

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE  
DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA**

**MELECIO OLLEJ CAR**

**GUATEMALA, JULIO DE 2011**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE  
DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MELECIO OLLEJ CAR**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Guatemala, julio de 2011**

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando Lopez Diaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegria
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

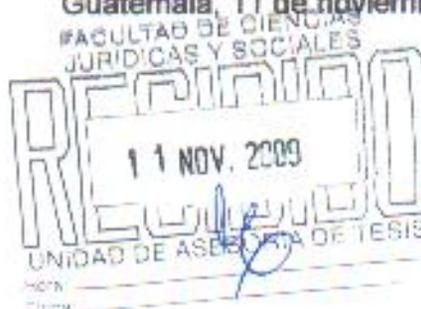
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



BUFETE JURÍDICO  
LIC. ERICK ROLANDO HUITZ ENRÍQUEZ  
8ª. AVENIDA 20-22 ZONA 1 OFICINA No. 8  
NIVEL MEDIO EDIFICIO CASTAÑEDA MOLINA  
TELEFAX: 22381390

Guatemala, 11 de noviembre de 2009.

Señor  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

Con todo respeto me dirijo a usted para informarle que, de acuerdo a la resolución de fecha 22 de octubre del año 2009 emitida por esa jefatura en la cual fui nombrado como ASESOR del trabajo de tesis del Bachiller Melecio Ollej Car intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN EL MUNICIPIO DE EL TEJAR DEPARTAMENTO DE CHIMALTENANGO", sin embargo a requerimiento de la jefatura de dicha unidad, el mismo se cambio y quedo de la siguiente manera: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA".

Por tal circunstancia revise el contenido del mismo y haciendo énfasis en lo prescrito por el normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito dictamen favorable, sin antes establecer las siguientes consideraciones:

Con respecto al contenido científico del presente trabajo quiero manifestar que el delito de discriminación fue recientemente incorporado a la legislación penal guatemalteca, estableciendo así una ley que proteja a los guatemaltecos. En efecto la investigación y estudio se centró en establecer cuáles son los elementos jurídicos del delito de discriminación en Guatemala. En tal virtud el mismo constituye un contenido claro, preciso y congruente

Con relación a la metodología y técnicas de investigación que se utilizó en la presente tesis, se sugirió al bachiller que hiciera uso de los siguientes métodos tales como el Método Analítico – Sintético, Método Inductivo – Deductivo. A mi criterio fueron utilizadas y aplicadas por el estudiante por la gran importancia que merece en el proceso de consulta bibliográfica el cual está documentado en el Marco Teórico. Dentro de las principales técnicas, se aplicaron las fichas bibliográficas, documentales las cuales fueron necesarias para la recopilación de información y desarrollo de la investigación.



BUFETE JURÍDICO  
LIC. ERICK ROLANDO HUITZ ENRÍQUEZ  
8ª. AVENIDA 20-22 ZONA 1 OFICINA No. 8  
NIVEL MEDIO EDIFICIO CASTAÑEDA MOLINA  
TELEFAX: 22381390

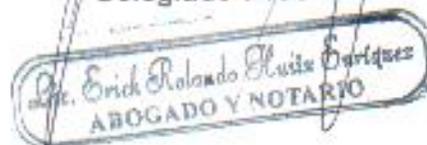
En referencia a las conclusiones y recomendaciones elaboradas en el presente trabajo de investigación, son importantes toda vez que contribuye como un aporte jurídico y doctrinario en cuanto al tema investigado por lo que a mi juicio si existe congruencia entre las conclusiones con las recomendaciones.

También debo informar que la bibliografía empleada en la presente tesis fue la más apropiada toda vez que el contenido doctrinario fue comparado y analizado por los diferentes autores tanto nacionales como extranjeros. En cuanto a la redacción utilizada en el desarrollo de la misma a mi parecer fue aceptada ya que todas las recomendaciones sugeridas fueron hechas por el sustentante.

Por todo lo anterior y con base al contenido del Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito DICTAMEN FAVORABLE al presente trabajo de tesis: intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA", del Bachiller MELECIO OLLEJ CAR.

Atentamente,

Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez  
Abogado y Notario  
Colegiado 7188

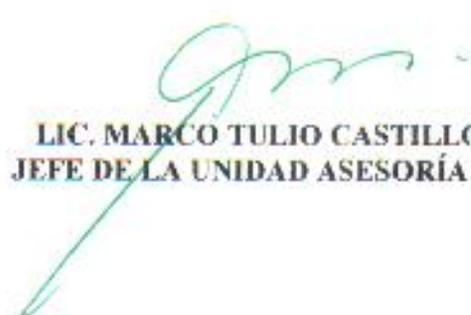




**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veinticinco de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VÍCTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MELECIO OLLEJ CAR, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA".

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

cc. Unidad de Tesis  
MTCL/slh.

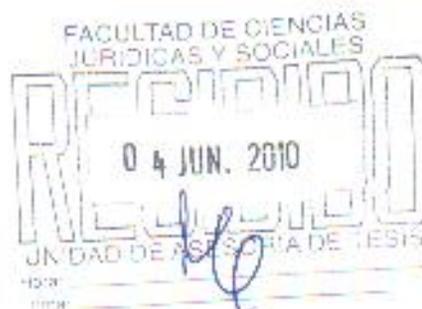


LIC. VICTOR RAUL ROCA CHAVARRIA  
ABOGADO Y NOTARIO  
4C. 4-108 "A" ZONA 3 CHIMALTENANGO.



Guatemala, 4 de Junio de 2010.

Señor  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

Por este medio tengo el agrado de dirigirme a usted con el propósito de informarle que, de conformidad con la resolución de fecha 25 de mayo del año 2010 emitida por esa jefatura la cual usted dignamente dirige en la cual fui nombrado como REVISOR del trabajo de tesis del Bachiller MELECIO OLLEJ CAR intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA".

Con mucho gusto y con responsabilidad revisé minuciosamente el contenido de la tesis del estudiante y tomando en consideración los lineamientos que indica el normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir, dictamen favorable, estableciendo las siguientes consideraciones:

Para tal efecto me permito informar que en cuanto al contenido científico del trabajo de investigación se encuentra realmente en el planteamiento del tema como es el delito de discriminación en Guatemala que recientemente fue incorporado a la legislación penal guatemalteca, y que realmente merece un estudio de análisis, doctrinario y jurídico. Actualmente tenemos una ley que proteja a los guatemaltecos en general en contra de la discriminación. En efecto la investigación y estudio se centró en establecer cuáles son los elementos jurídicos del delito de discriminación en Guatemala. En tal virtud el mismo constituye un contenido claro, preciso y congruente

En cuanto a la metodología y técnicas de investigación que se utilizó en la presente investigación, se le requirió al estudiante que empleara los siguientes métodos tales como el Método Analítico – Sintético, Método Inductivo – Deductivo. Al tenor de mi opinión fueron utilizadas y aplicadas por el estudiante por la gran importancia que merece en el proceso de consulta bibliográfica el cual está documentado en el Marco Teórico. De igual manera se aplicaron las principales técnicas como, fichas bibliográficas, documentales y jurídicas las cuales fueron necesarias y fundamentales para la recopilación de información y desarrollo de la investigación realizada.



LICENCIADO VICTOR RAUL ROCA CHAVARRIA  
ABOGADO Y NOTARIO  
4C. 4-108 "A" ZONA 3 CHIMALTENANGO

Con relación a las conclusiones y recomendaciones que se encuentran elaboradas en el presente trabajo de tesis, a mi criterio son muy valiosas toda vez que el trabajo es un tema para tomar en cuenta en relación a su actualización y una importante fuente de consulta para las futuras generaciones. En consecuencia, a mi juicio puedo decir que existe congruencia entre las conclusiones con las recomendaciones.

En referencia con la bibliografía empleada en la presente investigación de tesis a mi criterio fue la más apropiada toda vez que fue utilizada como referencia para el desarrollo del contenido doctrinario, la misma fue comparada y analizada por los diferentes autores tanto nacionales como extranjeros. En cuanto a la redacción utilizada en el desarrollo de la misma a mi parecer fue aceptada ya que se cumplió con las reglas ortográficas como gramaticales.

Por todo lo anteriormente descrito y con base al contenido del Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito DICTAMEN FAVORABLE al presente trabajo de tesis; intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA", del Bachiller MELECIO OLLEJ CAR.

De usted, atentamente,



Lic. Victor Raul Roca Chavarria  
Abogado y Notario  
Colegiado 3863



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 MELECTO OLLEJ CAR, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN AL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA. 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: Creador y Redentor eterno que día a día ilumina mi mente para hacer siempre el bien.
- A MIS PADRES: Pedro Daniel Ollej Méndez (+) amigo, forjador y ejemplo de mi existencia. Dios lo tenga en su misericordia. Basilia Car Tubac: gracias por su apoyo y afecto.
- A MIS HERMANOS (AS): Con mucho cariño y afecto.
- A MI ESPOSA: Rosa María Tépez Gómez, por su apoyo y consejos.
- A MIS HIJOS: Eilen Mariela, Erik Selvin y Víctor Hugo, por ser la razón de mi vida.
- A MIS AMIGOS: Por sus consejos incondicionales.
- A LOS LICENCIADOS: Erick Rolando Huitz Enríquez, Víctor Raúl Roca Chavarría, Cesar Perén, Ángel Roberto Tepáz Gomez, Jacobo Benjamín Reyes Ruiz y Cesar Pérez Lorenzo.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por cobijarme y darme la oportunidad de ser un profesional.

# ÍNDICE

Pág.

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

## CAPÍTULO I

1. Derecho Penal .....	1
1.1 Origen .....	1
1.1.1. La venganza privada.....	2
1.1.2. Ley de talión .....	3
1.1.3. Período teológico-político de la venganza divina .....	4
1.1.4. Periodo humanitario .....	4
1.1.5. Etapa científica .....	5
1.1.6. Época moderna .....	5
1.1.7. Antecedentes del derecho penal guatemalteco .....	6
1.2 Concepto.....	10
1.3 Características .....	11
1.4 Principios .....	13
1.5. Escuelas .....	16
1.5.1. Escuela clásica .....	16
1.5.2. Escuela positiva .....	19
1.5.3. Escuelas intermedias .....	21
1.5.4. La influencia de las escuelas de derecho penal en la legislación guatemalteca .....	23

	<b>Pág.</b>
1.6. Las fuentes del derecho penal .....	24
1.6.1. Fuentes reales o materiales .....	24
1.6.2. Fuentes formales .....	24
1.6.3. Fuentes directas o inmediatas .....	25
1.6.4. Fuentes indirectas o inmediatas .....	25

## **CAPÍTULO II**

2. El delito .....	29
2.1 Origen .....	29
2.2 Definición .....	36
2.3 Elementos .....	39
2.3.1. Elementos positivos del delito .....	40
2.3.2. Elementos negativos del delito .....	44
2.3.3. La acción y la omisión como primer elemento del delito .....	45
2.4 Sujetos .....	51
2.4.1. Sujeto activo del delito .....	51
2.4.2. Sujeto pasivo del delito .....	54
2.5. Clasificación .....	55
2.5.1. Por su gravedad .....	55
2.5.2. Por su estructura .....	56
2.5.3. Por su resultado .....	56
2.5.4. Por su ilicitud .....	57
2.5.5. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad .....	57

	<b>Pág.</b>
5.6. Regulación legal .....	57

### **CAPÍTULO III**

3. La discriminación .....	59
3.1 Aspectos generales .....	60
3.2 Origen .....	62
3.3 Concepto .....	64
3.4 Clasificación .....	65
3.4.1. Tipos de discriminación .....	66
3.5. Los derechos humanos .....	72

### **CAPÍTULO IV**

4. Análisis Jurídico de los elementos que informan al delito de discriminación .....	75
4.1. Sujeto activo .....	78
4.2. Sujeto pasivo .....	78
4.3. Bien jurídico tutelado .....	79
4.4. Elementos genéricos del delito .....	81
4.4.1. Esenciales o constitutivos .....	81
4.4.2. Elementos accidentales .....	82

	<b>Pág.</b>
CONCLUSIONES .....	85
RECOMENDACIONES .....	87
BIBLIOGRAFÍA .....	89

## INTRODUCCION

La discriminación en Guatemala es un tema que durante muchos años ha sido una práctica en sus diferentes manifestaciones, tanto a nivel cultural, educativo, deportivo, religioso, económico, de género, raza o etnia, idioma o edad. Las diferentes manifestaciones y utilización de la discriminación también se ha aplicado al ámbito familiar, laboral y social, generando de esta manera un sentimiento de malestar y de indefensión por parte de las víctimas que son objeto de esa exclusión.

La discriminación, como fenómeno social que implica exclusiones, distinciones, restricciones y preferencias en perjuicio al indígena, supone también casos de anulación y menoscabo del goce (ejercicio) de los derechos humanos y libertades fundamentales. Esto se manifiesta en la esfera política, judicial, económico-social, cultural y de las libertades fundamentales. De todos es sabido que en Guatemala existe una discriminación contra el indígena que no se manifiesta en el plano de la legislación, pero que sí se expresa en la práctica política y en ciertas prácticas sociales que existen en el país.

En el plano jurídico, el fenómeno discriminatorio tiene ciertas implicaciones concretas, que se traducen en omisiones legales, mucho más que en disposiciones específicas. Es muy significativo que en un país como Guatemala, en donde más de la mitad de la población es indígena, no haya disposiciones legales específicas para regular relaciones interétnicas de protección al indígena, en situación de desigualdad profunda con relación al resto de la población nacional.

De tal forma que el tema de la discriminación ha sido objeto de diferentes estudios tanto de índole jurídico como social, llegando a recomendar su tipicidad en el ámbito penal. Para el caso de Guatemala, después de una constante lucha se presentó al Congreso de República la iniciativa para regular el delito de discriminación, estableciendo en el mismo las diferentes circunstancias o motivos de su posibilidad, misma que en la actualidad se encuentra vigente. En suma uno de los motivos para la elección de la presente investigación fue conocer el antecedente sobre la necesidad de criminalizar la discriminación la cual se encuentra en el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDP). Este acuerdo plantea la necesidad de reconocer que la cultura maya junto con las demás culturas indígenas constituyen el sustento de la cultura guatemalteca, y en consecuencia, es un factor activo y dinámico en el desarrollo y progreso de la sociedad.

Esto me llevó a plantear la interrogante: ¿Cuáles son los elementos jurídicos que informan al delito de discriminación en Guatemala?

Para elaborar el marco teórico que le diera sostén a mi investigación recurrí a las distintas teorías escritas por connotados conocedores sobre la interrogante en mención. La discriminación es un tema que debe terminar, pero debe ser en función de una legislación práctica que vaya encaminada hacia la búsqueda de la igualdad, el respeto y justicia. En este orden de ideas me encaminé a formular la siguiente hipótesis: La comisión del delito de discriminación en Guatemala, corresponde a factores sociológicos y culturales, tomando en consideración la forma del comportamiento y tratamiento de los habitantes de dicho país.

Los objetivos que determinaron la investigación, fueron principalmente; los elementos jurídicos que informan al delito de discriminación en Guatemala; determinar el grado de conocimiento de los habitantes con relación al delito de discriminación; identificar los factores sociológicos o culturales por los cuales se comete dicha acción delictiva; establecer si la regulación del delito en el Código Penal contribuye a que se cometan menos acciones delictivas derivadas de la discriminación; e identificar los elementos jurídicos que informan al delito de discriminación.

La presente investigación se divide en cuatro capítulos: en el capítulo I expongo el Derecho Penal, presentando el origen, conceptos, características, principios y escuelas; en el capítulo II me referí al delito, iniciando con el origen, definiciones, así como los elementos y los sujetos; en el capítulo III me refiero a la discriminación, conceptos generales, el origen, la clasificación y los Derechos Humanos; en el capítulo IV presento un análisis jurídico de los elementos que informan al delito de discriminación, iniciando con el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico tutelado, y los elementos genéricos del delito. Finalmente se establece que es necesario el reconocimiento legal del carácter multicultural, bilingüe y multiétnico de Guatemala, así como de la discriminación racial existente, constituye un paso importante para superar la discriminación histórico hacia los pueblos indígenas, para lo cual se requiere del concurso de todos los ciudadanos en la transformación de las mentalidades, actitudes y comportamientos. Dicha transformación comienza por un reconocimiento claro, por parte de todos los guatemaltecos, de la realidad de la discriminación racial, así como de la imperiosa necesidad de superarla para lograr una verdadera convivencia pacífica.

# CAPÍTULO I

## 1. Derecho Penal

Desde los inicios del siglo XIX, se le denomina, de manera predominante, derecho penal. Mucho tiempo, fue designada con la expresión de derecho criminal. Ambas expresiones no son del todo satisfactorias, en la medida en que sólo ponen en evidencia uno de los aspectos fundamentales de la materia. “La primera, se refiere a la pena (poena, comprendida en sus orígenes en el sentido religioso de expiación). La segunda, alude al crimen, comportamiento generador de la reacción social, la misma que se ha diversificado progresivamente.”<sup>1</sup>

Actualmente, se prefiere hablar de derecho penal aún cuando no refleja plenamente el contenido que se le da. Junto a la infracción (crimen, delito o contravención) y a la sanción (penas privativas de libertad, multa, trabajo comunitario, medidas de seguridad), es considerar de manera destacada, tanto al delincuente como a la víctima. Esta última ha sido descuidada mucho tiempo en las reflexiones sobre los diversos aspectos de la reacción punitiva del Estado.

### 1.1. Origen

En una época primitiva, anterior a la organización de los pueblos en ciudades-estados, estados o imperios, no se puede hablar propiamente de la existencia de un Derecho Penal, pero sí existía la venganza, siendo ésta algo parecido a la pena y que cumplía su función.

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

---

<sup>1</sup> Hurtado Pozo, José. *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala*. Pág. 1

Pero esta venganza, ya sea individual o realizada por un grupo familiar contra otro, no puede considerarse como una auténtica forma de reacción propiamente penal, ya que ostenta un carácter puramente personal o familiar, permaneciendo el resto de la sociedad indiferente a ella. Sólo cuando la sociedad se pronuncia a favor del vengador, se pone de su parte y le ayuda, reconociendo la legitimidad de su reacción, es cuando ya se puede hablar de la venganza equivalente de la pena.

La venganza dio lugar a sangrientos enfrentamientos y al exterminio de numerosas familias. “Para evitar este mal, surgió una institución, a primera vista cruel y bárbara, pero que supuso un considerable avance estableciendo límites a la venganza: El Talión.”<sup>2</sup>

En virtud del muy conocido principio ojo por ojo, diente por diente, o principio talional, no podía responderse a la ofensa con un mal superior al inferido a la víctima.

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

La aplicación de ésta ley creó grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos de lascivas, contra la propiedad o contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.

### **1.1.1. La venganza privada**

La idea de la venganza, es un movimiento natural y por mucho tiempo se consideró esta idea no sólo como natural, sino como legítima y necesaria. La Venganza privada, era

---

<sup>2</sup> Ibid. Pág. 1

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

### **1.1.2. Ley del Tali3n**

Al final de la primera edad de piedra, Paleol3tico, nace un orden fundado en principios que se concret3 en la ley del Tali3n, la cual, al no permitir hacerle al ofensor mayor mal que el que hab3a causado, constituye un avance en las instituciones represivas. De esta ley se desconoce el lugar y tiempo exacto de su nacimiento.

La ley del Tali3n reza as3: “Alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, llaga por llaga, cardenal por cardenal esto es, tal pena cual delito que es lo que significa la palabra Tali3n.”<sup>4</sup>

Esta ley se encontraba escrita en el c3digo Hammurabi, 1927 a 2000 a3os antes de Cristo y con mayor desarrollo y perfecci3n en algunas legislaciones antiguas, tales como la hebrea, la griega y la romana.

La aplicaci3n de 3sta ley cre3 grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos de lasciva, contra la propiedad o contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.

---

<sup>3</sup> Soler, Sebasti3n. **Derecho penal argentino**. P3g. 66

<sup>4</sup> Ibid. P3g. 66

### 1.1.3. Período Teológico-Político de la Venganza Divina

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

Se castigaba con muerte por medio del fuego la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el sacrilegio; la brujería y la posesión demoníaca. “La penalidad europea desde la antigüedad hasta fines del siglo XVIII, se basaba en la idea de la venganza social y de la intimación.”<sup>5</sup>

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

### 1.1.4. Período humanitario

Se atribuye a la Iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas, la excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento humanizador, no sólo de la pena sino del procedimiento penal, comienza a fines del Siglo XVIII, con la corriente intelectual del iluminismo, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fué César Bonessana (el Marqués de Beccaria, con su obra “De los Delitos y las Penas). Se pronunció abiertamente contra el tormento, el fin de la pena no era atormentar, el fin es impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Beccaria, se ha dicho que tiene el mérito de haber cerrado la Época Antigua del Derecho Penal y abrir la denominada “Época de la Edad de Oro del Derecho Penal.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Mezger, Edmund. **Derecho penal**. Pág. 28

<sup>6</sup> Beccaria, Cesar. **De los delitos y de las penas**. Pág. 31

### **1.1.5. Etapa científica**

Inició con la obra de El Marqués de Beccaria y subsiste hasta la crisis del Derecho Penal Clásico con el aparecimiento de la Escuela Positiva. La labor de sistematización que realizaron Francesco Carrera y los demás protagonistas de la Escuela Clásica, llevaron a considerar al Derecho Penal como una disciplina única, general e independiente cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico.

Luego de la Escuela Clásica, “aparece la Escuela Positiva del Derecho Penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri considera que el Derecho Penal, debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose para su estudio de métodos positivistas o experimentales. En este período el Derecho Penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales, se deja de considerar el delito como una entidad jurídica, para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente, la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social. Luego de esta etapa surge el Derecho Penal Autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios, cuya principal característica era proteger al Estado, por lo cual los delitos de tipo político fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.”<sup>7</sup>

### **1.1.6. Época moderna**

Actualmente, existe unicidad de criterio de toda la doctrina en cuanto a que el Derecho Penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminológica, que tienen el mismo objeto de estudio, lo hacen desde un punto de vista antropológico y sociológico.

---

<sup>7</sup> Ibíd. Pág. 31

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

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

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

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

#### **1.1.7. Antecedentes del derecho penal guatemalteco**

En la historia jurídica guatemalteca, se puede contar la promulgación de 5 códigos penales hasta la presente fecha. “El primero se promulgó en el año de 1834 durante el gobierno del Doctor Mariano Gálvez, el segundo en el año de 1877 durante el gobierno del General Justo Rufino Barrios, el tercero en el año de 1887, durante el gobierno del General Manuel Lizandro Barillas; el cuarto, en el año de 1936, durante el gobierno del General Jorge Ubico; y el quinto entró en vigencia el 15 de septiembre de 1973, durante el gobierno del General Carlos Arana Osorio.”<sup>8</sup>

##### **a) Época precolombina**

Se penaban delitos como:

- 1. Traición,
- 2. Contrabando,
- 3. Hurto,

---

<sup>8</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Pág. 15

4. Adulterio.

Con penas como:

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

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

Las legislaciones de esta época eran:

1. Reales cédulas
2. Leyes de Indias

Instituciones:

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

## **b) Época colonial**

Fue un ordenamiento represivo y cruel, los delitos se penaban con la esclavitud incluyendo a mujeres y niños, ésta podía ser perpetúa o temporal; “generalmente se conmutaba la pena de muerte por la esclavitud.”<sup>9</sup>

Penas corporales:

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

---

<sup>9</sup> Ibíd. Pág. 15

## **Legislación**

En 1530 se dictaron las Reales Cédulas que impusieron “limitaciones a los conquistadores y esclavistas, desde entonces se prohibió someter a servir a mujeres y niños menores de 14 años, aún tratándose de rehenes por motivo de guerra.”<sup>10</sup>

En 1542, se promulgaron las Leyes Nuevas, que abolieron la esclavitud de los indios. Las Leyes de Indias fueron el principal ordenamiento jurídico aplicado a la Colonia, se integraba por 9 libros.

En este ordenamiento se estableció que “los indios eran hombres libres y vasallos de la corona, pero en la práctica y en la realidad resultaron ser lo contrario; una clase dirigente era dueña del poder político y económico. El derecho concedido a los indígenas para disfrutar toda clase de bienes en igualdad de estado con los españoles, fué abolido por los intereses de los gobernantes.”<sup>11</sup>

## **Instituciones**

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

Otros órganos importantes fueron:

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

---

<sup>10</sup> *Ibíd.* Pág.16

<sup>11</sup> *Ibíd.* Pág. 16

### c) Época posterior a la independencia

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

El primer intento de reformar ese estado de cosas, se dió “el 24 de junio de 1834, durante el gobierno del Dr. Mariano Gálvez, fecha en la cual se ordenó la promulgación del Código de Livingston, por haber sido tomado y traducido al español de la compilación legislativa y que en 1821, redactó para el Estado de Louisiana, Estados Unidos el Doctor Edward Livingston. El traductor fué don José Francisco Barrundia.”<sup>12</sup> El Código de Livingston introdujo 2 reformas importantes:

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

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

Casi a los dos años de integrada la comisión ésta rindió el informe de sus actividades y mandaron a publicar los nuevos códigos penal y de procedimientos penales, para la República de Guatemala. El ordenamiento sustantivo penal fué calificado con el nombre de Código del 1977.

El 15 de febrero de 1889, se promulgó un nuevo Código Penal por Decreto 419, dictado por el presidente de la República, General Manuel Lisandro Barillas. Este Código fué aprobado por el Decreto número 48 de la Asamblea Nacional legislativa, de fecha 29 de

---

<sup>12</sup> *Ibíd.* Pág. 16

abril de 1889. En este Código el principal avance consistió en la supresión del sistema de penas compuestas para dejarlas fijas a cada delito, sin diversos extremos, para el caso de faltar circunstancias atenuantes o agravantes.

En 1936, se designó a los abogados Manuel Zeceña Beteta y Manuel Marroquín, para que redactaran la legislación penal que se conoce como Código del 36, que entró en vigor el 25 de mayo de 1936 según Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de Guatemala.

El criterio de varios penalistas guatemaltecos, es que la tendencia que siguió el Código penal del 36, fue la de la escuela clásica.

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

## **1.2. Concepto**

El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica. También ha sido definido como: “la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal, parte general.** Pág. 52

Sebastián Soler, señala que: “El derecho penal, es la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva.”<sup>14</sup>

Para Von Liszt, citado por Mir Puig es el: “Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia.”<sup>15</sup>

El tratadista Luis Jiménez de Asúa, define al derecho Penal como: “El conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”<sup>16</sup>

Fontán Balestra señala, que derecho penal es: “La rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción.”<sup>17</sup>

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

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

### **1.3. Características**

Usualmente se ha definido el Derecho Penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo, división que sigue siendo la más válida ya que

---

<sup>14</sup> Soler, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Pág. 3

<sup>15</sup> Mir Puig, Santiago. **Derecho penal. parte general**. Pág. 50

<sup>16</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 2

<sup>17</sup> Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal**. Pág. 21

permite la ubicación del como hace y como se manifiesta el Derecho Penal para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico por medio de la protección social contra el delito.

En resumen, “es el conjunto de normas jurídicas que regulan los delitos, las faltas, las sanciones y las medidas de seguridad creadas por el Estado.”<sup>18</sup>

Las características del Derecho Penal son las siguientes:

- a) **Es una función pública.** El Estado, en uso de su soberanía, es el único que puede determinar cuáles son las conductas punibles y fijarles una pena.
- b) **Es un derecho normativo.** El derecho penal establece prohibiciones, normas y mandatos que deben ser observados estrictamente por los destinatarios.
- c) **Es un derecho valorativo.** El derecho penal, para sancionar, elige aquellas conductas que tengan un significado importante para el ordenamiento jurídico. Se evalúan las conductas importantes. No toda actuación es infracción penal, solamente aquellas que lesionan o puedan lesionar bienes jurídicos importantes para la comunidad.
- d) **El derecho penal es finalista.** Tiene como fin velar por el respeto de la norma. Para el bienestar común y por ser finalista es un derecho destinado a corregir aquellas conductas peligrosas para la comunidad.
- e) **El derecho penal es un derecho sancionatorio o punitivo,** es decir, que castiga los actos delictivos. Fomenta el respeto por los bienes jurídicos que son importantes para la comunidad. Luego al sancionar las conductas que pueden lesionarlos se protegen estos bienes. Por lo anterior, se indica que no es declarativo de derechos.”<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Soler, Sebastián. **Derecho penal argentino.** Pág. 63

<sup>19</sup> *Ibíd.* Pág. 63

## 1.4. Principios del derecho penal

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

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

### a) Principio de legalidad

El principio de legalidad es considerado como “la piedra angular del sistema jurídico penal y comprendido como la garantía mediante la cual ninguna persona podrá ser penada por hechos que no estén calificados como delitos o faltas por ley anterior a su perpetración, tiene una validez meramente formal en relación a las faltas, este principio es violado constantemente tanto por la descripción genérica de los diversos tipos de delitos o faltas, como por la descripción confusa y extensiva de los propios preceptos legales.”<sup>20</sup> De tal manera que el principio de legalidad del que habla el Código Penal, tratándose de una garantía de carácter constitucional y de ejercicio legítimo del derecho de defensa debe realizarse no desde un punto de vista restrictivo, sino por el contrario su interpretación debe hacerse con carácter extensivo con el fin de que los ciudadanos guatemaltecos se encuentren protegidos contra las constantes violaciones que comúnmente se verifiquen con abuso de poder por parte de los funcionarios encargados de la aplicación de la función Jurisdiccional de tal manera que el principio de legalidad no se encuentra

---

<sup>20</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José De Mata Vela. **Op.cit.** Pág. 70

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

El tratadista Guillermo Cabanellas, lo define como: “Como el primer instante del ser, de la existencia de la vida, razón, fundamento, origen.”<sup>21</sup>

## **b) Principio de tipicidad**

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

Entre estos elementos integrantes de la nueva teoría, aparece el llamado principio de tipicidad cuyo creador principal fue el autor alemán Binding, quien explicó su contenido de la siguiente forma: “Así como el principio de legalidad determina que una conducta inculpativa penal para ser sancionada merece estar previamente calificada en la ley como delito, el principio de tipicidad, consiste en que esa conducta ilícita penal debe ser

---

<sup>21</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 382

descrita dentro del Código en una forma adecuada, que permita la incorporación de la conducta social dentro de la hipótesis contenida en la norma jurídica, y en consecuencia cuando el precepto penal recoge en su descripción tanto los supuestos sociales como los elementos constitutivos de carácter jurídico de la conducta, es cuando se cumple en su totalidad las garantías de juzgamiento y sanción del delincuente.”<sup>22</sup>

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

### **c) El principio de exclusión de la analogía:**

Según la teoría positivista tradicional se le considera como “un principio accesorio al de legalidad, tomado en el sentido de que los tribunales, como los encargados de la aplicación sustantiva y procesal, no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones que no se encuentren expresamente determinadas en una norma jurídica quiero decir, con esto que la exclusión de la analogía debe tomarse en un sentido amplio y no restringido y en esta forma tanto se prohíbe la creación de tipos (tipicidad) como la aplicación de sanciones no previstas en una norma legal, (aplicación jurisdiccional); en este orden de ideas considero como explique al referirme a la violación del principio de prohibición de Analogía, dentro de la parte general del Código, que tal vez con mayor

---

<sup>22</sup> Gonzalez Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Pág. 39

violencia e indeterminación se atenta en el libro tercero contra este principio, ya que si bien por un lado se trata de infracciones penales de menor gravedad no por este motivo se debió dejar de observar se deja totalmente librada a la voluntad del juzgador su calificación y en consecuencia se permite que pueda crear figuras tipo de contravenciones ya que las normas no se encuentran redactadas en una forma concreta sino que se utilizan términos que permiten diversas ubicaciones de la conducta de las personas, tal por ejemplo el caso de la regulada en el Artículo 489 inciso 7o. del Código Penal (faltas contra las buenas costumbres) o la regulada en el Artículo 496 inciso 8o. del Código Penal (faltas contra el orden público).”<sup>23</sup>

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

La tipicidad es aquella cuando la acción humana viola una norma, sino además debe reunir otros elementos de encuadre en algunas de las figuras que establece el Código Penal, o, en leyes especiales. Jiménez de Asúa define la tipicidad como “La abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando detalles innecesarios para la determinación del hecho que se cataloga en la ley como delito.”<sup>24</sup>

## **1.5. Escuelas**

Las escuelas del Derecho Penal, son un conjunto de doctrinas y principios que a través de un método tienen por objeto investigar la filosofía del Derecho de penar, la legitimidad del ius puniendi la naturaleza del delito y los fines de la Pena.

### **1.5.1. Escuela clásica**

Agrupan a los pensadores y tratadistas del derecho penal que, fundándose en el libre albedrío humano y en la eficacia de la pena como ejemplaridad general e individual

---

<sup>23</sup> Ibíd. Pág. 18

<sup>24</sup> Jiménez de Asua, Luis. **La ley y el delito. Principios de derecho penal.** Pág. 67

jurídica criminal sobre principios de estricto dogmatismo jurídico, liberalidad en le proceso y trato humanitario de los procesados, con eliminación de torturas y otros sistemas de inquisición o castigo.

El resultado de las teorías de los filósofos de los siglos XVII y XVIII, “fué la formación de una escuela general de derecho penal, cuyos principios se concentraron en los Códigos Penales promulgados después de la Revolución Francesa que con algunas adiciones y modificaciones, rigen en la actualidad y forman el derecho penal liberal surgido así de la denominada Época de Luces.”<sup>25</sup>

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

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

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

---

<sup>25</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José De Mata Vela. **Ob.Cit.** Pág. 46

La escuela clásica, establece la proporcionalidad entre el delito y las penas; “excluyen las corporales e infamantes; defiende como garantía suprema la inexistencia de delito para la ley positiva sin previa declaración del mismo; y propugna ardorosamente las garantías individuales en el procedimiento y en las condenas penales.”<sup>26</sup>

### **A) Caracteres de la escuela clásica**

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

### **B) Principios de la escuela clásica**

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

---

<sup>26</sup> *Ibíd.* Pág. 46

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

### 1.5.2. La escuela positiva

De la ejecutoria doctrinal de la escuela clásica puede hacerse hoy un balance objetivo, del que resultan aportaciones positivas y datos negativos, méritos y deméritos. “Estos últimos, son muy de tener en cuenta, ya que ellos justifican en gran parte la aparición y el progresivo desarrollo de la escuela positiva.”<sup>27</sup>

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

- a) **La aportación de César Lombroso:** Las aportaciones más destacadas a la génesis de la escuela positiva son la aplicación del método inductivo experimental al estudio de la delincuencia y su concepción del criminal nato. Aparte de ellas, la verdadera significación de Lombroso está en la historia de la Criminología, disciplina de la que puede considerarse fundador.
- b) **La aportación de Rafael Garófalo:** Entre los discípulos que la creciente fama de Lombroso agrupa en torno a su cátedra, figura Rafael Garófalo, quien aporta a la escuela su profundo conocimiento del Derecho, que sirve para plasmar en fórmulas

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* Pág. 52

jurídicas, asequibles a teóricos y prácticos, las nuevas ideas. Este conocimiento jurídico faltaba, en el período de iniciación de la tendencia positiva, no sólo a Lombroso, sino también a Ferri que, aunque más tarde realizara una grandiosa elaboración jurídica, era entonces mero filósofo del Derecho.

- c) **La aportación de Enrique Ferri:** Otro de los discípulos de la cátedra de Lombroso es Ferri, llegado a ella en el mismo año que Garofalo. Ha sido, como indica Grispigni, el sistematizador, animador, defensor, divulgador y realizador de la escuela. La primera aportación que hace al patrimonio ideológico del positivismo criminológico es su conocida tesis sobre la negación del libre albedrío. La expone en su libro “La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío”, enfrentándose así a los clásicos en uno de sus más firmes postulados. Su significación fue tanta que el propio Carrara la refutó personalmente en una Apostilla, añadida a la recensión que de la obra hizo Lombroso en el Archivo Jurídico.

Los principales postulados de la Escuela Positiva, siguiendo el orden utilizado para señalar los de la Clásica, son:

- a) **El Derecho:** Para la escuela positiva, el Derecho es un producto social lo mismo que otras manifestaciones de la vida humana asociada. Esta concepción, adecuada al método empleado, no permite dar al Derecho un contenido distinto del que resulta de las fuentes legislativas, y hace innecesaria la investigación de su origen primero.
- b) **El derecho penal:** Es también un producto social, obra de los hombres. La ley penal tiene su origen en la necesidad evidente de la vida asociada, y representa el poder soberano que el Estado ejerce, como derecho y deber impuesto por aquella necesidad. La razón de la justicia penal es la defensa social, entendida como defensa del Estado en su ordenamiento jurídico-positivo, esto es la defensa de las condiciones fundamentales para la vida de los ciudadanos ordenados y constituidos en comunidad.

- c) **El delito:** Para la escuela positiva, el delito es tanto un fenómeno jurídico como un ente fáctico. Debe contemplarse en ambos aspectos, pues uno y otro, si no se integran, resultan insuficientes.
  
- d) **La sanción:** Tiene por fin asegurar la defensa social, y ha de cumplir una función preventiva. No debe ser sólo proporcionada a la gravedad del delito, como propugnaban los clásicos, sino que ha de adaptarse también, y en primer término, a la peligrosidad del delincuente, empleando incluso la segregación por tiempo indeterminado, esto es hasta que el reo aparezca readaptado a la vida libre.
  
- e) **El método:** La escuela positiva aplica a la investigación de la criminalidad el método inductivo-experimental. Como ya se ha dicho, se emplea en el campo primero por Lombroso y después por Ferri. Lo que justifica su aplicación a la Ciencia penal, según Ferri, citado por Héctor Aníbal De León Velasco y José De Mata Vela “es la idea de que todas las ciencias tienen una misma naturaleza y un idéntico objeto el estudio de la naturaleza y el descubrimiento de sus leyes, para beneficio de la humanidad.”<sup>28</sup>

### 1.5.3. Escuelas intermedias

Se cree que los antecedentes más cercanos a la evolución del Derecho penal contemporáneo pueden encontrarse “en las mismas contradicciones que sostuvieron las corrientes anteriormente planteadas, toda vez que la lucha intelectual encarnizada por las dos famosas escuelas de antaño, no solo fue un estímulo a la realización de nuevas concepciones en el campo jurídico-penal-criminológico, sino que sirvió de base y punto de partida para lo que después denominó Dogmática y técnica jurídica del derecho penal por un lado, y la Enciclopedia de las ciencias penales o criminológicas, por otro lado.”<sup>29</sup>

Es innegable que ambas escuelas aportaron grandes avances para la disciplina, como innegable es que cometieron grandes errores, así por ejemplo: mientras la escuela

---

<sup>28</sup> Ibid. Pág. 52

<sup>29</sup> Ibid. Pág. 54

clásica dio un carácter definitivamente científico al derecho penal desde el punto de vista jurídico, hilando un sistema de acabada perfección sobre la tesis del delito como ente jurídico, buscando siempre un criterio de justicia absoluta olvidó o no quiso recordar, que el delito antes que una fría creación legal es un hecho del hombre y postergó el estudio del delincuente. La Escuela Positiva que reivindicó al delincuente exigiendo que se le estudiara más profundamente y que se le tratara con medidas adecuadas a su personalidad, castigando el delito no en relación al daño causado, sino en relación a la peligrosidad social del delincuente, creando las famosas medidas de seguridad para la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente postergó el estudio del derecho anteponiendo el estudio de las ciencias naturales o criminológicas, negando también la libertad moral del delincuente.

Refiriéndose a los conflictos acaecidos en la segunda mitad del siglo XIX, el autor Juan P. Ramos, citado por Héctor Aníbal De León Velasco y José De Mata Vela señala que: La hora de la polémica ha pasado, lo deslizable se ha deshecho por sí mismo. Respetemos y seamos justos con lo que queda de la obra de ambas escuelas de derecho penal y de ciencia criminal.”<sup>30</sup>

Por su parte Cuevas del Cid, Citado por Héctor Aníbal De León Velasco y José De Mata Vela, al final de su obra indica que: “La escuela clásica como se ha dicho con una expresión feliz enseñó a los hombres el conocimiento de la justicia, en tanto que la escuela positiva enseñó a la justicia el conocimiento de los hombres.”<sup>31</sup>

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

---

<sup>30</sup> Ibid. Pág. 54

<sup>31</sup> Ibid. Pág. 54

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

Las llamadas Escuelas Intermedias, plantearon sus más importantes postulados en forma ecléctica, retomando principios fundamentales, tanto de la Escuela Clásica como de la Escuela Positiva del derecho penal, iniciando así una nueva etapa en el estudio de la ciencia que podrían catalogarse como antecedentes del Derecho penal contemporáneo, que principia a perfilarse en los primeros años del siglo XX. Cerezo Mir, Citado por Héctor Aníbal De León Velasco y José De Mata Vela, indica que: “A pesar de existir diferencias entre la tercera Escuela Italiana y la Sociológica o Político Criminal de Von Liszt existen una serie de coincidencias básicas. Ambas afirman, frente a la escuela positiva, la autonomía de la ciencia del derecho penal, como ciencia empírica del delito y del delincuente. Parten de una concepción determinista del hombre, pero rechazan la teoría de la responsabilidad legal o social.”<sup>32</sup>

#### **1.5.4. La influencia de las escuelas de derecho penal en la legislación guatemalteca**

La repercusión de la evolución de la ciencia del Derecho penal se encuentra explícita e implícitamente plasmada en el actual Código Penal de Guatemala, decreto 17-73 promulgado el 22 de mayo de 1986.

El código, como una unidad es resultado de la fusión de principios provenientes de diferentes escuelas, jurídico-penales. Es por esto que no se puede hablar de una tendencia única y absoluta, ya, que los creadores de dicho código, buscando el criterio que mas se acercase a lo correcto, tomaron postulados de varias escuelas diferentes para alcanzar así, un código penal donde se recopile lo mejor de cada escuela. Por lo tanto al analizar el Código Penal Guatemalteco, se encontraran principios de la Escuela clásica, de la escuela Positiva, así como de algunas escuelas eclécticas, que al influir directamente en la creación de códigos penales para Europa y Latinoamérica han determinado indirectamente el contenido del actual Código Penal.

---

<sup>32</sup> Ibid. Pág. 55

## **1.6. Las fuentes del derecho penal**

Desde la perspectiva jurídica y en atención al sentido figurado del termino, las fuentes del derecho penal, se refieren al lugar de origen o de nacimiento del mismo, tratando con ello de establecer con precisión el punto de partida de las normas jurídico penales que por su propia naturaleza y por los bienes jurídicos que tutelan, tienen peculiaridades que las hacen diferente a las demás normas del ordenamiento jurídico.

Existen varias clasificaciones según sea el medio de cultura jurídica, “se plantea dos clasificaciones, una que las divide en fuentes reales o materiales y fuentes formales y la otra que las divide en fuentes directas y fuentes indirectas.”<sup>33</sup>

### **1.6.1. Fuentes reales o materiales**

También reciben el nombre de substanciales tienen su fundamento en la realidad social de los hombres y los pueblos y se refieren a los hechos naturales, a las expresiones humanas o a los actos sociales que determinan el contenido de las normas jurídico penales, es decir son las expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formación de una ley penal, por cuanto que son los fenómenos naturales o sociales los que constituyen y plantean, las necesidades, de regulación penal pro parte del Estado con el objeto de brindar protección a bienes jurídicos que en un momento determinado se consideran amenazados por efecto de los fenómenos indicados.

### **1.6.2. Fuentes formales**

Se identifican en el proceso de creación, jurídica de las normas penales y los órganos del Estado técnicamente destinados a este proceso, que de acuerdo a la organización política corresponde al Organismo Legislativo a través del Congreso de la República, con participación en ultima instancia, del poder ejecutivo quien ordena su publicación y participación directa algunas veces, cuando se trata de Decretos Leyes que regulan materia penal. En sentido amplio, las fuentes formales del Derecho, tienen siempre íntima

---

<sup>33</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal. **Curso de derecho penal guatemalteco**, parte general y especial. Pág. 85

relación con el sujeto del cual emanan con exclusividad las normas jurídicas, que es el estado y sus órganos correspondientes.

### **1.6.3. Fuentes directas o inmediatas**

Son aquellas que por si mismas tiene la posibilidad de emanar directa e inmediatamente del Derecho Penal, es decir normas imperativo-atributivas que describen delitos, penas y medidas de seguridad. En este sentido, mientras la mayoría de tratadistas, aseguran que dentro de un esquema jurídico presidido por el principio de legalidad, la única fuente formal, directa e inmediata de Derecho Penal es “la ley” otros como Rodríguez Devesa y Serrano Gomes, consideran que no es cierto y que es una ligereza afirmar que la ley sea la única fuente del Derecho Penal.<sup>34</sup> Las fuentes directas del Derecho penal, suelen dividirse en fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición, las fuentes de producción se refieren al poder que dicta las normas o la autoridad que declara el derecho, que no es más que el Estado a través del Organismo Legislativo. Representado por el congreso de las penas o medidas de seguridad, solo puede realizarse mediante una ley. Del principio de legalidad, se deriva pues, una considerable restricción de la importancia de la costumbre y de los principios generales del derecho como fuentes del derecho penal. En atención a lo expuesto y dada la importancia que reviste la ley como generador de derecho penal, es necesario dedicarle un espacio para analizarla en sus diferentes manifestaciones al igual que su fundamento, es decir, el principio de legalidad, su origen y desarrollo, su naturaleza, fines y garantías que implica, hasta un somero análisis de la antología.

### **1.6.4. Fuentes indirectas o inmediatas**

Son aquellas que por si mismas no tienen la virtud de crear normas jurídicas con carácter obligatorio, empero si pueden influir y coadyuvar en forma indirecta y mediata en la creación y proyección de nuevas normas jurídico penales, además que pueden ser de mucha utilidad en la interpretación, valoración y aplicación de la ley penal cuando se trata de resolver casos concretos. Sin embargo, las fuentes del Derecho Penal, consideradas

---

<sup>34</sup> Rodríguez Devesa y Serrano Gomes. **Derecho penal español. Parte general.** Págs. 165-169 y 263

en nuestro medio de cultura jurídica como indirectas, se caracterizan porque carecen de la eficacia coercitiva que solo se le reconoce a la ley penal, y consecuentemente, no son de acatamiento obligatorio.

Entre estas se encuentran: "la costumbre, los principios generales del derecho, los tratados intencionales, la jurisprudencia y la doctrina, estas dos últimas son cuestionadas como Fuentes del Derecho Penal."<sup>35</sup>

### **a) La costumbre**

A pesar de la discrepancia que aun puede existir entre los tratadistas, en cuanto a lo que debe entenderse por costumbre en el ámbito jurídico, la podemos concebir como "un conjunto de normas jurídicas no estrictas, ni impuestas por el uso y de observancia general y obligatoria dentro de una región o grupo social determinado"<sup>36</sup>; desde esta perspectiva, la costumbre puede ser considerada como fuente creadora de normas en otras ramas del Derecho, como en el Civil, el Mercantil o el Administrativo, empero en Derecho Penal, dada la vigencia y la importancia del "Principio de Legalidad de los Delitos y de las Penas" la costumbre no puede ser considerada como fuente directa del Derecho Penal, toda vez que entraría en franca contradicción con el Principio de Legalidad y el Principio de Exclusión de Analogía.

### **b) Los principios generales del Derecho**

Se entienden como tales, los valores máximos a que puede aspirar el derecho como ciencia, es decir, la justicia, la equidad y el bien común, que en otras ramas del derecho suelen ser considerados como fuentes supletorias, pero que en el derecho penal, por su naturaleza abstracta y por la primacía del principio de legalidad, no pueden ser fuentes directa e inmediata, porque para tratar de alcanzarlos deben cristalizarse en la misma ley penal del Estado. Dada su naturaleza de postulados axiológicos, suelen ser de superlativa importancia para la interpretación, valoración y aplicación del derecho penal en la

---

<sup>35</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal. **Op. cit.** Pág. 85

<sup>36</sup> *Ibíd.* Pág. 105

resolución de casos concretos, pero no pueden considerarse como fuente directa productora de derecho penal.

### **c) Los tratados internacionales**

Se refieren a los convenios, acuerdos o tratados entre diferentes países, que han sido suscritos, aceptados y ratificados por Guatemala, y que desde este momento se convierten en ley de carácter general y obligatorio para toda la República. A pesar de que el artículo 46 de la Constitución Política de la República establece: "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de Derechos Humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno". El Principio de Legalidad elevado a norma constitucional sigue jugando el papel más importante en cuanto a la creación de figuras delictivas o categorías de estados peligrosos, así como la aplicación de las penas o medidas de seguridad. La importancia del artículo 46 es específica para interpretar y aplicar la ley en materia de Derechos humanos; pero no puede suplir a la ley como fuente directa del Derecho Penal.

### **d) La jurisprudencia**

En sentido amplio (*Latus Sensu*) se puede indicar que Jurisprudencia, es la reiteración de fallos emitidos por los órganos Jurisdiccionales (cualesquiera que sea) en un mismo sentido. En sentido estricto (*Strictu Sensu*), Jurisprudencia es el derecho a la doctrina formada por las Sentencias o Resoluciones emitidas en forma reiterada, en un mismo sentido y en una misma materia por la Corte Suprema de Justicia. En el Derecho Anglosajón (EE.UU. e Inglaterra por ejemplo), y en los países donde se acepta la Analogía, la Jurisprudencia da lugar al nacimiento de nuevas normas jurídicas con eficacia obligatoria, empero en legislaciones como la nuestra, los Tribunales de Justicia no trabajan para crear derecho, sino solamente lo aplica a través de leyes escritas, por lo que la Jurisprudencia no podría considerarse fuente directa de Derecho Penal, ya que a decir de Cerezo Mir, "se trata siempre de criterios o normas de aplicación probable, puesto que la Corte Suprema cambia en ocasiones en la interpretación de la ley, es decir,

no esta vinculada necesariamente a los criterios mantenidos en las sentencias anteriores. Contrariamente a lo que sucede en los ordenamientos anglosajones en que el precedente tiene autoridad respecto a la Corte de la que dimana la sentencia, aunque con la gradualidad en el precedente; así los hay absolutamente obligatorios, de obligatoriedad relativa y meramente persuasivos, o indicativos.”<sup>37</sup> La jurisprudencia puede ser útil para el conocimiento y la interpretación de la Ley en aplicación a casos concretos, pero no puede en este medio ser fuente directa de Derecho Penal. En España la jurisprudencia emana de las sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La jurisprudencia reiterada del Tribunal supremo tiene un gran valor en nuestro país ya que constituye no solo interpretación de la ley, sino también creación del Derecho.

#### **e) La doctrina**

Se le denomina derecho científico, y se refiere al conjunto de teorías, opiniones y aun especulaciones que sobre la materia realizan los Juspenalistas, los doctos en derecho penal. Es importante en la creación y desarrollo de nuestra disciplina, por cuanto que ha dado origen al denominado derecho penal científico colectivo elaborado en los Congresos Internacionales, a los que asisten especialistas de distintos países a discutir y crear derecho penal. La doctrina no es aceptada como fuente directa productora de Derecho Penal, puede considerarse como reformas o nuevos cuerpos legales con el fin de satisfacer las exigencias de un nuevo derecho penal científico.

---

<sup>37</sup> Cerezo Mir, José. **Curso de derecho penal**.Pág. 105

## CAPÍTULO II

### 2. El delito

El Estado, es una sociedad organizada jurídica y políticamente bajo un territorio determinado, cuyo fin supremo es el bien común, es decir, el mayor bienestar para los habitantes del mismo. En ese orden, el Estado crea normas de conductas para ser respetados por los habitantes del mismo y ante su incumplimiento crea además, sanciones punibles que se conoce como la ley penal, como un medio punitivo del Estado.

#### 2.1. Origen

El delito es “un sistema categorial clasificatorio y secuencia en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando, a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.”<sup>38</sup>

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

A finales del siglo XIX, Von Liszt citado por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran define el delito como “Acto, contrario a derecho, culpable y sancionado con una.”<sup>39</sup> El centro de esta definición lo constituía el acto, la acción entendida como un proceso causal, como un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo que se exterior perceptible por los sentidos, este acto debía ser, además, contrario a derecho, es decir antijurídico, concibiendo, pues, la antijuricidad como una simple valoración del acto, del proceso causal objetivo externo. Con ello aceptaba el concepto de antijuricidad objetiva desarrollado por Ihering quien, superando la confusión reinante en esta materia en el ámbito del Derecho Civil, había que también la lesión objetiva de las normas jurídicas produce consecuencias jurídicas. Pero no naturalmente no bastaba en Derecho

---

<sup>38</sup> Ángel Sanz Moran. **El concurso de delitos en la reforma penal.** Pág. 150

<sup>39</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran. **Derecho penal parte general.** Pág. 216

penal con la valoración del acto, a ella añadió Von Liszt, “la valoración del autor de ese acto, es decir, la culpabilidad concebida en un sentido meramente psicológico, como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad, dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad.”<sup>40</sup>

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

El esquema que se acaba de describir se distinguía por su sencillez y claridad: la valoración del acto, concebido de un modo casual-objetivo, constituía la antijuricidad; la valoración del autor y de los componentes subjetivos del delito pertenecía a la culpabilidad. Faltaba todavía, sin embargo un elemento que diese consistencia a esas valoraciones y las vinculara a la norma jurídica positiva. La acción, de cuya valoración se trataba, debía, por imperativo del principio de la legalidad, encajar en la descripción contenida en las normas penales. El descubrimiento de esta tercera característica, meramente formal, pero importante fue obra de Beling, quien en 1906 en “su teoría del delito denominó la adecuación de una acción a la descripción contenida en la forma penal tipicidad.”<sup>41</sup> La tipicidad no tenía ningún significado valorativo, era simplemente la descripción del suceso objetivo externo en la norma penal; la subsunción en ella no significaba todavía nada, pero era el punto de referencia de las sucesivas valoraciones y se convertía así en una característica conceptual del delito.

La primera quiebra de este sistema comienza a aparecer en su propia base, en el concepto de acción. Pronto se demostró que el concepto causal de acción era incapaz de sostener todo el edificio de la teoría del delito. Ya en 1904 demostró Radbrunch la imposibilidad de reducir los conceptos de acción y omisión a un denominador pues en la

---

<sup>40</sup> *Ibíd.* Pág. 217

<sup>41</sup> Ernesto Von Beling. **Esquema del Derecho Penal.** Pág. 99

emisión no hay movimiento corporal alguno y es por esencia la negación de una acción. Mas adelante propuso el mismo Radbruch citado por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran que “el concepto de acción se sustituyera por el más concreto de realización del tipo.”<sup>42</sup>

Al mismo tiempo empezó a mostrarse también la de la tajante separación entre antijuricidad y culpabilidad según el binomio objetivo-subjetivo. En algunos delitos, como el hurto o la injuria, era imposible calificar la acción como antijurídica, si no se recurría desde el primer momento a determinados elementos subjetivos: el ánimo de apropiarse de la cosa mueble en el hurto, el animus iniuriandi (intención de injuriar) en la injuria, etc.

La confusión de este hecho pudo originar entre las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad fue anulada en cierto modo por el descubrimiento de una teoría normativa de la culpabilidad que ya no veía la esencia de esa categoría en una mera relación psicológica entre el hecho y el autor, sino en el reproche que a este se le hacía por no haber actuado de otro modo, pudiendo hacerlo. Solo así podía satisfactoriamente por que quedaba impune el autor de un hecho antijurídico que había actuado dolosa o culposamente, cuando se encontraba en una situación extrema de motivación anormal o de necesidad.

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

La distinción entre tipicidad y antijuricidad se relativizó también con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, es decir, de aquellos elementos que requerían de una valoración, como funcionario, documento publico, ajenidad, etc. De aquí a considerar que la relación entre tipo y antijuricidad era mas estrecha solo había un paso, paso que fue dado por M. E. Mayer, al considerar que la tipicidad era un indicio de la antijuricidad, y que

---

<sup>42</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran. **Derecho Penal Parte General**. Pág. 216

fue llevado a sus últimas consecuencias por Mezger citado por Antonio Quintano Ripolles para quien “el tipo era el fundamento, la ratio essendi (razón esencial), de la antijuricidad.”<sup>43</sup>

Este proceso de transformación que sufre el originario sistema de Liszt y Beling se caracteriza por el intento de referir a valores las categorías de la teoría general del delito, mostrando así la influencia manifiesta de la filosofía neokantiana que en esta época tuvo su máximo esplendor y reflejo entre los penalistas alemanes, y por el afán de sustituir el formalismo positivista por un positivismo teleológico referido a valores.

Esta aspiración de los neokantianos no pudo realizarse completamente, pero sus observaciones críticas abrieron la puerta a una nueva y más importante transformación sistemática: la teoría final de la acción.

El origen de esta teoría se encuentra, como afirma su propio creador Welzel, en la psicología del pensamiento de Honigswald y de otros psicólogos y filósofos alemanes de la década de los años 20. Su punto de partida era la vinculación del Derecho a las estructuras lógica-objetivas, es decir, a las estructuras del ser tal y como esta aparece en la realidad. De acuerdo con este punto de partida se asigna a la ciencia del Derecho Penal la misión de elaborar un sistema partiendo de dichas estructuras indica Welzel: “Paciencia del derecho Penal, tiene partir siempre del tipo.... Pero debe luego de ir mas allá y descender al ámbito de la ontología de lo previamente dado.”<sup>44</sup>

La acción ontológicamente considerada es, según Welzel: “Ejercicio de actividad penal, la finalidad, o el carácter de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber casual, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines.”<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Antonio Quintano Ripolles. **Tratado de derecho penal internacional**. Pág. 45

<sup>44</sup> Hanz Welzel. **Derecho penal alemán**. Pág. 29

<sup>45</sup> *Ibíd.* Pág. 57

Este concepto final de acción es que sirve a Welzel, para reestructurar el sistema tradicional, partiendo de la vinculación a esas estructuras ontológicas.

La primera consecuencia sistemática que Welzel extrae del concepto final de acción es la pertenencia del dolo al tipo, ya que el dolo no es mas que un aspecto o parte de la finalidad, o mejor dicho, la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo. La acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal ciego del sistema anterior, sino uno vidente guiado por la finalidad. Además, este concepto de dolo no se confunde tampoco con la tradicional *dolos malus* (el dolo malo o intención fraudulenta) que comprendía también el conocimiento de la antijuricidad, sino que es un dolo natural no valorativo. De aquí que para el finalismo la abstención entre conocimiento de la antijuricidad y dolo sea ya una consecuencia natural de sus premisas y que situé al dolo como elemento natural en el tipo y al conocimiento de la antijuricidad como cuestión valorativa en la culpabilidad. Otra consecuencia del concepto final de acción en la estructuración del nuevo sistema repercute en el concepto de autor en los delitos dolosos que ya solo puede ser aquel que tenga el dominio final de hecho y no simplemente el que interponga alguna causa en la producción del resultado. Este concepto de dominio final del hecho es también un concepto ontológicamente vinculante, por consiguiente, para el derecho positivo.”<sup>46</sup>

El concepto final de acción, en tanto que el dolo es un aspecto de la finalidad, se adecuaba perfectamente a la estructura de los delitos dolosos, pero empezaba a fallar en los delitos imprudentes, porque en estos delitos la finalidad perseguida por el autor es irrelevante, importando solo el resultado lesivo causado, con lo que se adecuaba mejor a este tipo de delitos el concepto causal de acción en el que lo decisivo no es lo que el autor quiere, sino la acusación de un determinado resultado prohibido. Contra esta conclusión luchó Welzel desde el principio, modificando varias veces su teoría, para dar cabida en ella a los delitos cometidos por imprudencia. Al principio, considero la acción en los delitos imprudentes como una forma defectuosa de acción final; rectificando mas adelante este criterio, diciendo que también en estos delitos la acción seguía siendo final, pero que

---

<sup>46</sup> *Ibíd.* Pág. 58

aquí la finalidad no era real, sino potencial; y termino, por ultimo, afirmando que la finalidad no era real, sino potencial; y termine, por ultimo, afirmando que la finalidad es en todo caso la misma pero que lo esencial en los delitos cometidos por imprudencia es la forma que se realiza la acción final emprendida, considerando si se ha tenido en cuenta o no el cuidado necesario en el tráfico. De este modo abandona Welzel el concepto final de acción como base de todo el sistema, pues la constatación de si se ha observado el cuidado necesario en el tráfico solo puede llevarse a cabo tras una valoración del proceso ocurrido, en el plano axiológico y no solo ontológica.”<sup>47</sup>

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

De la teoría final de la acción dedujo además, Welzel “soluciones en materia de error, actos imperfectos de ejecución, participación etc., y en general, puede decirse que no hay un solo tema de la teoría del delito que no haya sido afectado por el sistema finalista. Por otra parte la colocación de la acción entendida finalmente como centro de la teoría del delito llevo a una subjetivación del concepto de antijuricidad y a la acentuación del aspecto personal y ético, el desvalor de la acción, a costa de los aspectos causales del delito, desvalor del resultado.”<sup>48</sup>

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

Destacado representante de esta tendencia es el penalista Claus Roxin quien, tras varios trabajos dogmático importantes, en los que criticaba las exageraciones en las que había

---

<sup>47</sup> Ibíd. Pág. 59

<sup>48</sup> Ibíd. Pág. 60

incurrido la teoría final de la acción queriendo resolver todos los problemas del derecho penal a partir de la estructura antológica de la acción, propuso en su breve monografía de 1970 "Política criminal y sistema del Derecho Penal"<sup>49</sup>, desarrollar y sistematizar las distintas categorías de la teoría del delito desde el prisma de su función político- criminal. Así, por ejemplo la tipicidad no sería, otra cosa que, junto a la plasmación técnica del principio de legalidad, la expresión de la finalidad preventiva general y motivadora del comportamiento humano que pretende el legislador amenazando con pena los comportamientos descritos en el tipo penal. A la antijuricidad le correspondería la elaboración y jerarquización de principios ordenadores de la convivencia social, tales como el de proporcionalidad, ponderación de bienes, prevalencia del derecho frente al acto injusto, etc., que sirven para comprobar si la realización de un hecho típico puede excepcionalmente ser aprobada por el ordenamiento jurídico, justificando el acto; y en la culpabilidad, más que el tema de si el sujeto pudo obrar o no como lo hizo, lo que importaría sería, en última instancia, si desde el punto de vista de los fines de la pena y, por tanto, preventivamente es necesario hacer responsable penalmente al que ha cometido un hecho típico y antijurídico.

A partir de estas premisas, ha realizado Roxin "una de las mayores aportaciones a la ciencia del derecho Penal en el siglo XX desarrollando y ampliando sus ideas en ininidad de artículos y monografías y en su excepcional tratado de Parte General en 1992. Temas como la imputación objetiva, la culpabilidad fundamentada preventivamente, la autoría, la imprudencia, etc. han recibido nuevos impulsos cuando no han sido planteados por el por primera vez, habiendo adquirido carta de naturaleza en las exposiciones doctrinales y en las decisiones jurisprudenciales más importantes."<sup>50</sup>

Más recientemente ha surgido también en Alemania un planteamiento funcionalista de la teoría del delito en el que las distintas categorías se contemplan desde el punto de vista de su funcionalidad para el sistema de convivencia.

---

<sup>49</sup> Claus Roxin. **Política criminal y sistema de derecho penal**. Pág. 98

<sup>50</sup> *Ibíd.* Pág. 99

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

## 2.2. Definición

El término delito se origina “de la voz latina delictum (delito), que en la Roma antigua designaba a los delitos privados, delitos que conllevaban únicamente la obligación de pagar una multa a la víctima, por parte del delincuente. En el Derecho Justiniano se le conoce ya como delictum privatum (delito privado), apareciendo luego el llamado delictum publicum (delito público) que producía verdaderos efectos punitivos públicos.”<sup>51</sup>

Al delito se le puede estudiar desde diferentes puntos de vista: filosóficamente, se le ha considerado como violación de un derecho que se funda sobre la ley moral. Los clásicos según Jiménez de Asúa, convergen en considerar que “el delito es un acto concreto, una decisión, una violación del deber, de los preceptos de la ley.”<sup>52</sup>

Por su parte los positivistas, que se caracterizaron por sus concepciones realistas, por su método de indagación inductiva y por la incorporación de las ciencias naturales para el estudio de las ciencias jurídicas, arribaron a la afirmación de que “el delito es un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, social y físico.”<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Guillermo Cabanellas. **Diccionario del derecho usual**. Pág. 522

<sup>52</sup> Luís Jiménez de Asúa. **Derecho penal**. Pág. 35

<sup>53</sup> Eugenio Cuello Calón. **Derecho penal, parte general**. Pág.52

Como posición intermedia a las escuelas clásicas y positivas, surge la llamada escuela crítica, considerando sus exponentes al delito como “un acto atentatorio a la justicia que es necesario reprimir, y como un ataque a la tranquilidad social que es necesario evitar.”<sup>54</sup>

Jiménez de Asúa, citado por Cabanellas expresa una definición técnico-jurídica del delito, que se considera bastante completa y dotada de científicidad, ya que no deja en el olvido ni uno solo de los electos esenciales de la acción delictiva, cuando expresa que es “el acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena o, en su reemplazo, con una medida de seguridad y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.”<sup>55</sup>

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, se aclara que el jurista citado no las considera como elementos esenciales de la acción delictiva, pues cuando a ellas se refiere las toma como parte integrante de la tipicidad, criterio que también sostuvo el Licenciado Palacios Motta, al afirmar que constituyen presupuestos procesales requeridos en ciertos casos para la plena tipificación del delito y para atribuir al delincuente la nación que determina el tipo penal.<sup>56</sup>

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

**a) Criterio Legalista.** “En un principio indicaba que el delito es lo prohibido por la ley, que es una definición muy amplia y no da ninguna certeza; posteriormente Carranca lo define como la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”<sup>57</sup>

**b) Criterio Filosófico:** “En un principio se aludió al aspecto moral, por lo que los teólogos lo identificaban con el pecado, más tarde se le consideró al delito como una acción contraria a la moral y a la justicia, de igual manera se le consideró como la violación de un

---

<sup>54</sup> Luís Jiménez de Asúa. **Derecho Penal**. Pág. 35

<sup>55</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 525

<sup>56</sup> Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**. Pág. 91

<sup>57</sup> Carranca Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano, parte general**. Pág. 86

deber, el quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes.”<sup>58</sup>

c) **Criterio Natural Sociológico:** Garófalo lo define como ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y prohibidad en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado; también lo definen como acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad de un pueblo en un momento determinado.

d) **Criterio Técnico-Jurídico:** Franz Von Liszt expresa que es una acción antijurídica y culpable, castigada con una pena.

Ernesto Beling manifestó que “es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad.”<sup>59</sup> Sus aportes son:

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

Luis Jiménez de Asúa indica que “el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.”<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> *Ibíd.* Pág. 92

<sup>59</sup> Von Beling, Ernesto. **Esquema del derecho penal.** Pág. 100

<sup>60</sup> Jiménez de Asúa, Luís. **Derecho penal.** Pág. 89

Eugenio Cuello Calón manifiesta que “el delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable, sancionada por la ley.”<sup>61</sup>

Y finalmente el catedrático Jorge Alfonso Palacios Motta expresa que “el delito es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad, y al cual se le impone una pena o una medida de seguridad.”<sup>62</sup>

### 2.3. Elementos

Elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman las palabras o los átomos que forman los elementos.

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

**A) Criterio Formalista:** Para los seguidores de este criterio el delito tiene como elemento predominante la prohibición de hecho mediante la amenaza penal, y lo que realmente caracteriza el delito es la sanción penal.

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

b) El acto debe ser antijurídico, es decir que ha de estar en contraposición a una norma

---

<sup>61</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal. parte general.** Pág. 298

<sup>62</sup> Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal.** Pág. 91

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

- c) El acto ha de ser culpable, imputable a dolo (intención) o culpa (negligencia). (Una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una persona determinada).
- d) “La ejecución o la omisión del acto debe ser sancionada con una pena; sin ésta comunicación no existe delito. En ese sentido se habla de una serie de elementos positivos, constitutivos del delito que son esenciales para su existencia y para afirmar la responsabilidad penal del sujeto activo; y en vía contraria se mencionan una serie de elementos negativos, que destruyen la conformación del delito desde el punto de vista jurídico, y en todo caso, eliminan la responsabilidad penal del sujeto infractor.”<sup>63</sup>

### 2.3.1. Elementos positivos del delito

Los elementos positivos del delito son los siguientes:

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

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

---

<sup>63</sup> Ibíd. Pág. 140

5. Requiere inactividad voluntaria.
6. Requiere la existencia de un deber jurídico de obrar.

**b) La tipicidad:** “Es la encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley penal.”<sup>64</sup>

**c) Antijuricidad:** “De acuerdo a lo expresado por el profesor Carlos Ernesto Binding, el que comete delito no contraviene la norma, simplemente adecua su conducta a la norma, haciéndose así la posición de la antijuricidad en sentido formal, al poner de manifiesto la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, es decir, la acción que infringe la norma del Estado, que contiene un mandato o una prohibición de orden jurídico.”<sup>65</sup>

Básicamente puede definirse la antijuricidad, desde tres puntos de vista, tomando en cuenta su aspecto formal, tomando en cuenta su aspecto material, así como la valoración o desvaloración que se hace de su aspecto formal o material.

Formalmente se indica que antijuricidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal o bien la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico-penal establecido previamente por el Estado.

Materialmente se puede señalar que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

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

---

<sup>64</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Derecho Penal, Parte General**. Pág. 299

<sup>65</sup> *Ibíd.* Pág. 352

**d) Imputabilidad:** Es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Es la capacidad de actuar culpablemente.

Al respecto, los autores indican que se puede dar de dos maneras: una que lo considera con un carácter psicológico; y la otra, como un elemento positivo del delito, por lo cuál se dice que si bien posee elementos psicológicos, físicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales que lo limitan, debe entenderse que juega un papel decisivo en la construcción de delito, por lo que debe estudiarse dentro de la Teoría General del Delito. “La imputabilidad como un elemento positivo del delito, con marcada tendencia subjetiva por ser el elemento más relevante de la culpabilidad, debido a que antes de ser culpable debe ser imputable.”<sup>66</sup>

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

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

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

1) **Teoría Psicológica:** Indica que la culpabilidad, es la relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto, o bien entre el autor y el resultado; es decir, el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico; su fundamento radica en que el hombre es un sujeto de conciencia y voluntad, y de ésta depende que contravenga la

---

<sup>66</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran. **Derecho Penal Parte General**. Pág. 220

norma jurídico o no.

2) **Teoría Normativa:** “No basta la relación psíquica entre el autor y el acto, sino que es preciso que ella de lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en reproche, por no haber realizado la conducta deseada.”<sup>67</sup> Sus aspectos fundamentales son:

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

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

**f) Condiciones objetivas de punibilidad:** Son aquellas condiciones que deben seguirse, para imponer una pena en algún delito en particular.

De lo anterior, se han considerado dos vertientes las cuales son, “que sí la punibilidad es un elemento positivo del delito o bien una consecuencia del mismo.”<sup>68</sup> Al respecto se deben analizar las dos de la forma siguiente:

- 1) **La Punibilidad como Elemento del Delito:** Se indica que la conducta típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito debe estar sancionada con una pena, y así la punibilidad resulta ser un elemento esencial del delito.

---

<sup>67</sup> *Ibíd.* Pág. 223

<sup>68</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Derecho Penal, Parte General.** Pág. 302

2) **La Punibilidad como consecuencia del delito:** Consideran que la acción típicamente antijurídica y culpable, al delito y la pena es solo una consecuencia de la misma acción.

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

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

### **2.3.2. Elementos negativos del delito**

Los elementos negativos del delito son:

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

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

La legislación guatemalteca al referirse a los elementos negativos del delito lo hace como causas que eximen de responsabilidad penal, así:

### a) Causas de inimputabilidad.

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

### b) Causas de inculpabilidad.

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

Los elementos accidentales del delito, se trata como circunstancias que modifican la responsabilidad penal, ya sean atenuantes o agravantes.

### **2.3.3. La acción y la omisión como primer elemento del delito**

Al concepto de acción se le han atribuido tres funciones diferentes dentro de la teoría jurídica del delito. Siguiendo la enumeración de José Cerezo Mir “la acción ha de cumplir, en primer lugar, la función de elemento básico unitario de la teoría del delito, en virtud de la cual a ella se le han de poder añadir como atributos o predicados todas las comprobaciones (descriptivas) o valoraciones necesarias para el enjuiciamiento jurídico penal. De esta función se deriva la necesidad de que el concepto de la acción sea lo

suficientemente amplio como para que comprenda todas las formas de conducta que van a ser luego relevantes para el derecho penal (conductas activas y omisitas, conductas dolosas e imprudentes).”<sup>69</sup>

Además, la acción cumple una función de enlace de todos los elementos estratificados de la figura delictiva, lo que también se ha dado en llamar una función sistemática, de forma que a ella se han de poder ir vinculando los restantes elementos del delito, sin que se vean prejuzgados por los elementos precedentes.

Por último, ha de cumplir una función limitativa, de manera que en función de su mismo concepto ya queden fuera desde un principio aquellas formas de conductas claramente irrelevantes para el derecho penal.

### **1. Polémica en torno a la configuración conceptual de la acción en el derecho penal moderno**

Han existido varias posiciones doctrinarias en cuanto a la acción, que es importante conocer para formarse a la vez un concepto propio.

Históricamente aparecen en primer lugar las teorías causalistas sobre la acción, es decir, las originadas bajo la influencia del causalismo naturalista. Von Liszt, citado por José Cerezo Mir explicaba “que la acción consiste en una modificación causal del mundo exterior perceptible por los sentidos y producida por una manifestación de voluntad, es decir, por la realización u omisión voluntaria de un movimiento corporal.”<sup>70</sup> Así pues, el movimiento corporal voluntario, la relación de causalidad y el resultado material serían los elementos de la acción. El contenido de la voluntad, de lo que se pretendía con el movimiento corporal, es irrelevante en esta primer categoría del delito.

Sin embargo, se critica al causalismo naturalista, en primer lugar, que el entendimiento de todos los comportamientos movidos por una voluntad como procesos causales deja sin

---

<sup>69</sup> Cerezo Mir, José. **Curso de derecho penal**. Pág. 29

<sup>70</sup> *Ibíd.* Pág. 29

aprehender la esencia de las acciones voluntarias en sentido propio, las cuales constituyen la mayor parte de los hechos punibles.

Wetzel citado por José Cerezo Mir trata de superar a partir de 1931 los problemas de la teoría causalista con la teoría final de la acción, indicando que la acción humana no es solamente un proceso causal dependiente de la voluntad, sino ante todo el ejercicio de una actividad finalista: "Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, este conforme a un plan a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción finalista es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal extremo, al que convierte de este modo en una acción dirigida hacia el fin."<sup>71</sup> También se ha dicho que la conducción final de la acción tiene lugar en tres momentos: a) previsión o anticipación de la meta u objetivo; b) elección de los medios para conseguir el objetivo; c) realización de la voluntad de la acción en el mundo del acontecer real.

Tampoco la teoría finalista está exenta de críticas pues, si bien es cierto que la teoría finalista ofrece una descripción acertada de las acciones voluntarias anticipadas mentalmente de carácter consciente, también lo es que no se puede, según los críticos, explicar de igual manera los delitos imprudentes, en los cuales el resultado se ha producido de un modo casual, sin que ni el, ni la relación causal que lo precede, estén comprendidos en la voluntad de realización puesta por el autor. Tales críticas son dejadas, sin embargo, de lado por Welzel al indicar que en los tipos imprudentes existe una acción finalista real cuyo fin es generalmente irrelevante para el derecho pero no así, en cambio, el medio utilizado o la forma de su realización, que son los que van a originar la relación de causalidad que va a llevar al resultado delictuoso, también se le ha objetado, como a la teoría causal, que no abarca las omisiones.

Como consecuencia de tales críticas surge la teoría social de la acción, inicialmente apuntada por E. Schmidt, citado por José Cerezo Mir para quien el concepto de acción finalista es "criticable porque determina el sentido de la acción demasiado unilateralmente

---

<sup>71</sup> *Ibíd.* Págs. 30 y 31

en el sentido de la voluntad individual.”<sup>72</sup> En esa línea, Maihofer expresa que acción es "todo comportamiento objetivamente dominable con dirección a un resultado social objetivamente previsible" Jescheck, por su parte, que la define como toda conducta humana socialmente relevante, considera que acción humana es, ante todo, un comportamiento consistente en el ejercicio de actividad final (finalidad)". Pero puede también limitarse a ser una acusación de consecuencias con tal de que el proceso resulte reconducible empleando la finalidad; imprudencia), y, por último, puede también manifestarse en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción a condición también de que concurra la posibilidad de conducción (omisión). En todo ello la nota destacable es que tal actividad humana individual sea socialmente relevante, es decir, que debe afectar la relación del individuo con su mundo circundante, trascender de alguna manera al orden social.

Sin embargo, se ha criticado a este concepto que es demasiado abstracto, en su pretensión de abarcar todas las conductas relevantes para el derecho penal, por lo que finalmente carece de concreción para poder servir de base a las constataciones y valoraciones de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

A la vista de las dificultades anteriores se han hecho otras conceptualizaciones de la acción, a partir de un concepto jurídico o jurídico social, a las que se les suele objetar que prejuzgan algunos de los elementos del delito posteriores, singularmente la tipicidad. Entre esos conceptos "esta el que expone Roxin, que se refiere a la acción como una manifestación de la personalidad, o bien Bustos- Hormazabal quienes parten de la noción de bien jurídico, siendo la acción un elemento del tipo, o bien Jakobs para quien la acción es la acusación de un resultado evitable por el sujeto, y en el mismo sentido Bacigalupo que entiende la acción como un comportamiento exterior evitable.”<sup>73</sup>

Por nuestra parte, pensamos que la acción en sentido general es toda concreción de la voluntad humana en realizaciones externas que pueden preverse por el sujeto y ser

---

<sup>72</sup> *Ibíd.* Pág. 43

<sup>73</sup> *Ibíd.* Pág. 45

esperadas por el ordenamiento jurídico, y que, consecuentemente, pueden evitarse, de forma que al no realizarse su habitación puede configurarse un tipo penal.

## **2. Causas de exclusión de la acción y la omisión**

Cuando no hay acción u omisión punible no es necesario analizar los demás estratos del concepto de delito, pues, al faltar el primer elemento del delito, ya no tiene sentido preguntarse por la concurrencia de los siguientes.

En primer lugar, no se dará acción si estamos meramente ante cualquier fase del pensamiento humano que área no se ha exteriorizado en actos externos. Por muy deplorable que sea el sentimiento que el sujeto tenga hacia el derecho, mientras tal actitud no se plasme en un comportamiento extremo significativo para el derecho penal, no constituye realmente acción o inicio de la misma.

En segundo lugar, tampoco son acción los movimientos reflejos, puramente somáticos, desencadenados por un estímulo que no depende de la voluntad; entre ellos se encuentran también los movimientos corporales, o ausencia de movimientos, que se realizan en los ataques epilépticos, por mas que lesionen bienes jurídicos.

En tercer lugar, carecen también de tal cualidad los movimientos o pasividades somáticos en estados de inconsciencia, es decir, durante el sueño o en estados de sonambulismo, o en otros estados como el hipnótico y la embriaguez letárgica.

La doctrina y legislaciones contemporáneas mencionan también como caso de exclusión de la acción la fuerza exterior irresistible, caso que es contemplado en el Código Penal guatemalteco como causa de inculpabilidad según el artículo 25.2°. Sin embargo, pese a la dicción de la ley, es técnicamente mas correcto estudiar este caso como falta de acción, pues estamos ante un acto de fuerza material externa que incide directamente sobre el sujeto, de forma que este, impulsado por dicha fuerza, lesiona el bien jurídico sin que intervenga su voluntad, o bien sin que haya podido prever la situación. Sin embargo,

indica Muñoz Conde citado por Héctor Aníbal De León Velasco que "si la fuerza no es absoluta, es decir, si el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad, la acción no puede quedar excluida. No es lo mismo atar fuertemente a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, que amenazarle con una pistola con la misma finalidad."<sup>74</sup>

Similar comentario nos merece la regulación contenida en el artículo 25.5°, relativo a la omisión justificada. En este caso la ley hace referencia a una falta de inculpabilidad en quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar por causa legítima e insuperable. Ahora bien, en los casos en que la situación llega hasta el punto de que la persona tenga limitada por una de las causas señaladas su capacidad de acción, queda claro que lo que sucede es que no se alcanza el nivel de la omisión en el sentido que la dogmática asigna a este elemento del delito, por lo cual no hay necesidad de llegar al juicio de reproche (culpabilidad) para determinar la impunidad: Falta el primer elemento del delito, en este caso, la omisión.

### **3. La causalidad**

La relación de causalidad entre la acción y un resultado extremo separable de la acción, en el que por lo general se concreta la lesión del bien jurídico, constituye un elemento imprescindible de un gran número de conductas delictivas, singularmente de las estructuradas como delitos de resultado.

La relación de causalidad es una relación prejurídica, que existe en diferentes órdenes, no necesariamente solo en el orden jurídico. En palabras de Welzel, que cita Cerezo, "no es una mera relación lógica, ni mucho menos imaginada entre varios acontecimientos, sino la ley de sucesión, no perceptible, pero mentalmente captable, del acontecer real y es, por ello, tan real como el acontecer mismo."<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal. **Op. Cit.** Pág. 157

<sup>75</sup> Cerezo Mir, José. **Op. Cit.** Pág. 52

## 2.4. Sujetos

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

### 2.4.1. Sujeto activo del delito

Por ser la acción dependiente de una voluntad entendida en sentido psicológico, aquella solo puede ser atribuida a las personas humanas individuales. En coherencia Con tal punto de vista, los códigos penales tienen en su gran mayoría tipos exclusivamente concebidos para que los ejecute una persona natural, resultando difícil concebir a una persona jurídica Como sujeto activo. Así, en el caso de las personas jurídicas se entiende que estas son manejadas por personas físicas, que serán las responsables.

Será sujeto activo aquella persona física que realice el acto material o, en su caso, que deje de realizar el deber de actuar. Sujeto activo es, en definitiva, quien realiza el tipo, o al menos lo intenta. Su delimitación esta determinada por el tipo.

En legislaciones antiguas y “principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos.”<sup>76</sup> Sin embargo con las legislaciones modernas eso fue cambiando y ahora podemos decir que sujeto activo del delito es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana. Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución, el que o comete directamente es sujeto activo primario y el que participa es sujeto activo secundario.

---

<sup>76</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 310

Con respecto a las personas jurídicas como sujetos activos del delito, se puede mencionar que luego de realizado el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Bucarest, concluyeron que se debe establecer en el Derecho Penal medidas eficaces de defensa social contra la persona jurídica cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con recursos proporcionados por ellas y que envuelven también su responsabilidad. Que la aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración de los intereses de la persona jurídica.

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

#### **a) La problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

La idea de que el sujeto activo del delito solo puede ser una persona natural, que posea voluntad psicológica, resulta un gran escollo a la hora de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que, a su vez, tropieza con la relevancia de la actividad de las personas jurídicas, que les haría, en principio, merecedoras de una eventual responsabilidad penal. Como indica Bustos Ramírez, "del mismo modo que cuando se aplica la institución del actuar por otro, si no se quiere caer en una pura y simple ficción, también necesariamente hay que reconocer que se da un determinado comportamiento ilícito por parte de una persona jurídica", agregando que " lo anterior no puede conducir todavía a estimar que las personas jurídicas son sujeto activo del delito pues ello es en contraposición a la forma como se han construido en definitiva los tipos legales y la doctrina penal."<sup>77</sup>

Hay que reconocer que el derecho penal nació y se ha construido como un derecho penal de las personas físicas y naturales y que, siendo las personas jurídicas una creación de

---

<sup>77</sup> Bustos Ramírez, Juan. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pág. 24.

ellas, es preciso esperar un desarrollo mayor del concepto de derecho penal para que se pueda incluir en el a las personas jurídicas. En efecto, agrega Bustos Ramírez, hay que construir una dogmática coherente con tal creación, pues la actual esta concebida para las personas naturales, mientras que la vida actual ha dado lugar al auge de las personas jurídicas, y no siempre es posible fundamentar su responsabilidad por el actuar de las personas individuales. Si bien es cierto lo que Rodríguez Devesa indicaba, en cuanto a “que no sería justo extender a todos los integrantes de la Persona jurídica una pena dirigida hacia ella ya que no todos los componentes del ente colectivo están siempre implicados en sus actividades punibles, también lo es que las personas colectivas funcionan como entidades autónomas con decisiones propias de las que debe responder el ente Corporativo, sin que ello afecte a los integrantes que no tienen que ver con sus decisiones punibles.”<sup>78</sup>

El artículo 38 de Código Penal contiene la regulación relativa a como se ha de proceder cuando se delinca a través de personas jurídicas. Indica lo siguiente: se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado este y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales.

La referencia que en este artículo se hace a quienes responden por los actos punibles de las personas jurídicas estimo que no logra un claro deslinde entre la actuación de los miembros directivos que puede calificarse como personal y aquella que realizan como órganos de la persona jurídica. Tampoco aclara suficientemente la conexión que debe existir con la persona jurídica, ni la repercusión que en ella ha de tener la actuación de sus miembros directivos.

Las penas aplicables a las personas físicas que actúan en nombre de la persona jurídica son las establecidas en los propios tipos. Sin embargo, habría que considerar delegada la posibilidad de introducir algunas reacciones adicionales que afectaran también

---

<sup>78</sup> Ibid. Pág. 24

a la persona jurídica, como la disolución o suspensión de la sociedad, algo que esta previsto en otros ordenamientos jurídicos, como el español, sin que sea contradictorio con el principio de exclusiva responsabilidad de las personas físicas.

#### **2.4.2. Sujeto pasivo del delito**

Sujeto que sufre las consecuencias del delito. “Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito, o puesto en peligro.”<sup>79</sup>

El sujeto pasivo del delito es “el titular del derecho o interés jurídicamente protegido por el derecho, penal, o quien lo tiene en su custodia o protección aunque sea precariamente. Constituye la víctima del delito.”<sup>80</sup>

A diferencia de lo que se decía respecto al sujeto activo, no hay inconveniente en considerar también sujeto pasivo del delito a la persona jurídica. El objeto material del delito es la persona o cosa sobre la que incide la acción delictiva. En delitos que protegen bienes personalísimos el objeto material y el sujeto pasivo suelen coincidir. Pero en otros, como los delitos patrimoniales, el objeto material representa de alguna manera el bien jurídico que el derecho penal tutela; es el caso de la joya sustraída, que corporeiza en si el aspecto del bien jurídico tutelado, a saber, el patrimonio de la persona víctima del delito o una fracción del mismo. En cualquier caso, el sujeto pasivo esta siempre en relación con el objeto material afectado por el hecho.

Se ha de diferenciar entre el sujeto pasivo y el perjudicado o agraviado, por mas que normaúente coincidan en la misma personas si el primero es el titular del bien jurídico afectado, el segundo es el que resulta lesionado en sus intereses por la acción delictiva. De ahí que el Código Procesal Penal parta de que hay agraviados directos o indirectos: así el artículo 117 regula que, por una parte, existen agraviados como la víctima afectada por la comisión del delito, y, por otra, otros que, aunque no reciben directamente la acción

---

<sup>79</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 313

<sup>80</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Op. Cit.** Pág. 252

del delito, se resienten de alguna manera, como el cónyuge o conviviente o los padres e hijos de la víctima.

## **2.5. Clasificación**

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

### **2.5.1. Por su gravedad**

Por su gravedad se clasifican en delitos y faltas. Los delitos o crímenes son infracciones graves a la ley penal, mientras que las faltas o contravenciones son infracciones leves a la ley penal, de tal manera que los delitos son sancionados con mayor drasticidad que las faltas, atendiendo a su mayor gravedad, los delitos ofenden las condiciones primarias esenciales y, por consiguiente permanentes de la vida social; las contravenciones en cambio, ofenden las condiciones secundarias, accesorias y por lo tanto, contingentes de la convivencia humana. O también las condiciones de ambiente, es decir de integridad, de favorable desarrollo de los bienes jurídicos. Los delitos son reales dolosos o culposos, y las contravenciones, los reatos para los cuales basta voluntariedad de la acción o de la omisión.

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

### **2.5.2. Por su estructura**

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

### **2.5.3. Por su resultado**

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

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

Son delitos instantáneos aquellos que se perfeccionan en el momento de su comisión por ejemplo: el homicidio, el robo, la calumnia, entre otros.

Son delitos permanentes aquellos en los cuales la acción de sujeto activo continua manifestándose por un tiempo más o menos largo; por ejemplo el secuestro, el rapto, entre otros.

#### **2.5.4. Por su ilicitud y motivaciones**

Por su ilicitud y motivaciones, se clasifican en comunes, políticos y sociales. Son delitos comunes todos aquellos que lesionan o ponen en peligro valores de la persona individual o jurídica, por ejemplo: la estafa, los homicidios, las falsedades, entre otros. Son delitos políticos, aquellos que atacan o ponen en peligro el orden político del Estado por ejemplo: la revelación de secretos de Estado, atentados contra altos funcionarios, entre otros. Son delitos sociales, aquellos que atacan o ponen en peligro el régimen social del Estado, por ejemplo: el terrorismo, las asociaciones ilícitas, entre otros.

#### **2.5.5. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad**

Por su grado de voluntariedad o culpabilidad, se clasifican en dolosos, culposos y preterintencionales atendiendo a la intencionalidad o no del sujeto activo en la comisión del acto delictivo; así se dice que el delito es doloso cuando ha existido propósito deliberado de causarlo por parte del sujeto, y se dice que es preterintencional cuando el resultado producido es mucho más grave que el pretendido por el sujeto.

### **2.6. Regulación Legal**

El Código Penal guatemalteco, no contiene una definición de delito, ya que ni los tratadistas se han puesto de acuerdo en una definición universal; en el artículo 10, en forma expresa se regulan las condiciones necesarias para que se de el principio básico y fundamental de la causalidad, pues señala: “Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.”



## CAPÍTULO III

### 3. La discriminación

La discriminación en general significa acción y efecto de separar o distinguir unas cosas de otras, en Derecho el término hace referencia al trato de inferioridad dado a una persona o grupo de personas por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de filiación o ideológicos, entre otros.

Ha sido tradicional la desigual consideración de los hijos según fuera su origen matrimonial o extramatrimonial. Así, los segundos tenían menos derechos en la herencia de sus progenitores que los hijos habidos en matrimonio. También, en el ámbito laboral, es reseñable el trato discriminatorio que sufren las mujeres, pues el coste que para las empresas supone contratar a una mujer, en especial si está casada, es mayor si se tiene en cuenta una posible baja por maternidad. Es célebre el caso que en Francia protagonizaron hace décadas las auxiliares de vuelo de la compañía aérea Air France: la discriminación venía dada, no por la condición de mujer, sino por la de ser mujer casada.

La política oficial de apartheid fue abolida en la República Sudafricana, en lo cual tuvo un protagonismo indudable el dirigente de la población negra Nelson Mandela, además de las presiones internacionales generalizadas. A pesar de todo, en los últimos tiempos se han recrudecido las prácticas racistas o xenófobas en los países occidentales (skin heads o cabezas rapadas, grupos neonazis, entre otros), y de una manera alarmante en algunos países árabes (Argelia, Irán, Egipto), en éstos ya con serias implicaciones religiosas.

Las modernas Constituciones prohíben la discriminación, a partir de la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Es más, uno de los llamados derechos fundamentales es precisamente la no-discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza o cualquier condición personal o social. En la Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948 este derecho se encuentra reconocido expresamente.

No son pocas las legislaciones penales que consideran delito la práctica del funcionario público o del particular que desempeña un servicio público que deniega a una persona, por razón de origen, sexo, religión o raza, una prestación a la que tiene derecho.

Desde otro punto de vista, el Derecho del comercio utiliza el término discriminación para referirse al trato desigual que se puede conferir según sea el cliente un consumidor o un profesional o proveedor.

### **3.1 Aspectos generales**

Una particularidad del ser humano, es hacer diferencia entre unos y otros, por lo que es de conocimiento general que la discriminación en Guatemala es muy marcada, dándose indistintamente por cualquier motivo o circunstancia, esto se puede observar en los tipos de discriminación, en relación con todas las personas y la mayoría sólo ve el defecto y no les interesa penetrar un poco más para investigar, para ver, o saber qué es capaz de hacer.

La discriminación conceptualmente es una conducta sistemáticamente injusta y desigual contra un grupo humano determinado. Discriminar consiste en privarle a un grupo humano de los mismos derechos que disfrutaban otros. Esta discriminación puede revestir muchas formas dependiendo del criterio empleado por el ente discriminador (sujeto activo), así se tiene discriminación religiosa, racial, por razón de sexo, por extracción social, económica, política, lingüística y genética entre otras.

La discriminación, es un fenómeno basado en relaciones entre diversos grupos sociales, y tienen sus raíces en la opinión que un grupo tiene sobre otro. Estos grupos pueden ser parte de otros grupos sociales mayores o menores, incluso puede sufrir discriminación por más de una causa, (una mujer africana, puede ser discriminada por ser negra, extranjera y por ser mujer).

Por lo general, la mente humana prefiere pensar por medio de categorías y prejuicios más o menos estáticos, este hecho ocurre de una manera natural, pues se necesita un punto de partida para cualquier estructura de pensamiento, el juicio o criterio se basa en lo que se considera normal.

El problema estriba que, cuando sólo se quedan con la imagen superficial, la primera impresión, la opinión de otros, un incidente aislado o el análisis simple y se aplica el estereotipo que se ha desarrollado a otros, se ha sembrado el germen de la discriminación.

Los estudios multidisciplinarios del fenómeno de la discriminación incluyen los orígenes de las opiniones que un grupo tiene sobre otro, la auto imagen de cada Grupo, se trate de organizaciones formales como la iglesia o ejército, sean colectivos informales como los seguidores de equipos deportivos, o incluso, categorías sociales generales tales como mujeres, varones, niños, ancianos, pobres, entre otros.

La negación de igualdad de oportunidades obedece a varias razones. Los edificios, vehículos, sistemas de enseñanza o de salud, actividades recreativas y estructuras laborales no han sido concebidos para atender plenamente las diferentes necesidades de los individuos. Además, muchos de los problemas que tienen las personas discapacitadas, se debe a que la calidad de los servicios prestados en determinadas áreas no tienen eco en otras. Por ejemplo, para una persona que disponga de un buen programa de asistencia personal, de un nivel educativo apropiado y de excelentes oportunidades de empleo, la inversión realizada en asistencia personal podría caer en saco roto como no exista infraestructura de transporte que la lleve a su lugar de trabajo.

La negación de igualdad de oportunidades puede alegarse por otros motivos, como el lugar de nacimiento de la persona, su situación financiera, manera de expresarse, color de la piel o apariencia física. Alrededor del 15% de los ciudadanos del país tiene alguna clase de discapacidad. Muchas de las personas discapacitadas desarrollan su discapacidad en el transcurso de su vida profesional. Entonces no se puede consentir que

la sociedad se construya de tal forma que acabe siendo incapaz de tener en cuenta las necesidades y los derechos de un sector significativo de la población.

### **3.2 Origen**

No cabe duda de que el racismo y la xenofobia son problemas graves que tienen planteados en la actualidad Europa y España. Pero si el racismo es discriminación por raza, tal y como lo estipula la convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial en sus Artículos del 1, 3 y 4 de la siguiente manera:

Artículo. 1. 1º En la presente Convención la expresión discriminación racial denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida política.

Artículo. 3. Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza.

Artículo. 4. Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretenden justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el Artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas.

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
  
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
  
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

La discriminación, existe mucho antes de que la palabra se creara. Esquemáticamente, se puede decir que discriminación es una conducta sistemáticamente injusta contra un grupo humano determinado.

Discriminar a un grupo social consiste en privarle de los mismos derechos que disfrutan otros grupos sociales: si se prohíbe al negro utilizar el mismo autobús que un blanco, se tratará de discriminación por raza; si se organiza la sociedad de modo que los cargos de responsabilidad sean ocupados por varones, se estaría ante la discriminación por sexo; y si los ciudadanos de determinados países viven en el lujo y la opulencia mientras los de otras regiones lo hacen en la miseria y mueren de hambre, esto es resultado de la discriminación económica internacional; existiendo un sinnúmero de diversas formas de discriminación: por minusvalía, por pertenencia religiosa, por tendencia sexual, discriminación lingüística.

La discriminación es un fenómeno de relaciones intergrupales, de relaciones entre diversos grupos sociales, y tienen sus raíces en la opinión que un grupo tiene sobre otro. Los grupos en cuestión pueden ser parte interna de otra sociedad mayor (mujeres,

ancianos, pobres, homosexuales...), o pueden ser un elemento externo (extranjeros, emigrantes, etc.) Por lo general, la mente humana prefiere pensar por medio de estereotipos, categorías y prejuicio, conducentes al hecho discriminatorio cuando se aplican esas opiniones estereotipadas a otros grupos. Es importante, por tanto, investigar los orígenes de las opiniones que un grupo tiene sobre otro, la Imagen de Grupo, ya sea de organizaciones (iglesia, ejército), ya sobre colectivos (seguidores de equipos), ya sobre categorías sociales (mujeres, varones, niños, ancianos), sin olvidar la imagen que el propio grupo tiene de sí mismo, la autoimagen.

### 3.3 Concepto

En términos generales, se considera discriminación a todo acto o señalamiento que se hace en contra de una persona discapacitada.

El tratadista Manuel Ossorio, define la discriminación de la siguiente manera. “Acción y efecto de discriminar, de separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros.”<sup>81</sup>

Por su parte, el tratadista Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual define a la discriminación como: “Absuelto anglicismo por diferencia, diferenciación o desigualdad.”<sup>82</sup>

Por otra parte la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación para las personas con discapacidad, define la discriminación en el Artículo 2 inciso a) de la siguiente manera: a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de

---

<sup>81</sup> Ossorio, Ossorio. **Diccionarios de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 352.

<sup>82</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Pág. 719

impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.”

Haciendo un análisis de las definiciones transcritas se puede notar que poseen un denominador común, la desigualdad expresada en términos distintos como distinguir, separar, diferenciar, distinción, lo cual significa que siempre existe diferenciación en el trato a las personas por diferencias físicas o mentales, por otro lado, es importante señalar que la diferenciación que presenta la convención Interamericana, es la más aplicada porque se ajusta del propósito de la desigualdad impedir el ejercicio de los derechos del hombre a los que por el solo hecho de serlo le pertenecen por propia naturaleza.

Así pues y no obstante que existe conciencia de que es un derecho humano, en la realidad la legislación de estos derechos de las personas se encuentra regulada en distintos cuerpos legales que en la práctica no tienen una aplicabilidad, por lo que estos acuerdos cimentados en la validez del derecho natural de las personas discapacitadas de ser tratadas en igualdad y derechos deben crearse una normativa dentro del derecho positivo que garanticen la obligatoriedad de respetar la igualdad de derechos de todas las personas sean o no discapacitadas.

### **3.4. Clasificación**

La discriminación se puede clasificar en:

- a) Discriminación directa:** es toda norma o acto jurídico de carácter público o privado que establezca una normativa distinta y perjudicial basada en la pertenencia a una categoría general y abstracta.
  
- b) Discriminación indirecta:** consiste en toda norma o acto jurídico de carácter público o privado formalmente no discriminatorios pero sus consecuencias fácticas se traducen en un impacto adverso para un grupo humano. Son normas o actos

neutros pero sus supuestos en la práctica perjudican claramente a quienes pertenezcan a un grupo social determinado.

**c) Discriminación inversa:** aquí es donde se encuentra la mayor de las dificultades; históricamente el concepto discriminación inversa es de reciente creación, además suelen incluirse en este concepto las soluciones o medidas que pueden adoptarse para terminar o atenuar la discriminación que históricamente sufre un grupo, también bajo el concepto. Discriminación inversa suele incluirse un tipo especial de acción positiva llamado cuota.

Toda discriminación indirecta se caracteriza por tener un contenido político, respecto a como enfrentar estas discriminaciones, que dependen de la ideología del gobierno de turno, justificables sólo si su fin es remediar una discriminación profundamente arraigada a través de criterios transparentes y objetivos tales como el sexo o raza.

Deben ser siempre transitorias y su aplicación e interpretación deben ser siempre de derecho estricto ya que siempre el beneficio a los discriminados pasa por un perjuicio a un sector o grupo determinado, irónicamente se la ha definido como una manera de nivelar, superar las condiciones desfavorables de un grupo perjudicándolos a todos por igual.

Si bien el concepto de discriminación inversa y las prácticas asociadas requieren de alguna revisión, en el actual estado de cosas se puede decir de qué se trata pero aún no se tiene un concepto sistemático, tal vez porque son aspectos más bien políticos que jurídicos.

#### **3.4.1. Tipos de discriminación**

La discriminación se da en los tipos: Racismo y xenofobia, Homofobia o rechazo a las orientaciones sexuales distintas a las mayoritarias, discriminación a personas discapacitadas o enfermos, discriminación a las mujeres (machismo), Diferenciación

según el estrato social, Discriminación religiosa y Discriminación positiva, los cuales se describen a continuación:

**a) Racismo y xenofobia:**

El racismo es una teoría fundamentada en el prejuicio según el cual hay razas humanas que presentan diferencias biológicas que justifican relaciones de dominio entre ellas, así como comportamientos de rechazo o agresión. El término racismo se aplica tanto a esta doctrina como al comportamiento inspirado en ella y se relaciona frecuentemente con la xenofobia (odio a los extranjeros) y la segregación social, que son sus manifestaciones más evidentes.

Organizaciones antirracistas nacionales e internacionales luchan contra cualquier forma de discriminación. Las actitudes racistas que combaten numerosas organizaciones tienen en buena medida razones psicológicas. Se fundan en reacciones de miedo ante la diversidad y a la incomprensión de lo desconocido, que engendra sentimientos de odio y una violencia muchas veces mal dirigida. Debido a la complejidad del fenómeno, el racismo es difícil de combatir.

“Apartheid: política de segregación racial practicada en la República de Sudáfrica. El término apartheid en lengua afrikaans significa separación y describe la rígida división racial entre la minoría blanca gobernante y la mayoría no blanca, vigente hasta las primeras elecciones generales de 1994. La legislación del apartheid clasificaba a la población en tres grupos raciales: blancos, bantúes o negros y de color o mestizos. Posteriormente se añadieron los indios y paquistaníes como una cuarta categoría. La legislación fijaba los lugares de asentamiento de cada grupo, los trabajos que podían realizar y el tipo de educación que podían recibir. También prohibía casi cualquier tipo de contacto social entre las diferentes razas, autorizaba las instalaciones públicas separadas (como limitar determinadas playas al uso de blancos) y prohibía la participación de los no

blancos en el gobierno del Estado. Las personas que se oponían abiertamente al apartheid eran consideradas comunistas.”<sup>83</sup>

## **b) Homofobia:**

“La homofobia es una enfermedad psico-social que se define por tener odio a los homosexuales”<sup>84</sup>. La homofobia pertenece al mismo grupo que otras enfermedades parecidas, como el racismo, la xenofobia o el machismo. Este grupo de enfermedades se conoce con el nombre genérico de fascismo, y se fundamenta en el odio al otro, entendido éste como una entidad ajena y peligrosa, con valores particulares y extraños, amenazadores para la sociedad, y -lo que es peor- contagiosos.

Los homosexuales, como toda persona humana, son sujetos de derechos fundamentales, como derecho al trabajo, a una vivienda, entre otros. Con todo, esos derechos no son absolutos ya que pueden ser limitados legítimamente por la ley a causa de comportamientos externos objetivamente desordenados que atenten contra el bien común o contra los más débiles ya sea física o moralmente.

Esta reducción de derechos no absolutos se practican en muchos casos: en determinadas enfermedades contagiosas, enfermos mentales, individuos socialmente peligrosos, entre otros. De este modo, existe una discriminación justa: existen ámbitos en los que no se da discriminación injusta cuando se tiene en cuenta la tendencia sexual, por ejemplo: en la adopción o custodia de niños o en la contratación de profesores o instructores de educación física.

## **c) Discriminación a discapacitados y enfermos:**

Los discapacitados a veces tienen dificultad para ciertas actividades consideradas por otras personas como totalmente normales, como viajar en transporte público, subir escaleras o incluso utilizar ciertos electrodomésticos. Sin embargo, el mayor reto para los

---

<sup>83</sup> <http://www.monografias.com/trabajos13/raciact/raciact.shtml>.

<sup>84</sup> <http://www.monografias.com/trabajos13/raciact/raciact.shtml>

discapacitados ha sido convencer a la sociedad de que no son una clase aparte. Históricamente han sido compadecidos, ignorados, denigrados e incluso ocultados en instituciones.

“Hasta la segunda mitad del siglo XX fué difícil que la sociedad reconociera que los discapacitados (aparte de su defecto específico) tenían las mismas capacidades, necesidades e intereses que el resto de la población; por ello seguía existiendo un trato discriminatorio en aspectos importantes de la vida. Había empresarios que se resistían a dar trabajo o promocionar a discapacitados, propietarios que se negaban a alquilarles sus casas y tribunales que a veces privaban a los discapacitados de derechos básicos como los de custodia de los hijos. En las últimas décadas esta situación ha ido mejorando gracias a cambios en la legislación, a la actitud de la población y a la lucha de los discapacitados por sus derechos como ciudadanos e individuos productivos.”<sup>85</sup>

Los discapacitados, en el ejercicio de sus derechos, han luchado por establecer ciertos principios como a ser evaluados por sus méritos personales, no por ideas estereotipadas sobre discapacidades; conseguir que la sociedad realice cambios que les permitan participar con más facilidad en la vida empresarial y social, facilitar el acceso con sillas de ruedas al transporte público, a edificios y a espectáculos y, finalmente, integrarse con la población capacitada.

El movimiento a favor de los derechos de los discapacitados ha encontrado una cierta oposición en grupos que consideran un precio prohibitivo realizar los cambios necesarios. Además, la ausencia de instalaciones que facilitarían la integración de los discapacitados en la vida pública, es utilizada a veces por las personas capacitadas como excusa para ignorar este tema.

#### **d) Discriminación a las mujeres (sexismo, machismo):**

El machismo es una discriminación sexual, de carácter dominante, adoptada por los hombres. El hombre que ha sido educado en una cultura machista aprendió desde

---

<sup>85</sup> <http://www.monografias.com/trabajos13/raciact/raciact.shtml>

temprana edad a respetar, admirar o temer a otro varón tanto física como intelectualmente. Sin embargo, su cultura le enseñó a ver a la mujer en términos de valores o atributos físicos, instrumento de placer, objeto de exhibición y reproductora de la especie. Su admiración o atracción hacia la mujer se basa, principalmente, en una concepción biológica de la misma. La discriminación sexual es una de las más arraigadas en la sociedad, sin duda por sus precedentes históricos, que se asientan sobre una base de desigualdad.

Hay mujeres, que en su trabajo no le es permitido alcanzar diversos puestos de alta responsabilidad aunque estén incluso más capacitadas que los otros aspirantes masculinos para ese puesto, y esto es debido a que algunas personas sólo se fijan en la fachada, y no miran lo que realmente se debería mirar, el interior de las personas.

Por lo que al respecto se indica lo siguiente: “Además, en ciertos países (especialmente asiáticos), donde la práctica de la religión se vuelve un fanatismo, hay una clara diferenciación de la mujer. Ejemplos concretos son los de los países que practican el Islam o el musulmán. La vestimenta tradicional islámica para las mujeres consiste en una túnica que cubre todo el cuerpo, dejando al descubierto sólo los ojos. En ciertos casos, además, se les obliga a llevar guantes que oculten sus manos.”<sup>86</sup>

#### **e) Diferenciación según el estrato social:**

El principio de organización en clases sociales es diferente del que opera en las sociedades de castas o estamentales y choca con la ideología igualitaria asociada a la ciudadanía en los Estados de derecho. Cada uno de estos sistemas define a las personas y a los grupos según cuatro parámetros: su procedencia, su trabajo, el tipo de personas con quienes pueden contraer matrimonio y los tipos de derechos y deberes rituales propios.

---

<sup>86</sup> Discriminación hacia la Mujer en el Trabajo. <http://www.monografias.com/trabajos13/raciact/raciact.shtml>

“Generalmente se define clase social como grupo de personas situadas en condiciones similares en el mercado de trabajo. Esto significa que las clases sociales tienen un acceso distinto, y normalmente desigual, a privilegios, ventajas y oportunidades. En las sociedades actuales, por ejemplo, se encuentran directores de grandes empresas con salarios muy elevados, mientras que los jubilados reciben pensiones escasas. Los hijos de los grupos con mayor poder adquisitivo van a escuelas distintas, obtienen calificaciones escolares superiores, disponen de diferentes oportunidades de trabajo o gozan de mejores condiciones de vivienda.”<sup>87</sup>

Una de las formas más denigrantes de discriminar a una persona por considerarla social o culturalmente inferior, es la esclavitud. Un esclavo se caracteriza porque su trabajo o sus servicios se obtienen por la fuerza y su persona física es considerada como propiedad de su dueño, que dispone de él a su voluntad.

#### **f) Discriminación religiosa:**

Existen numerosos casos de personas que son discriminadas por su inclinación hacia determinada religión y para el efecto se cita lo siguiente:

El Artículo 1, inciso 3º, de la Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el Artículo 1 establece que: “La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”

Además, el Artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, indica que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; ese derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad

---

<sup>87</sup> Evolución de Sociedades. <http://www.monografias.com/trabajos16/evolución-social.htm>

de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”

### 3.5. Los derechos humanos

Existen diversos conceptos de los derechos humanos, dependiendo cada uno de la escuela filosófica o percepción de la vida que se tenga. El concepto actualmente más aceptado es un punto medio entre el iusnaturalismo y el positivismo: “Existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.”<sup>88</sup>

Según las escuelas iusnaturalistas, los derechos humanos existen independientemente de que sean reconocidos o no por la sociedad civil o el Derecho positivo. Según la perspectiva positivista, solamente son derechos humanos los que son protegidos por el Derecho positivo, por lo que pueden ser jurídicamente exigibles. El concepto más aceptado actualmente es un punto medio entre ambas posiciones porque parte de que a pesar de que los derechos humanos son inherentes a toda persona y por lo tanto no dependen de la voluntad política, para que efectivamente puedan ser protegidos deben existir los medios jurídicos necesarios. “Mientras una sociedad política no reconoce unos determinados derechos recibéndolos en su derecho positivo o interno o adhiriéndose a una convención internacional que los proteja, no se puede hablar de éstos en un sentido estrictamente jurídico, ni se puede alegar ante los tribunales competentes en caso de infracción.”<sup>89</sup>

Entonces, los derechos humanos son cualidades inherentes del ser humano, pero su carácter jurídico está en su reconocimiento por parte del derecho positivo. Según Arnoldo Brenes Castro y para evitar confusiones, se debe diferenciar entre el derecho humano como principio o ideal y el derecho humano como realidad legal. A nivel de principio o de ideal, no hay duda que el ser humano, por su sola condición de tal, tiene una serie de

---

<sup>88</sup> Daniel Zovatto, **1er. Seminario interamericano educación y derechos humanos**. Pág. 98

<sup>89</sup> Mariñas Otero, Luís. **Las constituciones de Guatemala**. Pág. 208

derechos, los cuales se fundamentan en los derechos morales y que se pueden considerar como parte del Derecho Natural. Sin embargo, es indiscutible el hecho de que un derecho humano solamente podrá ser efectivamente protegido si existen los mecanismos jurídicos necesarios que aseguren el requisito de la exigibilidad, que es precisamente la diferencia entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo. En consecuencia, los Derechos humanos como realidad legal solamente serán los que cuentan con los mecanismos jurídicos para exigir los deberes jurídicos de respeto correspondientes. Debido a lo anterior y de acuerdo a la más pura teoría jurídica, se concluye que solamente serán derechos humanos en el pleno sentido de la palabra aquellos que tengan el carácter de derechos subjetivos, ya que solamente éstos tienen el carácter de la exigibilidad. Todos los demás serán derechos humanos pero entendidos como realidades sociales o ideales políticos, no como realidades legales.

Los derechos humanos, anclados en la realidad social y dependientes de ella, son instrumentos de realización de valores e ideales sociales a los cuales se orientan esencialmente, pero consisten en si, también esencialmente, en realidades e instrumentos jurídicos, es decir, en instituciones dotadas de la existencia, validez y eficacia del Derecho, o no son tales derechos humanos.

De este modo, cuando se mencionan los derechos humanos se refieren a simples derivaciones de la realidad o conexiones de la vida social, ni tampoco a meras aspiraciones, banderas, reclamos, programas o valores políticos, ni a unos puros ideales filosóficos o derechos naturales con base en los cuales valorar o criticar la realidad política, jurídica, económica o social, sino a auténticos derechos, por lo tanto existentes y válidos, o como si lo fuera, exigibles en la forma y por los medios que el Derecho pone en manos de sus titulares, los seres humanos.

Sin embargo, los derechos humanos como realidad legal se han originado en los derechos humanos como realidad social o como ideal, por lo que existe la esperanza de que aquellos derechos humanos que todavía no cuenta con la protección jurídica, con el tiempo lleguen a ser derechos humanos como realidades jurídicas.



## CAPÍTULO IV

### 4. Análisis jurídicos de los elementos que informan al delito de discriminación

La discriminación social, es un prejuicio que está enraizada en la práctica diaria del guatemalteco, de tal forma que el discriminador no tiene conciencia de ello, y el discriminado lo acepta de una manera natural y que repercute en todos los ámbitos de la vida, es decir, en lo político, económico, social, jurídico, cultural y en el orden militar.

En el devenir histórico excluyente y discriminador, surgen una serie de exigencias políticas y sociales, tanto nacionales como internacionales; de algunos sectores organizados, excluidos de la toma de decisiones. En el 2002 se reforma el Código Penal, mediante el Decreto número 57-2002 del Congreso de la República, que contempla la discriminación como delito. Fue un paso orientado a paliar y sancionar, haciendo uso del *ius puniendi*, la conducta del guatemalteco que implique discriminación. Representa el cumplimiento de uno de los compromisos adquiridos por el Gobierno en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y con el objeto de legislar positivamente los deberes y obligaciones constitucionales del Estado, respetando garantías individuales y colectivas, como una forma de promover y respetar los derechos humanos, la dignidad humana, el principio de la no discriminación, y especialmente el principio de igualdad (formal y material) entre los guatemaltecos.

Desde que entró en vigencia dicha ley, el Ministerio Público ha conocido varias denuncias por discriminación, llevando a juicio hasta la fecha solamente un caso, que se refiere al seguido por Rigoberta Menchú Tum, en contra de los que la ofendieron en una audiencia en la sala de vistas de la Corte de Constitucionalidad, cuya denuncia fue interpuesta en el año 2003. “El fallo en dicho proceso el Tribunal Décimo de Sentencia comprobó que Menchú Tum fue ofendida por ser persona indígena. Quiérase o no, prevaleció el aspecto político, pues la ofendida es la Premio Nóbel de la Paz, y se razonó en el sentido de que se atentó contra la dignidad y por el hecho de ser mujer indígena.”<sup>90</sup> Pero técnicamente

---

<sup>90</sup> **Primera condena por discriminación.** Pág. 3

no se atentó contra la libertad individual de la ofendida, ya que por la forma en que está legislado, se establece que está muy ambiguo y difuso el valor que tutela la Ley penal. Prueba de la ambigüedad de la norma, esta lo que afirma Ricardo Cajas, Coordinador Presidencial en contra de la Discriminación y el Racismo (CODIRSA): “que en el año 2004 se hicieron ocho denuncias y en el 2005 hubo 52 denuncias, estando entre los ofendidos María Tuyuc y Carlos Lem.”<sup>91</sup>

Hay que tomar en cuenta que las leyes actuales parten del eje fundamental sobre el cual se ejerce, la libertad, que prácticamente se proponen de acuerdo a la influencia occidental, en donde por ser copia de otras sociedades con una cultura diferente a las de Guatemala, trae implícita una discriminación sugerida, puesto que no somos un país homogéneo, sino heterogéneo desde el punto de vista de la cultura, de los idiomas, de las etnias, entre otras. No se toma el pluralismo jurídico, como opina Alberto Binder: “que debe considerarse paralelamente el derecho de los pueblos indígenas (como el caso de Guatemala) a los derechos humanos, ya que son universales y en consecuencia nunca deben violarse; deben ser regulados dentro de todo el sistema, como derechos inherentes.”<sup>92</sup>

En el proceso de la aprobación del mencionado decreto, surgieron una serie de propuestas respecto a la forma de denominar la figura típica. En opinión del ex asesor de la Comisión de Asuntos Indígenas del Congreso de la República, señor Mario Jacinto Chaj López, la discriminación étnica es diferente a la discriminación racial, la racial radica en la circunstancia física y biológica, y la étnica se refiere al aspecto ideológico y cultural. De esa disyuntiva debía salir la decisión legislativa.<sup>93</sup> Los legisladores se inclinaron por una posición ecléctica y muy confusa, lejos de ser más técnicos, específicos y determinantes, desde el punto de vista de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

---

<sup>91</sup> **Discriminación.** Pág. 8

<sup>92</sup> Binder, Alberto. **Proceso penal y diversidad cultural, en el caso de las comunidades indígenas.** Pág. 23.

<sup>93</sup> **Tipificación de la discriminación étnica como delito.** Pág. 14.

El licenciado Rolando López Godínez, en referencia a la pluralidad jurídica y a la discriminación legal describe, “que es importante considerar al derecho consuetudinario, que se caracteriza por ser conciliador y que es un derecho oral, además de apuntar las ventajas de celeridad y economía procesal, neutralizando el factor idiomático con mayor equidad.”<sup>94</sup> Debe insistirse de que el derecho debe abrirse a la cultura, pues al no existir esa posibilidad, las características del mismo, terminan siendo perjudiciales para las etnias con un sistema jurídico diferente, tornándose excluyente, marginador y discriminador.

“La erradicación de la discriminación no sólo se logra por el hecho del reconocimiento oficial de una etnia u otra, o de sancionar los hechos de discriminación, sino que requiere en cambiar las mentalidades de las personas discriminadoras y discriminadas, una concientización de que es un mal que se debe combatir y erradicar por atentar contra los derechos humanos. Por ejemplo el hecho de que Congreso de la República declare oficialmente como el Día Nacional del Garífuna el 26 de noviembre, reconociendo de esta manera oficialmente su existencia en Guatemala, no supera el olvido y la discriminación de que han sido objeto desde su llegada a la región desde finales del siglo XVIII.”<sup>95</sup>

La lucha contra el racismo debe ser permanentemente contra las formas ideológicas de opinión en función de la diversidad étnica y la multiplicidad cultural y de lenguas. No es una lucha contra las personas racistas, sino contra todo aquello que genere o perpetúe el racismo y la discriminación. Implica una reforma de mentalidades impulsado por cambios estructurales, desde reformas políticas hasta legales, ya que es un prejuicio sin ninguna base objetiva ni justificada.

La discriminación por razones de etnia, es algo cotidiana, razón por la cual se expone la importancia y la necesidad de crear un “Código Penal que refleje la realidad guatemalteca”<sup>96</sup> tomando en cuenta la diversidad étnico-cultural, que es más que evidente

---

<sup>94</sup> López Godínez, Rolando. **El derecho consuetudinario**. Pág. 14.

<sup>95</sup> García, Manola. **Despertar garífuna**. Pág. 12-13,

<sup>96</sup> López Godínez, Rolando. **La ignorancia y la incomprensión de la ley penal en el medio indígena guatemalteco**. Pág. 18

y aceptado actualmente, en virtud de que existe entre etnicidad y lo jurídico en Guatemala y los fenómenos sociales en la historia reciente (1956 – 1993), un interés especial en los movimientos de los pueblos indígenas. No debe soslayarse de que una cultura comprende idioma, religión, códigos morales y éticos, normas sociales, sistemas legales, conocimientos, sistemas de símbolos, técnicas, formas de autoridad, arte, artesanía y expresiones estéticas; por lo que una frontera cultural no necesariamente debe ser, ni coincidir con una frontera lingüística, “pues en un país pluricultural y multiétnico como Guatemala, toda cultura debe participar en igualdad de condiciones con las otras culturas del país en la toma de decisiones que afecta a sus habitantes en la construcción y goce de una vida mejor y más digna.”<sup>97</sup>

#### **4.1 Sujeto activo**

Es sujeto activo toda persona que, ante la amenaza de un peligro actual, salva un bien jurídico propio o ajeno. La expresión hecho se refiere a la realización de una acción conjurante que debe ser típica y, por ende, humana.

El sujeto activo de la discriminación es cualquier persona, que por acción u omisión distinga, excluya, restrinja o prefiera, por motivos de género, raza, etnia, idioma, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil; que impidiere o dificultare el ejercicio de un derecho legalmente establecido.

#### **4.2 Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que soporta los efectos de la acción típica realizada por el sujeto activo. Una misma persona no puede ser, simultáneamente, sujeto activo y sujeto pasivo.

El sujeto activo de la discriminación es cualquier persona, grupo de personas o asociaciones, que por acción u omisión se le impidiere o dificultare el ejercicio de un

---

<sup>97</sup> Mayen, Guisela y Danilo Palma. **Cultura, etnicidad y relaciones interétnicas en Guatemala.** Pág. 23.

derecho legalmente establecido o le sea violado un derecho humano tales como: libertad, seguridad, igualdad, dignidad, entre otros.

### **4.3 Bien jurídico tutelado**

Toda norma penal obedece en su creación a la necesidad de proteger bienes jurídicos, es decir, la ley punitiva debe su razón de existir a la consideración de que la política criminal provea sancionar con penas, generalmente de prisión, a las conductas que vulneren gravemente el orden jurídico afectado, por ello, los bienes jurídicos y que mediante otras medidas jurídicas no haya sido posible preservar.

La doctrina sobre los bienes jurídicos ha venido evolucionando. Modernamente el bien jurídico, sobre todo bajo la influencia de la sistemática funcionalista, se contempla desde una perspectiva de política criminal, en razón de la utilidad y función que, para la vida social, preste el tipo penal y la pena.

De conformidad con el Código Penal el bien jurídico tutelado es “la Libertad individual”, pues se ubica dentro del Capítulo I del Título IV de dicho Código. Se desarrollan penalmente los Artículos 3, 4 y 5 de la Constitución Política de la República.

El Artículo 3 en cuanto a que el Estado garantiza y protege la seguridad de la persona, el que establece lo siguiente: El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

El 4 se refiere a la igualdad de todos los seres en nuestro país y su libertad, el que literalmente establece: En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

“El Artículo 5 se refiere a que toda persona tiene permitido hacer lo que la ley no le prohíbe, en consecuencia no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley.”<sup>98</sup>

Al plantear legalmente el valor tutelado por el delito de la discriminación cabe formular las siguientes preguntas: ¿Se viola real y técnicamente la libertad individual? ¿Cómo se atenta contra dicho valor? Del análisis de los elementos material e interno, se deduce que no se atenta contra la libertad individual. Más bien se denota que atenta contra el principio de igualdad plasmado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República, adquiriendo dicho principio, a través del Decreto 57-2002 del Congreso de la República, la calidad de valor tutelado por la ley penal.

Para completar el análisis del bien jurídico tutelado, basta con hacer las siguientes cuatro preguntas: a) ¿Se atenta contra la libertad individual cuando se distingue... por motivos de género, raza, etnia, idioma, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia...? b) ¿Se atenta contra la libertad individual cuando se excluye... por motivos de género, raza, etnia, idioma, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia? c) ¿Se atenta contra la libertad individual cuando se excluye... por motivos de género, raza, etnia, idioma, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia? d) ¿Se atenta contra la libertad individual cuando se prefiere... por motivos de género, raza, etnia, idioma, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia?

Las respuestas serían muy simples, no. Pero al dar una respuesta negativa, el valor tutelable por el Estado a través de la ley penal, queda a la deriva, muy ambiguo y difuso. Con fundamento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convenio y Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados internacionales

---

<sup>98</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Págs. 435 y 437.

en materia de derechos humanos; en la Constitución Política de la República y en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas; se puede responder de que se atenta contra la igualdad y dignidad de la persona.

#### **4.4 Elementos genéricos del delito**

El elemento genérico (el acto) es el soporte del delito, es la base sobre lo que se construye todo el concepto del delito. Los elementos específicos del delito permite diferenciarlos, delito por delito, aunque son inconstantes. Por ejemplo, la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad.

La doctrina clasifica a los elementos del delito para su estudio en:

##### **4.4.1. Esenciales o constitutivos**

Los esenciales o constitutivos varían según se adopte una u otra postura en cuanto a la concepción del delito por su número de elementos. Generalmente los esenciales se clasifican en una concepción trídica, a saber:

- a) Elemento esencial general material: El elemento material u objetivo será la conducta o hecho, según la descripción típica del delito en particular, "la conducta abarca el hacer según el caso, y el hecho contiene la conducta, el resultado material y el nexo causal entre la conducta y el resultado."<sup>99</sup> Sin olvidar que se pueden presentar modalidades de la conducta exigida por el tipo.
  
- b) Elemento esencial general valorativo. Nos encontramos frente a la antijuridicidad, fiel reflejo del elemento general valorativo "o sea cuando habiendo tipicidad, no protege al sujeto una causa de licitud."<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Porte Petit, Celestino. **Apuntamientos de la parte general de derecho penal.** Pág. 272

<sup>100</sup> *Ibíd.* Pág. 272

- c) Elemento esencial general psíquico: Este elemento se da "cuando estamos frente a la culpabilidad, en cualquiera de sus formas: dolo, con sus grados directo o eventual; culpa en alguna de sus clases, con o sin representación."<sup>101</sup>
- d) Elementos esenciales especiales. Denominamos elementos esenciales especiales, a aquéllos que requieren figuras delictivas; mismas que cambian de una a otra figura o delito, dándoles características propias.

Se pueden clasificarlos en:

- a) "Elementos esenciales especiales materiales u objetivos: conducta o hecho.
- b) Elemento esencial especial normativo: jurídico o cultural.
- c) Elemento esencial especial valorativo: antijuridicidad especial.
- d) Elemento esencial especial psíquico:
  - 1. Una determinada dirección subjetiva de la voluntad.
  - 2. Existencia de motivos determinantes.
- e) Elemento esencial especial subjetivo del injusto."<sup>102</sup>

#### **4.4.2. Elementos accidentales**

En la doctrina se denomina elementos accidentales del delito a lo que el Código Penal guatemalteco llama circunstancias que modifican la responsabilidad penal, que comprende las circunstancias atenuantes y las circunstancias agravantes.

---

<sup>101</sup> *Ibíd.* Pág. 272

<sup>102</sup> *Ibíd.* Pág. 273

La antijuricidad y la culpabilidad como elementos positivos del delito, son susceptibles de sufrir ciertos cambios y variar en intensidad, según las circunstancias que concurren en el caso concreto, es decir, que tales elementos pueden ser graduados en más o menos, del hecho. Tales circunstancias son de carácter accidental porque se den o no, el delito de todas maneras existe; y como bien indica Hurtado Aguilar citado por Héctor Aníbal De León Velasco y José De Mata Vela “habrá de tenerse siempre presente, como tesis general, que estas circunstancias son típicamente subjetivas; o del impulso del sujeto. Considera el autor citado que las atenuantes y agravantes tendrán que ir perdiendo, como tales, la importancia en el cuadro general de peligrosidad social, ya que lo que pretenden es demostrar el grado de inadaptación o desacomodación del sujeto en su comunidad; en ese sentido propone que se hable de preferiblemente de circunstancias favorables del procesado.”<sup>103</sup>

Por otro lado hay que advertir que algunos elementos accidentales, por disposición de la ley se convierten en el elemento sustancial de determinado delito. Finalmente se puede indicar que se le llama elementos accidentales a los que no forman parte directa, ni influyen, en la existencia del delito; “estos agravan o atenúan la pena, y son los que la doctrina ha descrito como circunstancias y originan los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, calificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena.”<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José De Mata Vela. **Ob.cit.** Pág. 219

<sup>104</sup>Porte Petit, Celestino. **Apuntamientos de la parte general de derecho penal.** Pág. 272



## CONCLUSIONES

1. En Guatemala, los funcionarios que tienen a su cargo conocer casos y a la vez aplicar las sanciones establecidas en la ley a personas que comentan delito de discriminación, es porque carecen de conocimientos e información al respecto.
2. Guatemala no dispone de un sistema íntegro y de análisis sobre las denuncias por discriminación ni se da seguimiento sobre cada caso presentado ni de las sentencias dictadas para resolver cada denuncia.
3. La discriminación, es un delito en el cual se menosprecia a una persona encontrándose regulada como una conducta delictiva en la legislación guatemalteca. Sin embargo dicha legislación no tiene la suficiente consistencia para garantizar la no discriminación.
4. El principio constitucional de igualdad que garantiza que todas las personas son iguales ante la ley se ha incumplido a consecuencia de la discriminación hacia la mujer lo cual es evidente ya que se le ha privado de incorporarse totalmente a la sociedad por la ausencia de políticas nacionales contra la erradicación de la discriminación de genero.
5. Los Derechos humanos lo conforman leyes y tratados que velan por su cumplimiento y respeto, su fuente más importante es la Declaratoria Universal de los Derechos Humanos, pero no tienen fuerza obligatoria que los proteja ya que solo se trata de una Declaración entre países.



## RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial debe capacitar constantemente a Jueces, Oficiales y a todo el personal en general, para que en su oportunidad puedan responder y ofrecer un servicio adecuado a las personas que son víctimas de discriminación.
2. El Organismo Legislativo debe crear más leyes en favor de la discriminación en Guatemala para fortalecer y garantizar la ya existente y de esa manera poder obtener mejores resultados en cuanto a la discriminación se refiere.
3. La discriminación en Guatemala es una herencia histórica, tomando en cuenta nuestra cultura y por lo tanto es tarea no sólo del Órgano Jurisdiccional sino de todos lo guatemaltecos que debemos tomar conciencia de evitar de discriminar a nosotros mismos y así obtener una mejor convivencia más humana y fraterna.
4. Para erradicar la discriminación en contra de la mujer guatemalteca específicamente, El Estado debe crear políticas viables, coherentes no importando cualquier forma de condición y que se debe tomar en cuenta que como personas tenemos los mismos derechos y obligaciones sin tomar en cuenta el género.
5. El Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala, siendo la máxima autoridad debe hacer cumplir la Ley Constitucional y demás Tratados Internacionales, estableciendo los mecanismos de investigaciones, denuncias y remitir a donde corresponda los casos de personas que han cometido actos delictivos en contra de los Derechos Humanos.



## BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, Cesar. **De los delitos y de las penas**. 1ª. ed. Madrid: Ed. Aguilar, 1982.

BINDER, Alberto. **Proceso penal y diversidad cultural**, el caso de las comunidades indígenas, Revista Boletín Año 1 No. 1. Guatemala 1995.

BACIGALUPO Enrique. **Manual de derecho penal**. Colombia: Ed. Temis, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ Juan. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal hoy**. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1995.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1977.

CARRANCA TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano, Parte General**. México: Ed. Porrúa, 1980.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal**. Madrid: Ed. Tecnos, 1999.

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

Congreso de la República. **Tipificación de la discriminación étnica como delito**.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco**, parte general y especial, 5ª. ed. Guatemala, 1993.

**Discriminación**. Guatemala: Prensa Libre, 27 de febrero 2006.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. 3ª. ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1975

FERNANDO CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal fundamental**. Teoría General del Delito y Punibilidad. Bogotá, Colombia: Ed. Temis S.A. 1989.

GRISANTIS, Hernando. **Lecciones de derecho penal**. Parte General. Valencia, Venezuela: Ed. Vadell Hermanos, 2000.

GARCÍA, Manola. **Despertar garífuna**. Guatemala: Prensa Libre, Revista Domingo 14/11/1996.

GONZÁLEZ CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**.

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

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el Delito. Principios de derecho penal.** Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1980.
- LÓPEZ GODÍNEZ, Rolando Ruperto. **La ignorancia y la incomprensión de la ley penal en el medio indígena guatemalteco.** Tesis de grado. Guatemala: Editorial Universitaria (USAC), 1972.
- La Democracia en América Latina.** Hacia una Democracia de ciudadanas y ciudadanos. PNUD. 2004.
- LÓPEZ GODÍNEZ, Rolando. **El derecho consuetudinario.** Guatemala: Siglo XXI. 30/06/1994.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte general.** 3ª. Ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002.
- MARIÑAS OTERO, Luís. **Las constituciones de Guatemala.** Madrid: 1958.
- MARCHANT, **La Discriminación.** [http://latinamerica.dpi.org/8MARCHANTJAIME-LA DISCRIMINACION\\_001.doc](http://latinamerica.dpi.org/8MARCHANTJAIME-LA DISCRIMINACION_001.doc)
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal parte general.** Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1998.
- MAYEN, Guisela y Danilo Augusto Palma Ramos. **Cultura, etnicidad y relaciones interétnicas en Guatemala.** Guatemala: Ed. ASIES, 1993.
- PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de Derecho Penal.** Guatemala: Impresiones Gardisa, 1979
- POZO, José Hurtado. **Nociones básicas de derecho penal de Guatemala.** Guatemala: Ed. Mayte, 2000.
- Primera condena por discriminación.** (5 de abril 2005). Guatemala: Prensa Libre.
- PORTE PETIT, Celestino. **Apuntamientos de la parte general de derecho penal.** México: Ed. Porrúa, 1991.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. **Tratado de Derecho Penal Internacional.** Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1972.
- ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema de Derecho Penal.** Barcelona: Ed. Bosch, 1972.
- RODRÍGUEZ DEVESA y Serrano Gomes. **Derecho Penal Español.** Parte General 3ª ed. Madrid: Ed. Dikynson, 1985.
- SANZ MORAN, Ángel. **El concurso de delitos en la reforma penal.** Madrid: 1995.
- SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino.** Buenos Aires: Ed. Tea, 1986.

VON BELING, Ernesto. **Esquema del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1944.

WELZEL, HANZ. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Ed. Jurídica Chile, 1970.

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

ZOVATTO, Daniel. **1er. Seminario interamericano educación y derechos humanos**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985.

### **Legislación:**

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

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

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

Código Procesal Penal y sus Reformas. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 51-92.