la autonomía de la ciencia del derecho penal, como ciencia empírica del delito y del delincuente. Parten de una concepción determinista del hombre, pero rechazan la teoría de la responsabilidad legal o social.”²³

1.6. Finalidad

El derecho penal o criminal que es el verdadero y autentico y genuino derecho penal, ha tenido tradicionalmente como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y la ejecución de la pena, cuando es afectado o menoscabado por la comisión de un delito; en ese orden de ideas corresponde al derecho penal castigar los actos delictivos que lesionan o ponen en peligro intereses individuales, sociales o colectivos, de ahí el carácter sancionar del derecho penal; sin embargo el derecho penal moderno con aplicación de las discutidas

²³ **Ibíd.** Pág. 55.



medidas de seguridad ha tomado otro carácter, el de ser también preventivo y rehabilitador, incluyendo entonces dentro de sus últimos fines la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente para devolverlo a la sociedad como un ente útil a ella.



CAPÍTULO II

2. El delito

El tratadista argentino, Jiménez Asúa Luís, establece “dado que el hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desarrollar sus facultades naturales, teniendo como única limitante, a esa libertad, su propia naturaleza; pero, en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el respeto a la libertad de otros hombres; de aquí deriva la necesidad de normas o reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad y desarrollo.”²⁴

La teoría y existencia de este principio constituye el derecho, en su acepción más extensa. Por tanto, el derecho como un conjunto de normas de observancia obligatoria, para todos los miembros de la sociedad, que han sido establecidas por el Estado de acuerdo a procedimientos previamente establecidos, permiten la convivencia de todos los miembros de la sociedad entre sí, de las instituciones del Estado y la interrelación de éstas y la sociedad. Desde luego, la manifestación del derecho, en su aspecto práctico y real, es por medio o a través de la ley. Ella y a los intereses de la sociedad, para una correcta y legal convivencia entre los miembros de la sociedad y su relación con las instituciones del Estado, que la misma ley denomina delito.

²⁴ Jiménez Asúa, Luís. **Tratado de derecho penal.** Pág. 3.



La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley, el delito, en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma ley por los hombres, obedece a muchos y muy diversos factores, los que se mencionan más adelante; sin embargo, por lo pronto, se adelanta que esos factores tienen origen en la propia naturaleza del hombre y la convivencia estrecha a la que, hoy en día, se ve sometido. Pues, el hombre siempre pretenderá tener un mayor número de satisfactores que otros, incluso más de los que necesita, por el sólo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición admirada y envidiada por algunos de sus miembros, aún cuando no las puede conseguir de manera honesta y legal.

En este sentido, es que el delito es una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

2.1. Origen

El delito es un sistema categorial clasificadorio y secuencia 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.”²⁵

²⁵ Sanz Moran, Ángel. **El concurso de delitos en la reforma penal.** Pág. 150.



El sistema actual se ha ido desarrollando en los últimos cien años merced a los esfuerzos de la Dogmática jurídico penal alemana, cuyos hitos fundamentales.

Ya a finales del siglo XIX, Von Liszt citado por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran define el delito como “acto, contrario a derecho, culpable y sancionado con una.”²⁶ El centro de esta definición lo constituía el acto, la acción entendida como un proceso causal, como un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo que se 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 Ihering quien, superando la confusión reinante en esta materia en el ámbito del derecho civil, había que también la lesión objetiva de las normas jurídicas produce consecuencias jurídicas. Pero no naturalmente no bastaba en derecho penal con la valoración del acto, 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, dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad.”²⁷

Estas tres características: acción, antijuricidad y culpabilidad, formaban la esencia del concepto de delito, aunque a veces era necesario, además añadir algunas

²⁶ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Aran. **Derecho penal parte general**. Pág. 216.

²⁷ **Ibíd.** Pág. 217.



características que condicionaban todavía el castigo, pero no tenían nada que ver con el acto mismo ni con sus elementos, y que debían considerarse separadamente, las llamadas condiciones objetivas punibilidad, excusas absolutorias, entre otros.

El esquema que se acaba de describir se distinguía por su sencillez y claridad: la valoración del acto, concebido de un modo casual-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 vinculara a la norma jurídica positiva. La acción, de cuya valoración se trataba, debía, por imperativo del principio de la legalidad, encajar en la descripción contenida en las normas penales. El descubrimiento de esta tercera característica, meramente formal, pero importante fue obra de Belling, quien en 1906 en su teoría del delito “denomino la adecuación de una acción a la descripción contenida en la forma penal tipicidad.”²⁸ 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.

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 demostró Radbruch la imposibilidad de reducir los conceptos de acción y omisión a un denominador pues en

²⁸ Von Beling, Ernesto. **Esquema del derecho penal**. Pág. 99.



la emisión no hay movimiento corporal alguno y es por esencia la negación de una acción. Mas adelante propuso el mismo Radbruch citado por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran que “el concepto de acción se sustituyera por el más concreto de realización del tipo.”²⁹

Al mismo tiempo empezó a mostrarse también la de la tajante separación entre antijuricidad y culpabilidad según el binomio objetivo-subjetivo. 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 iniuriandi (intención de injuriar) en la injuria, entre otros.

La confusión de este hecho pudo originar entre las categorías de la antijuricidad 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 psicológica entre el hecho y el autor, sino en el reproche que a este se le hacía por no haber actuado de otro modo, pudiendo hacerlo. Solo así podía satisfactoriamente por que 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.

²⁹ Muñoz Conde Francisco y Mercedes García Aran. **Ob. Cit.** Pág. 216.



Igualmente se acentuaron los aspectos normativos de la antijuricidad 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 sus bienes jurídicos de igual valor.

La distinción entre tipicidad y antijuricidad se relativizó también con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, es decir, de aquellos elementos que requerían de una valoración, como funcionario, documento publico, ajenidad, etc. De aquí a considerar que la relación entre tipo y antijuricidad era mas estrecha solo había un paso, paso que fue dado por M. E. Mayer, al considerar que la tipicidad era un indicio de la antijuricidad, y que fue llevado a sus últimos consecuencias por Mezger citado por Antonio Quintano Ripolles “para quien el tipo era el fundamento, la ratio essendi (razón esencial), de la antijuricidad.”³⁰

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

³⁰ Quintano Ripolles, Antonio. **Tratado de derecho penal internacional**. Pág. 45.



Esta aspiración de los neokantianos no pudo 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, como afirma su propio creador Welzel, en la psicología del pensamiento de Honigswald y de otros psicólogos y filósofos alemanes de la década de los años 20. Su punto de partida era la vinculación del derecho a las estructuras lógica-objetivas, es decir, a las estructuras del ser tal y como esta 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 indica Welzel: “Paciencia del derecho penal, tiene partir siempre del tipo.... Pero debe luego de ir mas allá y descender al ámbito de la ontología de lo previamente dado.”³¹

La acción ontológicamente considerada es, según Welzel: “Ejercicio de actividad penal, “la finalidad, o el carácter de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber casual, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posible de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines.”³² Este concepto final de acción es que sirve a Welzel, para reestructurar el sistema tradicional, partiendo de la vinculación a esas estructuras ontológicas.

³¹ Welzel, Hanz. **Derecho penal alemán.** Pág. 29.

³² **Ibid.** Pág. 57.



La primera consecuencia sistemática que Welzel extrae del concepto final de acción es “es la pertenencia del dolo al tipo, ya que el dolo no es más que un aspecto o parte de la finalidad, o mejor dicho, la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo. La acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal “ciego” del sistema anterior, sino uno “vidente” guiado por la finalidad. Además, este concepto de dolo no se confunde tampoco con la tradicional *dolos malus* (el dolo malo o intención fraudulenta) que comprendía también el conocimiento de la antijuricidad, sino que es un dolo natural no valorativo.”³³ De aquí que para el finalismo la abstención entre conocimiento de la antijuricidad y dolo sea ya una consecuencia natural de sus premisas y que situé al dolo como elemento natural en el tipo y al conocimiento de la antijuricidad como cuestión valorativa en la culpabilidad. Otra consecuencia del concepto final de acción en la estructuración del nuevo sistema repercute en el concepto de autor en los delitos dolosos que ya solo puede ser aquel que tenga el dominio final de hecho y no simplemente el que interponga alguna causa en la producción del resultado. Este concepto de dominio final del hecho es también un concepto ontológicamente vinculante, por consiguiente, para el derecho positivo.

El concepto final de acción, en tanto que el dolo es un aspecto de la finalidad, se adecuaba perfectamente a la estructura de los delitos dolosos, pero empezaba a fallar en los delitos imprudentes, porque en estos delitos la finalidad perseguida por el autor es irrelevante, importando solo el resultado lesivo causado, con lo que se adecuaba mejor a este tipo de delitos el concepto causal de acción en el que lo decisivo no es lo

³³ **Ibid.** Pág. 58.



que el autor quiere, sino la acusación de un determinado resultado prohibido. Contra esta conclusión luchó Welzel desde el principio, modificando varias veces su teoría, para dar cabida en ella a los delitos cometidos por imprudencia. Al principio, considero la acción en los delitos imprudentes como una forma defectuosa de acción final; rectificando mas adelante este criterio, diciendo que también en estos delitos la acción seguía siendo final, pero que aquí la finalidad no era real, sino potencial; y termino, por ultimo, afirmando que la finalidad no era real, sino potencial; y termine, por ultimo, afirmando que la finalidad es en todo caso la misma pero que lo esencial en los delitos cometidos por imprudencia es la forma que se realiza la acción final emprendida, considerando si se ha tenido en cuenta o no el cuidado necesario en el tráfico. De este modo abandona Welzel el concepto final de acción como base de todo el sistema, “pues la constatación de si se ha observado el cuidado necesario en el trafico solo puede llevarse a cabo tras una valoración del proceso ocurrido, en el plano axiológico y no solo ontológica.”³⁴

Parecidas dificultades tuvo el finalismo con los delitos de la omisión, pues la omisión consiste precisamente en el no ejercicio de la actividad final y no puede ser, por tanto, calificada nunca como acción; el concepto de omisión solo puede entenderse en referencia al de la acción, ya que no hay una omisión en si, sino la omisión de una acción.

³⁴ **Ibíd.** Pág. 59.



De la teoría final de la acción dedujo además, Welzel soluciones en materia de error “actos imperfectos de ejecución, participación etc., y en general, puede decirse que no hay un solo tema de la teoría del delito que no haya sido afectado por el sistema finalista. Por otra parte la colocación de la acción entendida finalmente como centro de la teoría del delito llevo a una subjetivación del concepto de antijuricidad y a la acentuación del aspecto personal y ético, el desvalor de la acción, a costa de los aspectos causales del delito, desvalor del resultado.”³⁵

A pesar de los enormes avances que supuso la teoría final de la acción en el sistema de la teoría del delito, un grupo de penalistas alemanes se propuso a finales de los años 60 superar el planteamiento puramente sistemático que había dado esplendor a la ciencia penal alemana en los años anteriores.

Destacado representante de esta tendencia es el penalista Claus Roxin quien, tras varios trabajos dogmático importantes, en los que criticaba las exageraciones en las que había incurrido la teoría final de la acción queriendo resolver todos los problemas del derecho penal a partir de la estructura antológica de la acción, propuso en su breve monografía de 1970 “Política criminal y sistema del derecho penal”³⁶, desarrollar y sistematizar las distintas categorías de la teoría del delito desde el prisma de su función político-criminal. Así, por ejemplo la tipicidad no sería, otra cosa que, junto a la plasmación técnica del principio de legalidad, la expresión de la finalidad preventiva

³⁵ **Ibid.** Pág. 60.

³⁶ Roxin, Claus. **Política criminal y sistema de derecho penal.** Pág. 98.



general y motivadora del comportamiento humano que pretende el legislador amenazando con pena los comportamientos descritos en el tipo penal. A la antijuricidad le correspondería la elaboración y jerarquización de principios ordenadores de la convivencia social, tales como el de proporcionalidad, ponderación de bienes, prevalencia del derecho frente al acto injusto, etc., que sirven para comprobar si la realización de un hecho típico puede excepcionalmente ser aprobada por el ordenamiento jurídico, justificando el acto; y en la culpabilidad, mas que el tema de si el sujeto pudo obrar o no como lo hizo, lo que importaría seria, en ultima instancia, si desde el punto de vista de los fines de la pena y, por tanto, preventivamente es necesario hacer responsable penalmente al que ha cometido un hecho típico y antijurídico.

A partir de estas premisas, a realizado Roxin “una de las mayores aportaciones a la ciencia del derecho Penal en el siglo XX desarrollando y ampliando sus ideas en infinidad de artículos y monografías y en su excepcional tratado de parte general en 1992.”³⁷ Temas como la imputación objetiva, la culpabilidad fundamentada preventivamente, la autoría, la imprudencia, etc. han recibido nuevos impulsos cuando no han sido planteados por el por primera vez, habiendo adquirido carta de naturaleza en las exposiciones doctrinales y en las decisiones jurisprudenciales mas importantes.

³⁷ **Ibíd.** Pág. 99.



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 de convivencia.

De todo lo dicho se deduce que no se puede hacer del sistema de la teoría del delito la aspiración máxima y casi única ciencia del derecho penal, pero tampoco se puede prescindir completamente de el dejando la interpretación y aplicaron del derecho penal en manos del azar y la arbitrariedad. “En la medida en que el sistema de la teoría del delito constituye un riquísimo caudal ordenador de criterios y argumentaciones que se pueden utilizar en la decisión y solución de los casos jurídico-penales, será para el penalista un instrumento indispensable para el estudio del derecho penal.”³⁸ Por eso, aunque salvando las particularidades del derecho positivo se utiliza en la exposición de esta parte de la disciplina un sistema que en gran medida coincide con elaborado por la Dogmática jurídico-penal alemana, de la que directa indirectamente, han sido tributario los penalistas españoles durante los últimos cien años.

2.2. Definición

El termino delito se origina “de la voz latina delictum (delito), que en la Roma antigua designaba a los delitos privados, delitos que conllevaban únicamente la obligación de pagar una multa a la victima, por parte del delincuente. En el derecho justiniano se le

³⁸ **Ibíd.** Pág. 99.



conoce ya como delictum privatum (delito privado), apareciendo luego el llamado delictum publicum (delito publico) que producía verdaderos efectos punitivos públicos.”³⁹

Al delito se le puede estudiar desde diferentes puntos de vista: filosóficamente, se le ha considerado como violación de un derecho que se funda sobre la ley moral. Los clásicos según Jiménez de Asúa, convergen en considerar que “el delito es un acto concreto, una decisión, una violación del deber, de los preceptos de la ley.”⁴⁰

Por su parte los positivistas, que se caracterizaron por sus concepciones realistas, por su método de indagación inductiva y por la incorporación de las ciencias naturales para el estudio de las ciencias jurídicas, arribaron a la afirmación de que “el delito es un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, social y físico.”⁴¹

Como posición intermedia a las escuelas clásicas y positivas, surge la llamada escuela critica, considerando sus exponentes al delito como “un acto atentatorio a la justicia que es necesario reprimir, y como un ataque a la tranquilidad social que es necesario evitar.”⁴²

³⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario del derecho usual.** Pág. 522.

⁴⁰ Jiménez de Asúa, Luís. **Derecho penal.** Pág. 35.

⁴¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general.** Pág. 52.

⁴² Jiménez de Asúa, Luís. **Ob.cit.** Pág. 35.



El tratadista, Jiménez de Asúa, citado por Cabanellas expresa una definición técnica jurídica del delito, que se considera bastante completa y dotada de cientificidad, ya que no deja en el olvido ni uno solo de los electos esenciales de la acción delictiva, cuando expresa que es “el acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena o, en su reemplazo, con una medida de seguridad y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.”⁴³

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, se aclara que el jurista citado no las considera como elementos esenciales de la acción delictiva, pues cuando a ellas se refiere las toma como parte integrante de la tipicidad, criterio que también sostuvo el Licenciado Palacios Motta, al afirmar que “constituyen presupuestos procesales requeridos en ciertos casos para la plena tipificación del delito y para atribuir al delincuente la nación que determina el tipo penal.”⁴⁴

El concepto de delito como conducta castigada por la ley como una pena es, sin embargo:

- a) **Criterio Legalista:** “En un principio indicaba que el delito es lo prohibido por la ley, que es una definición muy amplia y no da ninguna certeza; posteriormente Carranca lo define como la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del

⁴³ Cabanellas, Guillermo. **Ob.cit.** Pág. 525.

⁴⁴ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal.** Pág. 91.



hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.⁴⁵

- b) Criterio Filosófico:** “En un principio se aludió al aspecto moral, por lo que los teólogos lo identificaban con el pecado, más tarde se le consideró al delito como una acción contraria a la moral y a la justicia, de igual manera se le consideró como la violación de un deber, el quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes.”⁴⁶
- c) Criterio Natural Sociológico:** Garófalo lo define como ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y prohibición en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado; también lo definen como acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad de un pueblo en un momento determinado.
- d) Criterio Técnico-Jurídico:** Franz Von Liszt expresa que es una acción antijurídica y culpable, castigada con una pena.

El doctor, Von Belling, Ernesto, manifestó que “es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad.”⁴⁷ Sus aportes son:

⁴⁵ Carranca Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano, parte general.** Pág. 86.

⁴⁶ **Ibíd.** Pág. 92.

⁴⁷ Von Belling, Ernesto. **Esquema del derecho penal.** Pág. 100.



- a) **La Tipicidad:** Como elemento esencial y formal descriptivo, perteneciente a la ley y no a la vida real.
- b) **La Antijuridicidad:** Como característica sustantiva e independiente del delito, separada totalmente de la tipicidad.
- c) **La Punibilidad:** Como elemento del delito; no considera constituido el delito si no están satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad.

El tratadista, Luis Jiménez de Asúa indica que “el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.”⁴⁸ El jurisconsulto Eugenio Cuello Calón manifiesta que “el delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable, sancionada por la ley.”⁴⁹

Y finalmente el catedrático Mexicano, Palacios Motta, Jorge Alfonso, expresa que “el delito es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad, y al cual se le impone una pena o una medida de

⁴⁸ Jiménez de Asúa, Luís. **Ob.cit.** Pág. 89.

⁴⁹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal. parte general.** Pág. 298.



seguridad.”⁵⁰

2.3. Elementos

Los elementos que contienen las definiciones de delito, el tratadista español, Cuello Calón, Eugenio “no han llenado todas las interrogantes que durante el tiempo se han formulado los estudiosos en la materia;”⁵¹ a continuación daré varios puntos de vista de elementos del delito en los los autores que son los que deben contener una definición para que se considere como delito.

a) Criterio formalista

Para los seguidores de este criterio el delito tiene como elemento predominante la prohibición de hecho mediante la amenaza penal, y lo que realmente caracteriza el delito es la sanción penal..... siguiendo a Eugenio Cuello Calón son:

1. **El delito es un acto humano:** Es una acción u omisión, por lo que cualquier daño o mal, graves o no y sus consecuencias, si no tiene su origen en una actividad humana, no podrá ser reputado como delito, ya que los hechos de los animales no pueden constituir delito como en la antigüedad, donde se les seguían juicios a los mismos.

⁵⁰ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal.** Pág. 91.

⁵¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco.** Pág. 139.



2. **El acto debe ser antijurídico, es decir que ha de estar en contraposición a una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido:** para esta acción antijurídica debe corresponder a un tipo legal o figura delictiva definida y sancionada con una pena, ya que no todo acto antijurídico constituye delito, es decir que ha de ser necesariamente un acto típico;

3. **El acto ha de ser culpable, imputable a dolo (intención) o culpa (negligencia).** (Una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una persona determinada)

4. **La ejecución o la omisión del acto debe ser sancionada con una pena; sin esta comunicación no existe delito.** “En ese sentido se habla de una serie de elementos positivos, constitutivos del delito que son esenciales para su existencia y para afirmar la responsabilidad penal del sujeto activo; y en vía contraria se mencionan una serie de elementos negativos, que destruyen la conformación del delito desde el punto de vista jurídico, y en todo caso, eliminan la responsabilidad penal del sujeto infractor.”⁵²

La doctrina la describe de la manera siguiente:

⁵² **Ibíd.** Pág. 140.



➤ **Elementos positivos del delito**

1. La acción o conducta humana,
2. La tipicidad,
3. La antijuricidad o antijuridicidad,
4. La culpabilidad,
5. La imputabilidad,
6. Las condiciones objetivas de punibilidad,
7. La punibilidad.

➤ **Elementos negativos del delito**

1. Falta de acción,
2. La atipicidad o ausencia de tipo,
3. Las causas de justificación,
4. Las causas de inculpabilidad,
5. Las causas de imputabilidad,
6. La falta de condiciones objetivas de punibilidad,



7. Las causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.

b) La acción o conducta humana

Es una manifestación de la conducta humana consiente (voluntaria) o inconsciente (involuntaria) algunas veces; positiva (activa) o negativa (pasiva) que causa una modificación en el mundo exterior (mediante un movimiento corporal o mediante su omisión y que está prevista en la ley. La conducta humana en el delito puede realizarse básicamente de dos formas:

1. Obrar activo (comisión): Requiere un acto voluntario, producto de la conciencia y voluntad del agente.
2. Requiere un acto corporal externo que produzca una modificación del mundo exterior. Requiere que el acto esté previsto en la ley como delito.
3. Obrar pasivo (omisión)
4. Requiere inactividad voluntaria.
5. Requiere la existencia de un deber jurídico de obrar.

c) La tipicidad

Manifiesta el tratadista español Cuello Calón Eugenio, que la tipicidad “es la



encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley penal.⁵³

d) Antijuricidad

De acuerdo a lo expresado por el profesor español, Binding Carlos Ernesto, “el que comete delito no contraviene la norma, simplemente adecua su conducta a la norma, haciéndose así la posición de la antijuricidad en sentido formal, al poner de manifiesto la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, es decir, la acción que infringe la norma del Estado, que contiene un mandato o una prohibición de orden jurídico.”⁵⁴

Básicamente puede definirse la antijuricidad, desde tres puntos de vista:

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

Formalmente se dice que antijuricidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal o bien la contradicción entre una conducta concreta y un

⁵³ Cuello Calón, Eugenio. **Ob.cit.** Pág. 299.

⁵⁴ Binding, Carlos Ernesto. **Lecciones de derecho penal.** Pág. 352.



concreto orden jurídico-penal establecido previamente por el Estado. Materialmente se dice que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

Con el tercer aspecto, (en sentido positivo) es un juicio de valor por el cual se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda y en sentido contrario (negativo), es el juicio desvalorativo que un juez penal hace sobre una acción típica, en la medida en que ésta lesiona o pone en peligro, sin que exista una causa de justificación, el interés o bien jurídicamente tutelado.

e) Imputabilidad

Es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Es la capacidad de actuar culpablemente.

Al respecto, los autores indican que se puede dar de dos maneras: “una que lo considera con un carácter psicológico; y la otra, como un elemento positivo del delito, por lo cual se dice que si bien posee elementos psicológicos, físicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales que lo limitan, debe entenderse que juega un papel decisivo en la construcción de delito, por lo que debe estudiarse dentro de la Teoría General del Delito. La imputabilidad como un elemento positivo del delito, con marcada tendencia subjetiva por ser el elemento más relevante de la culpabilidad, debido a que



antes de ser culpable debe ser imputable.”⁵⁵

f) Culpabilidad

Es un comportamiento consiente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente.

La culpabilidad además de constituir un elemento positivo, para la construcción técnica de la infracción, tiene como “característica fundamental ser el elemento subjetivo del delito, refiriéndose pues a la voluntad del agente para la realización del acto delictivo. La culpabilidad radica pues, en la manifestación de voluntad del sujeto activo de la infracción penal que puede tomarse dolosa o bien culposa, dependiendo de la intención deliberada de cometer el delito, o bien de la comisión del delito por negligencia, imprudencia o impericia.”⁵⁶

En cuanto a la naturaleza de la culpabilidad, se dan dos teorías:

- 1. Teoría Psicológica:** Indica que la culpabilidad es la relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto, o bien entre el autor y el resultado; es decir, el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico; su

⁵⁵ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Aran. **Ob. Cit.** Pág. 220.

⁵⁶ **Ibid.** Pág. 223.



fundamento radica en que el hombre es un sujeto de conciencia y voluntad, y de ésta depende que contravenga la norma jurídico o no.

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

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

Por lo tanto se puede decir que la naturaleza de la culpabilidad es subjetiva debido a la actividad psíquica del sujeto, formada por los motivos, las decisiones de voluntad que



toma o deja de tomar el sujeto y los elementos subjetivos del injusto que de no computarse la culpabilidad no podrían ser imputados.

g) Condiciones objetivas de punibilidad

Son aquellas condiciones que deben seguirse para imponer una pena en algún delito en particular.

Según el tratadista español Cuello Calón, Eugenio, opina al respecto que por la falta de unidad entre los tratadistas del presente tema, se han considerado dos vertientes las cuales son, “que sí la punibilidad es un elemento positivo del delito o bien una consecuencia del mismo.”⁵⁷ Al respecto se tratara analizar las dos de la forma siguiente:

1. **La Punibilidad como elemento del delito:** Se indica que la conducta típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito debe estar sancionada con una pena, y así la punibilidad resulta ser un elemento esencial del delito.
2. **La Punibilidad como consecuencia del delito:** Consideran que la acción típicamente antijurídica y culpable, al delito y la pena es solo una

⁵⁷ Cuello Calón, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 302.



consecuencia de la misma acción.

h) La punibilidad:

“Una forma de recoger y elaborar una serie de elementos y presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tiene en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir solo exige en algunos delitos concretos. La punibilidad como elemento positivo del delito ha sido objeto de contradicciones así como lo señalan algunos tratadistas penalistas al referirse al tema, en el que defieren diciendo si la punibilidad es un elemento del delito en el que la infracción típica, antijurídica y culpable, para que se considere como delito es necesario que se sancione con una pena y es solo así que sería un elemento esencial del delito.”⁵⁸

Son varios los criterios para determinar los elementos del delito, pero me limitare a establecer con precisión, los elementos positivos que son esenciales y que se constituyen y se integran para determinar la conducta delictiva del sujeto activo, así también se tiene los elementos negativos que difieren completamente y que se oponen a la integración del delito, por supuesto que desde el punto de vista jurídico, ya que la responsabilidad penal del sujeto activo la excluye.

⁵⁸ **Ibíd.** Pág. 305.



Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 Congreso de la República de Guatemala, al referirse a los elementos negativos del delito lo hace como causas que eximen de responsabilidad penal, en los Artículos 23, 24 y 25:

a) Causas de inimputabilidad

1. Minoría de edad,
2. Trastorno mental transitorio.
3. Causas de justificación.
4. Legítima defensa,
5. Estado de necesidad,
6. Legítimo ejercicio de un derecho.

b) Causas de inculpabilidad

1. Miedo invencible,
2. Fuerza exterior,
3. Error,
4. Obediencia debida,
5. Omisión justificada.

Los elementos accidentales del delito, la trata como circunstancias que modifican la



responsabilidad penal, ya sean atenuantes o agravantes.

2.4. Sujetos

La doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre del sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, quien sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo, ofendido, entre otros.

2.4.1. Sujeto activo

En legislaciones antiguas y principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos. Si embargo con las legislaciones modernas eso fue cambiando y ahora se puede indicar que sujeto activo del delito es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana. Sujeto activo del delito “es quien lo comete o participa en su ejecución, el que o comete directamente es sujeto activo primario y el que participa es sujeto activo secundario.”⁵⁹

Con respecto a las personas jurídicas como sujetos activos del delito, se puede mencionar que luego de realizado el segundo congreso internacional de derecho penal, realizado en Bucarest, concluyeron que se debe establecer en el derecho penal

⁵⁹ **Ibíd.** Pág. 310.



medidas eficaces de defensa social contra la persona jurídica cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con recursos proporcionados por ellas y que envuelven también su responsabilidad. Que la aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración de los intereses de la persona jurídica.

El Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 38 acepta la responsabilidad individual de los miembros de las personas jurídicas, que hubieren participado en hechos delictivos .

2.4.2. sujeto pasivo del delito

Es el sujeto que sufre las consecuencias del delito. “Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito, o puesto en peligro.

2.5. Clasificación

Las diferentes clasificaciones que se hacen de las infracciones a la ley penal son de tipo doctrinario, y tienen como principal objetivo ilustrar a los estudiosos del derecho penal sobre, los diferentes puntos de vista, en que pueden analizarse las mencionadas infracciones. Las más comunes son las siguientes:



2.5.1. Por su gravedad

Por su gravedad se clasifican en delitos y faltas. Los delitos o crímenes son infracciones graves a la ley penal, mientras que las faltas o contravenciones son infracciones leves a la ley penal, de tal manera que los delitos son sancionados con mayor drasticidad que las faltas, atendiendo a su mayor gravedad, los delitos ofenden las condiciones primarias esenciales y, por consiguiente permanentes de la vida social; las contravenciones en cambio, ofenden las condiciones secundarias, accesorias y por lo tanto, contingentes de la convivencia humana.

O también las condiciones de ambiente, es decir de integridad, de favorable desarrollo de los bienes jurídicos. Los delitos son reales dolosos o culposos, y las contravenciones, los reatos para los cuales basta voluntariedad de la acción o de la omisión.

Es difícil encontrar una diferencia sustancial entre el delito y las faltas, más que su propia gravedad y la naturaleza de las penas que se imponen a cada una de ellas. En Guatemala, los delitos se castigan principalmente condena de prisión, pena de multa, pena mixta de prisión y multa, extraordinariamente con la pena de muerte; mientras que las faltas sólo se sancionan con pena de arresto y pena de multa.



2.5.2. Por su estructura

Por su estructura se clasifican en simples y complejas. Son delitos simples aquellos que están compuestos de los elementos descritos en el tipo y violan un sólo bien jurídico protegido: Por ejemplo, el hurto que atenta exclusivamente contra el patrimonio ajeno. Son delitos complejos aquellos que violan diversos bienes jurídicos, y se integran con elemento de diversos tipos delictivos, por ejemplo el robo que aparte de atentar básicamente contra el patrimonio, en su conformación aparecen elementos de otros delitos por cuanto que muchas veces constituyen también un atentado contra la vida y la integridad de la persona.

2.5.3. Por su resultado

Por su resultado se clasifican en delitos de daño y de peligro y delitos instantáneos y permanentes. Son delitos de daño aquellos que efectivamente lesionan el bien jurídico tutelado produciendo una modificación en el mundo exterior, por ejemplo, el homicidio, el robo, entre otros.

Son delitos de peligro, aquellos que se proyectan a poner en peligro el bien jurídico tutelado, por ejemplo la agresión, el disparo de arma de fuego, la omisión de auxilio, entre otros.



Son delitos instantáneos aquellos que se perfeccionan en el momento de su comisión por ejemplo: el homicidio, el robo, la calumnia, entre otros. Son delitos permanentes aquellos en los cuales la acción de sujeto activo continua manifestándose por un tiempo más o menos largo; por ejemplo el secuestro, el rapto, entre otros.

2.5.4. Por su ilicitud y motivaciones

Por su ilicitud y motivaciones, se clasifican en comunes, políticos y sociales. Son delitos comunes todos aquellos que lesionan o ponen en peligro valores de la persona individual o jurídica, por ejemplo: la estafa, los homicidios, las falsedades, entre otros.

Son delitos políticos, aquellos que atacan o ponen en peligro el orden político del Estado por ejemplo: la revelación de secretos de Estado, atentados contra altos funcionarios, entre otros. Son delitos sociales, aquellos que atacan o ponen en peligro el régimen social del Estado, por ejemplo: el terrorismo, las asociaciones ilícitas, entre otros.

2.5.5. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad

Por su grado de voluntariedad o culpabilidad, se clasifican en dolosos, culposos y preterintencionales atendiendo a la intencionalidad o no del sujeto activo en la comisión del acto delictivo; así se dice que el delito es doloso cuando ha existido



propósito deliberado de causarlo por parte del sujeto, y se dice que es preterintencional cuando el resultado producido es mucho más grave que el pretendido por el sujeto.

2.6. Participación

a) El autor

Como un concepto unitario de autor se puede decir, que son los sujetos que prestan una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho. Bajo este punto de vista prevalece el criterio de causalidad, reservando al juez el castigo de cada uno de los cooperadores según la intensidad de su voluntad criminal y la importancia de su contribución al hecho.

Como un concepto dualista, se puede decir que es cuando varias personas participan de un hecho punible, entre autoría como forma de participación principal y complicidad e inducción como formas de participación secundaria.

Dentro de las teorías de la participación se pueden mencionar las siguientes:

1. **Teoría objetiva de la participación:** Según esta corriente autor es quien comete por si mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la caución del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna



(prestar el arma para el homicidio), desde el punto de vista de esta teoría la inducción y la complicidad son categorías que amplían la punibilidad a acciones que quedan fuera del tipo ya que con este criterio solo podría sancionarse al que por sí mismo mata lesiona o roba. Para esta teoría lo importante es establecer si el sujeto realizó o no la acción típica para así considerarlo como autor.

2. **Teoría subjetiva de la participación:** para esta teoría es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica, desde este punto de vista, también el inductor y el cómplice son en sí mismo autores, toda vez que el sujeto que prestó el arma homicida, contribuyó con el resultado típico, aunque no realizara en forma directa la acción homicida, para esta teoría no interesa el grado de contribución que un sujeto tuvo en la comisión de un delito, basta con su intención delictiva y su contribución aún mínima en el hecho para ser considerado autor.

3. **Teoría del dominio del hecho:** Según esta teoría la actuación del sujeto en el delito puede darse como autor, en el supuesto de que el sujeto domine el hecho o bien como cómplice en el caso de que se coopere en la realización de un delito, en tanto que la inducción se constituye en una forma de participación secundaria por la cual un sujeto provoca o crea en otra la resolución de cometer un delito, entonces autor es quien como figura central del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo.



b) La autoría mediata

Se manifiesta como dominio de la voluntad, que consiste en dominar el hecho a través del dominio de la voluntad de otro.

Para la existencia de la autoría mediata es indispensable la participación de dos o más personas, toda vez que será indispensable la participación de dos o más personas, ya que será indispensable la presencia de un sujeto que domina el hecho (llamado autor mediato) y otro sujeto que es utilizado por el autor mediato para la realización del delito (instrumento). La participación del autor mediato y el instrumento es indispensable para esta forma de autoría, solo que en esta forma de autoría no puede haber acuerdo común entre determinado e instrumento.

La autoría mediata no se diferencia de la inmediata desde el punto de vista de la causalidad: tanto la acción del autor inmediato como el autor mediato deben estar en relación de causalidad con la realización de hecho típica. La diferencia entre ambas formas de autoría es en el modo como el autor mediato contribuye al resultado. Lo hace mediante el acto de conectar para la ejecución de la acción típica de una tercera persona.

Conforme lo anterior se puede afirmar que mientras la autoría inmediata identifica al sujeto que realiza la acción con su propia mano, la autoría mediata requiere la



presencia de dos o más personas, una quien tiene el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad de otra persona que es utilizada como instrumento es indispensable que entre autor mediato e instrumento no exista acuerdo en común en cuanto a la realización del delito, toda vez que de haber acuerdo el instrumento dejara de ser tal para convertirse en coautor.

Las clases de autoría mediata son las siguientes:

1. **Autoría mediata con instrumento inimputable:** En forma de autoría mediata aparece cuando el autor mediato utiliza a un menor o a un inimputable como instrumento, para realizar por su medio, el tipo penal.
2. **Autoría mediata con instrumento sometido a error:** Bajo esta forma de autoría mediata, dentro de otros podemos analizar dos supuestos que son, el de la autoría mediata que existe cuando el autor mediato hace caer en error al instrumento o bien cuando el autor mediato se aprovecha del error en que se encuentra el instrumento.
3. **Autoría mediata con instrumento sometido a coacción:** La autoría mediata puede presentarse en aquellos casos en los que en determinado o se aprovecha de un estado de coacción en que se encuentra el instrumento. Poco importa, en tales hipótesis, que sea el mismo autor mediato quien haya producido la causa



de inculpabilidad en que consiste la coacción, o simplemente que se aproveche de un estado de inculpabilidad por coacción creada por un tercero.

c) La coautoría

Esta se caracteriza por la intervención igualitaria, más o menos, de dos o más personas todas como autores inmediatos, sin que sus conductas dependan de la acción de un tercero, bien que realicen las mismas acciones o bien que se dividan las necesarias para la comisión del hecho. Pueden ser coautores también a pesar de que uno sea autor material, el que haya ejecutado materialmente los actos propios del delito, y otro autor intelectual, el instigador que ha ideado y planificado la comisión del delito, lo importante es que ambos tengan la misma responsabilidad penal dentro del asunto. Es importante que el ejecutor o autor material tenga la plena conciencia de que el acto que realiza es delictivo, de lo contrario, entonces la responsabilidad penal recaerá en el autor intelectual únicamente.

d) La participación

La participación es intervención en un hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto al autor. El hecho principal pertenece al autor, no al partícipe. Este no realiza el tipo principal sino un tipo dependiente de aquél. Puede consistir en una conducta de inducción o de cooperación. El inductor a un homicidio no mata, no realiza el tipo de homicidio, sino sólo el tipo de inducción a homicidio, que consiste en determinar a otro a que mate.



Existen dos teorías principales que tratan de explicar el fundamento del castigo de la participación:

1. Teoría de la corrupción o de la culpabilidad
2. Teoría de la causación o del favorecimiento

Según la primera, el partícipe es castigado por convertir a otra persona en delincuente o contribuir a hacerlo. Esta teoría considera esencial que el partícipe haga o contribuye a hacer al autor “culpable” del hecho.

La teoría de causación o del favorecimiento, en cambio, ve el desvalor de la participación en el hecho de que causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor. No es importante aquí que el autor obre o no culpablemente, sino basta la causación o favorecimiento en un hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe que actúa culpablemente.

2.7. Regulación legal

El Código Penal, contenido en el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula el delito de la siguiente manera y que literalmente se transcriben a continuación:

El Artículo 36, del citado Código, indica que: Son autores:



1. Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.
2. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.
3. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
4. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

Cómplices: Integrada por un conjunto de actos que no son necesarios ni determinantes directamente para la ejecución del delito, pudiéndose prescindir de ello, al respecto el Artículo 37, señala lo siguiente: Son cómplices:

1. Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.
2. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.
3. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito; y
4. Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

Coautores: Es la participación e intervención igualitaria, más o menos, de dos o más personas, todas como autores inmediatos, sin que sus conductas dependan de la acción de un tercero, bien que realicen las mismas acciones, o bien que se dividan las



necesarias para la comisión del hecho, los Artículos 39 y 40 regulan lo relativo a la responsabilidad penal como autores o cómplices en el delito de muchedumbre.

Encubrimiento: Es una figura delictiva independiente, tal y como se regula en los Artículos 474 y 475 del Código Penal, contenido en el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

La figura delictiva, ha sido regulada a través de la historia como una conducta antisocial, que el Estado ha tenido necesidad de regular a través de la denominada ley penal buscando de esta manera sancionar los delitos cometidos por algunos habitantes, además, existen tratadistas que han planteado algunas definiciones con respecto al delito y entre los elementos del mismo se encuentran los positivos y los negativos. Con respecto al bien jurídico tutelado, éste se debe considerar como la protección jurídica que el Estado realiza para frenar en alguna medida los diferentes hechos delictivos.

El Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula, a través de tres libros los cuales se denominan parte general, parte especial y las faltas, todas las conductas delictivas y su correspondiente pena como un sufrimiento impuesto por el Estado al infractor de una norma de conducta.



CAPÍTULO III

3. La responsabilidad civil derivada del delito

Manifiesta el doctor español, Puig Peña Federico, que “cuando ocurre la comisión de un hecho punible en contra de bienes jurídicos ya sean colectivos o particulares se producen lesiones que derivan del hecho principal, los cuales no son menos perjudiciales que el mismo y por lo tanto le generan al individuo trasgresor sanciones que el ordenamiento jurídico cataloga o define como responsabilidades civiles.”⁶⁰

Por su parte el tratadista Profesor Binder Alberto Martín, hace hincapié a la “la comisión de un delito por parte de un sujeto culpable determina la responsabilidad penal y por ello la sujeción del trasgresor a las consecuencias que son indicadas por el orden jurídico que es la pena. Pero es de notarse que además de la pena pueden surgir otras consecuencias de la comisión de un delito o con ocasión del mismo, como son las consecuencias civiles que derivan del hecho catalogado como delito.”⁶¹

3.1. Aspectos generales

En el proceso penal, la responsabilidad civil puede definirse como la obligación que tiene el autor de un delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción.

⁶⁰ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 263.

⁶¹ Binder, Alberto Martín. **Política criminal, derecho penal y sociedad democrática**. Pág. 89.



El objetivo de la responsabilidad civil es compensar a la víctima por los daños causados por lo que persigue un interés privado.

El particular, víctima del delito y beneficiario de la indemnización en la que se valora la responsabilidad civil derivada del mismo, puede renunciar a la misma siempre que esta renuncia no atente contra el interés u orden público, ni perjudique a terceros.

La reparación del daño ocasionado podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer algo, y se determinará por el juez atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable.

La indemnización de perjuicios comprenderá no solo los ocasionados al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros. Si la víctima, por medio de su conducta, hubiera contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido, podrá disminuirse el importe de su indemnización.

El perjudicado por el delito podrá optar por exigir la responsabilidad derivada del mismo en la vía penal, pudiendo ser cuantificada en la sentencia que ponga fin al procedimiento, o por la vía civil, en cuyo caso será necesario ejercer nuevas acciones ante los tribunales civiles.

La acción de responsabilidad civil puede transmitirse a terceros, por ejemplo, a los herederos.

Por su parte, son responsables civiles:



- a) Los que hubiesen cometido el delito o falta (autores) y sus cómplices.
- b) Los aseguradores si el riesgo estuviese asegurado.
- c) Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los menores de edad y por los mayores sujetos a su patria potestad o tutela que vivan en su compañía, siempre que exista culpa o negligencia.
- d) Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la industria o el comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o la prestación de sus servicios.

Como regla general el plazo para reclamar la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito prescribe en el plazo de un año.

3.2. Definición

La responsabilidad civil derivada de delito es una materia, que, a pesar de su importancia, en la práctica judicial suele quedar postergada y situada en un plano secundario, dado que si bien el proceso penal cuenta entre sus funciones principales con la función de protección de la víctima, entendido ello también, como un instrumento útil y eficaz de reparación económica de los daños sufridos por la misma a raíz del delito, en la tramitación diaria de los procesos penales, el objeto principal de los mismos, continua siendo la pretensión penal y tales procesos, desde su iniciación hasta



su terminación, se proponen, a través de las diferentes diligencias de instrucción averiguar como se ha producido el hecho delictivo y determinar quien ha sido el culpable del mismo, para, probado ello en el correspondiente juicio, terminar con una sentencia condenatoria o absolutoria.

El Diccionario de la Real Academia define la responsabilidad como “deuda u obligación de reparar y satisfacer.”⁶² Aplicado este concepto al mundo jurídico, supondría la sujeción de una persona que vulnera un deber y produce un daño, a la obligación de resarcir el daño producido.

Por lo tanto el origen de la responsabilidad se encuentra en la trasgresión de un deber, que da lugar a ocasionar una lesión para una persona, surgiendo por ende la obligación de reparar la lesión ocasionada a la referida persona.

La mayoría de tratadistas no proponen ninguna definición al respecto de responsabilidad civil, sin embargo, dentro del estrecho grupo que señalan algunas, estas la de Juan Bustos Ramírez, que parece ser la que más se apega a lo que se debe entender por responsabilidad civil, la que se cita textualmente y menciona que: “es aquel conjunto de obligaciones de naturaleza civil, exigibles a las personas responsables criminalmente del delito o falta, generado del daño que vienen a reparar o por insolvencia de éstas o su intervención lucrativa en los efectos del hecho delictivo, a otras ajenas a su comisión señaladas por la ley penal.”⁶³

⁶² Barrientos Pellecer, Ricardo. **Derecho procesal guatemalteco**. Pág. 161.

⁶³ Bustos Ramírez, Juan. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 467.



La anterior definición se presta bastante a lo señalado en su concepto puesto que las responsabilidades civiles, son un conjunto de obligaciones civiles, pero que surgen por la comisión de un delito, en las personas responsables directas o las que indirectamente colaboran en la perpetración del hecho.

El tercero civilmente demandado es la persona que, por previsión directa de la ley, responda por el daño que el imputado hubiere causado con el hecho punible. Otro dato importante por el cual dicha definición apuntada es adecuada, lo constituye el hecho de que dichas obligaciones son exigibles tanto por responsabilidad directa o por insolvencia de los sujetos directos a aquellos que han sido colaboradores, pero siempre y cuando la participación constituya responsabilidad lucrativa exigible.

Precisamente por este último extremo es que resulta necesario en este capítulo de aspectos generales, incluir la teoría de la participación en el delito, para que se distinga efectivamente a los autores de cualquier partícipe, sin embargo, se debe hacer énfasis en el hecho de que no se trata de establecer un equilibrio entre participación en el delito y responsabilidad civil, puesto que la forma en que debe ser establecida ésta última poco tiene que ver con la categoría de responsable del hecho perpetrado, mientras que si debe estar relacionado con la participación en el mal ocasionado. En otras palabras, la participación mayor o menor (como autor o como cómplice), no debe ser el criterio rector para establecer las diferentes cuotas que debe pagar como resultado del daño causado, sino su responsabilidad en este último.



En el ámbito nacional se señala a la responsabilidad civil, con aquel conjunto de obligaciones consecuentes con la comisión de un hecho delictivo.”⁶⁴ Como puede observarse, la definición resulta bastante parecida a la propuesta en el plano internacional por Bustos Ramírez, pero con menos elementos. Por lo que se puede afirmar que la responsabilidad civil es el conjunto de obligaciones legales de carácter civil o resarcitorio que surgen como vínculo jurídico entre el sujeto responsable de un hecho delictivo en beneficio del ofendido.

3.3. Naturaleza jurídica

Sobre naturaleza jurídica, no se tiene un adecuado conocimiento, y sobre todo, de las consecuencias de asumir posición al respecto, muchos de los problemas de aplicación jurisdiccional y a hubieran sido resueltos hace mucho tiempo. Por lo que aquí interesa, basta con recordar que la naturaleza jurídica y privada de la responsabilidad civil ex delicto se funda en los siguientes argumentos:

- a) La desaparición de los preceptos que regulan la responsabilidad civil del Código Penal, carecería de relevancia, pues podría accionarse en la vía civil basado en la normativa propia del Código civil.
- b) Algunos de los conceptos de la integran coinciden con instituciones civiles.
- c) La responsabilidad civil sigue un régimen autónomo e independiente de la pena, subsistiendo aunque se extinga la responsabilidad penal.

⁶⁴ Par Usen, José Maynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco.** Pág. 23.



- d) La no aplicación del principio de presunción de inocencia en la responsabilidad civil, pues tratándose de un supuesto de responsabilidad civil contractual, opera, por disposición de las normas del Código Civil, el principio de inversión de la carga de la prueba.
- e) La reparación civil no es personalísima, como sí lo es la pena, por tanto aquella puede transmitirse a los herederos.
- f) La responsabilidad civil no se establece de manera proporcional a la gravedad del delito, sino teniendo en cuenta la entidad y magnitud del daño causado.
- g) La reparación civil tiene como finalidad reparar el daño causado por una conducta antijurídica y se orienta a la víctima. La pena tiene fundamentalmente fines preventivos.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, se puede distinguir en tres posiciones legales:

3.3.1 De naturaleza penal

Desde el punto de vista en que las responsabilidades civiles son de naturaleza penal, la acción reparadora se fundamenta esencialmente en que para su existencia tienen que provenir de un hecho ilícito. Por tal circunstancia, la responsabilidad penal involucraría aparentemente responsabilidad civil.

En palabras más sencillas lo dicho anteriormente se puede expresar de la siguiente manera: La comisión de un delito genera responsabilidad civil. Sin embargo, como



consecuencia de ésta última, surge en la víctima la posibilidad de ser indemnizada o resarcida del daño eventual que pudo habersele causado. Por tal motivo, los partidarios de esta teoría consideran que las responsabilidades civiles son un corolario o consecuencia de la responsabilidad penal. De ser así, la responsabilidad civil en materia penal es de naturaleza penal.

Sin embargo si esto es cierto, el conflicto o la problemática consistirían en que la autoría y participación en el delito, mandarían a la hora de definir las cuotas que cada autor o cómplice debe pagar en concepto de acción reparadora. Es decir, que de esta última forma enunciada debería estar también regulada la responsabilidad civil, lo cual no es así y por esta razón se considera un error técnico en la redacción de la norma respectiva.

3.3.2. Sui géneris o mixto

Otros autores, entre ellos Eduardo Quintano, señalan que “la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil proveniente de un delito puede concebirse como un asunto mixto o sui géneris, por lo que el autor citado le llama a la acción civil que se ejercita en proceso penal, es decir a las responsabilidades civiles provenientes de un hecho ilícito, acción tercera o acción cuasi criminal.”⁶⁵

De conformidad con dicha apreciación la responsabilidad civil tendría el carácter de patrimonial, renunciable, transmisible, pero su desarrollo y ejercicio únicamente puede darse en sede penal.

⁶⁵ **Ibíd.** Pág. 23.



La crítica fundamental que se hace a esta postura es que la responsabilidad civil se concibe entonces de forma descriptiva y no explica finalmente cual en esencia puede ser su naturaleza.

3.3.3. De naturaleza civil

Finalmente existen autores que catalogan a la responsabilidad civil como de naturaleza de la misma rama civil. Dicha concepción pese a que se considere a la misma derivada de un delito o falta, y por tanto se estime que su origen lo debe al ámbito penal y además su tratamiento por consiguiente, lo sitúan en esta rama.

Finalmente Santiago Mir Puig, señala que la “responsabilidad civil debe tener una naturaleza civil.”⁶⁶ En virtud de que es una institución nacida en el derecho civil, así como regulada en el Código Civil.

El presente capítulo evidencia que con la transformación de la justicia penal en Guatemala, se dieron cambios sustanciales en la conceptualización de los elementos y la naturaleza de la acción civil proveniente de un hecho ilícito, con la inclusión del tercero civilmente demandado el campo de acción. En Guatemala a la efectividad de la acción civil se considera más conveniente, ya que le otorga más oportunidad de lograr efectos positivos a la pretensión del actor civil, por ende a lograr una restitución, reparación e indemnización plena y efectiva de los daños y perjuicios originados de un hecho ilícito, que constituye el motivo fundamental que origino grandemente a la realización de la presente tesis.

⁶⁶ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**. Pág. 47.



3.3.4. Desarrollo histórico

Siendo la primera etapa del derecho penal el de la venganza privada, es lógico suponer que el concepto de acción civil simplemente no existía. Según Castillo Barrantes, son “los alemanes los primeros en establecer una reparación civil como consecuencia de un ilícito penal, consecuentemente es en el derecho germano es donde aparece una indemnización dada por el autor del delito a la víctima, fijada por un juez del poder central, en donde también aparecen como órganos jueces que acusan oficialmente desplazando al ofendido, hecho que promueve el surgimiento del derecho penal, como también del derecho público, el cual en el transcurso del tiempo producirá la distinción de la pena con carácter público respecto de la indemnización de daños y perjuicios.”⁶⁷

Legislativa e históricamente del derecho se puede explicar desde la perspectiva española, ya que la legislación nacional atravesó durante mucho tiempo por el influjo de aquella, la cual está determinada por incluir en sus primeros códigos penales la acción civil por la inexistencia de códigos civiles. El primer Código Civil de España fue promulgado en 1889, mientras que el primer Código Penal fue promulgado en 1822, lo que hace reflexionar sobre el contenido que el legislador concebía para la acción civil sino había legislación civil codificada aún.

En Guatemala con el anterior Código Procesal Penal, Decreto Número 52-73 del Congreso de la República de Guatemala el que ya fue abrogado, se regulaba que la acción penal era pública, pero que la acción civil era de orden social de acuerdo a lo establecido en el Artículo 68, por lo que aparejaba en su concepción la aplicación de

⁶⁷ Castillo Barrantes, Enrique. **Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal.** Pág. 45.



una pena con una reparación civil, es decir unificaba la responsabilidad civil con la responsabilidad penal. Sin embargo, acogiendo el tercero de los tres sistemas descritos en el planteamiento de la problemática de la acción civil, el Código Procesal Penal anteriormente Decreto Número 52-73, establecía en su Artículo 73 que: ejercida la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, excepto que los interesados la renuncien expresamente o la reserven para ejercerla después de terminado el proceso penal. Si se ejerciere sólo la acción civil que nace de un delito de acción privada se considerará extinguida la acción penal.

A criterio personal definitivamente la acción penal es pública, pero debe incluir la acción civil, aunque en su regulación y naturaleza se respete su origen como civil toda vez que obedece a vocabulario civil, tal como la indemnización, el daño, el perjuicio y otros.

Un dato importante de lo que constituía la acción civil en el Decreto Número 52-73 del Congreso de la República de Guatemala derogado, es el hecho que en un mismo artículo se da autorización también al Ministerio Público para que, en defecto de los agraviados o cuando estos manifiesten la imposibilidad de actuar en el proceso, ejercerá por ellos las dos acciones, sin perjuicio de que conservarán el derecho de ser informados por dicho Ministerio y de cooperar con él haciendo las gestiones que crean necesarias para el mejor resultado de su pretensión”. Asimismo, el Artículo 82 del Código citado expresaba que: “el resarcimiento de los daños materiales y morales debían comprenderse como parte del proceso penal, en interés general y como tutela del orden social.



Por lo tanto el desarrollo del procedimiento de la acción civil y el cumplimiento de las obligaciones a que sujetan las responsabilidades de esa materia, es un efecto evidente en el actual Código Procesal Penal, el Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, porque además se tiene la posibilidad de establecer incluso un resarcimiento por concepto de daños morales.

Por lo antes expuesto las ventajas de sistema son evidentes, se trata pues de que la acción civil permite el resarcimiento del daño moral, situación que no se contemplaba anteriormente.

3.4. Elementos o requisitos para establecer la responsabilidad civil

Se debe indicar que estos elementos o requisitos se encuentran en cualquier supuesto de responsabilidad civil extracontractual y, siendo la reparación civil ex delicto una especie de ésta, le son también aplicables.

3.4. El hecho ilícito (antijuricidad)

Para que pueda existir responsabilidad penal y responsabilidad civil, requiere de una conducta humana que contravenga el orden jurídico. Es decir, se necesita de un hecho antijurídico. En el ámbito del derecho civil se diferencia entre antijuricidad típica y atípica. Cualquiera de ellas puede dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tratándose de una conducta antijurídica que, además de causar daño efectivo, constituye delito, siempre se tratará de un caso de antijuricidad típica. El licenciado Taboada Córdova Lizardo refiere que “debe tenerse muy claro que, no por ello, solo los delitos pueden calificarse como supuestos de responsabilidad



extracontractual, derivados de una antijuricidad típica, sino también existen estos casos en el derecho civil.”⁶⁸

Entonces, queda claro que la reparación civil derivada del delito se trata de un supuesto de antijuricidad típica, pues la conducta, causante del daño, ha sido prevista ex ante como ilícito penal. En este sentido puede apreciarse que una conducta tipificada como delito y que a su vez es producto de un daño, tiene dos consecuencias: la pena y la reparación civil. Es sumamente importante analizar la antijuricidad de una conducta, porque la presencia de una causa de justificación conduciría a eximir de responsabilidad penal al autor del hecho y generalmente, también de responsabilidad civil.

Finalmente, para efectos de sustanciar y resolver conjuntamente la acción penal y la civil, la conducta causante del daño debe ser, necesariamente, típica, pues, en caso contrario, no es que no exista responsabilidad civil, sino que no podrá tramitarse en la vía penal.

3.4.2. El daño causado

El otro elemento fundamental para que exista responsabilidad civil es el daño causado. No puede existir responsabilidad civil sin daño, pues simplemente no habría nada que indemnizar. El daño es un elemento tanto de la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En este orden de ideas, “la reparación civil derivada del hecho punible

⁶⁸ Taboada Córdova, Lizardo. **Elementos de la responsabilidad civil**. Pág. 41.



también tiene como presupuesto el daño causado. Si este elemento estuviere ausente, podría haber responsabilidad penal, pero nunca civil.”⁶⁹

Tal es la importancia del daño que, modernamente, algunos autores han optado por denominar a la responsabilidad civil como derechos de daños. Al margen de la discusión sobre la denominación, es preciso definir a este elemento. En este sentido, se afirma que se entiende por daño o lesión a todo derecho subjetivo, en sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión.

Este elemento sirve para definir también la finalidad de la responsabilidad civil, la cual es reparar el daño causado. En cambio, el derecho penal tiene, como una de sus finalidades, la prevención general de los delitos. Cabe indicar que en virtud a este elemento no basta con que exista una conducta antijurídica, es necesario además que esta haya causado daño. En este sentido, cuando se establezca la obligación de reparación civil en una sentencia condenatoria, debe indicarse la entidad y magnitud del daño causado.

Finalmente, se debe indicar que el daño causado puede ser de carácter patrimonial o extra patrimonial y, en consecuencia, la reparación civil debe comprender todos los daños causados, buscando resarcirlos en su totalidad, en aplicación del principio de reparación integral.

⁶⁹ **Ibíd.** Pág.



3.4.3. La relación de causalidad

Una vez determinada la existencia de un daño jurídicamente indemnizable, no puede aún atribuirse responsabilidad civil alguna, pues aun se requiere de un vínculo causal entre la conducta del autor y el daño causado. La relación de causalidad dice Gálvez Villegas Tomas que puede definirse como “el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado, en virtud del cual el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción adquiere la calidad de causa del resultado, estableciéndose entre ambos una relación de causa y efecto.”⁷⁰

Tratando de resolver el problema de la relación de causalidad, se han elaborado varias teorías, partiendo desde la teoría de la equivalencia de condiciones, hasta llegar a la teoría de la causa próxima (aplicable para los casos de responsabilidad civil contractual) y de la causa adecuada (aplicable para los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, como la reparación civil (ex delicto).

3.4.4. Factores de atribución

Comprobada la presencia de un hecho antijurídico, del daño causado y de la relación de causalidad, el último elemento que se requiere para afirmar la existencia de responsabilidad civil, es el factor de atribución. Los factores de atribución, también denominados criterios de imputación de responsabilidad civil, sirven para establecer cuando un determinado daño antijurídico, cuyo nexo causal se encuentra comprobado, puede imputarse a una persona y, por tanto, obligar a ésta a indemnizar a la víctima.

⁷⁰ Gálvez Villegas, Tomas. **La reparación civil en el proceso penal.** Pág. 125.



Estos factores se agrupan en dos sistemas. El sistema objetivo y el sistema subjetivo. Como consecuencia de estos sistemas, existen factores de atribución subjetivos: el dolo y la culpa. Son factores de atribución objetivos: el riesgo o peligro creado, la garantía de reparación, la solidaridad y la equidad.

En conclusión, para imponer reparación civil a los responsables directos del hecho se requiere de la presencia de dolo o culpa en sus conductas. De no presentarse estos factores de atribución subjetivos, quedarán liberados de responsabilidad civil.

3.4.5. Derechos que se garantizan con el ejercicio de la acción civil

Son aquellos que componen el tipo de la acción civil en cuanto a su extensión y comprenden:

- La restitución;
- La reparación de los daños materiales y morales y
- La indemnización de perjuicios.

a) La restitución

La restitución se produce cuando se debe devolver en lo posible una cosa igual a la dañada, con abonos al menoscabo y deterioro que la cosa tenga al momento de la restitución, lo que a falta de acuerdo entre las partes fijará un juez competente,



atendiendo a la mala o buena fe del que produjo el daño. (Artículo 1331 del Código Civil). La restitución básicamente trata de la evolución de la cosa.”⁷¹

b) La reparación de los daños materiales y morales

En cuanto a la reparación del daño material o moral, se establecerá para el primer caso en atención al precio de la cosa, y en cuanto al segundo de acuerdo a la extensión del daño causado a la víctima o agraviado. La falta de claridad en la redacción en cuanto al daño moral puede entenderse en dos sentidos, que ciertamente todo tiene que tener una redacción aceptable en la ley y en segundo lugar que por ello, queda flexible en beneficio de la parte afectada, el calcular el monto de este daño.

c) La indemnización de perjuicios

Finalmente, la indemnización de perjuicios está determinada en cuanto al resarcimiento de las ganancias lícitas que el sujeto pasivo del delito, es decir la víctima o agraviado, ha dejado de percibir (Artículo 1434 del Código Civil). Se debe entender como una compensación en dinero por el daño producido en el patrimonio de alguna persona.

A criterio personal, es más ajustado el considerar la reparación del daño como una compensación. No obstante con el actual procedimiento esto es más práctico y más real. A diferencia de como se fundamentaba anteriormente, la víctima actualmente tiene mejores medios para establecer el monto del daño causado, pudiendo en consecuencia establecerlo de forma más satisfactoria.

⁷¹ Cabanellas De Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 352.



d) Análisis en el derecho comparado en cuanto al ejercicio de la acción civil

Existen tres sistemas en cuanto al ejercicio de la acción civil, los cuales han sido desarrollados por varios autores. Un primer sistema que coincide según la mayoría de tratadistas con la escuela clásica del derecho penal, es el que se sustentaba en el hecho de que cada una de las dos acciones, la acción penal y la acción civil tienen diferente fundamento, ya que la acción penal se basa en el interés social por cuanto que pertenece al derecho público, y por su parte la acción civil, que está basada en el interés particular del ofendido, y por tal motivo corresponde al derecho privado.

A este sistema lo nombra el autor Cabanellas de Torres “como un sistema de separación absoluta porque pudiendo ser ejercida la acción penal, no se concibe incluida la civil.”⁷². Y la licenciada Cárdenas Bautista, por su parte señala al respecto de la teoría clásica que el único titular legítimo de la acción civil tendiente a esa reparación es el ofendido, y por lo tanto no es ni interés, ni derecho del Ministerio Público ejercerla a nombre suyo sin su consentimiento, ni del juez acordarla de oficio”.⁷³

Entre las dificultades que plantea este sistema clásico se encuentra el hecho de que en el caso de ser un incapaz el ofendido, no habría forma en que pudiese reclamar; en sentido contrario si la acción civil puede ser ejercida por los órganos oficiales, entonces la reclamación no puede quedar impune en ningún caso. Este sistema es seguido por los Anglosajones y por los alemanes.

⁷² **Ibíd.**

⁷³ Cárdenas Bautista, Neslie Guisela. **La acción civil en el proceso penal.** Pág. 4.



CAPÍTULO IV

4. El acceso carnal delictuoso

4.1. Origen

En Roma se castigaba con la pena de muerte a quienes ejercían violencia sobre personas casadas o solteras. En el Código de Hammurabi de los babilónicos y caldeos se sancionaba de una manera enérgica, la agraviada, la sociedad y todos los dioses eran las víctimas. La sanción que se aplicaba al violador era pena de muerte mediante ahorcamiento en público.

El derecho Hebreo tenía penas más drásticas, se sancionaba con la pena de muerte al violador, así como a los familiares más cercanos.

El derecho Canónico también sancionaba este delito con pena de muerte, pero tenía como requisito que la víctima sea virgen y ser desflorada y ésta no reunía esas características no se consideraba como tal, sancionándose con penas más leves.

En las leyes españolas, el Fuero Juzgo castigaba al hombre libre de 100 azotes y al siervo a morir quemado en fuego. El Fuero viejo de castilla determinaba la muerte de quien forzaba a una mujer virgen o no. Las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o viviere con algunas de ellas por la fuerza. En el Perú, los incas sancionaban al violador con expulsión del pueblo; el linchamiento, sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.



En la época de la colonia la cifra negra de la criminalidad aumenta debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas los indígenas.

4.2. Definición

El acceso carnal delictuoso es todo hecho en virtud del cual el órgano genital de una de las personas ya sujeto activo o pasivo es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, en tal forma que haga posible el coito o un equivalente anormal de él.

Para el tratadista argentino, Núñez Ricardo, “el sujeto activo puede ser cualquier varón que no esté imposibilitado por su edad, impotencia o defecto físico, para introducir su miembro en el vaso de la vagina.”⁷⁴

Por su lado Luis Arturo Zúñiga Flores, citando a Rosa Mavila León, en relación al acceso carnal, señala que “la peculiar forma de tipificar la conducta delictiva se origina con la posición que sostiene: Solo el varón es susceptible de ser sujeto activo. Es decir se afirma, la propia índole de la cópula sexual determina la condición del varón en agente, titular del instrumento penetrante que accede y con el que, con naturalidad y violencia, limita la libertad sexual del agraviado.”⁷⁵ Considero que en la parte final de esta definición se refiere al agraviado en lugar de agraviada por la posibilidad de que pudiese existir un acceso carnal forzado con un hombre.

⁷⁴ Núñez, Ricardo. **Derecho penal argentino**. Pág. 812.

⁷⁵ Zúñiga Flores, Luis Arturo. **Concepciones del término acceso carnal**. Pág. 25.



De esta definición el tratadista peruano, Salinas Siccha Ramiro, refiere “sólo el varón puede ser el único que puede penetrar carnalmente; la mujer puede ser partícipe del delito de violación en cualquiera de sus formas, excepto como autor principal.”⁷⁶

Debo indicar que es la doctrina tradicional la que concebía solamente al hombre como potencial sujeto activo. Así por ejemplo encontré que para Manuel Espinoza Vásquez este delito: “...únicamente se comete y consume materialmente por el acceso carnal mediante la introducción del órgano sexual masculino, el pene (intromisión pene), en el órgano sexual femenino, la vagina.”⁷⁷ Sin embargo, este propio tratadista ya refería que no faltaban autores respetables que pretenden incluir a la mujer como sujeto activo del delito de violación sexual en agravio de un menor de edad cuando lo inicia en la práctica sexual prematura mediante la fuerza, o la intimidación o halagos para que se relacione con su persona de agente activo o con otra mujer.

Por supuesto el problema se complica cuando entramos a determinar al sujeto activo potencial en el injusto violatorio. El licenciado Muñoz Conde, citado por Raúl Carnevali por ejemplo, percibe que “la restricción de sujetos activos al hombre no es coherente con el paradigma de la libertad sexual como bien jurídico protegido. Refiere que gramaticalmente el Código Español utiliza el pronombre masculino para sindicar al sujeto activo: el que; sin embargo, manifiesta que si bien es difícil de imaginar por condicionamientos culturales un acceso carnal con sujeto activo femenino, ello no es imposible en tanto el sujeto pasivo puede ser un enajenado o un menor.”⁷⁸

⁷⁶ Salinas Siccha, Ramiro. **Derecho penal parte especial**. Pág. 544.

⁷⁷ Espinoza Vásquez, Manuel. **Delitos sexuales**. Pag.11.

⁷⁸ Carnevali Rodríguez, Raúl. **La mujer como sujeto activo en el delito de violación**. Pág. 112.



Así mismo refiere que: "...la ampliación del término acceso carnal para sustituir al anterior del yacimiento ha significado que la posibilidad del sujeto activo femenino se incluya en el raciocinio penal. Gramatical o lingüísticamente, para este investigador, tanto el hombre como la mujer son iguales en tanto sujetos activos o protagonistas de la relación sexual pero formula que en el derecho penal es sujeto activo sólo la persona que realiza materialmente la acción típica del delito y es una cuestión valorativa, no puramente gramatical, decidir si en el delito de violación debe incluirse a la mujer como sujeto activo del mismo. Sin embargo, informa que en la legislación española se admiten todas las posibles combinaciones; hombre-mujer; mujer-hombre; hombre-hombre; mujer-mujer."⁷⁹

Es así como el jurista Muñoz Conde, sostiene que esta consideración ha variado significativamente. Por ejemplo en España, el proceso de reforma legal implicó el cambio de la descripción contenida en el tipo penal, el cual era más amplio que el anterior, el cual se reducía conceptualmente al acceso vaginal heterosexual forzado en el que el sujeto pasivo es femenino. Ahora los sujetos pasivos pueden ser tanto la mujer como el varón, lo que ha significado superar concepciones que discriminaban a esté ultimo y que eran incongruentes con los dispositivos constitucionales que prohíben expresamente cualquier forma de discriminación por razones de sexo.

Siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, cualquier persona que imponga la unión carnal o acceso carnal sexual lesionando con ello la libertad sexual del sujeto pasivo, será autor del delito de violación sexual. En consecuencia si la que impone el

⁷⁹ **Ibíd.** Pág. 112.



acceso carnal sexual por medio de la violencia o amenaza grave es la mujer, también se configuraría el delito de violación sexual.

Por lo que al vulnerarse, limitarse o lesionarse la libertad sexual de la víctima, resulta intrascendente verificar quien accede a quien. Mucho mas ahora cuando puede materializarse el delito de violación sexual con la introducción de objetos o partes del cuerpo. Así por ejemplo, estaremos ante un hecho punible de violación sexual cuando una mujer, haciendo uso de la violencia o amenaza, somete a un determinado comportamiento a su víctima (hombre) y le introduce un objeto – prótesis sexual, palo, frutas, etc., por el ano.

Considero que para la interpretación de los delitos sexuales, se puede decir que los tiempos actuales tanto el hombre como la mujer pueden constituir el papel de sujetos activos o protagonistas de un acceso carnal forzado.

Estimo asimismo que también quedan sin sustento, aquellas ideas que suponen, que existe mayor gravedad en la violación de un varón sobre una mujer que a la inversa. La gravedad de esta conducta se ha de valorar a tenor del atentado a la libertad sexual, más no de las eventuales lesiones producidas, que en su caso supondrían un concurso real de delitos con lesiones ya sean leves o graves, ello dependiendo de la magnitud del daño ocasionado a la víctima.

Concluyó entonces que la mujer también puede ser una posible autora del acceso carnal forzado, lo cual en la interrelación social es ya una realidad insoslayable, que no puede negarse. En efecto, se presenta como argumento sólido para considerar a la



mujer como sujeto activo del delito de violación, la situación que el bien jurídico que se pretende proteger lo constituye la libertad sexual de la persona natural, sin distinción de sexo. Aquella es una conquista significativa del derecho penal moderno, pues se ajusta a las exigencias y lineamientos del Estado social y democrático de derecho al que le es consustancial la igualdad de todos ante la ley; también por reflejar debidamente una realidad en la cual la mujer no es un mero sujeto pasivo, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa al varón en el ámbito sexual.

Resulta interesantísimo para el desarrollo del presente tema la posición de Rodríguez Devesa citado por Miguel Bajo: quien manifiesta que: “El sujeto pasivo puede ser de uno u otro sexo, siendo indiferente que la persona haya alcanzado o no madurez sexual, sin embargo, precisando que fisiológicamente ha de ser una persona apta para una forma de cópula, aunque fuere solo víctima de acceso carnal bucal. En donde cabe la pregunta si es exigible al sujeto pasivo de la violación la honestidad. Para lo cual la respuesta es que ese elemento ya no es necesario sin embargo la víctima a de acreditar una resistencia seria porfiada y denodada durante el curso de la acción violenta.”⁸⁰

En contraposición a lo anterior Marco Rodríguez citado por Raúl Peña Cabrera; opina que “nunca puede acreditarse el delito de violación de una mujer a un hombre sea cual sea su edad, ya que por fuerza la mujer al realizar la cópula no tiene miembro viril, en algunos códigos penales de los Estados Unidos menciona que la cópula es la introducción del miembro viril, por tanto la mujer no tiene miembro viril. Violación,

⁸⁰ Bajo Fernández, Miguel. **Compendio de derecho penal parte especial.** Pág. 108.



cópula del delito; el elemento cópula que precisa el delito de violación queda plenamente acreditado con cualquier forma de ayuntamiento carnal, homosexual o heterosexual, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, en la que haya penetración del miembro viril, por parte del agente. Así se establece que el acusado introdujo el pene en la boca del menor ofendido, ello es suficiente para estimar la cópula.”⁸¹

Asimismo continua manifiesta Peña Cabrera Raúl, que “tratándose del delito de violación, el elemento cópula, entendiéndose como conjunto sexual, con eyaculación o sin ella, puede verificarse con la concurrencia de tres hipótesis:

- a) Cópula de hombre a mujer por vía normal;
- b) Cópula de hombre a mujer por vía contra natural y
- c) Cópula homosexual.”⁸²

Este autor cree que si la penetración se realiza con objeto distinto al miembro viril, es abusos deshonestos y no violación.

Rodríguez es del criterio de que si la mujer tuvo cópula introduciéndose el miembro de un menor de edad, entonces el delito que se puede configurar es el de "corrupción de menores", habida cuenta de que el menor no fue violado, es decir, que el menor no sufrió una introducción de un miembro o de un objeto que hiciera las veces del pene.

⁸¹ Peña Cabrera, Raúl. **Tratado de derecho penal parte especial.** Pág. 629.

⁸² **Ibíd.** Pág. 629.



Informa el autor que al emplearse la voz accede solo se está refiriendo a una conducta activa, esto es a quien efectúa la función penetradora, siendo autor material de violación un hombre, pues sólo este puede acceder carnalmente.

4.3. Realidades sobre el ataque sexual

Al respecto se puede indicar lo siguiente:

- a) Que la mayoría de los ataques sexuales son cometidos por alguien que la víctima conoce, no por extraños.
- b) El ataque sexual es una forma de abuso usada en muchas relaciones.
- c) Los efectos del ataque sexual pueden incluir: la depresión, recuerdos recurrentes de lo que ocurrió, ansiedad, pesadillas y cambios en los hábitos de descanso y alimentación. Para evitarlo, deberá buscar ayuda y orientación.
- d) Se estima que los ataques sexuales producen más de 32,000 embarazos por año.
- e) Los hombres que abusan sexualmente y que les pegan a sus parejas tienen más probabilidad de causarles heridas graves a sus parejas. La violencia puede escalar y puede eventualmente conducir a la muerte.
- f) Haberse sometido a un ataque sexual no significa que usted haya dado su consentimiento.



- g) No es necesario haber recibido heridas graves (como fracturas de huesos o pérdida de sangre, moretones) para que haya existido el ataque sexual.
- h) La práctica de reembolso que utiliza La junta de víctimas de delitos (Crime Victims Board) permiten que se les reembolse a los hospitales la atención que se les ofrece a las víctimas después de un ataque sexual aun cuando la víctima no tiene cobertura médica.
- i) Es política pública del departamento de la policía de la ciudad de New York (New York City Police Department) no preguntar sobre la condición migratoria de las víctimas de un delito, testigo u otros que buscan ayuda.

Que se debe hacer con respecto a sufrir un ataque sexual:

- a) Debe ir al hospital. El hospital puede documentar y curar las heridas. Podrá resultar más fácil ir al médico si alguien la acompaña. Los hospitales de la Ciudad de Nueva York también cuentan con especialistas en abuso sexual que pueden ayudarle a través del proceso.
- b) Llame a una de las líneas directas enumeradas a continuación. La agencia a la que llame podrá responder el teléfono en inglés. Si no habla inglés, diga en inglés el idioma que habla. Les ayudará a encontrar un traductor para conversar con usted.



Con respecto a los mitos y hechos que deben considerarse:

a) Mito: No puede ser atacada sexualmente por su esposo o novio.

Hecho: Muchos de los hombres que cometen este delito están casados o involucrados en relaciones con sus víctimas. Cualquiera puede cometer un ataque sexual.

b) Mito: El sexo no deseado o las caricias no deseadas no son un problema.

Hecho: El ataque sexual es un delito grave. Las personas pueden sufrir consecuencias físicas, psicológicas y emocionales a corto y a largo plazo después de sufrir un ataque sexual.

c) Mito: Las personas que visten ropa provocativa se merecen el ataque sexual.

Hecho: Nadie merece el ataque sexual. Hombres y mujeres de todas las edades, razas, clases, religiones, profesiones y estilos de vestimenta han sido víctimas de ataques sexuales.

d) Mito: Nadie puede ser atacado sexualmente contra su voluntad.

Hecho: El temor y las amenazas de violencia pueden inmovilizar a las personas.

e) Mito: No me defendí entonces no fue violación o ataque sexual.



Hecho: Todo acto sexual obligado se considera violación – sin considerar si la persona se defendió.

- f) **Mito:** La presentación de un informe – denuncia en el caso de Guatemala – producirá el arresto de la persona que haya cometido el delito.

- g) **Hecho:** Para que se pueda realizar un arresto, en la mayoría de los casos, la policía y los Viceprocuradores – para el caso de Guatemala los fiscales – del Distrito necesitarán su cooperación.

Como reaccionar frente a un ataque sexual:

- a) Busque atención médica lo antes posible si ha sido víctima de un ataque sexual. El médico puede tratarle las lesiones, las infecciones de transmisión sexual que pueda haberse contagiado y prevenir un embarazo no deseado. Será examinada en privado sin la presencia de un oficial de policía. Si piensa que le dieron drogas antes del ataque sexual, se debe realizar un análisis de orina lo antes posible.

- b) No se limpie, duche, cepille los dientes, peine, lave las manos o arroje a la basura ninguna pieza de ropa. Es importante que le permita al examinador recopilar la evidencia del ataque. Su cooperación podrá ayudar a evitar que esto le pase a cualquier otra persona.



- c) No tenga miedo de hacer preguntas. No dude en pedirle a la policía o personal médico que le explique todo lo que usted desea saber. Están allí para ayudarlo.

- d) Considere el asesoramiento o respaldo profesional. Contar con alguien con quien hablar sobre lo sucedido y cómo se siente podrá ayudarlo a manejar los efectos del ataque sexual. Llame a la Línea Directa de Ataque Sexual para que la refieran a una agencia local.

- e) Considere sus derechos legales y sepa cuáles son los servicios que tiene a su disposición.

4.4. Resarcimiento

De lo ya anotado, es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Estos estados de la persona podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño, estados de algún modo variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean



consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

En este sentido puedo decir, que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico. La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

El problema analizado por la doctrina de este siglo, ha tenido por objeto establecer cuáles son los daños resarcibles en el plano no patrimonial. Problema que a la postre de las doctrinas modernas resulta estéril, toda vez que se ha afirmado, que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, si ha sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento.

Así que al entrar el estudio del daño moral, es entrar en el estudio de la grave problemática que encierra su reparación. Esto es, la admisibilidad de indemnización de daños que como el daño moral son de naturaleza extrapatrimonial. Sin embargo hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnización del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del derecho privado.



La reparación del daño moral ha experimentado un curioso proceso. En otros tiempos eran muchos los juristas que la rechazaban, por entender que los bienes morales no admitían una valoración pecuniaria, o que de ser admitida ésta habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Más aún, muchos consideraban a los bienes de la personalidad tan dignos, que rechazaban la sola idea de traducirlos a términos materiales.

Paradójicamente, este pensamiento ha tenido gran arraigo en los países anglosajones, tan respetuosos con los valores y la dignidad del individuo.

Para el efecto el Código Civil Alemán siguen una vía intermedia entre la negación y el pleno reconocimiento de los daños morales, el cual admite la indemnización del daño no patrimonial sólo en los supuestos taxativamente señalados en la propia ley. Estos son: la lesión corporal, el daño a la salud, la privación de libertad y el delito contra la moral de la mujer obligada a cohabitar fuera del matrimonio.

Se debe tener en cuenta, que el daño moral no excluye la posibilidad de que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria. Sería por ejemplo, el caso de un comerciante que es objeto de una campaña injusta de ofensa a su honor. Esta afectará tanto a su prestigio o estima social – bien moral – como a la explotación de su negocio – pérdida de clientela, de crédito, etc. en suma, intereses materiales –. Estos son los denominados en la doctrina italiana como daños patrimoniales indirectos, que se presentan como una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo del



interés no patrimonial. Los daños no patrimoniales pueden ser fuentes, frecuentemente los son, de daños patrimoniales, pero pueden también no serlo.

La resarcibilidad del daño patrimonial, de conformidad con el principio del resarcimiento integral, no plantea problema alguno, pudiendo ésta tener lugar con un valor similar al dañado o mediante la reparación por equivalente con la valoración del daño en una suma de dinero, siendo ésta la forma más común.

El vigente Código Civil italiano ha resuelto el problema en la práctica, con una solución esencialmente de carácter negativo de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales. Así, el Artículo 2059 establece que “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”; y tales casos se reducen a aquellos en que el hecho productor del daño tiene naturaleza delictual, como lo manifiesta el Artículo 185 numeral dos del Código Penal italiano.

En España la práctica totalidad de la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial. En tal sentido, nos dice De Castro: “El reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general.”⁸³ Por su parte el jurista Hernández Gil utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil

⁸³ De Castro, Francisco. **Temas de derecho civil.** Pág. 9.



derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector de Derecho comparado que representa el derecho anglosajón.”⁸⁴

Frente a esta tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia moderna del resarcimiento, se postula por parte de algunos sectores doctrinales la no resarcibilidad del daño moral. Entre los diversos argumentos esgrimidos en contra de la reparación del daño moral, podemos enumerar los siguientes:

- a) El postulado por quienes rechazan la resarcibilidad del daño moral en tanto y en cuanto afirman que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.

En relación con esta objeción García López señala: “Que se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa⁸⁵”. El mantenimiento de esta teoría podría resultar válido desde un esquema estrictamente patrimonialista en el que se identificaría toda la teoría general del derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegerían los derechos o bienes patrimoniales.

Actualmente semejante argumentación carece de base, porque admitida jurídicamente la responsabilidad civil por daños morales, el enriquecimiento patrimonial de la víctima del daño moral tendría su causa en la lesión de un bien jurídico tutelado por el derecho civil. Es el mismo García López quien cita a

⁸⁴ Hernández Gil, Alejandro. **Derecho de obligaciones**. Pág. 115.

⁸⁵ García López, René. **Responsabilidad civil por daños morales**. Págs. 146.



Brebbia como sustentador de la tesis conforme a la cual la reparación del daño moral constituye un enriquecimiento sin causa, argumentando este autor que afirmar la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para él mismo un enriquecimiento sin causa, importa lo mismo que sostener que los bienes personales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc., de ese sujeto se hallan fuera de la protección del derecho, lo que no puede menos de constituir y constituyen de hecho en la inmensa mayoría de los países civilizados, el objeto preferente de la atención del legislador. Sin embargo, para los autores que afirman que la indemnización supondría un enriquecimiento sin causa, el sostenimiento de semejante postura no significaría en modo alguno que el derecho no fuera a tutelar los bienes personales, pues el hecho de que escapen al ámbito del derecho privado no se deduce que dejen de constituir el objeto de protección del derecho penal.

Sin embargo puedo decir, que es inexacta la conclusión del autor español respecto a la posición del autor de referencia. Brebbia no dice que la admisión de la indemnización del daño moral constituya un enriquecimiento sin causa, lo que señala es que hay que impedir que la indemnización por daño moral se convierta a favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa, en un enriquecimiento sin causa. Es clara su postura a favor de la admisión de la reparación del daño moral, pero ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o injusto.

- b)** Otros fundan la irresarcibilidad de los daños no patrimoniales, en la idea de que intrínsecamente es imposible y es contra la razón y al sentimiento, reducir en



dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física y todos los de esta índole.

Frente a este argumento, puede objetarse que la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es monetizar el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que los compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos.

A mi modo de ver, el pago de una suma de dinero a quien ha experimentado un daño patrimonial, cumple una función de satisfacción por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida.

En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, pero contribuye a esta finalidad en una noble dirección. Doble dirección que resulta de la generalización de la función que asume la indemnización del daño moral en los dos supuestos paradigmáticos de daños causados al honor y daños morales derivados del fallecimiento o de daños corporales graves.

Para el lesionado en su honor, la indemnización supone aumentar el ámbito de la libertad y la posibilidad de escapar del círculo en el que la difamación hubiese



dejado sentir sus efectos. En caso de muerte o de lesiones corporales graves es decir, aquéllas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, la indemnización tiene para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida en el que se pacte la prima a favor de sus allegados o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves, respectivamente. En fin, en estos casos, la indemnización sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados.

- c) Por otra parte, se ha dicho que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue, ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral.

Tal objeción se funda en un sentido demasiado restringido del concepto reparar, los partidarios de la teoría negativa del resarcimiento de los daños morales han afirmado que reparar significa hacer desaparecer el perjuicio, reemplazar aquello que ha desaparecido, lo que, en último término, les lleva a no admitir la posibilidad de reparación en la mayor parte de los daños morales, y, en definitiva, a negarla en todos aquellos supuestos en que la reparación in natura no puede ser obtenida.

Sin embargo, la necesidad de la reparación pecuniaria del daño moral, subsiste incluso, en aquellos supuestos en los que se contempla por el ordenamiento jurídico lo que buena parte de la doctrina ha calificado de reparaciones en forma



específica de los daños morales, y que consiste, fundamentalmente, en la publicación en la prensa de la sentencia condenatoria del culpable o de la retractación de quien lesionó el honor del demandante; si bien, en estos supuestos, más que de una reparación del daño moral, se trata del resarcimiento en forma específica del daño causado al honor. Me permito traer a manera de ejemplo la Sentencia del siete de febrero de 1962 del Tribunal Supremo Español, publicada en la Gaceta Jurídica de dicho año, la cual con este mismo espíritu, señala que: ...la tutela del honor en la vía civil otorga al ofendido, no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado.

Pero habrá casos en los que la reparación en forma específica no sea posible o sea insuficiente. En estos supuestos cabe admitir la entrega de una cantidad de dinero a modo de equivalente pecuniario del daño sufrido.

Como ya se ha advertido, la tesis sostenida de forma generalizada en el ordenamiento jurídico español, es la favorable al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales o morales, tesis que han sustentado a su vez, en diversas concepciones de la misma.

Así, se entiende que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción, ya que sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables. Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendentes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha



causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial. Para lo cual cito a continuación el sentido de la sentencia comentada del Tribunal Supremo español, donde expresa: El dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral.

Tal teoría defendida por la doctrina y la jurisprudencia española, no he sostenida de igual modo en el ordenamiento jurídico italiano. Giuseppe Bonilini, a pesar de reconocer la autoridad de las opiniones expuestas señala, que: "...la tesis enunciada no se muestra siempre adecuada para explicar la verdadera realidad y complejidad del fenómeno. Tal afirmación la fundamenta señalando que es extraño que las personas dañadas por la muerte de un familiar puedan eliminar el sentimiento de desasosiego obligando al responsable a reconocerse como tal ante ellos, siendo probable que una suma de dinero pueda, en ocasiones, causar placer en quien la recibe. Sin embargo este placer no podrá nunca o, al menos, en la mayoría de los casos, no sólo equipararse al daño sufrido, sino que ni siquiera podrá acercarse a una especie de contraprestación, a un restablecimiento del equilibrio que el hecho ilícito ha roto."⁸⁶

⁸⁶ Bonilini, Giuseppe. **Daños no patrimoniales**. Pág. 268.



Considero que en este sentido acoger la tesis de la satisfacción, implica la solución de un problema que, indudablemente, se le presenta al juzgador, cual es el de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor sufrido, puesto que el daño moral escapa a toda posibilidad de estimación basada en criterios objetivos de unánime aceptación o, sin más, racionalmente convincentes.

Por lo que para alejar el peligro de una extrema subjetivización se puede avanzar en la idea, de que para realizar la determinación de la cuantía constitutiva de la indemnización por daño no patrimonial, el juez no ha de tener en consideración el dolor soportado específicamente por la víctima, sino más bien el que sufrirían la mayoría de los individuos en una situación análoga. Se trata de un intento de objetivación de la liquidación de las consecuencias dañosas no patrimoniales.

Al respecto y en orden a establecer una mayor justicia y una mayor igualdad entre las víctimas de daños corporales y morales, en la doctrina francesa según el tratadista Viney se ha pronunciado a favor del establecimiento de un sistema de límites o techos en materia de indemnización de este tipo de daños. La autora francesa considera que: “Es indispensable afrontar sin prevención la idea de una tarificación de estos daños, sobre bases objetivas que vengán a colmar una de las lagunas más graves que se encuentra en el sistema francés de responsabilidad civil, y ello porque, en última instancia se hace necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un determinado país y en un determinado momento, a la indemnización



de las víctimas de daños, no deberían rebasar un cierto límite, pues el sistema indemnizatorio puede perturbar el dinamismo económico.”⁸⁷

Por otra parte, es necesario que señale que incluso aquellos autores que se muestran reacios a la admisión de conceptos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas, los aceptan en el concreto ámbito de los daños no patrimoniales.

En los supuestos de daños no patrimoniales, el establecimiento de baremos indemnizatorios oficiales garantizarían un tratamiento de igualdad en casos objetivamente equiparables, eliminando la arbitrariedad que supone el dejar la fijación de la cuantía indemnizatorio al criterio de cada juez en un terreno especialmente apto para que cada individuo deje entrever sus propias convicciones y sentimientos.

Debo comentar que la doctrina española es unánime al afirmar, que dado que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la reparación integral del daño que es el objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual, es en orden a esta pretensión de integridad que el juzgador ha de situarse en el lugar de cada víctima, analizando todas las circunstancias de su vida pasada. Este hecho explica, además, la tendencia de la jurisprudencia a descubrir nuevos tipos de daños justificativos de indemnizaciones especiales, así el llamado perjuicio social, el denominado perjuicio juvenil o el daño a la capacidad matrimonial.

⁸⁷ Viney y Markesinis. **La reparación del daño moral**. Pág. 102.



En Guatemala, es el Código Civil, Decreto Número Ley 106, el que refiere la normativa relativa al trabajo desarrollado, misma que en relación a la indemnización a la madre regula:

El Artículo 225, indica lo siguiente: Indemnización a la madre. La madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso.

Como se desprende del texto del Artículo citado, el legislador comprendió y reconoció que la mujer que producto de un asalto sexual, resultare en situación de embarazo, debía ser indemnizada (compensada) por el daño moral que de dicho ataque derivara.

Sin embargo ocurrió también que en la legislación civil, no se estableció nada respecto a la forma en que debía de ser compensado dicho daño moral. Por lo que se constituyó un derecho que jamás tendría la mujer ofendida oportunidad de hacer efectivo.

Asimismo no corresponde a los jueces establecer los parámetros dentro de los cuales debe indemnizarse a la víctima, ya que dicha tarea es propia del legislador.

Tal y como ya lo expuse, el horror de este instituto jurídico, lo constituye la excepción que dejó plasmada el legislador dentro del Código Civil relativa a la no procedencia de la indemnización. Refiere el Artículo 226 lo siguiente: En el Artículo 226, regula que: Improcedencia de la acción. La acción concedida en el Artículo anterior... no proceden en el caso siguiente:

- 1) Si durante la época de la concepción, la madre llevó una vida notoriamente desarreglada, o tuvo comercio carnal con persona distinta del presunto padre.



CAPITULO V

5. Análisis sobre el resarcimiento del daño moral

5.1. El daño moral

Es importante iniciar el presente análisis con el significado de la palabra daño, que proviene del latín demere que significa menguar, entendido también lo manifestado por el doctor Beltrán Pacheco, Jorge Alberto “como el detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por un ordenamiento legal, que en un primer momento corresponde al Interés jurídico general de no verse dañado por la conducta de otro sujeto, tornándose luego en un interés específico de la víctima.”⁸⁸.

Al ser el daño un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado, la indemnización debe perseguir no una sanción, sino una satisfacción de dicho interés conculcado, toda vez que el objeto del daño se identifica siempre con el objeto de la tutela jurídica, que no es otra cosa más que un interés humano, por lo tanto este menoscabo a un interés jurídicamente tutelado se va a manifestar en una afectación a la esfera personal y/o patrimonial de un sujeto, en virtud de un hecho antijurídico o no antijurídico.

En virtud de lo anterior el autor Zannoni, considera que debemos postular una diferencia entre lo que entendemos por bien jurídico y lo que se concibe como interés jurídico. Para este autor "bien jurídico" es el objeto de satisfacción (cosas, bienes inmateriales, cuerpo, salud, integridad física, etc.), e "interés jurídico" es un poder de

⁸⁸Beltrán Pacheco, Jorge Alberto Dr. **El daño en la responsabilidad civil**. Pág. 47.



actuar reconocido por la ley hacia el objeto de satisfacción. A partir de estas ideas consideramos que la naturaleza del daño está determinada no por la naturaleza de los bienes afectados, sino por aquella que corresponde al interés transgredido de la víctima, por ejemplo un sujeto X de forma intencional destruye el vehículo de otro sujeto, el cual había pertenecido anteriormente a sus ascendientes; en este caso si bien es cierto que el vehículo pertenece a la esfera patrimonial del sujeto perjudicado, no es cierto que el daño que se ha ocasionado sólo sea un daño patrimonial, puesto que también se ha ocasionado al sujeto un daño moral, ya que el vehículo tenía un valor sentimental para el propietario al haber pertenecido a sus ascendientes.

Es por ello que Zannoni establece que es incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien u objeto de satisfacción que ha sufrido menoscabo, por ende, no es verdad que en el caso ejemplificado el daño sea solo patrimonial porque el bien dañado es un objeto de satisfacción patrimonial, porque va inmerso un daño moral de la víctima que es necesario que sea cuantificado, para que a su vez sea resarcido de alguna manera.

Una vez precisados estos conceptos debemos delimitar aquello que contiene cada una de las esferas antes citadas, como son la esfera personal y la esfera patrimonial del daño causado por la comisión de un hecho delictivo, que a su vez se pretende que sea resarcido mediante una acción civil.

En concreto se puede entender como daño moral al menoscabo que sufre el sujeto pasivo del delito, calificable desde un punto jurídico y que afecta a bienes que son intangibles como la reputación y las facultades volitivas y sensitivas de una persona.



5.2. El daño y sus clasificaciones doctrinarias

5.2.1. Daño desde la perspectiva de la esfera personal de la víctima

La esfera personal de un sujeto comprende un doble aspecto, el biológico que se refiere al cuerpo del sujeto, que a la vez comprende tanto su estructura anatómica como su esfera psicológica; y el social vinculado al conjunto de interrelaciones establecidas entre los particulares que persigue su desarrollo como ser social.

Obviamente y desde un punto de vista integral el ser humano comprende una serie de roles y de aspectos agrupables fundamentalmente en corpóreos y no corpóreos, lo cual permite asociar al primero de los grupos mencionados todo lo relativo a la integridad física personal, y al segundo grupo todo aquello que forma parte de la persona pero que es intangible.

5.2.2. Daño desde la perspectiva de la esfera patrimonial de la víctima

Por otra parte en la esfera patrimonial, el daño comprende el conjunto de bienes ciertos que forman parte del patrimonio del sujeto en un tiempo determinado, debiéndose entender como bien a todo aquello que tiene la cualidad de satisfacer una necesidad.

La utilización del concepto daño patrimonial busca subsanar las deficiencias que surgen con el uso por parte de la teoría clásica de la responsabilidad civil del término detrimento material, dado que en este último sólo se incluyen a los bienes tangibles, dejando de lado a otros bienes como los derechos que son bienes intangibles que forman parte también del patrimonio; para graficar lo expuesto pensemos en el caso de



la destrucción de una letra de cambio por un sujeto; en este caso observamos que la indemnización no sólo busca reparar el perjuicio producido por la pérdida del documento de crédito que representa al Título valor, sino también del derecho incorporado en el mismo.

Es necesario que la ley proteja a las personas desde distintos puntos de vista, sobre todo en materia patrimonial y no patrimonial, porque entre las obligaciones del Estado se encuentra la de brindar protección a las personas.

5.3. Requisitos del daño para ser indemnizado como tal

Este daño al que hacemos referencia debe cumplir con determinados requisitos a efectos de ser indemnizado:

- De certeza:

Todo daño a efecto de ser indemnizado debe ser cierto, esto implica, tal como lo establecen autores como el español Acuña Anzorena, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige el Artículo 126 del Código Procesal Civil guatemalteco, al hacer referencia a los fundamentos de hecho, de derecho y a los medios probatorios que deben de contener las demandas que se planteen.

El análisis de la certeza del daño circula en dos sentidos: uno referido a la certeza fáctica y otro vinculado con el estudio de la certeza lógica.



- Certeza fáctica

Se entiende por certeza fáctica a la constatación material que el analista realiza de los hechos vinculados a un resultado dañoso, así como la observación de las características del perjuicio a efectos de realizar una pre-determinación de los daños a ser indemnizados.

En nuestro país, son funcionarios del Ministerio Público quienes realizan el primer estudio de los hechos vinculados a un resultado dañoso, formando lo que se conoce como atestado policial (que es el resultado de las investigaciones efectuadas por los agentes policiales, quienes se han apoyado en las conclusiones extraídas de las pericias realizadas, de la evaluación de las pruebas materiales, de la información prestada en los testimonios de los sujetos intervinientes en los hechos que generaron los daños, así como de los testigos, entre otros).

Es oportuno señalar, como idea final en torno a la certeza fáctica, que el presente atestado policial" nos será útil como material orientador y por ello debemos valorarlo como un documento que postula presunciones de responsabilidad, no siendo determinante en nuestro análisis.

- Certeza lógica

De otro lado, cuando nos referimos a una certeza lógica, estamos ante una primera aproximación al análisis de la relación causal. Aplicando así el criterio lógico y necesario de la Teoría de la Causa Adecuada, debemos delimitar aquellos daños que



sean "relevantes" para un posterior análisis, dejando de lado todo supuesto que no resulte una consecuencia general y regular de los hechos desarrollados.

Así, autores como Mosset Iturraspe se refieren a la certeza lógica de la siguiente manera: La certidumbre del daño, en suma, constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta también al futuro, una consecuencia necesaria. La certidumbre por ende existe cuando se trata de consecuencias del hecho dañoso que aparecen como la prolongación inevitable o previsible del daño actual ya sucedido.

En el estudio de la certeza del daño se nos presentan dos daños que rezagan de los criterios antes enunciados, mereciendo ser analizados de forma particular. Estos daños son: el daño eventual o hipotético y la pérdida de la oportunidad.

El daño eventual o hipotético es aquel supuesto dañoso o menoscabo que no guarda conexión lógica con el hecho que se considera como generador del mismo, en otros términos, es aquel resultado dañoso que no guarda conexión lógica con el hecho antijurídico o no antijurídico que se analiza, no considerándose por ende consecuencia necesaria del mismo. Es el caso de aquel atleta favorito de una maratón para ganar una importante carrera: La Carrera Hombres de Tikal por ejemplo en donde durante su transporte de Guatemala a Petén sufre un accidente que trae como consecuencia que se le amputen ambas extremidades inferiores. El representante del atleta demanda el pago de una indemnización de un millón de quetzales a la empresa Fuente del Norte por el daño patrimonial (las extremidades inferiores del atleta), y por el premio que su atleta iba a ganar.



Si bien es cierto que el atleta era el favorito para ganar la Carrera hombres de Tikal, no tenemos plena certeza de la verificación de dicho resultado, quedando en el ámbito de la especulación. Tal como lo hemos señalado en puntos anteriores, debe existir una conexión lógica entre el hecho generador del daño y el menoscabo experimentado en el interés del sujeto, siguiendo los criterios de regularidad y innecesaridad, por ello, no consideramos indemnizable el daño producido por la pérdida del premio.

5.4. Indemnización derivada del acceso carnal delictuosa

La Indemnización es un término utilizado principalmente en el área de las leyes y se refiere a la transacción que se realiza entre un acreedor o víctima y un deudor o victimario. En palabras simples es una compensación que alguien pide y eventualmente puede recibir por daños o deudas de parte de otra persona o entidad.

La transacción mencionada corresponde a la petición realizada por parte de la víctima o acreedor de una determinada suma de dinero, la que deberá ser equivalente al daño producido o a las ganancias y beneficios que hubiese adquirido de no haberse producido cierto daño por parte del victimario o deudor. Es por esto que, generalmente, se habla de indemnización de perjuicios, entendiendo perjuicio como aquel daño producido por el deudor o victimario, y que deberá ser compensado.

Existen indemnizaciones de dos tipos, las que se clasifican según el origen del perjuicio o daño producido. La primera se denomina Indemnización Contractual y se refiere a la indemnización que solicita un acreedor cuando ha existido un incumplimiento de las normas estipuladas en un determinado contrato por parte del deudor. Por otra parte,



encontramos la Indemnización Extracontractual, la que se constituye cuando existe de por medio un daño o perjuicio hacia otra persona o bien de propiedad del acreedor. No solo se puede solicitar una indemnización en caso de daño directo por parte de un deudor o victimario, éstas también pueden ser otorgadas en caso de contar con un contrato con una empresa aseguradora.

En este caso, se puede obtener un contrato para asegurar los bienes con los que se cuenta, por ejemplo, asegurar el auto de robos o de colisiones, asegurar la casa contra incendios, entre otras.



CONCLUSIONES

1. El derecho penal es considerado una rama del derecho público, ha sido estudiado en la historia a través de las denominadas escuelas penales, siendo éstas, la escuela clásica, la escuela positiva y las intermedias; sin embargo hasta la presente fecha la ley penal en Guatemala tiene mucha incidencia.
2. El delito es considerado como toda acción antijurídica culpable y sancionada por la ley penal, cuya descripción en la ley hace referencia al tipo penal y para el caso de Guatemala, también se establece la pena a imponer, considerada ésta en meses o en años de prisión y en algunas oportunidades con una pena pecuniaria, como lo es la multa.
3. La responsabilidad civil derivada del delito es un procedimiento que tiene por finalidad esencial determinar mediante una indemnización o pago, el daño causado a la víctima como consecuencia de la comisión del delito efectuado y para el efecto el juez penal cuenta con los medios probatorios para admitir o rechazar la pretensión económica presentada.
4. El acceso carnal delictuoso es cometido principalmente en menores de edad, aunque en algunos casos se presenta en mayores de edad y es un acto considerado ilícito para lo cual la ley penal y otras leyes ordinarias tienen



contemplada una sanción para el sujeto activo; es decir, para el que comete el hecho delictivo.

5. El fenómeno de la violencia de la mujer es una problemática constante en Guatemala, ya que las féminas son víctimas de muchos ilícitos penales; principalmente el acceso carnal delictuoso y en muchas oportunidades no se le da el seguimiento investigativo necesario lo que perjudica y genera problemas psicológicos a la víctima.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario el Organismo Legislativo mediante la unidad encargada de una revisión general del Código Penal guatemalteco, debe analizar y considerar la implementación de un nuevo Código Penal, aplicando las tendencias modernas, principalmente en la actividad procesal en materia penal, ya que de esta manera se tendrá la agilización de los procesos, que tiene como ventaja que el Organismo Judicial le dé trámite de inmediato con el fin de cumplir el mandato constitucional de administrar justicia pronta y cumplida.
2. Que la Procuraduría de los Derechos Humanos debe crear una unidad que tenga como fin primordial la orientación a la mujer, que ha sido víctima de violación o del acceso carnal delictuoso; y que, también se adhiera a los procesos con el fin de lograr una indemnización civil adecuada, derivada del acceso carnal delictuoso, tanto económica como psicológica.
3. El Organismo Judicial debe procurar que sus funcionarios y empleados amplíen los conocimientos en cuanto a la responsabilidad civil y poder, de esta manera mediante cursos de capacitación o estudios avanzados, con el fin de determinar, con mayor precisión el resarcimiento por el daño ocasionado, en materia de responsabilidad civil, derivada del delito, y proteger en cierta manera a la víctima y que el sujeto responsable pague por el daño causado.



4. Los médicos forenses deberán ser los únicos peritos en Guatemala que puedan dictaminar en cuanto al acceso carnal delictuoso, ya que por; medio de sus múltiples estudios y especialidad, se pueden establecer los daños causados a la víctima, y de esta forma aportar sus conocimientos para el esclarecimiento de un hecho delictuoso; que en Guatemala se denuncia en pocas oportunidades.

5. La Secretaría General de la Mujer y la Fiscalía de protección contra la violencia contra la mujer, debe realizar campañas de sensibilización y orientación dirigida a mujeres principalmente a niñas y adolescentes, con la finalidad de dar a conocer los efectos que generan los daños producidos por el acceso carnal delictuoso, así como los mecanismos para presentar las denuncias correspondientes ante las diversas entidades creadas para el efecto.



BIBLIOGRAFÍA

Agencia Internacional para el Desarrollo AID. (s.e) Guatemala, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Compendio de derecho penal parte especial.** Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Derecho procesal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 1996.

BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Desjudicialización.** Guatemala: Unidad de Planificación y Transformación de la Justicia Penal, Organismo Judicial,

BECCARIA, Cesar. **De los delitos y de las penas.** Madrid: ed. Aguilar, 1982.

BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto Dr. **El daño en la responsabilidad civil.** México DF. 1998

BINDER, Alberto Martín. **Política criminal, derecho Penal y sociedad democrática.** Guatemala, Impresores Unidos, 2004.

BINDING, Carlos Ernesto. **Lecciones de derecho penal.** Ed. Piramide, 2da. Edición 1999

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho. Fondo de cultura Económica.** Undécima Edición, México. 1989.



BONILINI, Giuseppe. **Daños no patrimoniales**. Giuffrè: Ed. Milano, 1985.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Ed. Trotta, 1999.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Ed. Heliasta

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario del derecho usual**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1979.

CÁRDENAS BAUTISTA, Neslie Guisela. **La acción civil en el proceso penal**. Universidad de Mariano Gálvez, tesis de Licenciatura, Guatemala, 2000.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. **La mujer como sujeto activo en el delito de violación**. México: Gaceta jurídica, 2001.

CARRANCA TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano, parte general**. México: Ed. Porrúa, 1980.

CARVAJAL, Mariana, Argentina: **Un proyecto instauro la violencia psicológica además de la física**. Contra el maltrato en todas sus formas, Argentina, 2007, www.mujareshoy.com/secc_n/3600.shtml

CASTILLO BARRANTES, Enrique. **Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal**. San José: Ed. Juritexto, 1992.

CAUHAPÉ CAZAUX, Eduardo González. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1998.



CHRISTIE, Nelson. **La industria del control del delito.** La nueva forma del holocausto. 2da. ed. Buenos Aires, Ed. del puerto SRL. 1993.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1968.

DE CASTRO Y BRAVO, Francisco. **Temas de derecho civil.** Madrid: 1976.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Crockmen, 2002.

ESPINOZA VÁSQUEZ, Manuel. **Delitos sexuales.** Trujillo: Ed. Libertad, 1983.

FERREIRA DELGADO, Francisco. **Teoría general del delito.** Colombia, Ed. Temis, S.A. 1988.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal.** Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1975.

GALVEZ VILLEGAS, Tomas. **La reparación civil en el proceso penal.** Lima: Ed. IDEMSA, 1999.

GARCÍA LÓPEZ, Rafael. **Responsabilidad civil por daños morales.** Barcelona: Ed. Bosch. 1990.

GHERSI, Carlos Alberto. **El delito emocional.** Colombia. ed. Doctrina y ley, 1995.

HEINRICH JESCHECK, Hans. **Tratado de derecho penal.** Traducida al español por Mir Puig, S. Y Muñoz Conde, Francisco, 2vols.; Barcelona, España: Ed. Bosch 1981.



HURTADO POZO, José. **Nociones básicas de derecho penal de Guatemala**. Guatemala: Ed. Mayte, 2000.

JIMÉNEZ Asúa, Luís. **Tratado de derecho penal**, 12 t., Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Derecho penal**. Madrid: Ed. Reus, 1924.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**. México: Ed. Harla, 1997.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, **Iniciación a la teoría general del delito**, Nicaragua, Ed. UCA, 1995.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Barcelona: Ed. Reppertor, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Aran. **Derecho penal parte general**. Barcelona: Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

NUÑEZ, Ricardo. **Derecho penal argentino, parte especial**. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina/Lerner, 1961.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 20ava ed.; actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1992.

PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**. Guatemala: Impresiones Gardisa.



PAR USEN, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**. Guatemala, Ed. Vile, 1997.

PEÑA CABRERA, Raúl. **Tratado de derecho penal parte especial**. Lima: Ed. Grijley, 1994.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**. Ed. Pirámide, 3a. ed. Madrid, 1976

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. **Tratado de derecho penal internacional**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1972.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 2t., 21ava. ed.; Madrid-España: Ed. Espasa Calpe, 1992.

REYES ECHANDIA Alfonso. **Derecho penal**. Colombia, Ed. Temis, 1990.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema de derecho penal**. Barcelona: Ed. Bosch, 1972.

SALAZAR, Teresa, Elizabeth TORRES y VítaIa Rincon. **Violencia en la pareja**. Maracaibo, 2005, vitaliarincon@yahoo.com

SALINAS SICCHA, Ramiro. **Derecho penal parte especial**. Perú, Lima: Ed. Idemsa, 2005.

SANZ MORAN, Ángel. **El concurso de delitos en la reforma penal**. Madrid: Cuadernos de derecho judicial, 1995.



SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Ed. Tea, 1986. SRL,
(s.e.) Buenos Aires, Argentina, 1993.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. **Elementos de la responsabilidad civil**. Lima, Perú:
Editora Jurídica Grijley. 2003.

VARIOS AUTORES. Diccionario ilustrado pequeño Larousse (s.l.i) Ed. Medellín,
Colombia 1990

VÁZQUEZ SMERILLI, Gabriela J. **La reparación del daño producido por un delito**,
Hacia una justicia reparadora, Guatemala: Ed. Siglo veintiuno 2001.

VEHILS RUIZ, Juan Xavier. **Daño moral**. Argentina, Revista Jurídico Electrónica
www.ambito-jurídico.com.br/aj/dcivil0005.htm

VINEY y Markesinis. **La reparación del daño moral**. Paris, 1985.

VON BELING, Ernesto. **Esquema del derecho penal**. Buenos Aires: Ed. Depalma,
1944.

WELZEL, Hanz. **Derecho penal alemán**. Santiago: Ed. Jurídica Chile,
1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal, parte general**. Buenos Aires:
Editorial Ediar, 2005.



ZUÑIGA FLORES, Luis Arturo. **Concepciones del término acceso carnal.** 2006
www.monografias.com/trabajos35/acceso-carnal/acceso-carnal.shtml

ZUÑIGA FLORES, Luis Arturo. **Concepciones del término acceso carnal.** 2006,
www.monografias.com/trabajos35/acceso-carnal/acceso-carnal.shtml. (10 de
septiembre del 2010)

Legislación:

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

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa
Rica). Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 7-78. 1978.

Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92. Congreso de la República de
Guatemala

Código Penal. Decreto Número 17-73. Congreso de la República de Guatemala.

Código de Salud. Decreto Número 90-93. Congreso de la República de
Guatemala

Código Civil. , Decreto Ley número 106

Código Penal, Decreto 17- VINEY y Markesinis. **La reparación del daño moral.** Paris,
1985.



Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89. Congreso de la República de Guatemala.

Ley Contra la Narcoactividad. Decreto 17-73, 1973. Congreso de la República de Guatemala.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94. Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento Interior Para Juzgados Penales. Corte Suprema de Justicia, Organismo Judicial, República de Guatemala.