

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

**PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO DOSCIENTOS NUEVE DEL CÓDIGO
PENAL RELATIVO A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y LA NECESIDAD DE
INCREMENTAR LAS PENAS A DICHO DELITO**



CAUDI MARLENI CIFUENTES BARRIOS

GUATEMALA, MAYO 2011.

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

**PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO DOSCIENTOS NUEVE DEL CÓDIGO
PENAL RELATIVO A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y LA NECESIDAD DE
INCREMENTAR LAS PENAS A DICHO DELITO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CAUDI MARLENI CIFUENTES BARRIOS

Previo a conferírsele el Grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMLA, MAYO 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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz.
VOCAL IV: Br. Mario Estrada León Alegría.
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada.
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovani Celis López
Secretario: Lic. Carlos Alberto Velázquez
Vocal: Licda. Mirza Eugenia Irungaray

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Secretario: Lic. Héctor René Granados
Vocal: Lic. Carlos Humberto de León Velasco

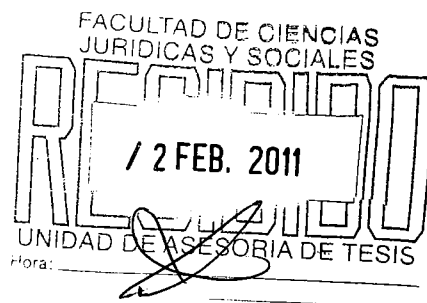
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y del Examen General Público).



Licenciado Joel Ajcip Cotuc
3ra calle 4-28, zona 2, San Pedro Sápatepequez, Guatemala
Tel: 66296148; Cel: 51947242

Guatemala, 02 de febrero de 2011

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



Licenciado Castro Monroy:

Tengo el agrado de hacer de su conocimiento que conforme al nombramiento de fecha siete de agosto del año dos mil nueve, asesoré la tesis de la Bachiller Caudí Marleni Cifuentes Barrios, intitulada: **"PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO DOSCIENTOS NUEVE DEL CÓDIGO PENAL RELATIVO A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LAS PENAS A DICHO DELITO"**; manifestándole que:

1. La tesis abarca un contenido jurídico, legal y doctrinario relacionado con una correcta calificación jurídica en base a un procedimiento jurisdiccional de conformidad con la legislación procesal penal de Guatemala.
2. Al desarrollar la tesis se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se determinó la importancia de reformar el artículo doscientos nueve del Código Penal Guatemalteco relativo a la sustracción de menores y la necesidad de incrementar las penas a dicho delito; el sintético, determinó que la pena establecida para dicho delito debe ser aumentada; el inductivo, señaló que en dicho delito la tipificación debe ser más clara y coherente y el deductivo, demostró la importancia de una adecuada tipificación así como la necesidad de modificar la pena.



Licenciado Joel Ajcip Cotuc
3ra calle 4-28, zona 2, San Pedro Sápatepequez, Guatemala
Tel: 66296148; Cel: 51947242

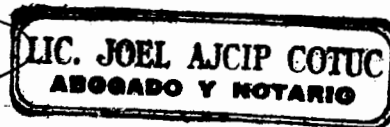
3. La redacción empleada fue la correcta y las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliograficas, las cuales sirvieron para la recolección de la información relacionada con el tema.
4. La tesis es de carácter científico, de interés para los estudiosos del derecho y para profesionales, además constituye un aporte importante para la bibliografía guatemalteca.
5. Los objetivos formulados se comprobaron al determinar los mismos que tiene que ser reformado el artículo citado. La hipótesis formulada se comprobó al establecer la necesidad de la reforma propuesta.
6. La introducción, conclusiones y recomendaciones son acordes al desarrollo de los capítulos. A la Bachiller Caudi Marleni Cifuentes Barrios le sugerí modificar sus márgenes y bibliografía, así mismo su recomendación final quien estuvo conforme con las enmiendas sugeridas.
7. La sustentante durante el desarrollo de la tesis demostró empeño e interés, utilizando para el efecto los métodos y técnicas antes anotadas y de utilidad para la realización de la tesis.

Debido a lo anotado, la tesis efectivamente cumple con los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, pudiendo proceder a emitir **DICTAMEN FAVORALE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, y a los títulos de Abogada y Notaria.

Atentamente,



Lic. Joel Ajcip Cotuc
Asesor de Tesis
Colegiado 6,497



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, veintiocho de febrero de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OSCAR LEONEL DE LEÓN CUÉLLAR, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CAUDI MARLENI CIFUENTES BARRIOS, Intitulado: "PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO DOSCIENTOS NUEVE DEL CÓDIGO PENAL RELATIVO A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LAS PENAS A DICHO DELITO"

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


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



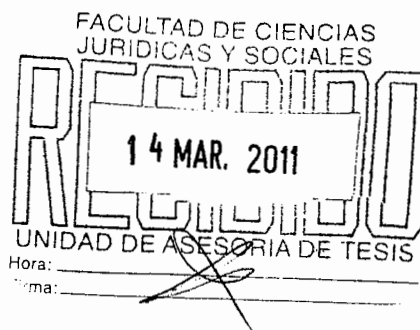
cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh.



Licenciado Oscar Leonel De León Cuellar
Edificio Santa Cruz 1er Nivel, Oficina 11, timbre 4
9ª. Avenida 10-72, zona 1 Guatemala
Tel: 52931608; Cel: 52153548

Guatemala, 10 de marzo de 2011

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



Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el nombramiento emitido de fecha uno de marzo del año dos mil once, procedí a revisar el trabajo de la bachiller: Caudi Marleni Cifuentes Barrios, intitulado: **"PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO DOSCIENTOS NUEVE DEL CÓDIGO PENAL RELATIVO A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LAS PENAS A DICHO DELITO"**. Después de la revisión encomendada, me es grato manifestarle que:

1. He realizado la revisión de mérito al trabajo de tesis relacionado con la propuesta de reformar el Artículo doscientos nueve del Código Penal relativo a la sustracción de menores y la necesidad de incrementar las penas a dicho delito.
2. En relación al contenido científico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento y el planteamiento del problema jurídico y social de actualidad. La recolección de la información realizada por la bachiller Caudi Marleni Cifuentes Barrios es la adecuada.



Licenciado Oscar Leonel De León Cuellar
Edificio Santa Cruz 1er Nivel, Oficina 11, timbre 4
9ª. Avenida 10-72, zona 1 Guatemala
Tel: 52931608; Cel: 52153548

3. La redacción empleada es la correcta y la estructura formal de la tesis se realizó en una secuencia ideal para un claro entendimiento de la misma, así como también se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se determinó la importancia de reformar el artículo doscientos nueve del Código Penal Guatemalteco relativo a la sustracción de menores y la necesidad de incrementar las penas a dicho delito; el sintético, determinó que la pena establecida para dicho delito debe ser aumentada; el inductivo, señaló que en dicho delito la tipificación debe ser más clara y coherente y el deductivo, demostró la importancia de una adecuada tipificación así como la necesidad de modificar la pena.
4. Las técnicas empleadas durante el desarrollo de la tesis fueron la documental y de fichas bibliográficas, las cuales sirvieron para la recolección de la información relacionada con el tema.
5. La hipótesis formulada se comprobó al establecer la necesidad de la reforma propuesta.
6. Se utilizó la bibliografía adecuada, siendo las conclusiones y recomendaciones relacionadas entre si y con los capítulos de la tesis. Después de revisarla le sugerí a la sustentante diversas modificaciones al contenido de los capítulos y a la introducción, encontrándose de acuerdo con llevarlas a cabo; siempre respetando su posición ideológica.

La tesis efectivamente cumple con los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORALE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, y a los títulos de Abogada y Notaria.

Atentamente,

Lic. Oscar Leonel De León Cuellar
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 3,525

OSCAR LEONEL DE LEÓN CUELLAR
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CAUDI MARLENI CIFUENTES BARRIOS, Titulado PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO DOSCIENTOS NUEVE DEL CÓDIGO PENAL RELATIVO A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LAS PENAS A DICHO DELITO. 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:** Por ser mi guía y fortaleza en todo momento para alcanzar esta meta
- A MI PATRIA:** Guatemala a la cual me debo y dedicare mi esfuerzo para ayudar a mejorar sus condiciones de vida
- A MIS PADRES:** Martha Gloria Barrios de Cifuentes y Elfidio Mauro Cifuentes Gramajo, infinitas gracias por llevarme en el sendero correcto, con su amor, comprensión, palabras de aliento y apoyo incondicional.
- A MIS ABUELITOS:** Feliza Gramajo y Felipe Cifuentes por haber sido la luz que ilumino mi sendero, gracias por su gran amor, orientación, sabios consejos y porque desde el cielo me siguen apoyando.
- A MI ESPOSO:** Luís Fernando López Díaz, por su amor verdadero y desinteresado para alcanzar esta bendición, por ayudarme a entender que la recompensa de todo esfuerzo y sacrificio, es el éxito.
- A MIS HERMANOS:** Brenda, Ronald, Lady y Kimberly, gracias, por el apoyo moral que cada uno me brindo en los momentos difíciles.
- A MIS AMIGOS:** Familia Sutuc Villatoro, a Iris y Flor un profundo agradecimiento por brindarme su mano generosa y exhortarme para alcanzar el objetivo trazado.



A MI CENTRO DEL SABER: La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme ser una de sus egresadas. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por brindarme los principios de justicia y equidad.



ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| Introducción..... | i |
| CAPÍTULO I | |
| 1. Aspectos doctrinales y jurídicos del delito..... | 1 |
| 1.1. Antecedentes históricos del delito..... | 11 |
| 1.2. Definición de delito..... | 15 |
| 1.3. Elementos de delito..... | 16 |
| 1.4. Definición de penas..... | 17 |
| CAPÍTULO II | |
| 2. Factores sociales que determinan el hecho delictivo..... | 21 |
| 2.1. Factores políticos..... | 23 |
| 2.2. Factores culturales..... | 24 |
| 2.3. Factores económicos..... | 28 |
| 2.4. Fenómenos migratorios..... | 29 |
| CAPÍTULO III | |
| 3. Formas de ejecución del delito..... | 37 |
| 3.1. Introducción a la teoría del delito..... | 37 |
| 3.2. Teoría general del delito..... | 39 |
| 3.3. Etapas o grados del delito..... | 54 |
| CAPÍTULO IV | |
| 4. Necesidad de reformar el Artículo doscientos nueve del Código Penal relativo a la sustracción de menores y la necesidad de incrementar las penas de dicho delito..... | 59 |
| 4.1. Antecedentes históricos del delito de sustracción de menores..... | 59 |
| 4.2. Antecedentes del problema..... | 63 |



| | |
|---|----|
| 4.3. Problemas fácticos en el desarrollo legal y jurisdiccional del delito... | 67 |
| 4.3.1. Respecto del tiempo de investigación, procesamiento y Determinación de la pena..... | 68 |
| 4.3.2. Reforma del delito y de la pena..... | 71 |
| CONCLUSIONES..... | 79 |
| RECOMENDACIONES..... | 81 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 83 |



INTRODUCCIÓN

A pesar de la firma de los Acuerdos de Paz, realizada por el Estado de Guatemala en 1996, diferentes organizaciones civiles e internacionales, han denunciado la presencia de poderes paralelos y bandas organizadas, vinculadas con el delito de plagio o secuestro, quienes ya en juicio se aprovechan para encuadrarlo en el delito de sustracción de menores, por la frágil legislación del país, tipificado en el Artículo 209 del Código Penal. En la actualidad existen pocos datos estadísticos de este ilícito; en virtud de que el mismo en algunas ocasiones se tiende a tipificar como delito de plagio o secuestro o quedan subsumidos en los conflictos intrafamiliares, que la legislación penal guatemalteca no aclara en su totalidad, en virtud de existir una laguna en dicho Artículo.

Ante el fenómeno de los conflictos y ruptura de parejas por factores económicos, sociales, culturales y de migración entre otros, la conducta típica, es cometida por los progenitores o algún miembro de la familia constituyéndose los hijos menores de 12 años o un incapaz, o bien niños o niñas sustraídos de sus hogares por personas que no son de su núcleo familiar, con el objeto de realizar adopciones ilegales y otros actos ilícitos que violan los derechos humanos de los y las menores de edad.

La justificación del presente trabajo, radica en establecer objetivamente a los sujetos activos que podrían ser autores del delito de plagio o secuestro y qué personas podrían cometer el delito de sustracción de menores, y de esta manera se propone reformar el Artículo 209 del Código Penal, y sus penas de acuerdo a la realidad de la sociedad guatemalteca en el sentido de aclarar las lagunas que en el mismo existen.



Con base en la definición del problema, se puede concluir, que en el tipo penal de la figura de sustracción de menores, los sujetos activos y las penas correspondientes, no son adecuadas a la realidad de violencia que vive Guatemala, en virtud de que deja abierta la posibilidad de confundirse con el delito de plagio o secuestro, o queda dentro de los conflictos inter-familiares.

La investigación realizada se encuentra estructurada de la manera siguiente: el capítulo uno trata los aspectos doctrinales y jurídicos del delito, antecedentes históricos, definición, elementos y definición de penas; en el segundo capítulo se desarrolla el tema de los factores sociales que determinan el hecho delictivo, factores políticos, culturales, económicos y fenómenos migratorios; en el capítulo tercero, se establece las formas de ejecución del delito, introducción a la teoría del delito, la teoría general del delito y las etapas o grados del delito; y, finalmente el cuarto capítulo contiene la necesidad de reformar el artículo doscientos nueve del código penal, relativo a la sustracción de menores y la necesidad de incrementar las penas de dicho delito, los antecedentes históricos del delito de sustracción de menores, clases de sustracción, problemas fácticos en el desarrollo legal y jurisdiccional del delito, reforma del delito y de la pena y derecho comparado en relación al delito de sustracción de menores.

En cuanto a las teorías, se tomaron en cuenta, la doctrina establecida por autores nacionales y extranjeros, quienes han establecido notables opiniones respecto del problema en referencia. Con relación a los métodos utilizados, se indican los siguientes: analítico, sintético e inductivo; además, se empleó la técnica de investigación bibliográfica documental, a través de las cuales se seleccionó y se sintetizó convenientemente, el material recomendado; así como el estudio jurídico y doctrinario que establece lo relacionado con la necesidad de reformar el Artículo doscientos nueve del Código Penal guatemalteco relativo a la sustracción de menores y la necesidad de incrementar las penas a dicho delito.



CAPÍTULO I

1. Aspectos doctrinales y jurídicos del delito

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 las demás; 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.

La doctrina 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.

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; sin embargo, por lo pronto, 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 este orden de ideas, es que se desarrolla el tema denominado el delito, desde el punto de vista del derecho penal, analizándose la definición de éste, los elementos del mismo y aspectos doctrinales y jurídicos que lleva inmerso. Por su parte, al delito se le define, se estudian los tipos de delito cuya existencia acepta la ley, desde el punto de vista de su realización y su ubicación dentro de la legislación que los prevee, las circunstancias que inciden en su existencia.

Esta relativa ambigüedad, se debe a que el concepto de delito depende de las convenciones existentes en cada sociedad. Ahora bien, dado que el concepto de comportamiento normal y el comportamiento delictivo varían según las culturas y las circunstancias por las que atraviesan, es evidente que no puede formularse una definición teórica inmutable de delito.



Desde un enfoque pragmático y útil, para los fines del presente trabajo, se considera adecuado establecer si un determinado acto es delito o no, de acuerdo con la ley penal vigente en Guatemala. En este sentido, para que un delito pueda ser considerado como tal suele exigirse, de forma explícita o implícita, que sea una acción humana, o bien un acto u omisión, atribuible a un sujeto determinado que contravenga el orden jurídico vigente, esté tipificado por la ley como delito o sancionado penalmente.

“Los orígenes de la justicia penal, se remontan a los albores de la civilización. En Siria por ejemplo, se han desenterrado tablas de arcilla con cuatro mil cuatrocientos años de antigüedad en las que se consignaba ya un código de conducta. Dos mil cien años antes de Cristo, durante la tercera Dinastía de Ur existió en la antigua sumeria, un complejo sistema legal que a su vez fue reemplazado por el Código de Hammurabi en el siglo XVII A.C.”¹

Lo anterior no implica que, durante un largo período de la historia, la justicia penal no se haya aplicado de manera menos formal. En la mayoría de las culturas antiguas el ataque contra los derechos del individuo se consideraba de naturaleza privada, que debía ser resuelto por las partes en pugna o sus familias. Las transgresiones a las normas o usos político-religiosos daban lugar frecuentemente a sanciones contra el grupo al que pertenecía el infractor, ya hubiese sido éste una tribu, grupo familiar o comuna. Los mecanismos consuetudinarios para resolver las controversias, fundados

¹ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 45.



en la restitución y en el restablecimiento formal entre adversarios, persisten en algunas regiones del mundo, especialmente en África.

La justificación ética y sociológica de la punibilidad aparejada a la conducta delictiva, ha variado radicalmente en el desarrollo de la civilización. Generalmente se reconocen las siguientes hipótesis:

- “Venganza comunal y venganza privada: el individuo que ha provocado un daño a otro, debe sufrirlo a su vez. A esto se le llama la Ley del Talión. Complemento de lo anterior es la conocida Ley de Lynch, en la que el pueblo se hace justicia por su propia mano ante el agravio inferido a uno de sus miembros.
- Expiación o satisfacción: de origen claramente judeocristiano, tiene como medio conseguir el perdón divino. Ha sido superada por su carencia de equidad como mecanismo de retribución hacia las víctimas del hecho antijurídico.
- Disuasión: tiene su fundamento en la idea de que la amenaza del castigo por parte del Estado disminuye la criminalidad y es una de las justificaciones más aceptadas comúnmente. Sin embargo, éticamente también es insuficiente, como expuso el estadounidense Morris Cohen, ya que equivale a mantener una amenaza general sobre la sociedad con tal de prevenir la conducta de un eventual infractor.
- Protección de los ciudadanos: el aislamiento de los delincuentes del resto de la sociedad es una norma tipificada como castigo, tendiente a disminuir el porcentaje

de infractores libres y proteger a la comunidad. Esta posición, sin embargo, se critica y es calificada como atentado a la dignidad humana del delincuente, a quien no se castiga por el hecho en sí, sino por su peligrosidad.

- Rehabilitación del delincuente: algunos tratadistas defienden que el castigo debería ser planificado y diseñado, de tal manera, que fuera capaz de transformar los valores y actitudes del delincuente, de modo que en lo futuro no desee cometer más delitos.”²

El problema de este último aspecto que es el más humanitario, consiste en hallar el camino idóneo para conseguir la rehabilitación de los delincuentes. Regresando a la historia, debe considerarse que el gran legislador del mundo antiguo fue el Imperio Romano. Sus leyes se aplicaron en un territorio que abarcaba la mayor parte de Europa, y regiones de África y del Oriente Medio. Sus preceptos también sirvieron de base para desarrollar sistemas jurídicos contemporáneos como el alemán, francés y español. Sin embargo, sus grandes aportaciones se dieron en otros campos del derecho civil y familiar. Posteriormente la reglamentación de la conducta social, incorporada en el derecho islámico se extendió a tierras que abarcaban tres continentes y sigue siendo un elemento importante en los sistemas judiciales de varios países.

Todavía durante la edad media y en menor escala en los tiempos modernos, el exilio era una sanción que se aplicaba comúnmente en casos de delitos graves, se

² Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. Pág. 67.



desterraba de la sociedad a la parte o partes delincuenciales, despojándolos de sus derechos y privándolos del apoyo familiar.

Este mecanismo social favorecía la existencia del proscrito; entendiéndolo a éste como una persona que vive fuera de la ley. Las bandas de desterrados se protegían mutuamente y se establecían en los bordes de las zonas pobladas del mundo. Los bandidos se internaban en colinas, montañas, pantanos y selvas. Otros surcaban los mares y gobernaban islas remotas. El destierro y el exilio continuaron hasta tiempos relativamente modernos y dieron lugar a la creación de asentamientos coloniales de reclusos europeos en América del Norte y Australia.

Un fenómeno de particular interés que derivó de esta forma de punición, se encuentra en algunas figuras legendarias. La reputación de algunos bandidos creció porque se pensaba que su exilio se debía a la persecución política o al funcionamiento de un sistema desigual de justicia. Sin embargo, por cada Robin Hood, existía un número mucho mayor de bandidos que despojaban a los pobres indefensos en provecho propio. Sin lugar a dudas, en la inmensa mayoría de los casos, las víctimas no apreciaron el carisma de los caudillos proscritos.

A largo plazo, el costo del bandidaje sobre el desarrollo económico se reflejó en la tierra y en los mares, ya que era un obstáculo para los viajes y el comercio, al socavar los esfuerzos de comerciantes, agricultores, pastores y artesanos por lograr un medio seguro de subsistencia.



Si bien el bandidaje continúa activo en el mundo contemporáneo, el exilio ya no es su fuente de origen, sino otras circunstancias sociales o económicas. Lo interesante es que este fenómeno criminal dio fundamento a una de las primeras formas de cooperación entre naciones soberanas en materia de cumplimiento de la ley y de coordinación de los esfuerzos para luchar contra la piratería en alta mar.

Cesare Beccaria, autor italiano criticó duramente los sistemas penales de su época, que concedían distinto tratamiento al culpable según la clase social a que perteneciese. Propuso el mejoramiento de esos mecanismos jurídicos, adoptando los siguientes principios:

- “Criterio de racionalidad: la norma legal debe fundarse en supuestos racionales y anular el culto al derecho romano que no dio un impulso a la justicia penal.
- Principio de legalidad: la norma punitiva debe fijar todos los elementos necesarios, sean éstos; nombre y definición del delito, y determinar la pena aplicable a fin de que la labor judicial sea automática.
- La justicia penal debe ser pública: no impartida en secreto.
- Las pruebas deben ser claras y racionales: debe eliminarse la tortura y, en consecuencia, la validez de las declaraciones obtenidas por este método.

- Igualdad ante la ley punitiva: la ley penal no debe distinguir clases o grupos sociales, siendo las mismas condenas para todos.
- El daño social como criterio para determinar la gravedad del delito: no se deben considerar conceptos tales como el rango o la calidad social de la persona ofendida para la imposición de un castigo.
- Evitar crueldades en la punibilidad: debe imponerse la pena más suave entre las eficaces, afirmando que sólo ésa es una pena justa, además de útil.
- Proporcionalidad entre delito y pena: la sanción debe ser acorde a la importancia del delito, lo contrario es inequitativo.
- Critica la existencia de la pena de muerte: se consideraría ineficaz, injusta, innecesaria y de menor eficacia que otras penas menos crueles.
- La prevención debe tener prioridad sobre la represión: socialmente siempre es más útil prevenir que castigar la comisión de los delitos.
- La pena debe tener carácter disuasorio: ante los posibles delincuentes para desalentar la comisión de ilícitos.”³

³ Beccaria, Cesare. **Derecho penal. Escuela clásica.** Pág. 99.



Posteriormente, a fines del siglo XIX, debido en buena medida a los trabajos del italiano Cesare Lombroso, el estudio del delito siguió una línea sociológica en la que se observa la influencia positivista del francés Auguste Comte y del evolucionismo del británico Charles Darwin.

“El primer instrumento jurídico con pretensiones de aplicabilidad mundial fue la Declaración de los Derechos Humanos, que consagró los ideales de la Revolución francesa y trató de formular normas universales para la protección del individuo y de la propiedad. Sin embargo, los ideales derivaron de regímenes políticos y convenciones culturales particulares. Aunque naturalmente valiosos, carecían del consenso mundial necesario para un enfoque realmente internacional en la prevención del delito y lucha contra la delincuencia.”⁴

Otro aspecto a contemplar, se refiere a la codificación de leyes que definen el comportamiento delictivo en los niveles nacional, estatal y municipal en la inmensa mayoría de las naciones que integran el mapa geopolítico mundial.

En el siglo XIX, en los países más desarrollados aparecieron sistemas complejos a nivel jurídico fuerzas policiales, tribunales y cárceles que, en su organización y estructura han influido en todo el orbe. Sin embargo esto último respondió mas a una imitación empírica que a una verdadera política criminológica internacional, que marcara las directrices aplicables universalmente en materia de justicia penal.

⁴ Rodríguez Devesa. **Ob. Cit.** Pág. 57.



En el siglo pasado, se observó la existencia de esfuerzos internacionales concretos para el estudio sistemático de los problemas derivados de los actos criminales. Esta investigación se realizó en una serie de congresos celebrados en Europa. El más notable fue el primer Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Delito, celebrado en Londres en 1872. Ahí se reunieron expertos y profesionales de varios países, con el objeto de comparar notas sobre las técnicas de justicia penal, analizar el crecimiento de la delincuencia urbana, así como la consiguiente proliferación de reformatorios y centros penitenciarios.

Las cuestiones examinadas que despertaron mayor interés fueron: la administración adecuada de prisiones, las posibles medidas sustantivas del encarcelamiento, las modalidades de rehabilitación de los condenados, el tratamiento a jóvenes delincuentes y los tratados de extradición entre otros.

Además se constituyó la Comisión Internacional de Prisiones con la consigna de reunir estadísticas sobre establecimientos penitenciarios, estimular la reforma penal y convocar periódicamente a conferencias internacionales sobre la materia.

Hoy en día los grupos criminales han establecido una forma más compleja del crimen: la delincuencia organizada que se ha extendido hasta abarcar complicadas redes que funcionan apoyándose en el anonimato de las macro-urbes. El tráfico de drogas y enervantes, el comercio ilícito de mercancías robadas, las adopciones ilegales, la sustracción de menores, el plagio o secuestros y otras formas de delincuencia se



manejan como empresas mercantiles que intentan, a veces con éxito la corrupción de los funcionarios públicos encargados de combatirlas.

1.1. Antecedentes históricos del delito

En la antigüedad, para establecer la responsabilidad penal, sólo se tomaba en cuenta el daño ocasionado, Pero ciertos autores se han empeñado tercamente en formular aquel concepto en los términos siguientes: "El delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo": finalmente "el delito es la negación del derecho objetivo".⁵

La teoría del delito a finales del siglo XIX y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes por entonces, a los juristas, éstos se preocuparon en identificar los elementos naturales del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica. "De ser necesario fijar una fecha para indicar más o menos arbitrariamente el origen de la teoría del delito, se debe referir, sin duda, a la publicación del Lehrbuch de Franz von Liszt, realizada diez años después de la entrada en vigencia del Código Penal alemán de 1871. En esa ocasión, el jurista germano formula la distinción entre las nociones de culpabilidad y antijuricidad."⁶

"En 1906, Ernest von Beling propone, en su obra Lehre von Verbrechen, un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, el delito es concebido como un comportamiento

⁵Díez Ripollés, José Luis. **Delitos contra la seguridad de menores de edad, incapaces.** Pág. 23.

⁶ Donna, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y la pena.** Pág. 45.



humano, controlado por la voluntad, típico, ilícito y culpable. Por típico, se entiende de conforme a la descripción contenida en la disposición penal. Esta última, llamada de tipo legal, fue considerada un descubrimiento revolucionario.”⁷

El delito, como razón de existir del derecho penal y como motivo de existir de la actividad de orden punitivo llevado a cabo por parte del Estado, al igual que el derecho penal, ha recibido distintas denominaciones a través de la historia de las diversas ideas penales. Todo ello, tomando en cuenta que ha sido en el transcurrir del tiempo una valoración eminentemente jurídica, dependiente de los diversos cambios que indispensablemente conlleva la evolución de la sociedad.

La Roma primitiva es considerada, como la primera valoración objetiva perteneciente al delito, sancionándolo en lo relativo al daño ocasionado, o sea, tomando en consideración el resultado dañoso provocado. En dicha época, se juzgaba inclusive hasta las cosas inanimadas como lo son las piedras.

En Roma, fue donde apareció por primera vez, la valoración de orden subjetivo del delito, o sea, que se juzgó la conducta antijurídica, tomándose en consideración la conducta dolosa o culposa que llevara a cabo el agente, tal y como se regula en la actualidad en las legislaciones penales de la actualidad. Al referirse al delito, en la primigenia Roma se habló de noxia o de noxa que significa daño, apareciendo posteriormente en la culta Roma para identificar claramente la acción penal.

⁷ **Ibíd.** Pág. 45.



Los términos de scelus, flagitium, crimen, delictum, fraus y facinus son utilizados para la denominación del mismo, siendo los más aceptados los de crimen y delictum. El primero anotado, utilizado para la identificación de las diversas infracciones o de los distintos delitos graves, y el segundo anotado para el señalamiento de una infracción leve, que tuviera una penalidad menor.

Los delitos en el derecho romano eran aquellos actos perseguibles en virtud de un determinado edicto o de una ley a través de un determinado juicio; los cuales originaban obligaciones. El momento del origen de las obligaciones ocurría desde que la pena por la comisión de un determinado delito era pronunciada por el juez, mediante la sentencia dictada por el mismo.

Es importante anotar que en el derecho romano existía diferencia entre crimen y delito, ya que los crímenes eran ventilados en juicios públicos que no permitían la admisión de un resarcimiento de orden pecuniario, mientras que los delitos se llevaban a cabo en juicios privados que efectivamente admitían un resarcimiento de orden pecuniario como pena.

En el derecho romano, los delitos eran generadores de obligaciones, las cuales tenían que declararse anteriormente a través de una poena o pena, la cual concluía con el procedimiento, que por lo general era consistente en el pago de un determinado valor, por el daño que se hubiere ocasionado.



Al respecto, el autor Franz Von Liszt anteriormente citado, indica que pena es: “El mal que, de conformidad con la ley del Estado y los magistrados infringen a aquellos que son reconocidos culpables de un delito.”⁸

Por su parte, el autor Santiago Mir Puig, en relación a la pena indica: “Es la consecuencia jurídica del delito que consiste en la privación o restricción de ciertos bienes jurídicos, que impone el órgano jurisdiccional, basado en la culpabilidad del agente y que tiene como objetivo la resocialización del mismo.”⁹

Raúl Carránca y Trujillo indica que pena es: “Un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el justo y teniendo por fin la defensa social.”¹⁰

Los delitos generadores de obligaciones, por lo general consistían en agravios, los cuales podían ser por hurto o por daño a las cosas ajenas o bien de carácter totalmente personal por lesiones del cuerpo o por la comisión de alguna ofensa moral existente.

⁸ **Ibíd.** Pág. 48.

⁹ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal.** Pág. 10.

¹⁰ Carranca y Trujillo. **Ob. Cit.** Pág. 46.



1.2. Definición de delito

Existen varias formas para definir al delito, a fin de condensar el proceso evolutivo que han tenido las ideas penales respecto al mismo, para poder comprobar o no la validez de éstas ante el derecho penal moderno. En virtud de lo anterior considero importante iniciar plasmando la definición jurídica que brinda Enrique Bacigalupo del delito, quien lo define como "una acción típica, antijurídica y culpable".¹¹

Por su parte José María Rodríguez Devesa define el delito como: "una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena".¹²

Finalmente Luis Jiménez de Asúa en su obra Lecciones de Derecho Penal, define al delito como: "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."¹³

De todo lo anterior a criterio personal considero que se puede establecer como una definición válida del delito para los efectos del presente trabajo de investigación la siguiente: el delito es una conducta humana, típicamente establecida en la ley, antijurídica y culpable, a la cual se le tiene asignada una pena por disposición legal.

¹¹ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Pág. 19.

¹² Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 53.

¹³ Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 96.

El autor Raúl Carrancá y Trujillo indica que delito: “Es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”¹⁴

Por su parte, el autor Sebastián Soler indica que delito es: “Una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal.”¹⁵ Asimismo, el autor Carlos Fontán Balestra en relación al delito indica que:” El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.”¹⁶

1.3. Elementos de delito

a) Personales:

- “Sujeto activo: Puede ser cualquier persona, incluso podría ser el propietario de un inmueble que pretenda expulsar de la tenencia de un inmueble, a un arrendatario por ejemplo.
- Sujeto pasivo: Es la persona propietaria del inmueble, o la persona a favor de quien esté constituido un derecho real sobre el mismo.”¹⁷

b) Material: constituido por el apoderamiento o aprovechamiento ilícito, el despojo o intención de despojar, de un inmueble, derecho real o posesión sobre el mismo.

¹⁴ Carrancá y Trujillo. **Ob. Cit.** Pág. 42.

¹⁵ Soler, Sebastian. **Derecho penal.** Pág. 14.

¹⁶ Carranca y Trujillo. Pág. 12.

¹⁷ González de la Vega, Francisco. **Derecho penal mexicano.** Pág. 215.



c) La acción: constituida por todos aquellos actos de despojo que mediante engaño o violencia, con fines de apoderamiento o aprovechamiento de la propiedad, posesión o derechos reales sobre un bien inmueble, se ejecutan ya sea invadiendo el inmueble o expulsando del mismo a sus ocupantes.

"Se requiere el fin ilícito de apropiarse de todo o parte del inmueble o del derecho real, siendo indispensable el móvil de usurpar la propiedad o posesión; este delito de carácter instantáneo, aunque puede tener efectos permanentes, se consuma al producirse el apoderamiento ilícito buscado por el sujeto activo, y es factible la tentativa, cuando los actos de apoderamiento se principian a realizar por medios idóneos, pero no se concluye por hechos independientes a la voluntad del agente, como por ejemplo, que el sujeto o agente del delito principie las maquinaciones dolosas que no logran producir el engaño en el poseedor, por intervención de la autoridad."¹⁸

El dolo, recae en la intención de apoderarse ilícitamente, y por cualquier medio indicado, de un bien inmueble o de derechos reales sobre el mismo.

1.4. Definición de penas

La pena generalmente, es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. Por ello, el derecho que regula los delitos se denomina habitualmente derecho penal. La pena

¹⁸ Mozón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco, parte especial.** Pág.137.



también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

El término pena deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo. El derecho penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal, lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua. A continuación se presentan diferentes definiciones dentro de las cuales diversos autores y tratadistas, explican el significado de pena.

Para Burlamachi la pena es: “la fuerza de las leyes propiamente dichas, ante todo que pone siempre el sello de la autoridad de ellas mismas.”¹⁹

Para el estudioso Wilfredo Valenzuela, indica que pena consiste en: “la consecuencia derivada de un delito, sancionado en un proceso legal penal que posee también la pretensión de prevenir el ilícito, evitando conductas de daño con expresas medidas oficiales de seguridad, justicia plena y bienestar colectivo.”²⁰

¹⁹ Burlamachi, Antonio. **Derecho penal**. Pág. 21.

²⁰ Valenzuela, Wilfredo. **Determinación judicial de la pena**. Pág. 15.



Para Cuello Calón la pena es: “un sufrimiento impuesto el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de la infracción penal.”²¹

“Rechazando los conceptos de penas como mal castigo; juristas norteamericanos al igual que Florián se apoyan en que la pena es el tratamiento integral del infractor, según sean sus requerimientos de personalidad, salud física, mental y orientación ética. De modo que el delincuente se de cuenta de las circunstancias que lo obligaron a la infracción y se aparte posteriormente de su conducta desviada.”²²

²¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 87.

²² De la Rúa Jorge. **Delitos económicos por funcionarios**. Pág. 34.





CAPÍTULO II

2. Factores sociales que determinan el hecho delictivo

Las teorías que tratan de explicar los factores o causales de la criminalidad, que dan como resultado la realización de un hecho delictivo se resumen en dos tipos: biológicas y sociales.

Las teorías biológicas sostienen: “los factores están siempre en el individuo, terreno sobre el cual obra el ambiente; de tal modo que lo social sólo incidirá sobre la forma y frecuencia del delito.”²³

Las teorías sociológicas, en cambio, “dan importancia absoluta o predominante a los factores externos o sociales y confieren escaso valor a lo individual como ejemplo; los hombres, naciendo iguales, serán buenos o malos conforme al ambiente en el cual vivan y se desarrollan.”²⁴

Por ello desde hace mucho tiempo, en un hecho delictivo se habla de factores endógenos y exógenos; o bien, internos y externos de la criminalidad; los primeros han sido definidos como aquellos que por su naturaleza son intrínsecos al sujeto, en tanto que ser biológico y psíquico la herencia, por ejemplo; y los segundos, como aquellos

²³ López Rey, Manuel. **Factores que inciden en la criminalidad.** Pág. 78.

²⁴ **Ibíd.**



que siendo extraños a la naturaleza constitutiva del ser humano, la influyen en forma variable según las condiciones del medio y la capacidad de percepción del sujeto. A estos últimos se los divide en físicos por ejemplo, el medio ambiente no constituido por seres humanos, altitud, latitud, clima, medios de comunicación, barrio, habitación, etc., familiares antecedentes de la familia, su composición, sus condiciones morales, económicas y culturales y finalmente sociales; amistades, trabajo, centros de diversión, organización social y política, la cultura del medio, la economía, la influencia religiosa, etc.

En realidad, entre estos factores endógenos y exógenos, existen relaciones inescindibles y sólo se los separa con fines de estudio, pues, tanto los unos como los otros influyen en la producción del delito, concurriendo en constelación que da como resultado un hecho delictivo.

Quedó señalado que los factores sociales de la criminalidad son elementos extraños a la naturaleza constitutiva del ser humano, pero que la influyen en forma variable según las condiciones del medio y la capacidad de percepción del sujeto; se agrega ahora, que la sociología criminal ha destacado la importancia de los factores político, cultural, educativo, económico y ecológico entre otros.

2.1. Factores políticos

“Cuando se habla del factor político, como incidente para determinar la realización de un hecho delictivo, se está haciendo referencia al gobierno de turno, o bien a la administración pública. En este sentido, si se considera la criminalidad como un fenómeno sociopolítico, aparece adecuado pensar que la misma siempre estará presente en toda sociedad que tenga un gobierno que la gobierne o la desgubierne.”²⁵

En realidad, en sentido estricto; sin organización política no existiría el delito; en virtud que, ningún hecho es considerado delictivo hasta que el Estado le da esa definición, lo tipifica y establece en una norma jurídica. En este sentido, la naturaleza de los delitos está en gran parte determinada por la naturaleza de la organización política vigente en un tiempo y lugar dados; así, por ejemplo, en Estados Unidos de Norteamérica, habrá algunos delitos que no existen en Guatemala y viceversa, aunque también los habrá similares.

Por otra parte, cuando el gobierno es mal administrador, entiéndase gobiernos ineficaces y corruptos, puede constituirse en factor inmediato de producción de conductas delictivas; también lo será en forma indirecta, en la medida en que cree condiciones favorables a la conducta delictiva y no tome las pertinentes medidas de prevención.

²⁵ López Rey. **Ob. Cit.** Pág. 78.

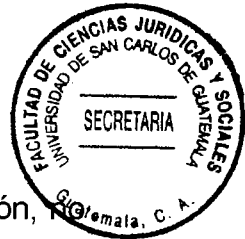
2.2. Factores culturales

Cultural es el nombre con que se designa a todas las realizaciones características de los grupos humanos en la actualidad. Para la escuela positivista moderna el delito refleja, en buena parte: “el ritmo evolutivo cultural de toda sociedad: a mayor cultura y desarrollo de la tecnología, el delito, en consecuencia, presentará variaciones cualitativas y cuantitativas.”²⁶

Dentro de esta perspectiva, la sociología criminal se ha ocupado de estudiar, entre otras, las relaciones posibles entre criminalidad y grado de instrucción de un hecho delictivo, criminalidad y medios colectivos de difusión tales como el cine, la televisión, la radio y prensa criminalidad y actividades recreativas.

- “Criminalidad y grado de instrucción: Durante el siglo pasado prevaleció la idea de que el desarrollo de la instrucción haría disminuir la delincuencia, sin embargo, las investigaciones realizadas al respecto en Europa y en Estados Unidos de Norteamérica no produjeron resultados definitivos. Se encontró, sin embargo, que el analfabetismo no juega papel esencial con relación a la delincuencia; así como también, se creyó durante mucho tiempo; su nivel puede permanecer igual aunque se generalice la instrucción por ejemplo, para tomar una muestra en Francia, a partir de los años 1851 a 1931, disminuyó el número de analfabetos en un 90%,”

²⁶ López Rey. **Ob. Cit.** Pág. 79.



pero el nivel de criminalidad y de hechos delictivos realizados por su población, experimentó variación.

Se ha argüido, también, que la mayoría de los delincuentes están reclutados entre los analfabetos, lo cual es estadísticamente cierto pero, ello no contradice la anterior conclusión, sino que obedece a otras razones que han sido aclaradas por la criminología de la reacción social.

- Criminalidad y medios de comunicación social: El cine, la televisión, la radio y la prensa; entre otros, no son malos ni buenos en sí mismos, únicamente son vehículos de difusión; si pueden serlo en cambio, los mensajes que por su intermedio llegan al público.²⁷

Entre los investigadores europeos, es criterio generalizado que el cine tiene efectos perniciosos sobre los espectadores juveniles, por su característica falta de espíritu crítico y por su tendencia hacia la identificación, que los puede llevar a reproducir conductas que han visto en las pantallas.

La televisión cumple un papel similar al del cine, con la ventaja del relativo aislamiento del espectador, pero con la desventaja de la invasión del hogar y la gratuidad del espectáculo; hechos que favorecen el que diariamente la violencia, el crimen, el

²⁷ Flores Cazorla, Carmelo. **Lecciones de criminología.** Pág. 12.



desorden familiar y la negación de los valores morales establecidos, sean proyectados dentro del hogar.

Aquí el problema reviste mayor gravedad, por el poco o ningún control de calidad en la programación de las televisoras comerciales; y porque, además de los jóvenes y adultos, su influencia alcanza también al público infantil.

En opinión de Arnoldo García Iturbe, "el cine y la televisión abierta, suelen ser verdaderas cátedras de delincuencia; en la actualidad, el cine y la televisión están marcadamente orientados hacia el sexo, la violencia y el delito, los cuales, puestos como lo están al servicio del escándalo y del mal gusto, causan un grave daño a la población, especialmente a los jóvenes. Una de las características de los cines, es que en las funciones correspondientes a películas censura A; aptas para todo público, se proyectan como propaganda partes de películas censura B y censura C, precisamente las partes mas escandalosas y más violentas."²⁸

En cuanto a la radio, ésta ha perdido atractivo en contraposición de la televisión, pero sigue teniendo su público, el cual a fuerza de la apabullante repetición de los slogans puede ser manipulado en sus apreciaciones. También predominan en ella los mensajes negativos, especialmente en los espacios informativos, en los cuales se suelen reseñar los hechos delictivos en forma más detallada o prensa hablada y, en la emisión de

²⁸ López Rey. **Ob. Cit.** Pág. 81.



radionovelas a las cuales se trata de hacer más efectivas en su truculencia para compensar la ausencia de las imágenes.

A la prensa se confiere menor influencia criminógena. En todo caso, el público analfabeta está fuera de su área de influencia directa; pero, como todo medio de comunicación social, la prensa puede ser usada como instrumento de manipulación colectiva y siempre podrá constituir para algunos sujetos ya sean adolescentes y jóvenes en especial, una fuente suplementaria de estímulos que los oriente hacia las conductas antisociales. Aparte de las páginas completas de propaganda gráfica de las películas en las que en forma nítida se presentan desnudos y escenas pornográficas atentatorias contra la personalidad en formación de los niños, que en todo hogar tienen acceso a los periódicos y que, desde luego, no necesitan saber leer para interpretar gráficas.

Se ha señalado que la prensa en general tiene los siguientes aspectos negativos:

- Tendencia sensacionalista en algunos de sus diarios escritos.
- Publicación de fotografías o ilustraciones obscenas, vulgares o de mal gusto publicidad de carteleras de cine y teatro.
- Y el enfoque exagerado en la información sobre hechos delictuosos.



2.3. Factores económicos

El socialismo científico de fines del siglo pasado, consideró que la criminalidad y los hechos delictivos, eran fenómenos de anormalidad social por influencia económica; en tanto que la llamada escuela socialista, la consideró como una consecuencia directa del capitalismo.

Hoy se sabe, sin embargo, que en los países de regímenes no capitalistas también existe la criminalidad. En verdad, el factor económico en la criminalidad o en un hecho delictivo es de extrema complejidad, baste saber que, por ejemplo, tanto la pobreza como la riqueza pueden influir en su producción.

En relación con la pobreza, es un hecho que la carencia de los medios indispensables para la satisfacción misma de las necesidades individuales y familiares como por ejemplo la falta de trabajo, de vivienda adecuada, de servicios elementales; entre otros, puede crear en los individuos un estado emocional susceptible de transformarse en sentimiento de inferioridad y de frustración que, así mismo, puede convertirse en odio o resentimiento hacia toda la sociedad, considerada como responsable de tales penurias.

También puede generar rebeldía constante que suele traducirse en frecuente violación a las leyes, consideradas como instrumento de opresión y explotación; pudiendo además, generar irrespeto hacia las autoridades; actitudes todas ellas que pueden desencadenar en perpetración de delitos.



En cuanto a la riqueza, no es menos cierto que las situaciones de bonanza y de extrema facilidad para la obtención de los bienes en la sociedad de consumo; lo cual conlleva a la pérdida de la conciencia del valor de los objetos se constituye, en gran medida, en fuente de la más moderna criminalidad: la criminalidad no convencional como por ejemplo la criminalidad de cuello blanco, la criminalidad entre poderosos o la criminalidad entre funcionarios públicos.

2.4. Fenómenos migratorios

El fenómeno migratorio en Guatemala no es nuevo, se puede identificar desde los primeros movimientos que el mismo Popol Vuh, identifica como la llegada de los primeros habitantes a estas tierras desde laguna de términos, en la actual república Mexicana, hasta el asentamiento de colonos españoles promovido por la Corona, el asentamiento de Tlaxcaltecas del centro de México que venían apoyando el ejército español, las migraciones europeas incentivadas por el liberalismo decimonónico y luego con el inicio de la agroexportación de café primero y luego la caña de azúcar y el algodón, la colonización de departamento de Petén para contener las incursiones de población mexicana, la colonización del norte de Quiché en la región de Ixcán específicamente, como alternativa de sobrevivencia al minifundismo predominante del occidente de tierras altas, todo esto muestra a Guatemala como un país donde el transportarse de un lado a otro a sido y es una constante en el desarrollo social.



“A nivel internacional, las poblaciones fronterizas con México buscan alternativas de ingresos en las fincas cafetaleras en Chiapas, estos movimientos al igual que los que se producen a las fincas cafetaleras y plantaciones en Guatemala se llevan a cabo durante los períodos de cosecha y luego retornan a sus lugares de origen para seguir subsistiendo en su pobreza. Después de las primeras masacres que el Ejército de Guatemala llevó a cabo en las zonas pobladas que apoyaban a la insurgencia, se producen los movimientos masivos de refugiados hacia México, esto aunado con los cientos de exiliados que, igualmente, se ubicaron en aquella nación para servir de retaguardia estratégica a los pocos que se quedaron luchando en Guatemala.”²⁹

“La década de los ochentas, es especialmente importante para profundizar en el fenómeno migratorio de Centroamérica; en virtud que, tanto El Salvador, Guatemala y Nicaragua vivían cruentos conflictos que originó el desplazamiento de miles de personas hacia fuera de los campos de batalla, los campesinos se desplazan a otras zonas agrarias, pero las clases medias que soportaban el conflicto en las ciudades escogen centros de desarrollo industrial los cuales se encuentran en los Estados Unidos, por lo tanto el flujo migratorio que se estaba produciendo de México hacia el norte, desde hacía décadas, se ve incrementado por el número de centroamericanos que se unen.”³⁰

²⁹ Morales, Sergio. **Fenómeno migratorio en Guatemala**. Pág. 2.

³⁰ **Ibíd.** Pág. 3.



Hoy en día el flujo de la migración ha ido en aumento a partir del imán generado por las generaciones de migrantes que se asentaron en ciudades como Los Ángeles, o Chicago y que ven en la migración el paso siguiente en el proceso de desarrollo personal, lo que originalmente brindaba el factor de educación o la empresariedad como el motores de la movilidad social, ahora lo brinda la migración.

La mayor parte de los migrantes no solo no son los más pobres, sino que también son los de menos educación, en relación a las clases medias profesionales. En este rango se tiene a los que completaron la educación primaria y otros con dificultad llegan a terminar la secundaria, por lo tanto es en su mayoría es mano de obra no calificada.

La migración ha tenido especial relevancia e impacto en Guatemala y últimamente se ha convertido, para gran parte de nuestra población, en la única alternativa de sobrevivencia. Este es constitutivo de un fenómeno forzado; ya que, la imposición del modelo globalizador trajo como consecuencia por un lado, el incremento de la pobreza, altos índices de desempleo, escasez dramática en las oportunidades de desarrollo social y por ende la generación de la exclusión en la mayoría de nuestra población; por otro lado ha promovido deliberadamente la reducción del Estado, por lo que en lugar de garantizarse un Estado de derecho y la realización del bien común, ha desamparado a poblaciones vulnerables, como por ejemplo a la población migrante, que se ve obligada a buscar mejores condiciones de vida fuera del territorio guatemalteco.



Los Acuerdos de Paz representan políticas y programas integrales de desarrollo a largo plazo que pudieran darle respuesta a las causas que originan las migraciones, pero no ha existido voluntad política por parte de los gobiernos de asumir estos Acuerdos como compromisos de Estado, así como tampoco se han creado alternativas que promuevan el desarrollo social equitativo y sostenible que permitan a la población satisfacer sus necesidades en sus comunidades de origen.

La migración indocumentada, es una de las estrategias de sobrevivencia y búsqueda de oportunidades de alta peligrosidad, a que se ve obligada la población para garantizar su vida y el futuro de su familia. Dadas las dificultades de oportunidad para conseguir la visa norteamericana, son miles de personas las que se exponen a diversos riesgos, de criminalidad, por parte de otras personas que se aprovechan de la situación al extremo de perder la vida.

Las personas que migran sean estas hombres, mujeres, niños y ancianos, en su condición de indocumentados son susceptibles a ser víctimas de abusos por parte de autoridades o pandillas juveniles, y se exponen a los peligros del trayecto hacia el norte por las duras condiciones de recorrido por zona áridas y despobladas.

“Las políticas internacionales de Estados Unidos de Norteamérica, respecto al combate del narcotráfico, al crimen organizado y recientemente de la lucha contra el terrorismo, ha implementado acciones y programas encaminados al control fronterizo y migratorio, lo que en la práctica se traduce en la criminalización del migrante, el cierre de fronteras



y la intensificación por detectar, detener y deportar migrantes indocumentados convirtiéndose en víctimas de violaciones a sus derechos humanos.”³¹

Dado que la migración es una respuesta a las precarias condiciones de vida de la población en sus comunidades de origen, es poco probable que las políticas restrictivas y leyes severas sobre migración inhiban o frenen el fenómeno migratorio; por el contrario, es probable que el fenómeno siga en aumento.

“Se ha constatado que persisten hechos violatorios a los migrantes, acciones cometidas por delincuentes comunes, redes de tráfico de personas, autoridades policíacas y migratorias, un sinnúmero de hechos delictivos; así como, recientemente por pandillas juveniles. Los hechos van desde la destrucción de sus documentos de identificación, detenciones ilegales, robos, tratos crueles, violaciones sexuales, amenazas, hasta la consignación de migrantes a centros de detención, la mayoría de las veces por faltas no cometidas.”³²

Los pasos fronterizos históricamente han sido puntos de gran conflictividad, en especial en Guatemala que por su posición geográfica tiene la triple naturaleza de ser al mismo tiempo un país de origen, tránsito y destino de población migrante que se dirige a otros países, especialmente a Estados Unidos de Norteamérica.

³¹ Sandoval Valdez, Nancy Maritza. **Migración en Guatemala**. Pág. 3.

³² Morales. **Ob. Cit.** Pág. 5.



La dinámica migratoria hacia Estados Unidos, reviste múltiples puntos de problematización. Han sido los hombres los que históricamente representan el mayor número en las estadísticas de las migraciones. Al mismo tiempo y con mucha valentía, pero con menor proporcionalidad, le siguen las mujeres y por último los niños y niñas, quienes paralelamente o junto a sus padres se arriesgan a lanzarse al viaje para buscar mejores condiciones de vida.

Es por ello que reviste de gran importancia el estudio de dicho fenómeno, para que puedan adoptarse las medidas necesarias con el objetivo de contrarrestar las formas y condiciones en que los hombres, mujeres, niños y niñas migran, así como también fortalecer los mecanismos de vigilancia y/o coordinación de acciones con instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atiendan y apoyen a la niñez migrante.

Guatemala no cuenta con políticas y programas integrales de desarrollo nacional a largo plazo que den respuesta a las causas que originan la migración, las cuales podrían permitir la capacidad de generar no solamente ingresos económicos para la subsistencia, sino la formulación de un proyecto de vida en las comunidades y países de origen.

En el caso de los guatemaltecos residentes en el extranjero, tampoco se ha definido una política de protección promovida por el Estado guatemalteco. El gobierno ha tenido acercamientos con organizaciones de migrantes guatemaltecos en Estados Unidos, se han establecido nuevos consulados pero no existe una política integral que corresponda



a la protección de los guatemaltecos en el exterior, sobre todo cuando las remesas constituyen la primera fuente de divisas para el país tras el desplome de los precios del café.

Hablar del tema migratorio en Guatemala también significa hablar del impacto que ha sufrido en su economía. Hablar del impacto económico significa hablar de remesas. Guatemala es el país de la región centroamericana que más remesas recibe, esto depende en gran parte al número de personas que se movilizan hacia Estados Unidos que es un 10% de aproximadamente de la población guatemalteca.

“A pesar de que el número de deportaciones se ha incrementado, las remesas familiares continúan aumentando. Desde el año 2001 se puede notar un constante crecimiento, las cuales llegaron a 592.33 millones de dólares. En el 2002 la cifra aumentó a 1,579.39 millones de dólares, en el 2003 se recibieron 2,106.50 millones, en el 2004 ingresaron 2,550.62 millones y en el 2005 fueron 2,992.82 millones de dólares. Durante el 2007, el envío de remesas familiares del exterior alcanzó una cifra récord de 4,128.40 millones de dólares y superó a los 3,609.81 millones de dólares de 2006.”³³

“Las remesas familiares se han constituido en la segunda fuente de ingreso de divisas para Guatemala, después de las exportaciones, que durante el 2007 alcanzaron los 4,219.39 millones de dólares. Según el Banco de Guatemala, en enero y febrero

³³ Sandoval Valdez. **Ob. Cit.** Pág. 18.



pasados se recibieron un total de 632.91 millones de dólares contra los 559.04 millones de los dos mismos meses de 2007.”³⁴

Además no se puede dejar de mencionar que a escala latinoamericana, la importancia de estas se refleja a partir de que representan cuatro veces el flujo de inversión extranjera. Por otro lado la presencia de los inmigrantes latinoamericanos provee beneficios a consumidores y empleadores y así contribuyen con los ingresos y el incremento en inversiones. La mano de obra guatemalteca y su consumo han contribuido al crecimiento económico de Estados Unidos. Los empleadores de la industria de construcción, mantenimiento y jardinería son los mayores empleadores de inmigrantes guatemaltecos, debido a la reputación que se han ganado por la realización de este trabajo.

Otra rama que se ha beneficiado en sus ganancias es la industria de las telecomunicaciones ya que mes a mes una parte del salario la invierten en la compra de tarjetas o servicio telefónico para comunicase con sus familiares.

³⁴ **Ibíd.** Pág. 18.



CAPÍTULO III

3. Formas de ejecución del delito

El delito posee formas de ejecución en cada legislación, en el caso de Guatemala, el Código penal y Código procesal penal, establece la teoría general del delito y las etapas o grados del delito o íter-criminis, los cuales son las formas de realización y ejecución de un hecho antijurídico penalmente imputable. A continuación se realiza un breve análisis de estas dos ramas del derecho penal, en donde se estudia la ejecución y forma del delito.

3.1. Introducción a la teoría del delito

La teoría del delito, es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de delito.

Esta teoría, creación de la doctrina, pero basada en ciertos preceptos legales, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular como por ejemplo el homicidio, robo, violación, etc., sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.



Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas de la teoría del delito: la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción. Más recientemente, la teoría finalista intenta constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas, destacando en esta línea Claus Roxin en Argentina y Paz de la Cuesta en España, entre otros.

La mayoría de los países de la tradición jurídica de derecho continental, utilizan la teoría finalista del delito. A partir de los años 90, en Alemania, Italia y España, aunque parece imponerse en la doctrina y jurisprudencia la estructura finalista del concepto de delito, se ha iniciado el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse paulatinamente las aportaciones político-criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias. Quizá la aportación más significativa a la teoría de delito del funcionalismo moderado sea la denominada Teoría de la imputación objetiva, que introduce el concepto de riesgo en la tipicidad, buscado la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad en base a criterios normativos en aquellos supuestos en los que ésta no puede



fundamentarse en la causalidad (como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro, entre otros).

3.2. Teoría general del delito

Existen diversas definiciones de la teoría del delito pero la que más se asemeja a la legislación guatemalteca es la anotada a continuación: “conjunto de teorías y doctrinas del derecho penal que tienen por objeto el estudio y explicación del delito en general, con el fin de establecer cuáles son las características que debe tener cualquier delito. Es decir que su fin consiste en establecer la existencia o ausencia de delito en un acto concreto.”³⁵

Todo esto indica que para averiguar si hay delito en un caso concreto, se tiene que formular una serie de preguntas o sea, que no basta preguntarse ¿hubo delito?, sino que el ¿hubo delito? Se debe de descomponer en un cierto número de preguntas. Estas preguntas y sus respectivas respuestas deben darse en un cierto orden, por que no tiene sentido que se pregunte algunas cosas cuando aun no se ha respondido otras, del mismo modo que en otros órdenes de la vida a nadie se le ocurre preguntarse si una vaca es una pintura de la edad media, sencillamente porque una pintura medieval, ante todo, debe ser una pintura, y una vaca es un animal y no una pintura.

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general**. Pág. 252.



Por ultimo, la teoría del delito proporciona un orden lógico, que permite establecer si existe o no delito en una acción concreta, en el presente trabajo de investigación, se asume la corriente finalista, porque se comparte las posturas asumidas por la misma. De allí que debemos de tener claro, que el delito está conformado por una serie de elementos ordenados lógicamente. Los cuales, permiten diferenciar si trata de una acción relevante y de importancia para el derecho penal o en su caso de una acción de carácter privado de importancia al derecho civil o de una prestación de servicios en forma subordinada de importancia en el derecho del trabajo, por ejemplo.

La teoría general del delito, como ya se estableció, se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, así sea un homicidio o un hurto, que aunque tengan características comunes, pueden tener peculiaridades y penalidades distintas. Tiene un carácter claramente instrumental y práctico: es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos.

Trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos concretos con un considerable grado de seguridad. El grado de seguridad sin embargo no es absoluto. El jurista del derecho penal tiene que asumir que la teoría del delito no puede eliminar totalmente la inseguridad que está implícita en la tarea de trasladar al caso concreto lo dispuesto en general por el texto de la ley. La teoría del delito realiza por lo tanto, la tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto.



El concepto de delito, es el inicio de la teoría general del delito, para ello se debe partir del derecho penal positivo, ya que todo intento de definir el delito al margen del Derecho Penal vigente es simplemente hacer filosofía. El concepto del delito como una conducta castigada por la ley con una pena, es sólo un concepto formal. Debe tratarse de una acción u omisión, debe ser doloso o culposo y penado por la ley.

“El concepto del delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad es pues, la desaprobación del acto; culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo”.³⁶

En base a ellas: a la antijuridicidad habla de la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica y sus resultados. Y es posible expresar un concepto jurídico de delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Los elementos principales del delito son:

- “La acción,
- La tipicidad,
- La antijuridicidad
- La culpabilidad y
- La punibilidad.”³⁷

³⁶ Muñoz Conde. **Ob. Cit.** Pág. 56.

³⁷ **Ibíd.** Pág. 70.



- La acción: En cuanto a la evolución de la teoría general del delito, se analizará la teoría finalista, la cual es el concepto de acción basado en la dirección del comportamiento del autor con una finalidad previa. Por la que un individuo en el uso de su conocimiento causal, es capaz de dominar dentro de ciertos límites, el suceder y conducir su actuación a la consecución de una meta con arreglo a un plan.

Esta teoría finalista, que aunque se le achaca que sea intelectualista, racionalista y que le da importancia a los sentimientos: pensar, sentir, obrar; para que sean computados para valorar la carga de la pena o bien la capacidad de culpabilidad, y por tanto puedan cuantificar la pena. Parece la más lógica y eficaz a la hora de la valoración de un hecho desde la vertiente médica o psicológica.

“La acción, sería una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por la voluntad dirigente y encaminada a un resultado; pero para actuar se precisa haber previamente pensado, proyectado un acto, para poder dirigirse a un objetivo, por tanto la representación, la idea viene primero, antes de la acción. Aunque para el derecho penal, no sólo se contempla la acción sino también la omisión.”³⁸

El hombre puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, conforme a su plan. Por lo tanto, un comportamiento es evitable cuando el autor tenía la posibilidad de dirigir su acción a un fin determinado. Si se acepta que la

³⁸ Claus Roxin, Eduardo. **Teoría general del tipo penal**. Pág. 69.



acción es una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por la voluntad, dirigida y encaminada a un resultado, por tanto la voluntad no puede concebirse sino como ideación proyectada; del querer interno.

“No hay voluntad cuando hay una fuerza irresistible que nos obliga a una acción; esta puede ser de origen interno o externo. La fuerza irresistible de origen interno, como es el caso de las neurosis compulsivas, no son voluntarias en el amplio sentido de la palabra; obedecen a núcleo neurótico, por ejemplo las cleptomanías. Y una fuerza irresistible de origen externo, por ejemplo lo que le pasa a una persona que al sentir dolor de una quemadura estira los miembros, produciendo lesión en otra persona u objeto.”³⁹

- La tipicidad: De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen el legislador ha seleccionado las más graves y las más intolerables, conminándolas con una pena. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho hace la Ley.

“Tipicidad, es la adecuación de la conducta del sujeto al tipo penal; para ello es necesario establecer un juicio de tipicidad, la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador, siendo la

³⁹ **Ibíd.** Pág. 70.



tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio. La tipicidad es la garantía del principio de legalidad.”⁴⁰

- La antijuridicidad: Delito es toda conducta descrita por la ley cuya consecuencia es la pena o las medidas preventivas o represivas. Es una acción típicamente antijurídica y culpable. “La conducta es antijurídica cuando incumple el ordenamiento jurídico es, un juicio de valor por el que se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda. El proceso de valoración de la antijuridicidad, se realiza en principio, identificando el hecho como una conducta; por tanto de una acción de una persona, adecuado a una descripción típica es decir a un tipo penal.”⁴¹

La expresión antijuridicidad, para expresar esta problemática no resulta ser por lo tanto, la más adecuada. Presupone una teoría del delito en la que la realización del tipo no tenía ninguna significación respecto del ordenamiento jurídico y solo su falta de autorización especial era determinante de lo ilícito. En la actualidad es preferible hablar de justificación, con ello se hace referencia a la situación que se da cuando alguien ha obrado lesionando una norma, pero no el orden jurídico, es decir, ha realizado una acción típica, pero adecuado al derecho justificada; como podría ser la legítima defensa, basado en que en derecho no tiene porqué soportar lo injusto. Pero la reacción debe ser en el momento del ataque injusto, cuando el agredido no encuentra

⁴⁰ Claus Roxin. **Ob. Cit.** Pág. 70.

⁴¹ **Ibíd.** Pág. 72.

otro medio de defensa que la reacción súbita e inmediata ante el ataque de una legítima defensa.

En resumen, una conducta es típica si con ella se infringe una norma jurídica y será antijurídica si no está justificada por una causa de justificación. Adoptando el criterio de la antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta.

- La culpabilidad: En la culpabilidad, las facultades psico-biológicas del autor, hablan de la imputabilidad o no; es decir de la capacidad de culpabilidad, el conocimiento por parte del autor del carácter de lo prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto.

Ambas tienen un lado negativo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción. La absoluta imprevisibilidad anula la relación psicológica con el resultado; la causa de legítima defensa autoriza la comisión del hecho prohibido, las facultades psíquicas del autor disminuidas o anuladas, causan la imputabilidad parcial o total.

“La teoría general del delito tiene como función determinar los rasgos que convierten una conducta en delictiva. Si bien existen una serie de características propias de cada delito, también existen una serie de rasgos comunes a todos los tipos, que son los que



van a constituir el concepto de delito. Este concepto formal de delito supone la materialización del Principio de Legalidad: no hay delito sin Ley.”⁴²

El concepto del delito como una conducta castigada por la ley con una pena, es sólo un concepto formal. El delito debe tratarse de una acción u omisión, debe ser doloso o culposo y penado por la ley.

“Es culpable quien actúa de una manera, cuando podía libremente obrar de otra. Quien pudiendo abstenerse de realizar la acción tipificada, decide actuar en contra de lo prohibido. La capacidad de culpabilidad tiene un momento cognoscitivo, intelectual y uno de voluntad, volitivo; la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad conforme ha sentido. Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad.”⁴³

El Artículo 12 del Código Penal, establece el delito culposo, e indica que: “el delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley.”

“La culpabilidad tiene un vínculo de naturaleza psicológica, que enlaza a su autor con su acto, siendo el dolo y la culpa sus formas de presentación. El fundamento de la

⁴² Claus Roxin. **Ob. Cit.** Pág. 75.

⁴³ **Ibíd.** Pág. 75.

culpabilidad es la libertad, en la que el sujeto dentro de sus posibilidades, puede elegir una determinada forma de actuar o evitarla, para no ser objeto de reproche.

Para analizar la culpabilidad es necesario:

- el conocimiento de la antijuridicidad.
 - la imputabilidad.
 - la exigibilidad.⁴⁴
-
- Conocimiento de la antijuridicidad: La antijuridicidad establece la prohibición de una conducta. El sujeto debe saber, conocer, tener conocimiento del carácter de lo prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto.

Pero está claro que no hay culpabilidad sin antijuridicidad, aunque sí hay antijuridicidad sin culpabilidad. La legítima defensa es una agresión antijurídica aunque el autor no sea culpable. Y frente a un acto lícito no antijurídico no cabe legítima defensa.

Hay por tanto dos elementos que llevan a determinar la responsabilidad del autor:

- “Conocimiento sobre la ilicitud del hecho. (Antijuridicidad).
- Componente psico-biológico, facultades psíquicas y físicas. (Imputabilidad).⁴⁵

⁴⁴ **Ibíd.** Pág. 76.

⁴⁵ **Ibíd.** Pág. 77.



- La imputabilidad: En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor, hablan de la imputabilidad o no; es decir de la capacidad de culpabilidad, el conocimiento por parte del autor del carácter de lo prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto. Ambas tienen un lado negativo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción.

La absoluta imprevisibilidad anula la relación psicológica con el resultado. La causa de legítima defensa autoriza la comisión de un hecho prohibido. Las facultades psíquicas del autor disminuidas o anuladas, causan la imputabilidad parcial o total. El concepto del delito responde a una doble perspectiva: es un juicio de desvalor que recae sobre un acto humano por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor del hecho. Al primero se le llama injusto y al segundo culpabilidad.

Habría tres métodos de determinar la incapacidad, el biológico, el psicológico y el mixto. Nuestra legislación hace uso del mixto.

El Artículo 23 del código Penal establece las causas de inimputabilidad las cuales son las siguientes:

- “El menor de edad,
- Quien en el momento de la acción u omisión, no posea la causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de



determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente.”

“Imputabilidad, es un atributo de la persona que permite la posibilidad de atribuirle una culpa, un delito, una acción y es parte integrante de la culpabilidad, radica en la posibilidad que tenía el sujeto de pensar, querer y obrar de una manera distinta a la que actuó infringiendo la ley.”⁴⁶

- Concepto de imputabilidad: “Jurídicamente la imputabilidad es la aptitud de la persona para responder de los actos que realiza. El concepto, tiene una base psicológica, comprende el conjunto de facultades psíquicas mínimas que debe poseer un sujeto autor de un delito para ser declarado culpable del mismo.”⁴⁷

Por tanto la imputabilidad descansa sobre una base de índole psicobiológica, el estado biológico y psicológico del sujeto en el momento de los hechos. Y es preciso que un perito dictamine o determine si en el momento de los presuntos hechos delictivos imputados, cumplía los requisitos biológicos, conocimiento y libertad volitiva, para podersele aplicar la pena. La imputabilidad descansa pues sobre dos condiciones fundamentales:

- “Que en el momento de la acción el sujeto posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos.

⁴⁶ Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág. 87.

⁴⁷ Claus Roxin. **Ob. Cit.** Pág. 98.



- Que el sujeto goce de la libertad de su voluntad o de su libre albedrío.
- Por lo tanto toda enfermedad mental que afecte a la inteligencia o a la voluntad, así como cualquier estado temporal de anulación o perturbación de la conciencia alterarán el grado de imputabilidad.
- De acuerdo a estos presupuestos debería existir grados de imputabilidad: Una eximente completa, cuando las facultades mentales, están abolidas. Por ejemplo una enajenación mental. Se manifiesta en una disminución de sus facultades intelectivas o volitivas, con una indudable limitación para comprender la ilicitud del acto, o el conocimiento del alcance y trascendencia de sus actos.”⁴⁸

Otra, cuando exista una merma o disminución considerable de las capacidades para comprender o querer, sería una eximente incompleta Una atenuante, cuando exista una merma o disminución de escasa intensidad, leve o tenue, de poca incidencia en la imputabilidad. Y ya finalmente una atenuante analógica; cuando hay una merma o disminución de sus facultades intelectivas o volitivas, con una indudable limitación para comprender la ilicitud del acto pero de forma temporal.

Se hablaría de una analogía, por la similitud del cuadro temporal de anulación temporal de facultades con uno orgánico, persistente. Como el que se puede producir por el efecto de drogas o de un arrebató u pasión emocional desenfrenada.

⁴⁸ **Ibíd.** Pág. 99.



"Jurídicamente cualquier persona que pueda responder por los actos que realiza, es imputable. Para responder a sus actos, la persona debe tener:

- Plena conciencia y discernimiento de sus actos.
 - Poseer suficiente inteligencia y un estado de madurez mínimo.
 - Saber diferenciar el bien del mal.
 - Gozar de la libre voluntad de sus actos."⁴⁹
- Tipos de culpabilidad: La culpabilidad tiene dos formas: dolo y culpa, la primera es intención, la segunda negligencia, ambas tienen por fundamento la voluntad del agente. Sin intención o sin negligencia, es decir sin dolo o sin culpa, no hay culpabilidad y siendo ésta un elemento genérico del delito, sin culpabilidad no hay delito. Entre dolo y culpa no existe una separación tajante, se pasa de una a la otra por grados intermedios, del dolo directo al eventual, de éste a la culpa consciente y finalmente a la culpa inconsciente.

"El dolo es la forma típica de la voluntad y en este sentido su verdadera forma. El hecho es la violación de un precepto jurídico, sólo cuando el agente ha querido el hecho prohibido, la desobediencia, la rebelión es plena y completa. Por tanto el delito es doloso, cuando el resultado dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión de que la ley hace depender la existencia del delito, es previsto y querido por el sujeto como consecuencia de la propia acción u omisión."⁵⁰

⁴⁹ **Ibíd.**

⁵⁰ Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág. 255.



Las acciones u omisiones, son formas de manifestación de la conducta y se admite tanto una acción como una no acción. Por ejemplo conducir un vehículo sin que esté revisado y se atropelle porque no responden los frenos, el resultado pudo haber sido previsto, se actúa con imprudencia y negligencia, existe culpa.

“En el delito culposo el sujeto realiza voluntariamente un acto pero el resultado antijurídico no lo ha querido directa ni indirectamente. Pero sólo esto no basta para que exista lo culposo, sino que debe obrar con imprudencia, negligencia, impericia.

- La imprudencia: es la temeridad, la insuficiente ponderación y supone poca consideración de los bienes ajenos.
- La negligencia: expresa una actitud psíquica que es descuido, la falta o deficiencia de atención o negligencia.
- La impericia: es falta de habilidad para hacer algo, preparación insuficiente, ineptitud del agente, o que aun siendo consciente de ello, no ha querido tenerlo en cuenta. La impericia puede dar lugar a la responsabilidad culposa.”⁵¹

La culpa al igual que el dolo es una actitud contraria al deber, por ello, es reprochable. La culpa respecto al dolo es una forma menos grave de voluntad culpable, no tiene una abierta rebeldía contra la ley, sin embargo, existe una desobediencia falta al deber de usar cautela y de previsibilidad.

⁵¹ **Ibíd.** Pág. 255.

- Causas de justificación: Existen en ocasiones, causas por las que el sujeto concede una autorización o un permiso, para realizar la acción prohibida por la norma o, para omitir el comportamiento que ésta impone. Son proposiciones que son independientes de las normas. Mientras las normas ordenan comportarse de una manera determinada omitiendo lo prohibido o haciendo lo mandado, las autorizaciones o permisos que dan el fundamento a las causas de justificación neutralizan la prohibición o el mandato de acción en circunstancias concretas.

“La legítima defensa se justifica con los siguientes puntos:

- Es el derecho natural que asiste al agredido para repeler la agresión, puesto que el instinto de conservación y el sentimiento de la propia personalidad prevalecen por encima de cualquier consideración teórica y práctica.
- En la legítima defensa, el agredido en el fondo, ejercita una verdadera función pública, cual es la de preservar la vigencia del derecho en momento en que el Estado no puede hacerlo.
- En la legítima defensa el agredido está autorizado para ejercerla en cuanto tiene derechos e intereses legítimos que defender.”⁵²
- El estado de necesidad: Surge por una situación no buscada ni provocada por el sujeto sino que la juricidad de la conducta proviene de un estado en que a la

⁵² Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág. 257.



persona no le queda otra salida que la perturbación de intereses jurídicos protegidos; y debe reunir los siguientes requisitos:

- “Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.
- Que exista un peligro serio y real como desencadenante de la acción necesaria.
- Que el Estado de necesidad no haya sido creado a propósito o sea provocado intencionalmente por la persona que lo invoca.
- Que el sujeto no se halle obligado a sacrificarse por su oficio o cargo, como por ejemplo en el caso de un bombero o policía de seguridad, que por razón de su oficio o su deber se halla obligado a sacrificarse para salvar la vida de otro que se encuentra en peligro.
- Que el mal sea actual y no haya posibilidad de evitarlo por otros medios.”⁵³

3.3. Etapas o grados del delito

En el camino de los grados de la realización de un hecho constitutivo de delito se distingue de dos formas, las cuales se dividen de la manera siguiente:

- “Fase interna: es la que se desarrolla en la psiquis del individuo y en ella se presenta la etapa de ideación, deliberación y resolución; estas etapas se desarrollan en el transcurso del tiempo.

⁵³ **Ibíd.** Pág. 257.

- Fase externa: en esta etapa se comprende los actos preparatorios y los de ejecución.⁵⁴

Dentro de la fase interna se encuentran los actos preparatorios y de ejecución:

- “Actos preparatorios: estos comprenden todas aquellas conductas en que si bien la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un comienzo de ejecución del delito mismo.
- Actos de ejecución: Estos actos constituyen el conato o tentativa en sentido amplio. La línea divisoria entre los actos preparatorios y la tentativa es de extrema importancia, dado que señala el límite entre la conducta impune y la conducta punible.”⁵⁵

La fase interna del delito no tiene sanción penal. El solo pensar en la comisión de un delito no conlleva la aplicación de una pena. Dentro de la fase externa, por regla general, tampoco tienen sanción penal, excepcionalmente llevan una sanción legal, en las siguientes actuaciones:

- Hay actos preparatorios penados que en sí son constitutivos de delito, constituyen un tipo penal; por ser delitos de peligro. (llaves, ganzúas, etc. bombas explosivas).

⁵⁴ **Ibíd.** Pág. 258.

⁵⁵ Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág. 259.



- La proposición que se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen simple delito propone su ejecución a otra u otras personas. Es un acto preparatorio, pero excepcionalmente se castiga.
- La conspiración o complot, que existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o simple delito.

Existe tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero falta uno o más para su complemento. Los requisitos de la tentativa son los siguientes:

- “Realización de hechos externos: Este requisito es semejante al de los actos preparatorios; sin él no nos encontraríamos en la fase externa del delito.
- Estos hechos deben representar un comienzo de ejecución, por que de lo contrario serían actos preparatorios.
- El tercer factor, será la consideración de la virtud causal del acto ejecutado con relación al resultado que se desea evitar. La virtud causal debe apreciarse según el criterio general de causalidad, según la previsibilidad objetiva del resultado situándonos en el momento y circunstancias del acto realizado. Esto será juzgado por el observado externo.



- Estos hechos deben ser idóneos para la obtención del resultado. No lo exige en forma expresa el texto legal, pero ello se desprende de la definición de tentativa como el comienzo de ejecución de un crimen o simple delito.”⁵⁶

Estos últimos están definidos como acciones u omisiones voluntarias penadas por la Ley. Luego, no puede decirse que ha comenzado a ejecutar, que está ejecutando, una acción penada por la Ley (cualquiera sea su intención) quien realiza actos que jamás podrán llegar a producir el resultado constitutivo de tal acción penada por la ley. Se habla de aptitud causal del hecho y por eso si no concurre este requisito se habla de delito imposible o tentativa inidónea.

- Para la producción del resultado debe faltar todavía uno o más actos. No basta que el resultado no se haya verificado, porque esto ocurre también en el delito frustrado. Es necesario que el delincuente todavía no haya realizado todos los actos que él debía ejecutar para la producción del resultado.

Se ha señalado que el dolo en la tentativa desempeña una función indiciaria del fin perseguido, ya que como no hay resultado será su intención la que califique la tentativa y por ello no hay tentativa en los cuasidelitos.

La penalidad de la tentativa está en general determinada en función de la penalidad del

⁵⁶ Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág. 262.



delito consumado respectivo. Por ello la tentativa en los delitos, en cuanto a la pena tiene dos grados menos que el delito consumado.

Delito frustrado: "Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad."⁵⁷

En la frustración el agente realiza todos los actos necesarios para que el delito se consume, ya que no queda nada más por hacer. El delito está subjetivamente consumado, ya que no queda nada más por hacer. El delito está subjetivamente consumado, ha terminado la intervención del individuo. El resultado no se produce por causas independientes de su voluntad. No hay consumación por causas ajenas al hechor. El delito frustrado se castiga con un grado de pena menor que el consumado y las faltas frustradas no se castigan.

Existen determinados delitos, como por ejemplo; el robo con violencia, el robo por sorpresa y el robo con fuerza cometido en lugar habitado que se castigan como consumados desde que están en estado de tentativa.

⁵⁷ **Ibíd.** Pág. 263.



CAPÍTULO IV

4. Necesidad de reformar el Artículo 209 del Código penal guatemalteco, relativo a la sustracción de menores y la necesidad de incrementar las penas de dicho delito

4.1. Antecedentes históricos del delito de sustracción de menores

"En el Fuero Juzgo, se penó el hecho de sustraer los hijos de los hombres libres de casa de sus padres, el culpable quedaba como siervo del hijo robado o pagaba una pena pecuniaria. El mismo hecho, incriminado conjuntamente con el robo de siervos, lo penan las partidas con trabajo perpetuo en las mismas del rey.

El Código Penal español de 1,822 preveía el rapto de niños no llegados a la pubertad, el Código de 1,848 definió este delito como sustracción de un menor de siete años pasando esta figura al código de 1,870 y de este a los de 1,932 y 1,944"⁵⁸

En concatenación con la legislación española, el Código Penal guatemalteco de 1,936 Decreto 2164 se refirió a la sustracción de menores y al abandono de niños. En cuanto a la sustracción, se refirió a la que la legislación actual denomina propia e impropia. Mencionó que la sustracción de un menor de siete años se castigaba con la pena de

⁵⁸ Cuello Calón. **Ob. Cit.** Pág. 738.



diez años de prisión correccional. Incluyendo las mismas penas para quien hallándose encargado de la persona del menor no lo presentara a sus padres o guardadores, ni dieran explicación satisfactoria acerca de su desaparición (impropia, para el actual código), así como también se refirió a lo que el actual código denomina inducción al abandono de hogar.

El actual Código Penal menciona la sustracción propia, solamente que cambia la edad, ya que establece de la sustracción de un menor de doce años de edad o un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo, así como de quien lo tuviere contra la voluntad de éstos, lo anterior se encuentra regulado en el Artículos 209 Código Penal guatemalteco.

En cuanto a la sustracción impropia la ley se refiere a una omisión, ya que consiste en la no presentación del menor no indicando la edad, pero es de suponer que se refiere a las edades indicadas en el Artículo 209 Código Penal guatemalteco, o sea, menor de 12 años de edad; o mayor de 12 pero menor de 18 años.

La ley hace mención en el Artículo 211 Código Penal Guatemalteco, sobre el hecho de que habiendo desaparecido el sustraído no se probare por los responsables el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción. También se refiere a la inducción al abandono del hogar esto en el Artículo 212 Código Penal guatemalteco, cuyo nombre indica su contenido, y que se refiere al menor de edad pero mayor de diez años, y finalmente a la entrega indebida de un menor



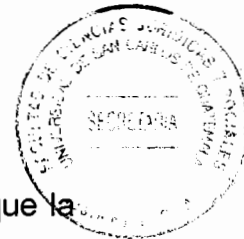
encontrándose a cargo de la crianza o educación de un menor de edad, dándolo a un establecimiento público o a otra persona sin la anuencia de quien lo ha confiado.

En la legislación mexicana, este delito es conocido como robo de infante según el Artículo 366 del Código Penal para el Distrito y territorios federales, el cual consiste en el "tipo penal de plagio de un menor de doce años —sujeto pasivo calificado—, sea extraño a la familia del plagiado y no esté en el ejercicio de la patria potestad y de la tutela, o de los abuelos, etc. Los móviles en esta circunstancia se presuponen afectivos"

a. Clases de sustracción de menores: El Código Penal guatemalteco, establece tres modalidades o clases del delito de sustracción:

- Propia,
- Impropia y;
- Agravada.

Que se refieren, como ya se indicó anteriormente, a la sustracción propiamente dicha de un menor de doce años o mayor de esa edad pero menor de dieciocho, a su no presentación que es la llamada sustracción impropia, y a la no demostración de paradero de la víctima.



- **Sustracción propia:** El sujeto activo puede ser cualquier persona, en virtud que la ley, no establece o precisa quien es el sujeto activo de este delito; incluso los padres si lo sustraen de persona que lo tenga bajo su poder. Así también la sustracción propia comprende dos modalidades; la primera, sustraer al menor; y, la segunda, retenerlo contra la voluntad de las personas encargadas legalmente del menor.

El hecho material del delito está integrado por sacar al menor de la esfera de la potestad de quien lo tenga a su cargo legalmente, ya sea con una acción de sustraer o de retener. La esencia del delito es el alejamiento del menor del poder de quien lo tenga legalmente. El elemento subjetivo está constituido por la voluntad de sustraer a un niño de la edad fijada por la ley.

- **Sustracción impropia:** El hecho material de la modalidad del delito de sustracción impropia, consiste en que una persona se encuentre encargada de un menor y no lo presente a sus padres o guardadores; los elementos esenciales del mismo son: el hecho de no presentar a un menor que ha sido confiado, ni dar razones satisfactorias de su desaparición, o sea, que el elemento es doble en este caso, como se dijo a anteriormente, la ley no indica una edad, sino se refiere a un menor de edad o sea, menor de dieciocho años.

- **Sustracción agravada:** En el caso de la sustracción agravada, esta se da cuando los responsables de la desaparición del menor de edad sustraído, no pudieren probar el paradero de la víctima, o bien sea el caso de muerte o desaparición de la misma por causas ajenas a la sustracción, la pena es agravada con prisión de seis a doce años. Sin embargo, el código penal guatemalteco indica que, si la persona sustraída fuere encontrada, la pena se reducirá mediante el recurso de revisión, establecido también en la legislación penal vigente.
- **Entrega indebida de un menor:** Comete este delito, al tenor de la legislación guatemalteca, quien teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado. El sujeto activo, como el pasivo, son determinados; el primero es quien tiene a su cargo al menor; y el segundo, el mismo menor mencionado.

4.2. Antecedentes del problema

A escala internacional, Guatemala es un paraíso de adopciones ilegales, problema que incide en la frontera sur de México y que se ha agravado tanto que este año el Estado guatemalteco será demandado ante la Corte Interamericana de derechos humanos.



Organizaciones humanitarias demandan mayor severidad en el castigo a la sustracción de menores en Guatemala, donde las leyes y los tribunales aplican sanciones mínimas por ese delito. De acuerdo con el código penal vigente, la sustracción de niños de sus hogares, tiene una pena mínima de tres años de cárcel y los acusados pueden acogerse al pago de una fianza para quedar en libertad mientras dura el proceso, el cual pocas veces finaliza con una condena; O bien este delito se confunde por parte del Ministerio Público, con el de secuestro, por tratar de lograr una pena mayor.

Ante esta situación, instituciones civiles que velan por los derechos de los desfavorecidos tales como, la defensoría de la infancia de la Procuraduría de los Derechos Humanos y el mismo Ministerio Público presionan para que los casos se juzguen como delitos de trata de personas, castigada con 12 años de cárcel.

Según Edith González, abogada de la fundación Sobrevivientes, indica que: "el rapto de un infante con el objetivo de comerciar con él es muy grave y debiera ser penado con mayor dureza."⁵⁹

La mayoría de las desapariciones de niños menores de edad, que son sustraídos de sus hogares, tienen como objetivo final una adopción irregular, la cual se realiza con documentos alterados o por medio del envío de los bebés a otros países. Así lo asegura el investigador de la Procuraduría General de la Nación PGN Mario Maldonado, quien considera muy complicado hallar a los niños luego de seis meses de

⁵⁹ Fundación sobrevivientes. **Memoria de labores 2009**. Pág. 14.



su desaparición. Los cuales en mayor parte son sustraídos por familiares allegados al hogar.

“Uno de los pocos casos donde se recuperó a la víctima es el de Jonathan, de un mes y medio de nacido, quien fue arrancado de los brazos de su madre Telma Sol y descubierto luego en una casa cuna donde ya le habían elaborado documentos falsos para su adopción. Aunque se identificó plenamente a dos mujeres que perpetraron la sustracción y se allanó la instalación donde permanecía, nadie guarda prisión hasta el momento por este delito.”⁶⁰

En el año 2007 se presentaron mil 921 quejas ante el Ministerio Público por sustracción de menores. Durante ese mismo período fueron autorizadas dos mil 845 adopciones por la Procuraduría General de la Nación, de las cuales sólo 25 fueron nacionales y todos los demás niños salieron del país.

Otro punto a prever consiste, en que la legislación guatemalteca, específicamente el Artículo 209 que regula la sustracción de menores, no regula o identifica plenamente quien o quienes pueden ser los sujetos activos del delito; se entiende que el sujeto pasivo del mismo, es el menor que es sustraído del seno familiar o de las personas que tienen su guarda y custodia o bien la institución en donde permanece; pero no así se identifica quienes pueden ser los responsables de esta sustracción, dejando por ende

⁶⁰ **Ibíd.** Pág. 15.



una laguna en este sentido; y dando con ello la posibilidad de que este delito se tienda a confundir con el delito de plagio o secuestro.

La doctrina en la que los legisladores se inspiraron para redactar la norma jurídica objeto de nuestro estudio, indica que el delito de sustracción tiene como peculiaridad que, es realizado por un integrante del seno familiar, obviamente que se encuentre enmarcado dentro de los grados de parentesco que el código civil establece; ya que si la acción de sustraer a un menor de edad de del seno familiar se realiza por un extraño a la familia, esto ya constituye delito de secuestro y no el de sustracción propiamente dicha.

La ley requiere para que se configure la sustracción de menores, en un delito que pueda ser perseguido y tipificado como tal, que el autor o autores de la misma aparten al menor de la esfera de custodia en que se encuentra, custodia que ésta otorgada por ley a los padres, tutores o demás encargados. No se considera impedimento, a los efectos de configurar el tipo el consentimiento del menor.

Al respecto la tenencia del niño es propia de quién lo tiene de hecho y no requiere que sea de derecho. La acción de sustraer se ve consumada al momento que ese poder de custodia es interrumpido sin justificación legal alguna. El delito de sustraer se concibe como el simple traslado del menor a un lugar distinto de aquél donde se encuentra bajo el amparo de las personas a quienes el precepto legal se refiere.



El error que la sustentante encuentra en la redacción del Artículo 209 del Código penal y subsecuentes, referente a las clases de sustracción; es sin lugar a dudas que aunque la doctrina lo indica, la ley no establece las diferencias para lograr tipificar el delito de sustracción de menores, como es el caso de otras legislaciones como la española por ejemplo.

4.3. Problemas fácticos en el desarrollo legal y jurisdiccional del delito

La sustracción de menores, desafortunadamente, es un fenómeno que cada vez se produce con mayor asiduidad en la sociedad, no solo guatemalteca, sino que otros países poseen el mismo problema; tal es el caso de España, que en su legislación reformado este delito, para que se de una persecución más efectiva y se logre disminuir su ejecución. El traslado de un menor de un Estado a otro, o bien dentro de un mismo país, pero sin el consentimiento de sus padres o de quienes ejerciten la patria potestad vulnera el principio de tutela, así como el interés superior del niño o la niña, consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

La legislación guatemalteca, no especifica sobre cómo esa sustracción debe ser llevada a cabo. No requiere de ningún acto en especial como el uso de violencia, amenazas o algún tipo de ardid. El consentimiento del menor resulta totalmente ineficaz o bien en otras palabras, no hace desaparecer la delictuosidad del hecho; en virtud que, se desprende que los menores de dieciocho años carecen del juicio suficiente para



manejar libremente sus acciones. Lo anterior permite considerar que para que el tipo objetivo del delito de sustracción de menores se encuentre satisfecho, el menor sustraído debe tener menos de dieciocho años de edad.

El delito de sustracción de menores debe entenderse consumado con cualquier acto que tienda a remover el menor de la custodia de sus padres contra su voluntad expresa o presunta; pero esto debe de encontrarse encuadrado dentro de la norma legal, porque de nada sirven los estudios de los juristas, porque al final el juez que juzga este delito se debe de basar única y exclusivamente en la ley penal vigente.

Superando el ámbito teórico desarrollado hasta este punto, a continuación se desarrollarán algunos problemas observados en el ámbito procesal.

4.3.1. Respecto del tiempo de investigación, procesamiento y determinación de la pena

La limitación a un período de tres años como pena máxima, en la sustracción propia y de doce años si la víctima falleciera en la sustracción agravada, ya de por sí genera la un margen que favorece una impunidad camuflada a favor del sujeto activo del ilícito de sustracción de menores.



Si el margen de imposición de punición es mínimo, la pena por lo general tendrá una barrera infranqueable de superar, por cuanto la sola investigación fiscal, la cual incluye la investigación a cargo de la Policía Nacional Civil y el Ministerio Público tiene un lapso de promedio de tres a seis meses.

En la etapa de formalización de denuncia, igualmente las investigaciones para determinar quienes son los denunciados provocan un atraso en la determinación de una responsabilidad penal; si éstos no fueron detenidos en plena flagrancia del delito en cuestión. El proceso debe de ser guiado por el Código Procesal Penal, bajo esta consideración y sobre una real protección al desarrollo psicológico del niño, igualmente el fiscal encargado del caso debe de guiar al menor con la mejor de las facultades, para poder probar fehacientemente el hecho delictivo, pero por ser un caso en donde actúan, en muchas ocasiones niños, aún muy pequeños para poder discernir en procedimientos legales, los padres o encargados de éstos juegan un papel muy importante, al ayudar a probar la sustracción de su hijo por parte del sujeto activo que realizó el hecho.

Lo anterior no indica que se esté en la posición de conmutar estos delitos de sustracción, pero definitivamente si debe de existir un trabajo en conjunto, con la familia del menor y el Ministerio Público, para que la figura de la sustracción como tal, sea un hecho que pueda ser probado y ejecutada la pena regulada por la ley.

Otro de los puntos de mayor importancia, para analizar, es que en la investigación que se realiza por parte del Ministerio Público, en la mayoría de las ocasiones, se pasa por



alto al núcleo familiar, en virtud de que el delito no contempla o especifica quienes pueden ser los autores y ejecutores de una sustracción de menores, la cual en la mayoría de los casos, es realizada por un familiar.

Este precepto es más explícito en otras legislaciones, tales como la española; en virtud que, se establece que el delito de sustracción de menores lo realiza exclusivamente un familiar, claro esta, enmarcado dentro de los grados que la ley establece, y para iniciar una investigación por un caso de sustracción, se empieza por los padres de familia; que en algunos casos puedan estar separados o en proceso de divorcio, y se continúa la investigación con los parientes ascendientes o en línea colateral, según sea el caso en específico.

En la legislación española, las penas a imponer, para el delito de sustracción varían de acuerdo a la edad de la víctima; por ejemplo, el Artículo 146 del Código penal español, refiere que: “la acción de retención, para la que se requiere que el autor, por un cierto lapso impida que los padres o responsables legales del menor ejerzan sus facultades de tutela, y ello debe llevarse a cabo privando de libertad a la víctima, impidiendo por cualquier medio que vuelva a la custodia de sus padres. La retención se refiere a actos de los autores con relación al menor, puesto que ésta debe recaer sobre él, evitando por cualquier medio, de acción y omisión, el contacto con los padres o tutores, quedando el menor bajo el dominio de los autores.”



4.3.2. Reforma del delito y de la pena

Actualmente en las estadísticas de las instituciones encargadas de aplicar justicia en Guatemala, y las instituciones encargadas de su fiscalización y control; no existen datos confiables o estadísticas que nos den un porcentaje de hechos encuadrados en el delito de sustracción de menores en el país, uno de los factores podría ser el que se confunda la tipificación del delito de plagio o secuestro, con la de sustracción de menores, o porque el Ministerio Público, en su afán de que las personas involucradas en este hecho delictivo purguen una pena más larga en prisión, lo tomen desde el punto de vista del secuestro y no de la sustracción; asimismo existe gran falta de seguimiento investigativo por se un delito que supuestamente no es tomado por las autoridades de justicia como de alto impacto social.

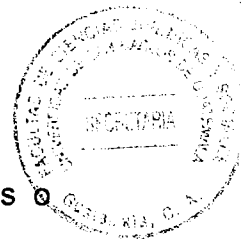
No es fácil enfrentar esta problemática que está afectando a familias, que en su mayoría son de escasos recursos económicos; en virtud que las bandas organizadas han encontrado a sus aliados en los operadores de justicia, profesionales del derecho, proliferación de cunas clandestinas, profesionales de la medicina, registradores civiles y un marco jurídico obsoleto que no responde a la necesidad de la aplicación correcta de la justicia, aunado que la gran mayoría de niños sustraídos, son utilizados para darlos en adopciones ilegales internacionales, las cuales dejan ganancias bien remuneradas a estas bandas organizadas.



La sustracción de menores por parte de uno de los padres: Ante el fenómeno de ruptura de parejas surge la preocupación por las decisiones de sus progenitores, debido a las consecuencias que tienen para los hijos menores. El incremento de relaciones y matrimonios mixtos, los movimientos migratorios, los avances en las comunicaciones, el desarrollo económico y la liberalización de la institución familiar clásica han ampliado el abanico de patrones familiares que favorecen la posibilidad de que se produzca la sustracción de menores por parte de uno de los progenitores. Así, la sociedad ha venido contemplando la impunidad del progenitor que, por decisión unilateral, trasladaba a un hijo menor a un país extranjero o a otro departamento del país, separándolo del otro progenitor.

El párrafo anterior, es la base en donde se fundamenta la legislación española y argentina, para delimitar el delito de sustracción de menores e, sus respectivos países, que el delito es realizado en la mayoría de los casos por uno de los cónyuges y en su defecto por familiares dentro de los grados de ley de los menores. Haciendo un análisis de lo anterior, se puede observar que Guatemala, no es ajena a este flagelo, por el contrario, el país se ha visto perjudicada en un gran número por la sustracción de menores, pero la imposibilidad de encuadrar el delito por la ambigüedad del Artículo 209 ha imposibilitado su aplicación, y ha contribuido a que se la confusión con el delito de plagio o secuestro.

Para hacer un resumen de la legislación Argentina y española, se puede establecer entonces que, la diferenciación del delito de plagio o secuestro y del delito de



sustracción de menores radica en que el primero es realizado por particulares o personas ajenas al núcleo o familiar, y el delito de sustracción de menores, es ejecutado por un miembro de la familia; entendiéndose por familia los grados de ley que se encuentran establecidos en el libro I, Artículos 190 al 198 del Código Civil, en donde se indican las clases de parentesco que la legislación guatemalteca reconoce y como se computan los mismos. Los códigos penales tanto argentino y español, prevén esto dentro de la justificación del delito, para que este sea más fácil de encuadrar dentro de un ilícito penal y más fácil para poder ser juzgado.

Dentro de la legislación penal vigente en Guatemala, aún existen figuras que no se han adaptado totalmente a la problemática expuesta con anterioridad, y carecen de elementos necesarios para poder dar cobertura a la misma de una manera totalmente adecuada.

La figura del Artículo 209, enmarcada en el código penal, contempla el delito de sustracción de menores, dentro del cual como quedó establecido con anterioridad, únicamente se limita a identificar un problema a grandes rasgos, no especifica situaciones, tampoco sujeto activo o activos de dicho delito, los límites para poder establecer cuando puede ser enmarcado en el delito de sustracción y no en el de secuestro una conducta típica antijurídica.



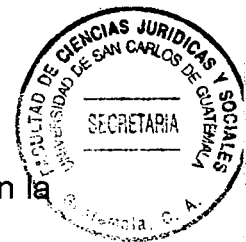
De acuerdo a lo explicado se realizan las siguientes observaciones del delito de sustracción de menores y sus modalidades, encuadrado en los Artículos 209, 210 y 211 del Código Penal:

- En el Artículo 210, del Código Penal se identifica al sujeto activo que realiza la acción, estableciendo que éste es el encargado al cuidado de un menor de edad, que no lo presente a sus padres o no de razón de su desaparición, la pena para ambos delitos se encuentra en el rango de uno a tres años y se agrava, cuando a causa de la desaparición del menor de edad sustraído, no se probare el paradero de la víctima o que sucediera la muerte de éste con prisión de seis a doce años.
- En la tipificación del delito de sustracción de menores, tal como las legislaciones argentinas y españolas, se debe de indicar como edad mínima para la realización y consumación del delito, hasta los diez años de edad.
- Que en el delito de sustracción de menores regulado en el Artículo 209 del Código Penal se regule la participación de familiares según lo que para el efecto establece el Código Civil, sobre el parentesco, indicando que éstos sean los sujetos activos del delito.
- Que en el Artículo 209 del Código Penal, sea eliminado el segundo párrafo del mismo; en virtud que este indica lo siguiente: "la misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte". Esta norma no puede ser aplicada en nuestro ordenamiento jurídico; en virtud que, los



menores de edad, no pueden dar su consentimiento ya sea tácito o expreso en cualquier cuestión relativo a los mismo, ya que la tutela de los mismos es ejercida por los padres, tutores, representantes o institución encargada de los mismos, y son quienes deben de dar la autorización expresan para todos los actos relacionados con los menores de edad, por ende una persona no puede alegar que un menor de edad dio su autorización ya sea tácita o expresa para salir de su hogar, puesto que no esta capacitado para realizar este acto.

- Que la pena de prisión, para el delito de sustracción propia y sustracción impropia se reformada, en el sentido de que la misma sea aumentada por ser un delito que atenta contra la integridad, seguridad y la vida de una persona, en la mayoría de las ocasiones, realizada por uno de los padres del menor, al estar éstos divorciados.
- Establecer, tal como lo indica la legislación española, por ser un delito eminentemente familiar, que si el menor sustraído regresa antes de las veinticuatro horas a su hogar, sea perdonada la pena; o bien, cuando sea regresado antes de los quince días, esto sirva de atenuante, para imponer la pena del delito respectivo
- En cuanto a la imposición de la pena regulada actualmente en el Código Penal, la misma establece que para la sustracción propia se establece de 1 a 3 años de edad igualmente para la sustracción impropia, y por la desaparición de sustracción agravada 6 a 12 años; estas penas se encuentran dentro del rango a las

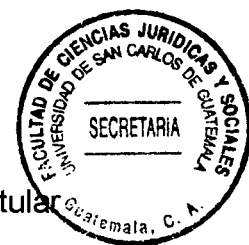


establecidas en otras legislaciones, únicamente con la indicación establecida en la viñeta anterior del perdón y la atenuación de la pena adquirida.

- Que sea tipificada la figura de cómplices o encubridores en los delitos de sustracción propia, impropia y agravada, para poder establecer
- Que el delito de sustracción propia, impropia y agravada, sea tomado por las autoridades como de alto impacto; en virtud de atentar contra la seguridad de niños y niñas menores de edad, los cuales deben ser resguardados por sus padres o encargados así como por el Estado tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

Las acciones de sustraer, retener u ocultar que determina la figura, no son independientes, pues es innegable que aluden a autores que continúan, mediante la retención y ocultamiento del menor, con la acción de despojo.

Retener y ocultar giran alrededor de la sustracción, que es donde reside la esencia del delito, por tanto caerá en éste, quien sustrae y lo prolongue mediante la retención y el ocultamiento, como aquéllos que retienen y ocultan con conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Éstas no se plantean como acciones idénticas, ni se remiten a una misma hipótesis criminal, se introducen como características diferentes que asume la conducta, aunque puedan constituir etapas por las que



atraviase la misma. Si bien la sustracción principia con el desapoderamiento del titular de la tenencia del menor, se prolonga tomando permanente el delito con la retención u ocultación, y justamente con esta última el delito se agota, más allá de su anterior consumación, pues en dicha etapa el autor ha logrado la finalidad, cual es usurpar la voluntad del tenedor.

Los bienes jurídicos tutelados de esta figura están siendo contemplados penalmente por el legislador siempre y cuando aparezcan como delitos de alto contenido de derecho natural por sobre las conductas de derecho positivo, es decir en ámbito de la coyuntura. Por eso es que éstos últimos, parecen ceder en el orden de precedencia en el Código Penal por un reconocimiento de inferioridad de valores frente a delitos de mayor trascendencia mediática que ocupan un lugar de preeminencia. Es, por ahora el lugar al que recurren quienes nos representan al momento de legislar para la oportunidad.

Por ello se estima que el legislador, al tipificar este delito, no tuvo en cuenta la cantidad de casos donde uno de los padres resulta sujeto activo de la conducta en cuestión. Esta circunstancia privilegió la protección del bien jurídico despersonalizándolo para motivar la intervención estatal, ocasionando con ello la consiguiente generación de problemas de atipicidad y para estos casos, en la dosimetría de la pena.

La evolución del derecho, que es naturalmente dinámico, particularmente el derecho penal, pero que infiere también dentro del de instituciones del derecho civil y de familia,

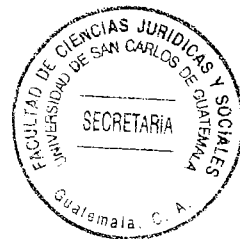


ha de implicar una sensible modificación del panorama jurídico en base al cual debe decidirse acerca de esta problemática.



CONCLUSIONES

1. El legislador, al tipificar el delito de sustracción de menores, no tuvo en cuenta la cantidad de casos donde uno de los padres resulta sujeto activo de la conducta en cuestión. Esta circunstancia privilegió la protección del bien jurídico despersonalizándolo para motivar la intervención estatal, ocasionando con ello la consiguiente generación de problemas de atipicidad y para estos casos.
2. Es necesario establecer plenamente, en qué casos se tipificará el ilícito como sustracción de menores y en qué casos como plagio o secuestro; en virtud que, en las defensas de los infractores, se aduce que se tipifique como sustracción, siendo un delito contrario.
3. El Artículo 209 del Código penal, se limita únicamente a identificar un problema a grandes rasgos, no especifica situaciones, sujetos activos del delito y límites de la sustracción de menores.
4. En el delito de sustracción de menores, no se encuentra específicamente tipificados los familiares de la víctima como sujetos activos del delito, teniendo éstos en la mayoría de los casos participación en el mismo, por como se tipifica la figura en el Código Penal.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe establecer plenamente, quienes son los sujetos activos del delito de sustracción de menores, para que la figura pueda ser aplicada de manera adecuada por los juzgadores, y en razón de esto no confundirlo con otras figuras delictivas.
2. Los jueces del Organismo Judicial, así como el Ministerio Público, deben de estar capacitados para aplicar la figura de sustracción de menores y sus modalidades; y entender en que hechos delictivos puede encajar; porque así se puede establecer plenamente el delito de sustracción de menores, para que no se juzgue y sentencie como de plagio o secuestro.
3. El Congreso de la República, debe reformar la calificación del delito de sustracción de menores en el Código Penal, en el sentido de que el mismo establezca quien o quienes pueden ejecutar el delito, cuales son los límites del delito para que éste no tienda a confundirse con el de plagio o secuestro por quienes imparten justicia.
4. El Congreso de la República, debe reformar el Artículo 209 del Código Penal, en el sentido que debe tipificarse la participación de familiares según lo que para el efecto establece el Código Civil sobre el parentesco, indicando que éstos sean sujetos activos del delito; para que los familiares que cometan este ilícito puedan



ser juzgados y sentenciados por el mismo y se elimine el vacío legal existente actualmente.



BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Ed. De palma, Córdoba, Argentina 1974.
- BECCARIA, Cesare. **Derecho penal. Escuela clásica**. Ed. Rialp S.A. Barcelona, España 1991.
- CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal parte especial**. Ed. De palma, Buenos Aires, Argentina 1996.
- COBO, Manuel. **Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores. Anuario de derecho penal**. 2da. Edición. Ed. Tea, Madrid, España, 1999.
- CLAUX ROXIN, Eduardo. **Teoría general del tipo penal**. Ed. De palma, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. 7ma. Edición Barcelona, España, Ed. Impreso, Bosch Casa S.A. 1971.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Delitos contra la seguridad de menores de edad, incapaces**.
- FLORES CAZORLA, Carmelo. **Lecciones de criminología**. Ed. Vadell Hermanos, España 2002.
- GÓMEZ, Eusebio. **Tratado de derecho penal**. Ed. Bosch, S.A. Madrid, España 1967.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho penal mexicano**. Ed. Universitario, UNAM, México, México. 2000.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Ed. Porrúa México, Distrito Federal, 2002.
- LÓPEZ REY, Manuel. **Factores que inciden en la criminalidad**. Ed. Porrúa, México, México. 2001.



NUÑEZ, Ricardo. **Derecho penal argentino**. 4ta. Edición, Ed. Córdoba, Buenos Aires, Argentina, 1999.

MOZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco, parte especial**.

MORALES, Sergio. **Fenómeno migratorio en Guatemala**. Procuraduría de los Derechos Humanos, Defensoría de población desarraigada y migrante. Guatemala 2009.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Ed. Bosch, Madrid, España 1991.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**. México, Distrito Federal. Ed. Porrúa S.A. 1994.

SANDOVAL VALDEZ, Nancy Maritza. **Migración en Guatemala**. Instituto Centroamericano de Estudios Sociales y desarrollo –AMARC- Guatemala 2008.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Ed. Tea, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1975.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general**. Ed. Editar, Tomo III Buenos Aires, Argentina 1989.

Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de La República de Guatemala, Decreto 2-89, 1989.

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

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

Código Civil. Decreto Ley Número 106, 1964. Guatemala, Guatemala.