

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

**ANÁLISIS JURÍDICO PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y
PARTICIPACIÓN CRIMINAL**

LINDSEY NIVIA MELISSA JIMÉNEZ MANSILLA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y
PARTICIPACIÓN CRIMINAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LINDSEY NIVIA MELISSA JIMÉNEZ MANSILLA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto 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 López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal: Lic. Eduardo Chinchilla Girón
Secretario: Lic. Héctor España Pinetta

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Ana Elvira Polanco Tello
Vocal: Licda. Maria Lesbia Leal Chávez
Secretario: Licda. Emma Graciela Salazar Castillo

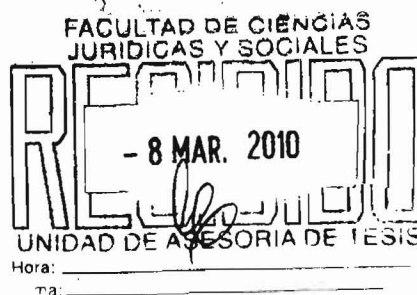
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala, 08 de marzo de 2010

Lic. Marco Tulio Castillo Lufin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Hora: _____
ma: _____

Tengo el agrado de manifestarle que en cumplimiento a la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha dos de septiembre del año dos mil nueve, asesoré el trabajo de tesis de la bachiller: Lindsey Nivia Melissa Jiménez Mansilla, quien se identifica con el carné estudiantil 200110516 y elaboró el trabajo intitulado: **"ANALISIS JURÍDICO DE LOS LINEAMIENTOS PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA"**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me complace hacer de su conocimiento que:

1. Contiene un amplio análisis de los responsables de la comisión de hechos ilícitos, debido a haber tomado parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.
2. El procedimiento para la elaboración de la investigación incluyó la técnica de fichas bibliográficas y documental, así como también los siguientes métodos de investigación: sintético, que estableció la importancia del derecho penal; analítico, el cual determinó la autoría y la participación criminal en Guatemala; el inductivo, señaló su regulación legal y el deductivo, dio a conocer los lineamientos para su delimitación.
3. La redacción empleada en el desarrollo de la tesis es adecuada, además de que la misma contribuye científicamente al estudio de la problemática actual en la sociedad guatemalteca derivada de la realización del delito.
4. Los objetivos se alcanzaron, al establecerse con ellos lo fundamental de estudiar la autoría y la participación criminal de conformidad con la legislación penal vigente, y para lo cual se recolectó la información actualizada y suficiente; apoyándose en doctrina acorde y relacionada con el tema investigado.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

5. La bibliografía utilizada es la acorde, siendo las conclusiones y recomendaciones relacionadas con el contenido de los capítulos de la tesis. Al desarrollar el trabajo de tesis, le indiqué a la bachiller Jiménez Mansilla diversas modificaciones a la introducción, índice y capítulos, al considerar que eran necesarias y la sustentante estuvo conforme en su realización. También se cambió el título de la tesis quedando de la siguiente manera: **“ANÁLISIS JURÍDICO PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL”**.
6. Personalmente me encargué de orientarla durante las etapas correspondientes al proceso de investigación, haciendo uso de la metodología correcta, la cual comprueba la hipótesis relacionada con la importancia de analizar jurídicamente la delimitación entre autoría y participación criminal.

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

Atentamente.

Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3805
9ª. Ave. 13-39, zona 1 Guatemala, C. A.
Tel. 22384102

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNANDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta y uno de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EDGAR WALDEMAR SOLÓRZANO MORALES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante LINDSEY NIVIA MELISSA JIMÉNEZ MANSILLA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL"

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 TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.





Lic. Edgar Waldemar Solórzano Morales

ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado 3810



Guatemala, 2 de julio del 2010

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Castillo Lutín:

Le doy a conocer que acorde al nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha treinta y uno de mayo del año dos mil diez, procedí a la revisión del trabajo de tesis de la bachiller LINDSEY NIVIA MELISSA JIMÉNEZ MANSILLA, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL". Después de la revisión encomendada, le doy a conocer:

1. La ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo; haciendo la división de la misma en cuatro capítulos.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señaló la importancia del estudio de la autoría y de la participación criminal; el sintético, estableció la problemática actual; el inductivo, dio a conocer su combate y el deductivo, indico lo esencial de las leyes y principios jurídicos que forman el derecho penal para aplicarlos a controversias y a sus diversas manifestaciones. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.

Of. 408, 4o. Nivel, Edif. Valenzuela
14 Calle 6-12, Zona 1, Ciudad Capital
Teléfono: 2251-9373 - 2232-2145
1001 Guatemala

2a. Avenida 6-28, Zona 1, Villa Canales
Guatemala - Teléfonos: 6635-0067 / 6635-7640
01065 Villa Canales, Guatemala.

e-mail: licwaldemarlex@hotmail.com

Lic. Edgar Waldemar Solórzano Morales
ABOGADO Y NOTARIO



Lic. Edgar Waldemar Solórzano Morales

ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado 3810

3. La tesis abarca un contenido técnico y científico, señalando con datos actuales la importancia de delimitar la autoría y la participación criminal. Los objetivos determinaron y establecieron lo esencial del papel de los fundamentos jurídicos penales para la solución del combate al delito. La hipótesis formulada fue comprobada, al señalar lo primordial de indicar la forma de determinar la diferencia entre autoría y participación criminal en Guatemala.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente da a conocer un amplio contenido doctrinario y jurídico relacionado con los medios de solución de conflictos según el derecho penal.
5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros que definen medios para implementar en las controversias que giran alrededor del tema principal.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización, siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente

Lic. Edgar Waldemar Solórzano Morales
ABOGADO Y NOTARIO

Of. 408, 4o. Nivel, Edif. Valenzuela
14 Calle 6-12, Zona 1, Ciudad Capital
Teléfono: 2251-9373 - 2232-2145
1001 Guatemala

2a. Avenida 6-28, Zona 1, Villa Canales
Guatemala - Teléfonos: 6635-0067 / 6635-1640
01065 Villa Canales, Guatemala.

e-mail: licwaldemarlex@hotmail.com



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, ocho de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LINDSEY NIVIA MELISSA JIMÉNEZ MANSILLA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL. 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: Que me regaló la vida y la sabiduría para cumplir mis metas.

A MI PADRE: Enio Jiménez, por su ejemplo de vida y sacrificio, porque gracias a ello forjó en mi el deseo incansable de luchar por mis sueños y no dejar vencerme por las adversidades. Gracias papi. Te amo.

A MI MADRE: Alma Mansilla, mi modelo a seguir, quien con su dulzura, amor, sacrificio y apoyo me hizo la mujer que ahora soy, gracias por creer en mí. Te amo.

A MI ESPOSO: Armando García, la persona más especial de mi vida, por su amor, paciencia, comprensión, motivación y amor incondicional sin lo que hubiese sido imposible cumplir este sueño. Gracias mi amor. Te amo.

A MIS HERMANOS: Christian y Andy, a quienes amo con todo mi corazón y les agradezco su amor y apoyo en todo

este proyecto que hoy culmina, este triunfo también es suyo.

A MIS ABUELITAS:

Celia Mansilla y Hermenegilda Jiménez, porque sé que este triunfo sería motivo de orgullo para ellas.

A MI ABUELITO:

Aureliano Jiménez, aunque no esta presente físicamente sé que es de gran orgullo para él.

A MI FAMILIA:

Porque cada uno dio su granito de arena en este sueño que hoy es una realidad.

A MIS AMIGOS:

Mery, Martita, María José, Lidia, Carol, Hilda, Susy, Elzy, Gaby, Aleyda, Delia, Sergio, Manuel, Carlos, Oscar, Emerson y Fredy, por su apoyo en todos los momentos de mi vida y porque gracias a ellos se lo que es una amistad verdadera.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, siempre la llevare en mi corazón.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El delito.....	1
1.1. Elementos del concepto de delito.....	2
1.2. La acción.....	4
1.3. La tipicidad.....	6
1.4. La antijuricidad.....	8
1.5. La culpabilidad.....	10
1.6. La punibilidad.....	11
CAPÍTULO II	
2. La pena.....	13
2.1. Fines.....	14
2.2. Relación entre los fines de la pena.....	19
2.3. Características.....	21
2.4. Clasificación.....	23
2.5. Criterios.....	28
2.6. Fases de la determinación de la pena.....	30
2.7. Adecuación típica.....	30
2.8. Delito continuado.....	32
2.9. Medidas de seguridad.....	34
2.10. Causas que extinguen la responsabilidad penal y la pena.....	38

	Pág.
2.11. Responsabilidad derivada del delito.....	42
CAPÍTULO III	
3. Ley penal.....	45
3.1. Principio de legalidad.....	46
3.2. El concepto material.....	51
3.3. Definición de ley penal.....	57
3.4. Características.....	58
3.5. Forma de la ley penal.....	61
3.6. Especies de la ley penal.....	62
3.7. Leyes penales en blanco.....	63
3.8. Fuentes.....	65
3.9. Interpretación de la ley penal.....	70
3.10. Clases de interpretación.....	72
CAPÍTULO IV	
4. La delimitación entre autoría y participación criminal.....	77
4.1. Conceptualización unitaria del autor.....	77
4.2. Conceptualización dualista de la participación.....	78
4.3. Delimitación.....	78
4.4. Teoría objetiva de la participación.....	79
4.5. Teoría subjetiva de la participación.....	79
4.6. Teoría del dominio del hecho.....	79
4.7. Autoría inmediata.....	82

	Pág.
4.8. Coautoría.....	82
4.9. Autoría mediata.....	82
4.10. Autoría mediata con instrumento imputable.....	84
4.11. Autoría mediata con instrumento sometido a error.....	85
4.12. Autoría mediata con instrumento sometido a coacción.....	85
4.13. La complicidad.....	85
4.14. Complicidad técnica e intelectual.....	87
4.15. Complicidad por omisión y complicidad en delitos de omisión.....	88
4.16. Delimitación entre autoría y participación criminal.....	88
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se seleccionó, debido a la importancia de analizar la problemática que plantea la intervención de varias personas en la comisión de un delito, siendo la dogmática jurídico penal de utilidad para la determinación de la diferencia entre autoría y participación criminal.

La vastedad de criterios con los cuales se busca darle solución a la temática planteada es representativa de un difícil obstáculo de superar. Pero, el criterio de distinción predominante se adhiere a la consideración del dominio del hecho mediante el cual el autor de un delito es quien domina objetiva y subjetivamente la realización del delito, al grado que, sin su intervención y decisión en la realización del suceso; el mismo no puede cometerse.

La hipótesis formulada es de importancia, y dio a conocer que se tiene que delimitar la autoría y la participación criminal, para establecer el dominio del hecho cuando uno o varios sujetos realizan de forma personal la totalidad de la conducta descrita en el tipo delictivo.

Los objetivos tanto generales como específicos, se determinaron al señalar los mismos la importancia de analizar jurídicamente la delimitación entre autoría y participación criminal. Los métodos utilizados fueron los que a continuación se indican: analítico, sirvió para determinar la autoría y la participación criminal; el sintético, indicó las

doctrinas penales existentes en relación al tema; el deductivo, señaló su regulación legal y el inductivo, estableció la importancia de su análisis jurídico en Guatemala. Las técnicas empleadas fueron las siguientes: documental y de fichas bibliográficas con las cuales se recolectó la suficiente información actual relacionada con el tema.

La tesis fue dividida en cuatro capítulos, de los cuales: el primero, es referente al delito, elementos del concepto del delito, la acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad; el segundo, señala la pena, sus fines, clasificación, características, criterios, fases de su determinación, adecuación típica, el delito continuado, medidas de seguridad, causas que extinguen la responsabilidad penal y la pena; el tercero, indica lo relacionado con la ley penal, principio de legalidad, concepto material, definición, características, formas y especies, fuentes, interpretación y clases y el cuarto, da a conocer la delimitación entre la autoría y la participación criminal, conceptualización unitaria y dualista, teoría objetiva y subjetiva, autoría inmediata, coautoría, autoría mediata y la complicidad.

El trabajo de tesis constituye un aporte de carácter científico para la bibliografía del país, al ser la misma un aporte al conocimiento de la relación de la doctrina con la realidad empírica relacionada con la autoría y participación criminal.

CAPÍTULO I

1. El delito

Es fundamental el estudio de los elementos integrantes del delito, los cuales normalmente tienen aceptación en la doctrina y además son reconocidos legalmente.

La teoría jurídica del delito se ha ocupado de los elementos constitutivos del delito, la cual se ha encargado para el efecto de la depuración de los elementos integrantes del comportamiento delictivo y que en la actualidad cuenta con gran aceptación.

Debido a que la legislación penal guatemalteca no contempla una definición que de manera expresa determine lo que se tiene que comprender por delito, es fundamental que se tomen en consideración los elementos puestos de manifiesto por la teoría jurídica, la cual se puede emplear confiablemente debido a ser el resultado de una larga elaboración de carácter científico que se renueva de manera constante.

“El derecho penal puede estar orgulloso de haber proporcionado a la ciencia jurídica un grado tan eminente de avance teórico mediante la utilización racional de la especulación abstracta y la aplicación rigurosa de la lógica jurídica, la profundidad que ha alcanzado la teoría del delito, la sistematización tan acabada que se procura para ella y el nivel de versación jurídica que es necesario para su dominio, la

convierten en un verdadero paradigma de las construcciones racionales que es capaz de producir el derecho”.¹

En consecuencia a lo anotado, el intérprete tiene que aplicar el criterio lógico otorgado por la teoría jurídica del delito, siendo la misma la que da a conocer que para que exista el delito se tienen que dar una serie de diversos elementos, los cuales se encuentran lógicamente escalonados, y que demuestran su existencia.

Sus elementos son la acción u omisión, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, los cuales son elementos que han dado lugar al llamado concepto analítico del delito. Se les denomina de esa forma debido a que proceden por la acumulación de componentes de forma aislada que se encuentran en relación lógica y necesaria, de manera que cada uno de sus elementos presupone la existencia de los anteriores, renunciándose a una noción conjunta de lo que representa el hecho delictivo.

1.1. Elementos del concepto de delito

De conformidad con la base de la teoría del delito, se encuentra el comportamiento del ser humano, debido al cual el intérprete tiene que empezar por determinar si lo que tiene bajo análisis consiste en un comportamiento o conducta humana. El concepto de acción determina un papel de importancia en la teoría general del delito.

¹ Novoa Monreal, Eduardo. **Causalismo y finalismo en derecho penal**, pág. 11.

Es a partir del mismo y a través de distintas elaboraciones teóricas que se introducen los distintos elementos del delito.

El elemento de la tipicidad señala que la conducta penalmente importante se deduce a las diversas descripciones que lleva a cabo la ley penal de la legislación positiva, la cual presenta diversos tipos, los cuales son conceptos de carácter formal y que el legislador lleva a cabo por abstracción.

En lo relacionado al elemento de la antijuricidad, el mismo consiste en una de las herramientas de mayor antigüedad de los penalistas, desde que se señaló la importancia y las características fundamentales de la ley del Estado, y que más tarde se definió entre la conducta llevada a cabo y la prescrita a través del orden jurídico.

“El elemento de la culpabilidad ha sufrido diversas transformaciones históricas. Si para el causalismo contenía sobre todo las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa, en la actualidad, a partir del concepto finalista de la acción, se acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido estén en el tipo, dando lugar a tipos dolosos e imprudentes”.²

De conformidad con la cita anterior, la culpabilidad consiste en un juicio de reproche de conformidad con el mandato de la norma penal.

² Díez Ripollés, José Luis. **Manual de derecho penal guatemalteco**, pág. 143.

Por último se encuentra la punibilidad, la cual es un elemento que aporta diversos contenidos de oportunidad y conveniencia precisos en determinados casos para el alcance pleno del concepto del delito.

1.2. La acción

Los tipos penales son referentes a las conductas en general, en las cuales se abarcan tanto los comportamientos activos como también los omisivos. La acción o conducta en sentido amplio, consiste en todo comportamiento que se deriva de la voluntad del hombre, y la voluntad implica siempre una finalidad. La acción es por ende el ejercicio de una voluntad final. La dirección final se lleva a cabo en dos fases, siendo las mismas una interna que ocurre siempre dentro de la esfera del pensamiento, y en donde el autor se impone la realización del fin seleccionando los medios, y la otra externa u objetiva como también se le denomina, en la cual se lleva a cabo lo planeado en el mundo exterior.

Cuando dentro de un comportamiento humano es inexistente el componente relativo a la voluntad no se puede decir que existía acción, tal y como ocurre en los casos relacionados con la fuerza material irresistible o fuerza exterior como se le denomina en la legislación penal de Guatemala.

El Artículo 25 inciso 2º del Código Penal señala: “Son causas de inculpabilidad:
Fuerza exterior: ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él”.

La falta de voluntad y consecuentemente el que actúa violentado por fuerza material irresistible no lleva a cabo una acción penalmente relevante. Lo mismo sucede con los casos de movimientos reflejos, los cuales son ingobernables por la voluntad, y aquellos otros que se llevan a cabo en estado de inconsciencia no deliberada.

Al llevar a cabo la acción se produce una mutación en el mundo circundante, o sea un resultado. Entre la conducta y el cambio que se lleva a cabo en el mundo fáctico como efecto de esa conducta, tiene que existir una conexión o relación, que se denomina relación de causalidad.

Cuando el resultado no se lleva a cabo, a pesar de la ejecución de los actos del delito y a la voluntad en ese sentido dada a conocer, surge la figura de la tentativa. La acción y el resultado son los dos aspectos distintos con los cuales cuenta el delito, y los que se entrelazan de forma precisa debido a la relación de causalidad.

La acción en su forma pasiva es la omisión. La omisión de interés para el derecho penal consiste en aquella en la cual el sujeto no actúa a pesar de que tenía capacidad de actuar.

La acción y la omisión cumplen en la teoría del delito la función de elementos básicos, lo cual no implica la necesidad de que sean pertenecientes a la acción o a la omisión de todos los elementos que luego van a ser tomados en consideración en el tipo de lo injusto.

1.3. La tipicidad

Consiste en la característica principal que se encuentra en el hecho descrito en la ley como delito. Es una consecuencia del principio de legalidad, debido a que solamente los hechos que se encuentran descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden ser considerados como tales. El tipo penal llega a ser entonces la abstracta descripción de la conducta, y cuenta con tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora.

En lo relacionado a la función seleccionadora del tipo, la misma es referente a que existe una selección del legislador entre todas las conductas humanas, por medio de la cual se determinan finalmente como delitos aquellos socialmente intolerables y que lesionan los bienes jurídicos fundamentales tutelados a través del orden jurídico. A su vez, la función de garantía es el reflejo directo del principio de legalidad, y expresa que solamente los comportamientos que se encuentran descritos como delitos en la ley correspondiente pueden ser sancionados. La función motivadora del tipo es referente a que, a través de la amenaza de la sanción establecida en él, la ciudadanía se ve conminada a llevar a cabo sus actuaciones de conformidad al orden establecido.

Los tipos penales cuentan con dos componentes de carácter fundamental: el primero consiste en el aspecto objetivo, el cual es referente a lo externo de la conducta, y el segundo es el aspecto subjetivo, el cual alude al elemento psicológico del comportamiento.

En lo que respecta al aspecto objetivo, se puede claramente distinguir entre los tipos de acción o de sencilla actividad, los cuales se constituyen solamente por un determinado comportamiento, y por los tipos de resultado, en los que además forma parte de ellos un efecto separado a la conducta, el resultado, y la relación correspondiente de causalidad entre la acción y el resultado.

En lo relacionado con el aspecto de carácter subjetivo del tipo, se distingue entre los tipos dolosos y los tipos imprudentes o culposos. De los primeros forma parte la voluntad consciente del sujeto, la cual se encuentra encaminada a la realización del comportamiento delictivo, mientras que en los segundos no existe dicha voluntad, ya que en su lugar se exige que el sujeto lleve sus actuaciones de forma descuidada, sin tomar en consideración el peligro que se deriva de su comportamiento. En ocasiones en los delitos dolosos se exigen otros elementos subjetivos además del dolo, que han sido llamados elementos subjetivos del tipo.

El *iter criminis* consiste en el conjunto de los actos tanto internos como externos que constituyen la acción y la omisión. Pero no todo ese camino interno y externo puede ser sancionado a través de normas penales, en atención a la seguridad jurídica. En cuanto a los actos de preparación externa del delito, los mismos pueden ser confundidos con actividades que no son de carácter delictivo, por lo cual son penados solamente en determinados actos preparatorios.

Debido a lo anotado, el Artículo 14 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula como norma de carácter general, para señalar la

tipicidad, determinado grado de desarrollo del comportamiento, o sea el comienzo de la ejecución del hecho a través de actos exteriores de carácter idóneo. El mismo señala: “Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”.

Existen determinadas acciones que a pesar de ser típicas, no cuentan con relevancia para la sociedad guatemalteca.

1.4. La antijuricidad

Por antijuricidad se entiende la relación de contradicción con el orden jurídico establecido. Esta contradicción ya se ha dado, aun de forma provisional, en lo relacionado a que con la misma se comprueba la realización del tipo.

Pero, en determinadas acciones en principio contrarias con el orden jurídico pueden en determinados casos tomarse en consideración como finalmente ilícitas, lo cual ocurre cuando procede la aplicación de una causa de justificación, la cual convierte en lícita una actuación que, sin tal causa, es antijurídica.

De esa forma, las causas de justificación lo que buscan es dejar de manera excepcional la infracción de los mandatos o de las prohibiciones contenidas dentro de los tipos, cuando concurren determinadas circunstancias que al legislador le parecen de importancia para la protección del bien jurídico protegido en el tipo.

La legítima defensa es una de esas causas de justificación, siendo el fundamento de la misma la necesidad en que se pueda encontrar un individuo de defender de manera inmediata sus bienes jurídicos, unidos al hecho de la agresión a través de una acción que no es justa y que por ende no tiene que ser soportada.

El legislador ha previsto para estos casos un precepto de carácter permisivo que autoriza para la realización del tipo delictivo que es preciso neutralizar con la agresión ilegítima.

El estado de necesidad consiste en otra situación que legitima un comportamiento de orden típico.

De conformidad con la legislación penal guatemalteca, dicha situación se da cuando se comete un hecho en principio delictivo obligado por la necesidad de salvarse o bien de salvar a otros de un peligro, no ocasionado por una persona de forma voluntaria ni evitable de otra forma, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

De lo que se trata, es de una situación de conflicto de intereses, en la cual el peligro actual e inminente para ello solamente puede ser realizado a través de la lesión de otros intereses o bienes jurídicos.

Existen dos grupos de casos relacionados con el estado de necesidad, siendo los

mismos: el primer grupo, relativo al fundamento de la exención para la salvación de los intereses objetivamente de mayor importancia, o sea es el estado de necesidad justificante, que lleva lícita la conducta típica llevada a cabo para salvar dicho interés. Dentro del otro grupo el interés lesionado es igual al que se salva, o sea que en este caso la conducta típica llevada a cabo continúa siendo antijurídica.

1.5. La culpabilidad

Quien actúa antijurídicamente y ha realizado un comportamiento típico y lesivo de un bien jurídico penalmente protegido, sin que además pueda contar con el amparo de una causa de justificación que haga de su conducta una actuación lícita, es culpable.

“La culpabilidad aporta un elemento más, en cuya virtud se hace un juicio de reproche a quien ha optado por comportarse antijurídicamente, siendo así que ha estado en condiciones de actuar lícitamente, tal como lo prescribe el derecho. El reproche se fundamenta en que ha tenido la posibilidad de escoger o, si se quiere formular de otro modo, de ser motivada por la norma a abstenerse del comportamiento delictivo”.³

Para la determinación de la culpabilidad de una persona es fundamental que cuente con los siguientes requisitos: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, consistente en contar con la madurez física y psíquica para poder determinarse de conformidad como lo indica la ley penal; el conocimiento de la antijuricidad, ello es, que el

³ Muñoz Conde, Francisco. **Protección de bienes jurídicos como límite constitucional al derecho penal**, pág. 24.

individuo tiene que poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley; la exigibilidad de obediencia al derecho, la cual supone que el comportamiento antijurídico se ha llevado a cabo en condiciones normales, debido a que existen determinadas situaciones de carácter excepcional en las cuales al sujeto, a pesar de ser imputable y conociendo dicha prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas jurídico penales.

1.6. La punibilidad

Se configura como el último de los requisitos que tiene que ser cumplido para poder afirmar que se ha dado un delito en todos sus elementos. Con ella se asegura de que no concurren razones de oportunidad o de conveniencia favorables para no imponer la pena, a pesar de que exista un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

CAPÍTULO II

2. La pena

Es la imposición de un mal proporcionado al hecho consistente en la privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que haya cometido. Es una retribución por dicho mal, sin que con ello quede decidido hasta qué punto debe servir exclusivamente a este fin de retribución. Se basa en la conminación fijada en la ley penal que adquiere su forma mediante la imposición y es experimentada por el castigo con la ejecución.

“La pena en el sentido auténtico y estricto de la palabra, corresponde aún en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido. Es el cumplimiento de lo determinado en una sentencia penal”.⁴

La pena es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho penal. Su aparición está unida a la del propio ordenamiento punitivo y constituye por la gravedad de su contenido, el recurso de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia.

Es una privación de bienes jurídicos prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo. El que la pena sea una privación de los bienes jurídicos, es decir, algo negativo para aquel

⁴ Cabanellas Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 242.

al que se le impone, que aparece vinculado a la realización de un delito, no tiene por que suponer ya una determinada respuesta, ni a la pregunta de por qué se castiga, ni para qué se castiga. No tiene por qué conducir necesariamente a la admisión de una determinada finalidad en la pena sino que a la explicación desde distintos planteamientos. La justificación de la pena no puede ser distinta de la dada para el derecho penal en general y de la necesidad de su utilización para el mantenimiento y evolución de un determinado orden social.

2.1. Fines

Los motivos de los castigos son merecedores de distintas respuestas que pueden sistematizarse en tres grandes grupos:

Teorías absolutas de la retribución: las teorías absolutas rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia pena, la cual se agota a sí misma en cuanto al mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo. Es decir, la pena es retribución del delito cometido.

El que deba imponerse una pena es retribución del delito cometido. El que deba imponerse una pena al que ha cometido un delito, debe ser entendida, como una exigencia de justicia. Desde este punto de vista, pretender lograr fines distintos a la mera retribución del hecho cometido supone una utilización del hombre que contradice el valor que él tiene en sí mismo, al implicar equipararle a una cosa.

Su formulación ha de ser entendida en los condicionamientos del momento histórico en que se elaboran y se concreta en la necesidad de valorar al hombre por sí mismo frente a los excesos absolutistas y de los primeros revolucionarios, unida a una gran influencia de la tradición protestante.

Las teorías absolutas, en cuanto tales, carecen de vigencia en la actualidad y, con razón, se estimula que aportan exclusivamente una explicación al por qué se castiga, al fundamento de la pena, pero no aclaran el contenido de los fines.

Teorías relativas: la formulación de las teorías relativas busca lograr fines que estén fuera de la propia pena. En concreto, evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. Se pretende imponer la pena para que se abstengan de delinquir, bien los miembros de una determinada comunidad, prevención general, bien aquel que cometió el hecho delictivo, prevención especial. En ambos casos la pena está orientada hacia el futuro, pretende prevenir determinadas conductas y, de este modo, mantener la convivencia social, que a diferencia del carácter absoluto de la justicia, es algo históricamente determinado y, por tanto, relativo.

Teoría de la prevención general: para la misma la pena se dirige a los miembros de una colectividad para que en el futuro, ante la amenaza de la pena, se abstengan de delinquir. Originalmente se entendió como la coacción que a través de la ejecución de la pena se realizaba sobre los miembros de una comunidad, lo que de hecho llevó a cometer excesos en la ejecución.

La evidencia de la repercusión de la amenaza penal sobre los integrantes de la comunidad fue utilizada en sus construcciones por los sostenedores de la coacción psicológica, estableciéndose con ello las bases teóricas del moderno contenido de la prevención general. Para la misma es fundamental señalar una explicación para poder explicar desde la intimidación las conexiones de la prevención general con el sistema social.

La prevención general nunca ha sido cuestionada en cuanto tal, sino siempre en cuanto se entiende que presenta un grave problema, su falta de límites. Esta objeción aparece reforzada por la abundancia de ejemplos históricos de utilización del derecho penal con fines intimidatorios. Todo ello lleva a la afirmación de que la prevención general puede conducir a la pena. El problema básico de afrontar consiste, por tanto, en establecer el criterio de limitación de la prevención general, si han de incorporarse limitaciones que provengan de otros fines de la pena, o si por el contrario de la profundización del propio contenido se satisfacen las exigencias de delimitación de la actuación del Estado, y se evita una utilización perversa de la sanción penal, o finalmente esos límites provienen de la proyección sobre la pena de las garantías incorporadas al propio núcleo del derecho penal.

Teoría de la prevención especial: con la misma se pretende evitar que aquel que ha delinquido vuelva a hacerlo es decir, frente a la prevención general que pretende incidir sobre los restantes miembros de la comunidad, la prevención especial busca realizarlo sobre aquel que ha cometido un hecho delictivo.

El origen moderno de esta finalidad está en la aportación del positivismo criminológico. El estudio de las causas de la criminalidad llevó a centrar los efectos de la reacción penal sobre el delincuente y en concreto, sobre la peligrosidad por él manifestada.

El posibilitar la vida en sociedad a través de la protección de bienes jurídicos realizada mediante la actuación encaminada a que no cometan actuaciones ilícitas aquellos que no son delincuentes sino precisamente las personas más preocupantes por haber respecto de ellas un dato seguro, que ya han delinquido, constituye una finalidad necesaria racional a afrontar por el Estado social y democrático de derecho, pero ha de estar limitada por las exigencias del propio modelo de Estado y por la finalidad última de protección de bienes jurídicos que debe desempeñar el derecho penal.

Su objetivo es el de hacer participar o mejor, de volver a hacer participar de valores una sociedad a aquél a quien se ha impuesto una pena y que ha sido cuestionada. El problema de marginalidad social en la sociedad guatemalteca, su relación con la criminalidad, la propia actuación del derecho penal y las instituciones penales como factor de marginalización, inciden directamente sobre las mismas bases de la idea de resocializar.

El punto de partida de cualquier reflexión sobre esta finalidad ha de consistir en la irrenunciabilidad histórica de la pena de prisión. Si la pena de prisión subsiste es siempre preferible la idea de una relación personal tendente a la resocialización,

que la injerencia que supone una ejecución de custodia y retribución. La renuncia a la resocialización implica un indudable retroceso, una deshumanización de la ejecución que deja prácticamente en cero las posibilidades que deben mantenerse, relativas a que el recluso retorne a la sociedad. Renunciar a esta meta supone renunciar a la evolución científica y constituye, en suma, la admisión legal de una pena cuyo contenido, al quedar limitada no permite otras posibilidades de resocialización.

Es un tipo de pena al que se le asignaron en un principio, finalidades exclusivamente retributivas y de expiación pero que en ningún caso fue pensada para la reintegración social.

A pesar de esta primera objeción básica de falta de idoneidad del medio elegido para obtener un fin, se ha intentado y se intentan introducir en el régimen penitenciario modificaciones que afectan esencialmente a su contenido y que posibiliten a través de la prisión el aproximarse a tal finalidad. Frente a estas tentativas existen tres objeciones: ineficacia, dada las condiciones de la actual vida en prisión; peligros para los derechos fundamentales del delincuente y falta de medios adecuados y personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz.

Las tres objeciones se ajustan a la realidad de las prisiones, pero las tres son superables a mediano plazo a través de una vía reformista. El enorme costo social que representa el hecho delictivo obliga a plantearse la ineludible necesidad de

realizar las inversiones económicas que permitan solventar alguno de estos problemas.

“La prevención especial es una finalidad acorde con las exigencias del Estado democrático de derecho. La consideración crítica del optimista concepto de resocialización conduce a intentar una nueva formulación del mismo sobre la base del objetivo de vida sin delito y tratamiento libremente aceptado que desarrolle la personalidad del reo”.⁵

La privación de libertad está en relativa contradicción con la idea de resocialización, pero a pesar de ello, no es pensable la renuncia a la prisión como pena. Tal contradicción ha de ser llevada a cabo por medio de una utilización más restringida y, a través de variaciones sustanciales en su contenido.

2.2. Relación entre los fines de la pena

La prevención en sus dos vertientes, general y especial, es la finalidad que debe afrontar la pena en el marco del Estado social y democrático de derecho, pues, ambas finalidades aparecen como adecuadas a la meta última y posibilitan la vida en sociedad mediante la tutela de las condiciones básicas que permiten la subsistencia y evolución de un sistema social.

“La asignación de una doble finalidad plantea el problema de las relaciones entre

⁵ Zaffaroni, Raúl. **La creciente legislación penal y los discursos de emergencia**, pág. 28.

ambos fines y, en concreto de los eventuales conflictos entre las exigencias de uno y otro signo”.⁶

La fase de la amenaza es la del momento legislativo, el fin que persigue la pena es de prevención general, con arreglo a la naturaleza de las cosas lo cual no puede ser de otra manera.

Las exigencias preventivas y generales se satisfacen a través de una cantidad de penas establecidas en un marco penal dentro del cual se produce la concreción de las mismas.

La fase de aplicación es la que tiene lugar en el proceso penal y concluye con la sentencia. En ella el juez concreta la pena en función de las características del caso concreto.

En la pena establecida por el Juez, las exigencias de prevención general se concretan en la necesidad de determinación de la misma dentro de los límites señalados por la ley. La aplicación del precepto legal condiciona el que la ley vea realizados sus efectos de prevención general. En cierto sentido el nivel de eficacia preventiva general de un precepto depende directamente de su aplicación. Pero, por otra parte, la fase de aplicación de la pena desarrolla por sí misma una función de prevención general. El hecho de verse mezclado en un proceso penal lleva implícito un efecto íntimamente derivado de sus negativas implicaciones sociales.

⁶ Roxin, Claus. **Derecho penal**, pág. 85.

La ejecución es la prevención especial y la finalidad fundamental que se desarrolla por la pena en la última fase del derecho penal. La prevención especial tiene que tener su lógica realización en el marco de la ejecución. Las penas que implican la privación de libertad deben, por tanto, encaminarse hacia la resocialización del reo, entendida ésta como vida sin delitos.

Así, el paso de un grado a otro en el sistema penitenciario se establece en función de exigencias preventivas y especiales. Estas también explican instituciones que afectan a la ejecución, como la condena condicional.

A pesar de ello, el hecho del cumplimiento de la pena tiene consecuencias de prevención general, al actuar como condición última de la consecución del efecto de prevención general buscado por el legislador. Si sistemáticamente no se cumplieran las penas previstas por el legislador desaparecería su potencial intimidante.

2.3. Características

Son características de la pena las siguientes: legalidad, proporcionalidad, individualidad, irrevocabilidad, aflictividad y publicidad.

Legalidad: no se puede imponer a nadie una pena que no esté prevista en tipo penal, que no sea la consecuencia de proceso adelantado de acuerdo con disposiciones legales preestablecidas y que no haya sido dictada por juez competente. Es la aplicación de los principios de nullum crimen, nulla poena

sine lege; nulla poena sine indicio y nemo iudex sine lege.

Proporcionalidad: la pena debe ser proporcional al delito cometido; es importante señalar una proporcionalidad cualitativa que tiene en cuenta la naturaleza de la infracción y de una proporcionalidad cuantitativa que se refiere a su mayor o menor gravedad.

Debe puntualizarse, sin embargo, que esta característica de la pena no sólo se refiere al delito sino a la personalidad del delincuente.

Individualidad: es obvio el desarrollo de este principio relativo a que la pena sólo puede alcanzar el autor o cómplice de la infracción; quedando así superadas las penas primigenias del derecho penal en las que, además del autor del delito, eran castigados su familia, clan o tribu.

Este principio comprende el importante problema de la individualización de la pena, el cual se opone, en cierto modo al dogma penal de la igualdad, no por que respete a los delincuentes, categorías y privilegios, sino por que, partiendo de la base de la adaptación de la pena al delincuente.

Irrevocabilidad: una vez impuesta la pena mediante sentencia ejecutoria debe cumplirse ineludiblemente, no hay otra forma de asegurarse el imperio de la justicia punitiva, la satisfacción y la protección al ofendido y protección de la colectividad.

“Este rígido concepto retribucionista ha sufrido en los últimos tiempos no pocas modificaciones: los institutos, el perdón judicial, de la condena y liberación condicionales y en general las causales de extinción de la punibilidad en concreto, son excepciones al principio de la inderogabilidad de la pena”.⁷

Aflictividad: la pena es aflictiva; esa era antiguamente su finalidad; hoy no lo es; pero no puede desconocerse que su aplicación produce sufrimiento en alguna medida para el reo, dado que ella se concreta en la pérdida o suspensión de un derecho de contenido personal, social o económico.

Publicidad: la pena que se impone al condenado debe ser conocida públicamente; este principio tiene por objeto permitir que la sociedad sepa cuál fue el resultado del proceso y pueda estar segura de que la justicia es administrada rectamente pero inexorablemente por quienes están encargados de dispensarla.

2.4. Clasificación

En la doctrina, el derecho penal ha presentado una serie de clasificaciones en cuanto a las penas, tomando en consideración varios aspectos, como el fin que se proponen, la materia sobre la que recaen, el bien jurídico que privan o restringen, el modo como se imponen, su duración, su importancia. Las más importantes son las siguientes:

⁷ Arenas, Antonio Vicente. **Compendio de derecho penal** pág.

Atendiendo al fin que se proponen alcanzar:

Intimidatorias: son aquellas que tienen por objeto la prevención individual, influyendo directamente sobre el ánimo del delincuente primario, con el fin de que no vuelva a delinquir.

Correccionales: son aquellas que tienen por objeto la rehabilitación, la reforma, la reeducación del reo, para que pueda reincorporarse a la vida social como un ser útil a ella, desintoxicándolo de todo tipo de manifestaciones antisociales; se dice que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente pero aún considerados como corregibles.

Eliminatorias: son aquellas que tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligroso. Se entiende que su eliminación tiene por finalidad separarlos de la sociedad en consideración a su alto grado de peligrosidad criminal, de tal manera que se puede lograr imponer la pena capital para privarlo de su existencia.

Atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que privan o restringen:

Pena capital: mal llamada también pena de muerte, ya que realmente es una condena de muerte porque en realidad, lo que priva al delincuente condenado a ella es la vida; la pena capital o pena de muerte consiste pues, en la eliminación física

del delincuente en atención a la gravedad del delito cometido y a la peligrosidad criminal del mismo; ha sido y actualmente es muy discutible en la doctrina científica del derecho penal, ha dado lugar ha encendidos debates entre abolicionistas que propugnan sobre la desaparición de la pena de muerte, y antibolicionistas que propugnan porque se mantenga la imposición de la misma.

Pena privativa de libertad: consiste en la pena de prisión o de arresto, que priva al reo de la libertad de movimiento, es decir, limita o restringe el derecho de locomoción y movilidad del condenado, obligándolo a la permanencia en una cárcel, granja penal, centro penitenciario o centro de detención por un tiempo determinado.

Científica, técnica y moralmente ejecutada la pena privativa de libertad, debe influir positivamente en el condenado con el fin de retribuir la comisión del delito y ante todo rehabilitarlo, reeducarlo y reformarlo para su nuevo encuentro con la sociedad, de lo contrario la cárcel puede convertirse en un centro de prevención y los reos en peligrosos criminales, lo cual es totalmente contrario a los fines de la ejecución en el derecho penitenciario moderno.

Pena restrictiva de derechos: son aquellas que restringen o limitan ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley, tal es el caso de las habilitaciones y suspensiones que contemplan las legislaciones penales.

Pena pecuniaria: son penas de tipo patrimonial que recaen sobre la fortuna del condenado tal es el caso de la multa, o sea el pago de una determinada cantidad de

dinero, y el comiso o pérdida a favor del Estado de los objetos o instrumentos del delito, así como la confiscación de bienes que consisten en la pérdida del patrimonio o parte del mismo a favor del Estado.

Penas infamantes y penas aflictivas: las penas infamantes privan o lesionan el honor y la dignidad del condenado, tenían por objeto humillar al condenado, tal es el caso de la obligación de vestir de determinada manera. Las penas aflictivas son penas de tipo corporal que pretendían causar dolor o sufrimiento físico sin privarlo de la vida, eran llamadas también aflictivas debiles porque no dejaban huella permanente en el cuerpo y dejaban señales permanentes en el cuerpo de de quien las había sufrido.

Afortunadamente este tipo de penas ya han desaparecido de las legislaciones penales modernas, y tan sólo han quedado como un recuerdo histórico en la evolución de las ideas penales.

Atendiendo a su magnitud:

Penas fijas o rígidas: son aquellas que se encuentran muy bien determinadas en forma precisa e invariable en la ley penal, de tal manera que el juzgador no tiene ninguna posibilidad legal de graduarlas en atención al delito y a la culpabilidad del delincuente porque ya viene fijas en la ley.

Penas variables, flexibles o divisibles: son aquellas que se encuentran determinadas en la ley penal, dentro de un máximo y un mínimo, de tal manera que puedan ser

graduadas por el juzgador en el momento de emitir el fallo atendiendo a las circunstancias que influyeron en la comisión del delito y personalidad del delincuente. Este tipo de penas es el que presenta actualmente el Código Penal guatemalteco, obligando prácticamente al juez a un estudio técnico y científico del proceso y del detenido a fin de graduar la pena de la manera más justa y precisa con atención a la culpabilidad y a la responsabilidad del penado; sin embargo, y a pesar de existir este tipo de penas, muchas veces se ha hecho caso omiso del fin de las mismas y de manera arbitraria, injusta e ilegalmente se han predeterminado patrones para la imposición de las mismas, lo cual a todas luces resulta un absurdo jurídico, que atenta contra los principios elementales de la imposición de las penas en el derecho penal moderno.

Pena mixta: se llama así a la aplicación combinada de dos clases de penas pena de prisión y pena de multa, tal y como lo presenta la legislación penal guatemalteca para muchos delitos, sistema éste que ha sido drásticamente criticado en la doctrina, y que se comparte para su aplicación en la sociedad guatemalteca, porque habiéndose cumplido la pena de prisión impuesta, si el condenado no puede hacer efectiva la pena de multa, esta se convierte en pena de prisión, lo cual resulta ser contrario a los fines fundamentales de la pena, porque se está castigando dos veces el mismo hecho delictivo y más aún en sociedades económicamente pobres como la guatemalteca.

Penas temporales y perpetuas: esta clasificación hace referencia específicamente al tiempo de duración de la pena; son penas temporales aquellas que tienen un tiempo de duración cierto y determinado.

En cuanto a las penas perpetuas son indeterminadas en su duración y solo terminan con la muerte del condenado.

Atendiendo a su importancia y al modo de imponerlas:

Penas principales: son aquellas que gozan de autonomía en su imposición, de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de la imposición de la otra u otras, por cuanto tienen independencia propia.

Penas accesorias: son aquellas que por el contrario de las anteriores no gozan de autonomía en su imposición y para imponerlas necesariamente deben anexarse a su principal, es decir, que su aplicación depende que se imponga una pena principal, de lo contrario por sí solas no pueden imponerse.

2.5. Criterios

En un sistema penal democrático y libre, la pena debe regirse por estos criterios:

Legalidad: la pena debe estar consagrada en el ordenamiento jurídico positivo y ser impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes con las formalidades prescritas por el juicio.

Por analogía, los jueces no pueden crear figuras delictivas ni aplicar sanciones.

Personalidad: la pena no debe alcanzar directamente a personas distintas al autor de hecho ilícito. Debe recaer exclusivamente sobre el responsable.

Humanidad: la pena debe infligirse respetando la dignidad de la persona humana sin sentimientos de venganza.

“Las penas aflictivas, es decir, tendentes a purgar el delito por el dolor o padecimiento físico, tales como la mutilación, azotes, cadena y las infamantes u ofensiva del honor, están proscritas por el derecho penal moderno y han sido abolidas de los códigos”.⁸

Moralidad: la pena debe procurar siempre el mejoramiento del reo en todos los órdenes. Para ello es indispensable un buen sistema carcelario. En las deficientes prisiones de Guatemala ese objetivo resulta imposible de lograr, es más cárceles del país son universidades o escuelas del crimen.

⁸ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**, pág. 64.

Flexibilidad: el sistema penal debe abrir la posibilidad de adaptación de las sanciones a cada situación particular, consultando la índole del delinciente.

2.6. Fases de la determinación de la pena

La individualización legal: la ley es la que señala la clase de pena para el delito, el marco general, y, además, específica también las circunstancias atenuantes, agravantes, el grado de desarrollo del delito y la participación que concretan dicho marco genérico.

La individualización administrativa o penitenciaria: la utilización en la actualidad respecto de las penas privativas de libertad, del sistema progresivo o individualizado, otorga a las autoridades administrativas o penitenciarias un amplio ámbito de determinación de la ejecución de la pena y, por lo tanto, de la pena que en concreto se le impone al condenado.

2.7. Adecuación típica

Cuando alguien lleva a cabo un comportamiento previsto en la ley como delito o contravención, vale decir típico, y ese hecho llega a conocimiento del Estado a través del Juez, debe éste comprobar, ante todo, si tal conducta efectivamente encaja dentro de un tipo legal determinado.

El proceso de adecuación típica es el fenómeno que puede definirse como un juicio de valor que el juez realiza para establecer si un determinado comportamiento humano logra subsumirse en un tipo penal. Recibida por el juez la noticia del crimen, y establecido el hecho, ha de examinarse, pues, si tal comportamiento queda comprendido dentro de la amplia descripción que de él hace un determinado tipo; si la respuesta es afirmativa existe entonces una conducta típica y el proceso debe continuar; si, en cambio, es negativa la conducta ha de calificarse como atípica y la acción propuesta no debe iniciarse, ni proseguirse, porque carece de relevancia jurídica.

“El concurso efectivo de tipos consiste en el fenómeno de la adecuación que presenta muy interesantes caracteres cuando el hecho humano que el juez debe examinar se encuentra conformado por uno o varios comportamientos de la misma persona, y debido a ello surge la institución jurídica del concurso real o efectivo de tipos”.⁹

Dicho concurso puede darse en dos hipótesis; La primera, cuando una misma conducta, naturalísticamente entendida, cabe en dos o más tipos penales diversos, y la segunda cuando una o varios comportamientos de la misma persona encuadran en varios tipos diversos entre sí o en uno sólo de ellos.

El concurso de delitos consiste en el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y su resultado.

⁹ López Madrigal, Rosibel. **La complicidad**, pág. 34.

En principio, una sola conducta produce un solo resultado, pero hay dos casos en los cuales se presentan dos figuras que hacen ubicarse en el concurso de delitos: Ideal o formal y real o material.

Real o material: es aquel que se presenta cuando con varias conductas producen diversos resultados. Aquí existe pluralidad de conductas y pluralidad de resultados.

Ideal o formal: ocurre cuando con una sola conducta se produce varios resultados típicos, en cuyo caso se dice que existe unidad de acción y pluralidad de resultados.

2.8. Delito continuado

Es aquel que implica varias realizaciones del hecho descritos en la ley, pero unidas por un mismo fin. Consiste en la violación de una misma norma penal con acciones diversas, precedidas todas por una sola resolución o designio criminal.

Para que haya delito continuado se necesita contar con los siguientes requisitos: unidad de designio, pluralidad de acciones similares y la identidad de disposición legal violada.

Unidad de designio: llamada también de resolución criminal, debido a que es una determinación genérica primaria agredir el mismo derecho o causar una lesión jurídica, mediante la ejecución de acciones discontinuas, o sea en una actividad

interrumpida. El agente quiere cometer el delito por etapas, ciñéndose a un proyecto o plan concreto, con ordenación de medios hacia un fin determinado.

“No es fácil saber en la práctica si varias acciones que han violado análogamente una disposición de la ley y si se cometieron como designio unitario, es decir, fueron ejecuciones parciales de un propósito común, de un dolo unitario, o correspondieron a resoluciones autónomas y sucesivas, caso este último en el cual se tendría un concurso real y no un delito continuado”.¹⁰

Pluralidad de acciones similares: el delito continuado requiere la ejecución de varias acciones, o sea de dos o más acciones separadas en el tiempo y en su materialidad, cada una de las cuales debe representar en abstracto la violación de la ley penal en idéntica disposición, esto es, contener en sí todos los elementos del mismo delito. Por consiguiente, en la figura del delito continuado se termina una acción que es suficiente para la configuración plena del delito, y se repite después de cierto lapso, violando la ley de un modo análogo y en cumplimiento de un mismo designio criminal.

Identidad de disposición legal violada: para que haya delito continuado es indispensable que las distintas acciones representen la violación de una misma disposición de la ley penal, pues si se quebrantan distintos preceptos se tendría entonces un concurso material de delitos.

¹⁰ Didfig, Gimber. **Autor y cómplice en el derecho penal**, pág. 45.

La unidad de lesión jurídica, no se rompe por el hecho de que una de las acciones resulte gravada por una circunstancia especial, siempre que no se salga de la norma incriminadora principal.

2.9. Medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son el medio con el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad; incluso se pueden aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena.

La labor del Estado respecto del delito no debe reducirse al castigo del delincuente sino principalmente procurar su readaptación social, la prevención de nuevos delitos; para lograr con alguna eficacia este objetivo, mediante la educación y el tratamiento del sujeto que ha delinquido o probablemente llegará a delinquir, y para ello se crearon las llamadas medidas de seguridad; las cuales surgieron como instrumento básico de defensa social.

En un principio estas medidas tuvieron como función primordial la de integrar el régimen de las penas, cuando éstas no fuesen aplicables en el caso concreto, o como complementarias de las mismas.

“Bastante se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad y la doctrina hace una síntesis de las mismas en dos tesis bien definidas, la primera

considera que son medidas de carácter administrativo y la segunda, que son de naturaleza jurisdiccional”.¹¹

Los partidarios de la primera tesis afirman que las medidas de seguridad son eminentemente revocables, por otra parte, el funcionario que las dicta goza de gran discrecionalidad, ya que antes que el delito, tiene en cuenta el grado de peligrosidad del agente.

Además, entran dentro de la actividad administrativa que el Estado despliega en el campo social para alejar de la sociedad cualquier causa posible del delito; son pues de índole esencialmente preventivas.

Quienes se inclinan por la segunda tesis sostienen, con razón, que las notas de revocabilidad, discrecionalidad y prevención son suficientes para incluir las medidas de seguridad dentro de la esfera de la administración.

En efecto, no siempre la revocabilidad es característica esencial del acto administrativo. Para la aplicación de la pena el juez goza también de cierta discrecionalidad y dentro de ésta no sólo tiene en cuenta el delito cometido sino la personalidad de su autor. En lo que respecta a la prevención, la pena persigue también entre sus finalidades la de prevenir la comisión de hechos delictuosos.

¹¹ Diez. **Ob. Cit**, pág. 100.

Las medidas de seguridad forman parte del derecho penal, porque están previstas en el Código Penal y son medidas de lucha contra el delito.

Entre sus teorías se encuentran las siguientes:

Unitaria: sostiene la identidad entre las penas y las medidas de seguridad, afirmando que no hay diferencia cualitativa entre ellas, y que son sanciones que se imponen con miras a la defensa social, por razón de un hecho criminal que revele peligrosidad; se aplican esas medidas por los mismos órganos del Estado, reafirmando la autoridad de éste, y su duración es relativamente indeterminada.

Dualista: es la más generalizada y la que domina en las legislaciones. Traza una línea de separación entre las penas y las medidas de seguridad, establece entre esas dos instituciones diferencias sustanciales. Sus partidarios opinan que las penas se infligen al delincuente como consecuencia del delito, por un tiempo fijo se determinan atendiendo especialmente a la valoración política y social del derecho o bien jurídico lesionado y a la culpabilidad, y obran siempre a manera de retribución aunque tengan además otros fines. Mientras que las medidas de seguridad se aplican considerando, especialmente la peligrosidad, sin fines aflictivos, con carácter exclusivamente preventivo o defensivo, por un tiempo ordinariamente indeterminado y subordinado a la duración del estado peligroso.

En cuanto a la finalidad de las medidas de seguridad, la misma hace referencia al estudio de un conjunto de reacciones estatales frente al delito que, sin embargo, se

dispensan al lado o en lugar de la pena propiamente dicha. Se parte, pues, de la base de que las llamadas medidas de seguridad predelictuales, que se imponen por un estado de peligrosidad sin delito, de ninguna manera pertenecen al derecho penal, si acaso tienen alguna justificación en un Estado de derecho.

En cuanto a la clasificación doctrinaria de las medidas de seguridad, son las que a continuación se indican:

Propiamente dichas y de prevención: las primeras son aquellas que se aplican como complemento de la pena en atención a la peligrosidad criminal del delincuente, es decir, son posdelictuales, se aplican después que el sujeto ha infringido la ley penal, partiendo su peligrosidad en atención al delito o falta cometida. Las segundas no dependen de la comisión de un delito, son predelictuales, y se imponen en atención a la peligrosidad social del sujeto con un fin profiláctico, de tal manera que se pueda evitar la probable infracción a la ley penal del Estado.

Curativas, reeducativas o correccionales y eliminativos: las medidas curativas son las que tienen por objeto el tratamiento clínico-psiquiátrico de los sujetos inimputables, anormales con diferencias mentales, así como de los ebrios consuetudinarios y los toxicómanos, y que requieren de centros especiales de tratamiento.

Las reeducativas o correccionales son aquellas que pretenden la reeducación, la reforma del individuo, su rehabilitación en sentido amplio con el fin de adaptarlo

nuevamente a la sociedad como un ser útil a la misma. Se aplican a los inimputables.

Las eliminatorias, de segregación o de protección escrita son aquellas que tratan de eliminar de la sociedad a sujetos que son inadaptables a ellas, individuos incorregibles, como delincuentes reincidentes y habituales, que conllevan una custodia muy especial para evitar la comisión de nuevos delitos, aún dentro de los centros penales.

Privativas de libertad, no privativas de libertad y patrimoniales: son las otorgadas por los juzgados o tribunales según el caso, y sólo por la Corte Suprema de Justicia cuando se anula la sentencia o el objeto del recurso de casación y se dicte el fallo que corresponda y ninguno puede ser materia del recurso de casación por tratarse de una facultad de los jueces, materia que escapa al control del mismo por su naturaleza extraordinaria.

2.10. Causas que extinguen la responsabilidad penal y la pena

Después de que se ha comprobado la existencia de un delito, y que éste se atribuye a una persona determinada, se derivan consecuencias penales y civiles por su comisión.

Se regulan las siguientes:

Muerte del procesado: es claro que la muerte del reo es causa de extinción de responsabilidad penal, por no existir ya contra quien deducirla, se extingue no solamente la responsabilidad sino también la pena pecuniaria impuesta, si la hubiere, y todas las consecuencias penales. Sin embargo, la responsabilidad civil derivada del delito o falta, se transmite a los herederos del responsable e igualmente, se transmite a los herederos del perjudicado la acción para hacerla efectiva. Puede darse, pese a lo simple que pueda resultar, algunas alternativas:

- 1) Que el procesado fallezca en el curso del proceso, es decir, antes de que se haya dictado sentencia;
- 2) Que habiéndose dictado sentencia condenatoria en primer grado, fallezca el procesado sin que se haya conocido la apelación o la consulta. En este caso también queda extinguida la acción penal, por no existir sentencia condenatoria firme.
- 3) Que el reo se encuentre cumpliendo la condena y fallezca, en este caso se extingue el derecho a la ejecución penal y las consecuencias penales, no así las derivadas de la responsabilidad civil previamente declarada por cuanto la misma pasa a constituir un gravamen al patrimonio del reo fallecido en caso de existir tal patrimonio y que los titulares del derecho así lo hagan efectivo.

Cumplimiento de la pena: cuando el reo ha cumplido la pena que le fue impuesta, es indudable que la responsabilidad penal se ha extinguido con la pena que se cumplió. Las penas se ejecutarán, conforme la sentencia. El juez ejecutor adoptará las

medidas de ejecución sin dilación, especialmente en cuanto al ingreso del penado al centro respectivo.

Amnistía: los delitos políticos, establecidos legalmente, ordinariamente a cuanto a los reos, determina que tienen responsabilidad análoga entre sí. La legislación guatemalteca no hace referencia a qué clase de delitos pueden afectar la amnistía, pero tradicionalmente se ha utilizado la amnistía por delitos políticos.

De acuerdo a la legislación guatemalteca, la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos; significa entonces, el olvido de la pena, siendo esta la causa de la extinción.

En este caso el Estado ejerce la capacidad de olvido de la pena impuesta en sentencia, pero cuando se han emitido decretos de amnistía, o leyes de amnistía no ha hecho referencia tanto a la pena impuesta como a los hechos que están siendo juzgados y que caen dentro de la ley, por lo que generalmente es causa de extinción tanto del derecho de acción o amnistía propia, como el derecho de ejecución penal o amnistía impropia.

El indulto: es una gracia concedida, y ha quedado como un resabio de los derechos que los reyes o soberanos ejercían remitiendo o atenuando las penas impuestas con base en el poder omnímoto que ejercían.

De acuerdo con la legislación guatemalteca el indulto extingue solamente la pena principal, pudiéndose decir entonces que mientras la amnistía consiste en el olvido del delito, el indulto olvida solamente la pena principal.

El perdón del ofendido: es causa de extinción del derecho a la acción penal, como del derecho de ejecución, siempre que se trate de delitos en los cuales la ley acepta como válido el perdón. Los casos en que el perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal y la pena, es decir extingue el derecho y la acción penal y el de ejecución, se dan en los delitos perseguibles mediante denuncia o querrela, pero la realidad es que en la práctica se aceptan como delitos en que se puede otorgar perdón a aquellos perseguibles únicamente por denuncia o querrela de la parte agraviada y conocidos como delitos privados.

La prescripción: es la base de sustentación de la prescripción penal, en el transcurso del tiempo. De acuerdo con la legislación de Guatemala, la prescripción del derecho de acción penal consiste en que el delito ya no es perseguido cuando ha transcurrido cierto tiempo. Se fundamenta en que, si indefinidamente vive la imputación delictuosa; a que las pruebas se debilitan con el tiempo y a que la sustracción a la justicia efectuada por el delincuente es de por sí un sufrimiento; ya que el daño mediato y la razón política pierden su vigor.

Tratándose de la prescripción de la pena su fundamento es además la falta de utilización por el Estado, no obstante haber transcurrido el tiempo, el Código Penal

guatemalteco establece que la responsabilidad penal prescribe en los siguientes casos:

A los veinticinco años, cuando correspondiere pena de muerte:

Por el transcurso de un período igual al máximo de duración de la pena señalada, aumentada en una tercera parte, no pudiendo exceder dicho término a veinte años, ni ser inferior de tres;

A los cinco años, en los delitos penados con multa;

A los seis meses, si se tratare de faltas;

La extensión de la responsabilidad actualmente ha sido desarrollada con las particularidades del proceso de paz guatemalteco, en la Ley de Reconciliación Nacional Decreto 145-96 del Congreso de la República, publicado el 27 de diciembre de 1996.

2.11. Responsabilidad derivada del delito

Actualmente, en el derecho penal moderno, se encuentran perfectamente bien definidas las consecuencias jurídicas de la infracción penal de los delitos o faltas que son de orden penal, y también de orden civil. Desde el punto de vista civil, son consecuencias jurídicas derivadas de la infracción penal, las llamadas

responsabilidades civiles que conllevan las reparaciones e indemnizaciones de daños y perjuicios por parte del sujeto activo a favor del sujeto pasivo.

Una infracción a la ley penal del Estado, sea ésta delito o falta generalmente causa dos tipos de males distintos un mal social o colectivo, que consisten en la perturbación, la alarma, el temor que el delito causa en la conciencia de los ciudadanos, y que indiscutiblemente afecta intereses públicos sociales o colectivos; de lo cual deriva que el Estado y la sociedad, resultan ser sujetos pasivos mediatos en todos los delitos o contravenciones.

Esta perturbación al orden jurídico existente, que es el daño social, se pretende reparar y evitar con la imposición de la pena y de las medidas de seguridad. Luego existe un mal individual que consiste en el daño causado directamente sobre la víctima que es el sujeto pasivo del delito, ya sea en su honor, en su patrimonio, en su libertad, en su vida o en su integridad personal. El daño individual es precisamente el que se pretende reparar a través de las indemnizaciones de carácter civil, las cuales tienden, en última instancia, a restaurar el orden jurídico perturbado.

“La reparación civil del daño consiste en la obligación que compete al delincuente o a determinadas personas relacionadas con el mismo, de indemnizar la víctima del delito de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible”.¹²

¹² Bacigalupo. **Ob. Cit**, pág. 72.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito, se encuentran los tratadistas que sostienen que pertenece al derecho civil ya que dicen que esta obligación surge del deber que toda persona tiene de resarcir los daños ocasionados por sus hechos, sean o no ajustados a la ley, es decir provengan o no de la comisión de un delito. Por el contrario, los que sostienen que pertenece al derecho penal, explican que la acción civil supone el delito y por eso no puede menos que estar ligada a la acción penal.

En cuanto a su contenido en la legislación penal guatemalteca: toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente, lo cual significa que el órgano jurisdiccional al dictar el fallo y declarar la responsabilidad penal del sujeto activo por delito o falta, lo hará también sobre la responsabilidad civil nacida de éstos.

Sin embargo hay que dejar claro, que el juzgador penal tiene la obligación de hacer la declaratoria de la responsabilidad civil del condenado y fijar el monto de la misma, lo cual no significa que el juez penal deba ejecutar la responsabilidad civil impuesta, ello quiere decir que si el condenado no lo hace, a la parte ofendida en el delito le queda la vía civil abierta, para que un órgano jurisdiccional del ramo civil, pueda ejecutarlo a instancia de la parte interesada y siempre que no prescriba su derecho.

CAPÍTULO III

3. Ley penal

La facultad de castigar que corresponde con exclusividad al Estado se manifiesta para la aplicación a través de un conjunto de normas jurídico penales, que tienden a regular la conducta humana en una sociedad jurídicamente organizada. Ese conjunto de normas penales que tienen un doble contenido: la descripción de una conducta antijurídica delictiva y, la descripción de las consecuencias penales o penas y medidas de seguridad, constituyen la ley penal del Estado. Ello, debido a que esta es patrimonio únicamente del poder público representado por el Estado como ente soberano, y a diferencia de otros derechos, sólo el Estado produce derecho penal.

Todo ser humano ante el mundo que lo rodea tiene una doble posibilidad de manifestarse: intervenir en el mismo a través de su actividad para modificarlo; o bien, no intervenir a través de su inactividad, para dejar que el mundo transcurra regido exclusivamente por la causalidad. Las actividades que el ser humano realiza en forma intencional, por descuido o fortuitamente, se traducen en beneficios o perjuicios, o sencillamente son neutrales para los demás seres humanos. En cambio para la ley penal solamente las actividades o inactividades humanas que intencionalmente o por descuido lleva a cabo se traducen en perjuicio de los demás.

En Guatemala, la ley del Estado se manifiesta ordinariamente en el Código Penal

Decreto 17-73 del Congreso de la República, y en otras leyes penales de tipo especial.

3.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad en materia penal, ha sufrido a lo largo del tiempo transformaciones que caracterizan la más sólida garantía conferida a la libertad individual dentro de un Estado de régimen democrático. Este principio está expresamente proclamado en el Artículo 17 de la Constitución.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 17 regula: “No hay delito ni pena sin ley anterior: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda”.

“Su primer sentido: nullum crimen nulla poena sine lege, deriva en el nullum crimen nulla poena sine lege previa. En esta idea, ya se reconocen las ideas garantistas del principio de irretroactividad de la ley penal incriminadora y del de retroactividad de la ley penal más benigna”.¹³

Con el desdoblamiento hacia el nullum crimen nulla poena sine lege stricta se descarga la elección consuetudinaria de comportamientos penales típicos. No tardó en asomar un tercer principio.

¹³ Fierro, Guillermo. **Teoría de la participación criminal**, pág. 24.

Se ha desenvuelto por la doctrina la prohibición de incriminaciones nuevas e indeterminadas a través del principio *nullum crimen nulla poena sine lege certa* o principio de taxatividad de la determinación o mandato de certeza.

La Constitución, al acoger los principios garantistas sobre derechos humanos, amplía sensiblemente el contenido del principio de legalidad en relación a los textos constitucionales anteriores. No se debe olvidar, que las normas fundamentales no se agotan en la dimensión de su texto, sino que se complementan con las disposiciones sobre derechos humanos internacionales, por lo que es una realidad que las potencialidades interpretativas de los principios constitucionales del derecho penal están aún hoy muy lejos de su agotamiento, y por ello debe desarrollarse un trabajo de concreción de los valores constitucionales, como premisa para su penetración en el sistema penal.

Prácticamente todas las instituciones modernas contienen un capítulo de declaraciones de derechos y garantías ciudadanas. Dentro de tales, ninguna ha omitido el ideal de seguridad individual contra la actuación de los poderes del Estado en materia penal, y tampoco han dejado de prever el principio de legalidad como factor principal de control de la actuación estatal sobre la libertad del individuo. Se trata de una garantía en todos los Estados de orientación democrática y liberal. La necesidad de compatibilizar la letra y el espíritu de las leyes fundamentales a las declaraciones internacionales constituye una exigencia de un orden jurídico universal.

La fuente única del derecho penal es la norma legal. No hay derecho penal fuera de la ley estricta. Con la actuación del principio de legalidad se busca impedir la actuación del Estado de forma absoluta y arbitraria, reservándose al individuo una esfera de defensa de su libertad cuya garantía inicial da la ley.

Las acciones humanas posibles de reprobación penal, que sujeten al individuo a restricciones a la libertad y otras medidas de carácter represivo, deben estar previstas expresamente en la ley vigente en la época en que el hecho se produjo.

Este principio, da a la palabra ley el sentido de norma preestablecida de acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que se pueda despreñar. Es fundamental la existencia de una construcción de toda la actividad punitiva que pueda ser calificada como jurídica. Desde luego, el principio *nullum crimen sine lege*, es producto de un proceso, por cierto un proceso no concluido, y los aspectos nuevos del problema revelan la necesidad de reforzarlo, pues pueden haber violaciones del mismo sin necesidad de derogación expresa. Una de las maneras de derogar el principio consiste en establecer delitos no definidos como tipos, ya que pueden devenir en inconstitucionalidades.

El principio de legalidad se manifiesta en una triple implicación: penal, procesal y ejecutiva.

El principio de legalidad inaugura prácticamente todos los códigos penales y en muchas ocasiones la redacción de la ley penal es una repetición del principio

consagrado en la Constitución, y algunas veces aparece anexado o bien separado del principio de irretroactividad de la ley incriminadora.

“En general se utiliza la expresión latina *nullum poena sine lege* que es la forma más extensiva y que viene a demostrar la complejidad del principio, pues éste no solamente se refiere a la previsión expresa del delito, sino también a la pena”.¹⁴

El principio de legalidad penal se presenta en la doctrina con distintas denominaciones, pero desde luego, de semejante contenido. En términos generales el principio se refiere a la previsión legal de toda conducta humana que pretenda ser incriminada, y a ello se llama principio de legalidad. Sin embargo, hay otros que prefieren adjetivarlo como forma de reafirmación de las prohibiciones extensivas, y hablan de principio de estricta legalidad. Tal expresión adjetivada no puede servir para ocultar la idea de que la estricta observancia de la ley se halla limitada a lo que defina la incriminación a la que corresponda una pena, ni generando efectos sobre los llamados tipos permisivos, que admiten analogía u otras formas de interpretación.

También se utiliza la denominación principio de reserva legal, con lo que se refieren menos a un principio y más a un procedimiento, pues la forma de expresión de legalidad es precisamente la reserva exclusiva de la materia a través de la ley formal y materialmente considerada. También suele hacerse referencia a este último concepto mucho más amplio, englobándose los principios de taxatividad,

¹⁴ Aboso, Gustaco. **Del delito y los autores**, pág. 26.

determinación y retroactividad de la ley penal. Tal denominación se refiere a la primera definición que se hizo del principio de legalidad, que representaba los objetivos de los primeros pensadores del derecho penal, y que buscaba estar condicionada a la definición de la conducta prohibida en una cuanto de conocimiento de todos, reservándose a la ley la posibilidad de hacer imputación y la imposición de la correspondiente sanción.

“La reserva relativa es aquella en la cual el legislador fija las líneas fundamentales, delegando su detalle a la administración. Por la absoluta, sólo la ley penal puede regular la materia penal”.¹⁵

Hay muchas legislaciones y constituciones que establecen en un solo texto reglas relativas a los principios de legalidad, anterioridad e irretroactividad de la ley penal incriminadora.

El principio de intervención legalizada es aquel a través del cual se pretende evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo; supone un freno para la política pragmática que decida a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrificar las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna.

En general las críticas se refieren a que la legalidad no es exclusividad del derecho penal, y que la estricta legalidad está en duda, por la existencia de la analogía in

¹⁵ **Ibid**, pág. 40.

bonam partem. Se dice también que la doctrina no distingue suficientemente la legalidad de la reserva legal. Lo primero significa la sumisión y el respeto a la ley, o la actuación dentro de lo establecido por el legislador. Lo segundo significa que la reglamentación de determinada materia ha de hacerse por una ley formal. Aunque a veces se diga que el principio de legalidad se revela como un caso de reserva relativa, aún así es de reconocer que hay diferencia, pues el legislador, en caso de reserva de ley, debe dictar una disciplina específica, la cual es necesaria para satisfacer precisamente el principio de legalidad.

3.2. El concepto material

La simple letra muerta de la garantía constitucional no hace mucho, sin una vigorosa interpretación; depende mucho de la interpretación que los jueces le den al principio constitucional y ordinario, para construir la garantía en un factor inhibitorio y arbitrario. Independientemente del papel que asume la normativa constitucional, las expresiones de cada orden normativo se revelan en su interpretación con diferentes grados de sensibilidad, tanto en la interpretación como en la obediencia que debe prestarles, al contrastar la cuestión relativa al principio de legalidad formalmente, con el concepto material de delito. Lo fundamental es la idea del sistema constitucional, como fundante, representado por la Constitución como integradora de las reglas finales del sistema.

El concepto de infracción penal derivada de posiciones diversas por un lado la escuela clásica señala que el delito es un ente jurídico; la escuela positiva determina

que el delito es un hecho jurídico que debe ser interpretado por el derecho sin interferencia de datos filosóficos, sociológicos u otros que le sean extraños; la teoría finalista determina la importancia del aspecto psicológico en la llamada conducta final y la teoría social de la acción indica que el delito no puede ser apreciado de forma alejada de la realidad social. Aún así, la respuesta la da la extensión del principio de reserva, que en cuanto a la estructura del delito depende de la integración con el principio de la personalidad de la pena. Por supuesto que un derecho penal orientado al espíritu de un Estado democrático de derecho no se contenta con una garantía de legalidad que se limite al plano formal; se impone para el vigor de la legalidad una descripción de las conductas, marcadas de rigidez definidora de los patrones de conducta que tienen una carga de ilicitud. La fijación de los parámetros en la conceptualización de esta rigidez de patrones de conducta son el núcleo de estudio en la definición material de delito. Aunque también se habla de legalidad sustancial, aparte de la formal, es necesario acotar que la primera vendría siendo una especie de derecho natural, que debe ser extraída de la naturaleza de las cosas, y en consecuencia devendría en una negación práctica de la legalidad formal o reserva legal.

La constitucionalidad del principio de legalidad no se limita al derecho penal, la legalidad se refiere a la idea de que la ausencia expresa de prohibición determina la permisión de conducta; de ello deriva que el Artículo 5 de la Constitución Política de la República represente la expresión de un principio de legalidad general, pues nadie puede ser obligado a hacer o dejar de hacer cosa sino en virtud de disposición legal.

El Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no esta obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma”.

El principio de legalidad se aproxima más a una garantía constitucional que a un derecho individual, ya que no tutela específicamente un bien, sino asegura la particular prerrogativa de repeler obligaciones que sean impuestas por otra vía que no sea la de la ley.

El principio de legalidad inserto en el artículo 17 de la Constitución, garantiza por sí mismo el principio de reserva, aunque no figurase ninguna otra disposición sobre el *nullum crimen nulla poena sine lege* en la legislación ordinaria. Pero a pesar de encontrarse expresamente garantizado en la Constitución, existe la necesidad de expresarlo en el Artículo uno del Código Procesal Penal. Ello, debido a la desconfianza en la poca tradición nacional de la interpretación y aplicación orgánica del texto constitucional. Ni siquiera la Corte de Constitucionalidad ha abundado en ricas interpretaciones en cuanto al principio, el que ha sido tratado sólo tangencial y elípticamente.

Afortunadamente en la actualidad son innumerables los estudios que buscan la sistematización de la relación existente entre el derecho constitucional y las otras ramas del derecho; casi ningún autor prescinde de por lo menos una nota

introdutoria sobre las relaciones del derecho constitucional con la materia sobre la que escriben.

La constitución guatemalteca debe analizarse a la luz de los acuerdos de paz, tanto más que las reformas, tanto las contingentes como las necesarias, se hacen al margen de una elaboración exclusivamente científica.

Otro problema, ya de por sí importante, es la existencia de un Código Penal que se promulgó con anterioridad a la Constitución, y que por consiguiente, se ignoran muchos de los principios y garantías.

El fundamento político proviene de la teoría de separación de poder ya que solamente el poder legislativo está legitimado para definir el ilícito penal; el poder judicial debe de limitarse a declarar en los casos concretos, cuándo existe o no, una conducta previamente definida como tal y son parte del fundamento político las prohibiciones de analogía y de utilización del derecho consuetudinario para la definición de los delitos y penas. Tales razones políticas sirven al principio de legalidad como punto de partida.

El criterio jurídico se puede extraer como fruto del iluminismo: el principio de legalidad es una garantía dada al individuo contra el Estado. A esa época corresponde un principio de legalidad que se expresa en la idea racionalista, el hombre como ser racional, preocupado por el conocimiento de las formas que rigen su conducta, normas expresadas en leyes; del hombre preocupado por la cosa

pública, consciente de que el Estado es simplemente la suma de voluntades de sus miembros, junto al concepto de ley que se expresaba en esa época como expresión suprema de la razón; como máxima garantía de libertad individual y máxima expresión de la voluntad popular.

El ciudadano, consciente de sus derechos y obligaciones, es libre en el momento de la acción, es libre precisamente porque conoce los límites legales de su libertad, dentro de la que el individuo no puede estar sometido a injerencia alguna, ni del Estado.

Pero para que pueda disfrutar de esa esfera de libertad es necesario que conozca los límites de la misma, o sea, es necesario que conozca la ley. Al individuo se le deben dar las posibilidades para que puedan anticipar mentalmente su acción. Para que exista libertad, no sólo es preciso conciencia interna, sino el conocimiento de la ley que ha de regir su voluntad. El que ignora como debe comportarse, no puede conducirse libremente: por eso se dice que no hay libertad sin inteligencia, o conciencia actual de su ilicitud. Conviene aclarar que previsibilidad y conocimiento son apenas elementos de completo significado del principio de legalidad penal. Cuando el ciudadano no puede conocer la ley en forma clara y rígidamente determinando sus límites, se ve limitado en su derecho de acción por la ausencia de conciencia que impulsa su libertad. Si la ley no reúne un suficiente grado de claridad y determinación, la inseguridad jurídica debe ser entendida en el sentido de posibilidad y determinación de previsión de la relación estatal ya que al individuo se le debe ofrecer la posibilidad de que pueda anticipar mentalmente su acción.

“Otra implicación jurídico política de la legalidad es que es una expresión del deseo de definición democrática de los delitos manifestada a través de la reserva legal de un Estado organizado con base en el sistema de división de poderes”.¹⁶

El principio de legalidad responde al pensamiento fundamental de que se debe al carácter intenso de la reacción penal sobre la esfera de los derechos del individuo, al hecho de ser la sanción penal el extremo del arsenal punitivo del Estado, su imposición debe estar legitimada democráticamente. Sólo el juzgamiento con base en leyes penales incriminadoras ciertas y reconocidas por la aspiración popular pueden hacer que se alcance un satisfactorio nivel de legitimidad democrática para el sistema jurídico. Al mismo tiempo, la sujeción del juez a la ley, hace que se torne posible un control democrático sobre su actividad. De tal manera, aun mismo tiempo, la idea de reserva de ley, como fundamento y expresión acabada del principio de legalidad viene a representar una superación de la antinomia existente entre justicia y seguridad jurídica. Lo que hace imperioso afirmar que las concepciones democráticas del principio de legalidad y la sujeción de éste a los ideales democráticos, no es simplemente una sujeción formal. No basta que formalmente haya recepción popular del contenido de una ley penal para justificar su imposición, pues aun así, es posible que en el fondo sea una ley inadecuada a los esquemas más exigentes y vigorosos de democracia en su aspecto material. Aun cuando la ley sea cierta, dotada de legitimidad formal, una ley penal consagradora de la pena de muerte para determinada categoría de delitos, no es coherente con el ideal democrático del Estado de derecho, donde de hallarse inscrita la ley, por cuanto la

¹⁶ Aboso. **Ob. Cit**, pág. 34.

vida humana como valor jurídico político fundamental, no puede ser objeto de la incidencia de leyes penales. Hay una inadecuación material entre el factor de aceptación y la posibilidad democrática de ingreso de la ley en el sistema jurídico; el mal de que padece esa norma es precisamente carencia de legitimidad en sentido material.

La ley debe ser previa, clara, precisa, general y abstracta, a la cual se someten el juez, el Estado y todos los ciudadanos. Los jueces son quienes pronuncian las palabras de la ley. Solamente cuando el precepto legal claramente especificado y la pena conminada fuera de cualquier duda, a ambas se confiere amplia publicidad y puede tenerse la pena contra el impulso delictivo, adquiriendo el principio nullum crimen, nulla poena sine lege, el significado y la función psicológica decisiva.

3.3. Definición de ley penal

La definición de la ley penal se identifica con la de derecho penal, sin embargo, desde un punto de vista estricto, mientras el derecho penal es el género, la ley penal es la especie, de tal manera que la teoría de la ley penal es, al igual que la teoría del delito, la teoría de la pena y las medidas de seguridad, objeto de estudio del derecho penal como ciencia. De tal manera, aunque conceptualmente se identifiquen, sustancialmente se diferencian.

La ley penal es aquella disposición por virtud de la cual es Estado crea derecho con

carácter de generalidad, estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define.

Ley penal es el conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y las faltas, determinan las responsabilidades o las exenciones y establecen las penas o medidas de seguridad, que corresponden a las figuras delictivas.

La ley penal es una norma de carácter general que asocia una sanción, o sea una pena o medida de seguridad, a una conducta prohibida por ella denominada delito o falta.

3.4. Características

Las características de la ley penal son las siguientes:

Generalidad, obligatoriedad e igualdad: la generalidad es referente a que la ley penal se dirige a todas las personas sean naturales o jurídicas y que habitan un país, y por supuesto todos tienen la obligación de acatarla; la ley penal entonces, resulta ser general y obligatoria para todos los individuos dentro del territorio de la República, sin discriminación de raza, color, sexo, religión, nacimiento, posición económica, social o política; y esto lleva a la igualdad de todas las personas frente a la ley penal, con excepción de manera parcial de las personas que por disposición de la ley y razón del cargo que desempeñan gozan de ciertos privilegios como la inmunidad y el antejuicio.

Ello, no quiere decir que dichas personas como tales, estén fuera del alcance de la ley penal, también ellas tiene absoluta obligación de acatarla porque como personas son iguales que cualquier ciudadano y como funcionarios del gobierno son depositarios de la ley y nunca superiores a ella.

La inmunidad y el antejuicio son privilegios de seguridad que por razón del cargo tiene algunos funcionarios públicos como el Presidente de la República y su Vicepresidente, los Presidentes del Organismo Judicial y Legislativo, Ministros de Estado, Diputados al Congreso de la República, Magistrados y Jueces, Directores Generales, Gobernadores Departamentales, Alcaldes Municipales, etc. Sin embargo, ello no significa desde ningún punto de vista, que no se les pueda aplicar la ley penal, lo único y excepcional es que su ocupación requiere de un procedimiento distinto al de todos los ciudadanos. Respecto de esta característica, es de importancia citar el principio de territorialidad de la ley penal, que se regula en el Artículo cuatro del Código Penal: “Salvo lo establecido en tratados internacionales, este Código se aplicara a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción”.

Exclusividad de la ley penal: se refiere a la exclusividad de la ley en la creación de derecho penal, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa o de reserva, que contiene el artículo uno del Código Penal Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege, que expresa: “Nadie podía ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por la ley anterior a su perpetración;

ni se impondrá otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley". Es decir, que sólo la ley penal puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos.

En ese sentido, la exclusividad de la ley penal se convierte en advertencia y al mismo tiempo en garantía ya que advierte que sería sancionado o castigado, quien cometa cualquiera de los ilícitos penales que abstractamente describe la ley penal, y simultáneamente garantiza que nadie puede ser castigado o sancionado por un hecho que no esté previamente establecido como delito o falta.

Permanencia e ineludibilidad de la ley penal: se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que otra ley la abroge, y mientras esta permanezca debe ser ineludible para todos los que habitan el territorio nacional, salvo las limitaciones de inmunidad y antejuicio. Resulta no sólo necesario sino también importante aclarar que cuando hay abrogación, existe entonces la abolición total de una ley, mientras que señalar la derogación existe entonces una abolición parcial de la ley.

Imperatividad de la ley penal: se refiere a que las normas penales, contrariu sensu de otro tipo de normas, contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no se deja librado nada a la voluntad de las personas, se manda hacer o prohíbe hacer, sin contar con la anuencia de la persona que sólo debe acatarla, y en caso contrario, la amenaza con la imposición de una pena.

Es sancionadora: a pesar de que actualmente se habla de un derecho penal preventivo reeducador, reformador y rehabilitador, lo que realmente distingue a la norma penal es la sanción que bien puede ser una pena o una medida de seguridad, en ese sentido se dice que la ley penal es siempre sancionadora, de lo contrario, existiría una ley penal sin pena y obviamente dejaría de ser ley penal.

Es constitucional: se refiere a que indiscutiblemente, la ley penal como cualquier otra no sólo debe su fundamento en la ley suprema que es la Constitución de la República, sino debe responder a sus postulados y lineamientos políticos. Cuando una ley penal contradice preceptos constitucionales, existe una ley penal inconstitucional y como tal se invalida ante todos los hombres, es decir, se excluye su aplicación.

3.5. Forma de la ley penal

Para determinar las formas y especies de la ley penal es fundamental tomar como base el órgano u organismos del cual tomó vida, en ese sentido, hay que referirse a la ley penal formal y ley material:

- Ley penal formal: es todo precepto jurídico penal que nace del organismo o sistema político, técnicamente facultado para crearla, en Guatemala es el Congreso de la República, tal es el caso del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República.

- Ley penal material: es toda disposición o precepto de carácter general acompañado de una sanción punitiva, que precisamente no ha emanado del órgano constitucionalmente establecido para crearla, tal es el caso de los Decretos Leyes, que se emiten para gobernar durante un gobierno de facto por no existir el Organismo Legislativo.

3.6. Especies de la ley penal

Las especies de la ley penal son las siguientes:

Leyes penales especiales: consisten en el conjunto de normas jurídico penales que no estando contenidas precisamente en el Código Penal, regulan la conducta de personas pertenecientes a cierto fuero, o tutelan bienes o valores jurídicos específicos, convirtiéndose en leyes penales especiales, tal es el caso del Código Penal Militar, la Ley de Contrabando y Defraudación Aduanera.

Convenios internacionales: son acuerdos o tratados que se llevan a cabo entre distintos países, que contienen normas de tipo jurídico penal, y que se convierten en leyes obligatorias para los habitantes de un país, cuando una ley interna los convierte en legislación del Estado, por ser países signatarios o suscriptores del mismo, tal es el caso del Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado, del cual Guatemala es signataria, y como tal ley vigente en la República.

Los Decretos Leyes: son disposiciones jurídicas que emanan con carácter de leyes del Organismo Ejecutivo, cuando por cualquier razón no se encuentra reunidos o no existe el Congreso de la República, o sea el Organismo Legislativo que es el órgano constitucionalmente encargado de crear leyes. Estos Decretos Leyes, nacen regularmente en un estado de emergencia o en un gobierno de facto.

3.7. Leyes penales en blanco

Son disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido, y no así en cuanto a la sanción que está bien determinada; es decir, que son leyes penales en blanco o incompletas, aquellas en que aparece en el Código Penal bien señalada la pena, pero la descripción de la figura delictiva de tipo penal, debe buscarse en una ley distinta o reglamento de autoridad competente, a los que queda remitida la ley penal. La ley penal en blanco o abierta no cobra valor, sino después de dictada la ley o reglamentación a que se remite, y para los hechos delictivos posteriores a ésta.

En el Código Penal, se señalan como leyes penales en blanco o abiertas, entre otras, las siguientes:

“Artículo 305. Contravención de medidas sanitarias. Quien, infrinja a las medidas impuestas por la ley o las adoptadas por las autoridades sanitarias para impedir la introducción o propagación de una epidemia, de plaga vegetal o de una epizootía

susceptible de afectar a los seres humanos, será sancionado con prisión de seis meses a dos años”.

“Artículo 311. Inhumaciones y exhumaciones ilegales. Quien practicare inhumación, exhumación o traslado de un cadáver o restos humanos contraviniendo las disposiciones sanitarias correspondientes, será sancionado con prisión de un mes a seis meses y multa de doscientos cincuenta a mil quinientos quetzales”.

Debe buscarse en otra ley cuáles son estas disposiciones sanitarias y a qué tipo de conducta se refieren.

“Artículo 426. Anticipación de funciones públicas. Quien entrare a desempeñar un cargo o empleo público sin haber cumplido las formalidades que la ley exige, será sancionado con multa de mil a cinco mil quetzales. Igual sanción se impondrá al funcionario que admitiera a un subalterno en el desempeño del cargo empleo, sin que haya cumplido las formalidades legales.”

Debe buscarse cuáles son y a qué se refieren esas formalidades que la ley exige.

“Artículo 427. Prolongación de funciones públicas. Quien continuare ejerciendo empleo, cargo o comisión después que debiere cesar conforme a la ley o reglamento respectivo, será sancionado con multa de mil a cinco mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años”.

Debe averiguarse cuál es esa ley o reglamento respectivo a que se refiere la norma.

Como se puede observar, en todos los casos citados aparece muy bien determinada la sanción que deberá imponerse, pero para saber con precisión a qué se refiere la conducta delictiva que amenaza la pena descrita, debe consultarse otra ley o reglamento de autoridad competente. Se cree que se dan con más frecuencia en las faltas o contravenciones que en los delitos.

Es importante advertir que las leyes penales en blanco o abiertas, son estrictamente distintas a las que se denominan leyes penales incompletas, porque éstas no dependen precisamente del auxiliar de otra ley o reglamento, sino más bien de una interpretación extensiva sin caer en la analogía, ya que en su conformación y en su estructura, son deficientes y muy limitadas, no expresan todo lo que el legislador realmente quiso decir. Por otro lado, tanto las leyes penales en blanco, como las leyes penales incompletas, son esencialmente diferentes con las denominadas lagunas legales, por cuanto que en estas últimas existe carencia absoluta de regulación legal, es decir, no existe ninguna norma legal que regule determinado tipo de conducta.

3.8. Fuentes

Se denomina fuente desde el punto de vista amplio o *latu sensu*, al manantial natural de donde brota algo; y desde el punto de vista estrictamente jurídico o *strictu juris*, al lugar donde se origina, de donde emana, donde se produce el derecho y en

este caso, el derecho penal. Se trata pues, de buscar el principio generador, el fundamento y origen de las normas jurídico penales que constituyen el derecho penal vigente; generalmente se hablan de fuentes directas e indirectas, fuentes reales o materiales y formales:

- Fuentes reales o materiales: tienen su fundamento en la realidad social de los hombres y por ende son expresiones humanas los hechos naturales o los actos sociales que determinan el contenido de las normas jurídico penales, es decir, son las expresiones y manifestaciones socio-naturales, previas a la formalización de una ley penal.
- Fuentes formales: se refieren al proceso de creación jurídica de las normas penales y a los órganos donde se realiza el proceso legislativo que de acuerdo a la organización política del Estado de Guatemala, corresponde al Congreso de la República básicamente, con participación del Poder Ejecutivo, que en última instancia ordena su publicación.
- Fuentes directas: son aquellas que por sí mismas tienen la virtud suficiente para crear normas jurídicas con carácter obligatorio. De ellas emana directamente el derecho penal. La ley es la única fuente directa del derecho penal, por cuanto que sólo ésta puede tener el privilegio y la virtud necesaria para crear figuras delictivas y las penas o medidas de seguridad correspondientes. Las fuentes directas suelen dividirse en fuentes de producción y fuentes de cognición del derecho penal.

- Fuentes directas de producción: son las integradas por la autoridad que declara el derecho, el poder que dictan las normas jurídicas, que no es más que el Estado, a través del Organismo Legislativo, representado por el Congreso de la República que es en donde se producen las leyes.
- Fuentes directas de cognición: son las manifestaciones de la voluntad estatal, la expresión de la voluntad del legislador, o sea la forma que el derecho objetivo asume en la vida social, es decir, la fuente de conocimiento que es precisamente el Código Penal y la leyes penales especiales.

La única fuente directa del derecho penal es la ley y por ende existe unidad de criterio tanto en la doctrina como en las distintas legislaciones penales, en la guatemalteca, se parte del principio básico y rector del derecho penal, que es el principio de legalidad que contempla el artículo uno del Código Penal, por el cual nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas como la ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.

Asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza.

De tal manera pues, que no hay más fuente productora de derecho penal que la misma ley penal que es patrimonio del poder público representado exclusivamente por el Estado.

Fuentes indirectas: son aquellas que sólo en forma indirecta pueden coadyuvar en la proyección de nuevas normas jurídico penales, e incluso pueden ser útiles tanto en la interpretación como en la sanción de la ley penal, pero no pueden ser fuente de derecho penal, ya que por sí solas carecen de eficacia para obligar y son las siguientes: la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

La costumbre: como fuente del derecho general, no es más que un conjunto de normas jurídicas, no escritas, impuestas por el uso. Antiguamente se le consideró también como fuente del derecho penal, por cuanto no existía el derecho escrito o era muy escaso; pero luego con la necesidad de una verdadera certidumbre jurídica fue totalmente abandonada como tal.

Actualmente aceptar la costumbre como fuente del derecho punitivo, sería entrar en franca contradicción con el principio de legalidad de conformidad con el Artículo uno del Código Penal, y con el principio de exclusión de analogía regulado en el Artículo siete del Código Penal, además de la prohibición expresa que existe de su utilización toda vez que el Artículo dos de la Ley del Organismo Judicial, hace prevalecer la utilización de la ley, sobre cualquier uso, costumbre o práctica.

La jurisprudencia: consiste en la reiteración de fallos de los tribunales en un mismo sentido. La jurisprudencia es el derecho introducido por los tribunales mediante la aplicación de las leyes, pero en sentido estricto, da este nombre al criterio constante y uniforme de aplicar el derecho en las sentencias de los tribunales.

“En países donde se acepta la analogía, la jurisprudencia podría dar lugar al nacimiento de nuevas normas jurídicas, pero en legislaciones como la guatemalteca, los tribunales de justicia no trabajan para crear derecho, sino solamente lo aplican a través de leyes escritas”.¹⁷

La jurisprudencia es de mucha importancia para interpretar las leyes penales y también para el nacimiento de un nuevo derecho, pero no es fuente independiente, ni productora de derecho penal.

La doctrina: es el denominado derecho científico, y consiste en el conjunto de teoría, opiniones y especulaciones que realizan en una materia o acerca de un punto los juspenalistas, los doctos y los especialistas en derecho penal.

Es básicamente importante en la creación y desarrollo del derecho penal por cuanto ha dado origen al denominado derecho penal científico colectivo elaborado en los distintos Congresos Internacionales de Derecho Penal, a los cuales asisten especialistas de diversos países a crear y discutir los temas relacionados con el derecho penal. Esta no puede ser fuente directa productora del mismo,

¹⁷Bacigalupo. **Ob. Cit**, pág. 29.

aceptándose como una fuente indirecta que informa sobre los avances de la ciencia y plantea la necesidad de nuevas reformas o nuevos cuerpos legales con el fin de satisfacer las exigencias de un nuevo derecho penal científico.

Los principios generales del derecho: son los valores máximos a que aspiran las ciencias jurídicas, siendo los mismos: la justicia, la equidad y el bien común, tienen primordial importancia en la interpretación y aplicación de la ley penal, pero no pueden ser fuente directa del derecho penal, sencillamente porque para tratar de alcanzarlos deben cristalizarse en la misma ley penal del Estado.

3.9. Interpretación de la ley penal

Uno de los temas más importantes en cuanto a la teoría de la ley penal, es su interpretación, por cuanto que de ella la mayoría de veces depende su buena o mala aplicación, y de su aplicación dependen la libertad y hasta la vida de muchas personas ya que la característica que hace que el derecho penal sea la rama más delicada de todas las ciencias jurídicas, sin menospreciar, desde luego, a las otras ramas del derecho que por demás está explicar su importancia.

Es tan delicado el acto de interpretar la ley penal que en principio no debía ser interpretada sino únicamente aplicada.

Negar la necesidad de interpretar las leyes es como negarles la aplicación o como creer que la ley actúa por sí misma o como afirmar que el acto del juez no es psíquico, sino mecánico.

El problema consiste en determinar las condiciones de validez de esa interpretación, conforme con la naturaleza del derecho. La interpretación aunque a veces aparezca evidente, es siempre necesaria, ya que la fórmula que expresa la voluntad de la ley tiene necesariamente carácter general y abstracto.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, es la Ley del Organismo Judicial en su artículo 10 la que establece las reglas y la forma como debe interpretarse la ley.

La exégesis de la ley penal es un proceso mental que tiene como objeto descubrir el verdadero pensamiento del legislador, o bien explicar el verdadero sentido de una disposición legal.

La interpretación Jurídica tiene como finalidad descubrir para sí mismo y comprender el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición legal.

Sin embargo, no se investiga propiamente hablando, la voluntad de la ley vale más que la voluntad del legislador; no basta que el legislador quiera hacerle decir una cosa a la ley, para que ésta perfectamente la diga. Interpretar es una operación que consiste en buscar no cualquier voluntad que la ley puede contener, sino la verdadera. La interpretación de la ley pertenece a la estática del derecho, mientras su aplicación pertenece a la dinámica del mismo.

3.10. Clases de interpretación

Una de las clasificaciones que más acogida ha tenido en Guatemala es la que se plantea, desde tres puntos de vista:

Desde el punto de vista intérprete, es decir de quien realiza la interpretación puede ser:

Interpretación auténtica: es la que hace el propio legislador, en forma simultánea o posteriormente a la creación de la ley; es simultánea la que hace en la propia ley, ya sea en la exposición de motivos o en el propio cuerpo legal.

Se regula claramente en el Artículo 27 del Código Penal, incisos 2, 3, 14, 23, 24 en las circunstancias agravantes, en el que el legislador explica que debe entenderse por alevosía, premeditación, cuadrilla, reincidencia y habitualidad. Lo más importante de esta clase de interpretación es que es obligatoria para todos.

Interpretación doctrinaria: es la que hacen los juspenalistas, los doctos, los expertos. Los especialistas en derecho penal, en sus tratados científicos, o dictámenes científicos o técnicos que emiten, tiene la particularidad de que no obligan a nadie a acatarla, pero es importante porque los penalistas que conocen y manejan la dogmática jurídica mantienen entrelazada la doctrina con la ley.

Interpretación judicial o usual: es la que hace diariamente el Juez al aplicar la ley a un caso concreto. Esta interpretación corresponde con exclusividad a los órganos jurisdiccionales y la ejercitan constantemente al juzgar cada caso por cuanto resulta ser obligatoria por lo menos para las partes.

Se considera que es la más importante y la más delicada, y en tal virtud, es conveniente que los Jueces penales sean obligadamente especialistas en la materia, ya que de ellos depende en última instancia la aplicación de la recta y debida justicia penal.

Desde el punto de vista de los medios para realizarla:

Interpretación gramatical: es la que se hace analizando el verdadero sentido de las palabras en sus acepciones común y técnica, de acuerdo a su uso y al Diccionario de la Real Academia Española.

Esta interpretación busca también la relación de las palabras con las otras palabras que forman el texto interpretado, tomando en cuenta hasta los puntos y comas. Como ejemplo de esta clase de interpretación el Artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República establece: “El idioma oficial es el español. Las palabras de ley reentenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, salvo que el legislador las haya definido expresamente.

Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual e el país, lugar o región de que se trate.

Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto”.

Interpretación lógica o teleológica: excede el marco de lo puramente gramatical, constituye una interpretación más íntima y profunda que sobrepasa la letra del texto de la ley para llegar a través de diversos procedimientos teleológicos, racionales, sistemáticos, históricos y político-sociales al conocimiento de la ratio legis o razón legal para la cual fue creada la ley, es decir, el fin que la ley se propone alcanzar, lo cual es tarea del juzgador.

La interpretación tiene carácter teleológico, no porque el intérprete se proponga fines al aplicar la ley, sino porque trata de conocer y de realizar los fines que la ley contiene, que son valores objetivos. Frente a los valores no hay libre albedrío debido a que ante el fin de la ley, el Juez sólo tiene un fin consistente en proponerse, el hacerla valer. Cuando agotada la interpretación gramatical, existen pasajes oscuros que sea necesario aclarar, el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial presenta varias reglas de interpretación atendiendo a un orden específico, desde la interpretación lógica, hasta la interpretación por medios indirectos. El precepto legal dice: “Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto,

según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

“El conjunto de una ley servirá para ilustrar e interpretar el contenido de cada una de sus partes; pero los pasajes oscuros de la misma se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente: a la finalidad y al espíritu de la misma, a la historia fidedigna de su institución, a las disposiciones de otras leyes sobre casos análogos o Interpretación analógica; y al modo que aparezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho o interpretación por medios indirectos”.¹⁸

Desde el punto de vista del resultado, es decir de lo que se pretende obtener con la interpretación:

Interpretación declarativa: se dice que la interpretación es declarativa, cuando no se advierte discrepancia de fondo ni forma entre la letra de la ley y su propio espíritu; de tal manera que la tarea de intérprete aquí, es encontrar plena identificación y absoluto acuerdo entre la letra de la ley y el espíritu para la cual fue creada. Debe concordar la interpretación gramatical con la interpretación lógica.

Interpretación extensiva: se da cuando el texto legal dice mucho más de lo que el legislador realmente quiso decir; con el fin de buscar el verdadero espíritu de la ley ha de interpretarse extensivamente, dando al texto legal un significado más amplio y

¹⁸ **Ibid**, pág. 54.

extenso que el estrictamente gramatical, de modo que el espíritu de la ley se adecue al texto legal interpretado.

- Interpretación progresiva: se da cuando se hace necesario establecer una relación lógica e identificar el espíritu de la ley del pasado con las necesidades y concepciones presentes, de tal manera que sea posible acoger al seno de la ley la información proporcionada por el progreso del tiempo, esto mientras no sea necesario reformar, derogar o abrogar la ley.

CAPÍTULO IV

4. La delimitación entre autoría y participación criminal

Los preceptos contenidos en la parte especial de los códigos penales describen regularmente acciones de una sola persona, por eso la mayoría de las descripciones típicas empiezan con el anónimo; sin embargo, muchos delitos no son cometidos en forma individual, en su comisión intervienen varias personas que a su vez pueden estar vinculadas en relación con el hecho punible de muy distintas maneras.

De lo anterior surge la necesidad de que exista una teoría que defina la calidad que cada sujeto debe tener según el lugar que haya ocupado en la realización del delito.

La teoría de la participación constituye una parte de la teoría del tipo, ya que para el tratamiento reconoce fundamentalmente dos formas de solución, el concepto unitario y el concepto dualista.

4.1. Conceptualización unitaria del autor

Dentro de este concepto se comprende como autores a todos los sujetos que prestan una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho.

Bajo este punto de vista prevalece el criterio de casualidad, reservando al juez el castigo de cada uno de los cooperadores según la intensidad de su voluntad criminal y la importancia de su contribución al hecho.

Se deja por un lado el criterio de la accesoriedad y bajo este concepto todos son autores, en virtud de lo cual la mayor o menor pena para cada uno de ellos dependerá de la importancia de su contribución en el delito.

4.2. Conceptualización dualista de la participación

El derecho penal distingue cuando varias personas participan de un hecho punible, entre la autoría como forma de participación principal y complicidad e inducción como formas de participación secundarias.

Esta distinción, desconoce el concepto o criterio unitario del autor, posibilita concebir cada contribución al hecho según corresponde a su importancia concreta y a su especial desvalor de la conducta.

4.3. Delimitación

Tradicionalmente dos han sido los postulados que han pretendido sentar las bases que permiten diferenciar entre la autoría por una parte y las otras formas de participación que son la complicidad y la inducción.

4.4. Teoría objetiva de la participación

Según esta corriente doctrinaria, autor es quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la casualidad del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna, desde el punto de vista de esta teoría, la inducción y la complicidad son categorías que amplían la punibilidad a acciones que quedan fuera del tipo ya que con este criterio sólo podría sancionarse al que por sí mismo mata, lesiona y roba. Para esta teoría lo importante es establecer si el sujeto realizó o no la acción típica para así considerarlo como autor.

4.5. Teoría subjetiva de la participación

La teoría citada plantea que es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica, desde este punto de vista también el inductor y el cómplice son en sí autores.

Para esta teoría no interesa el grado de contribución que un sujeto tuvo en la comisión de un delito, basta con su intención delictiva y su contribución aun mínima en el hecho para ser considerado autor.

4.6. Teoría del dominio del hecho

Según la doctrina dominante ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente

subjetiva son apropiadas para establecer la esencia de la autoría y a la vez para establecer claramente la diferencia entre ésta y las otras formas de participación.

Cada una de esas teorías caracteriza correctamente parte del problema aunque aisladamente se desvirtúa.

Según esta teoría, el concepto de autor no puede limitarse a la realización de una acción típica en el sentido estricto de la palabra. A la teoría del dominio del hecho también se le denomina teoría final objetiva. Ésta tiene en gran parte su origen en la teoría finalista de la acción.

De conformidad con esta teoría, el autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras los que toman parte del delito sin dominar el hecho son cómplices o inductores.

Conforme esta teoría la activación de un sujeto en el delito puede darse como autor, en el supuesto de que el sujeto domine el hecho; o bien como cómplice en el caso de que se coopere en la realización de un delito. En tanto que la inducción se constituye en una forma de participación secundaria por lo cual un sujeto provoca o crea en otro la resolución o decisión de cometer el delito.

“Para establecer quién o quiénes tuvieron el dominio del hecho, es preciso conocer todas las circunstancias en que éste se cometió, ya que no se puede determinar los

elementos que definan el concepto de dominio del hecho”.¹⁹

Dominar el hecho quiere decir poseer el manejo y la decisión del mismo, haber tenido en sus manos la decisión de consumarlo o no; el que tenga el dominio de este en el sentido de su manejo y haber tenido la decisión de llevarlo a la consumación será autor, o sea el sujeto que simplemente ha colaborado, sin tener poderes decisorios respecto de la consumación o desistimiento es cómplice, y el que ha creado la resolución criminal en otro inductor.

En todos los casos es fundamental que el autor haya obrado con dolo, el que obra sin dolo carece del dominio del hecho, por lo tanto el problema de la distinción entre autores y cómplices sólo se presenta en los delitos dolosos. No puede haber complicidad en delitos culposos, toda vez que no se puede prestar ayuda para la comisión de un delito cuando nadie ha imaginado la comisión del mismo por falta de voluntad.

“La mayor parte de la doctrina moderna considera que la teoría que define la diferencia entre autoría consiste en un lado en la complicidad y en la inducción por otro”.²⁰

Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien como figura central del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan, y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo.

¹⁹ Dona, Edgardo. **La autoría y participación criminal**, pág. 23.

²⁰ **Ibid**, pág. 36.

No será considerado autor, quien sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve como figura marginal del suceso real, la comisión del hecho sea como cómplice o como inductor.

4.7. Autoría inmediata

Esta forma de autoría se manifiesta como dominio de la acción, que consiste en la realización por sí mismo de la propia acción delictiva.

4.8. Coautoría

Se da a través del dominio funcional del hecho, que consiste en compartir el dominio funcionalmente con otro u otros sujetos. En esta forma de autoría, es necesaria la participación de dos o más personas que se ponen de acuerdo en la realización del delito, compartiendo el dominio del hecho. Cada uno es penado como autor.

4.9. Autoría mediata

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

La autoría mediata es una construcción jurídica aceptada por la doctrina y el derecho penal, provincialmente porque en el sistema moderno sobre participación no sólo es

autor el que realiza el acto de ejecución de la propia mano, sino quien se vale de otro ser humano para realizar el delito.

Para la existencia de la autoría mediata es indispensable la participación de dos o más personas, toda vez que será indispensable la presencia de un sujeto que domina el hecho y otro sujeto que es utilizado por el autor mediato para la realización del delito. La participación del autor mediato y el instrumento es indispensable para esta forma de autoría.

“La autoría mediata no se diferencia de la inmediata desde el punto de vista de la casualidad: tanto la acción del autor inmediato como del autor mediato deben estar en relación de casualidad con la realización de hecho típico. La diferencia entre ambas formas de autoría está en el modo como el autor mediato del acto conecta para la ejecución de la acción típica a una tercera persona”.²¹

Mientras la autoría inmediata identifica al sujeto que realiza la acción con su propia mano, la autoría mediata requiere la presencia de dos o más personas, una que tiene el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad de otra persona que es utilizada como instrumento.

Es indispensable que entre autor mediato e instrumento no exista acuerdo en común en cuanto a la realización del delito, toda vez que de haber acuerdo el instrumento dejará de ser tal para convertirse en coautor.

²¹ Fierro. **Ob. Cit**, pág. 29.

La doctrina y la jurisprudencia han dividido los casos en los cuales se presenta la autoría mediata. Es importante señalar que existen diversas formas de autoría mediata, algunas bastante complejas en su construcción.

4.10 Autoría mediata con instrumento inimputable

Esta forma de autoría mediata aparece cuando el autor mediato utiliza a un menor o a un inimputable como instrumento para realizar por su medio, el tipo penal.

El artículo 23 del Código Penal establece que no es imputable: “1. El menor de edad 2. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente”.

Es básico para entender el concepto de inimputabilidad en Guatemala, considerar que los legisladores tomaron en cuenta para definir este concepto defectos que afectan el campo intelectual o sea de comprensión del carácter ilícito de hecho o del campo volitivo de la determinación de acuerdo con esa comprensión.

Conforme lo anterior se determina la existencia de autoría mediata cuando un adulto se vale de un menor de edad para cometer un hurto o robo, en este caso no obstante que el adulto no toma la cosa mueble, sí mantiene el dominio del hecho

a través de dominio de la voluntad del menor.

4.11. Autoría mediata con instrumento sometido a error

Bajo esta forma de autoría mediata, se analizan dos supuestos que son, el de la autoría mediata que existe cuando el autor mediato hace caer en error al instrumento o bien cuando el autor mediato se aprovecha del error que se encuentra en el instrumento.

4.12. Autoría mediata con instrumento sometido a coacción

La autoría mediata puede presentarse en aquellos casos en los que el determinador crea o se aprovecha de un estado de coacción en que se encuentra el instrumento, no importando qué sea el mismo autor mediato quien haya producido la causa de inculpabilidad en que consiste la coacción, o simplemente que se aproveche de un estado de inculpabilidad por coacción creada por un tercero.

Esta forma de autoría mediata se fundamenta en la ausencia de libertad del instrumento que es la consecuencia inmediata del estado de coacción en que se encuentra.

4.13. La complicidad

“Por complicidad se entiende el auxilio doloso de un hecho dolosamente cometido

por otro”.²²

Este auxilio o ayuda no siempre tiene que manifestar un acuerdo previo, pues el autor no necesita saber que se le está ayudando, éste es el caso de la llamada complicidad oculta.

No existe complicidad en un hecho ajeno a un delito culposo ya que toda participación causada al hecho debe ser tomada como autoría por la falta en todos los intervinientes de previsión del resultado típico como posible consecuencia, no pudiéndose diferenciar entre autor y cómplice. En la culpa consciente la ley ha dejado por fuera la participación. La conducta realizada por el cómplice debe estar vinculada al hecho principal, se circunscribe a prestar ayuda o auxilio para la realización del hecho punible.

La complicidad es dolosa en sus dos elementos, debe ser conocida y querida por lo menos a título del dolo eventual.

La doctrina considera que esa ayuda o cooperación debe ser causal para la comisión del hecho principal, de modo que existirá complicidad tentada en el caso de que el autor, por ejemplo, no utilice los medios facilitados por el cómplice para llevar a cabo el hecho, si no hay por parte del cómplice reforzamiento del dolor, sea apoyo psíquico, a una persona ya determinada a cometer el ilícito, llamado por la doctrina complicidad intelectual.

²² López. **Ob. Cit**, pág. 96.

En conclusión, toda ayuda aunque sea pequeña, siempre que favorezca al hecho será complicidad, pero una cooperación aunque sea grande sino sirve al autor es impune y no habrá complicidad.

Es necesario mantener el requisito de causalidad para la existencia de la complicidad, es decir el requisito de que la cooperación haya sido de utilidad para la realización del delito.

4.14. Complicidad técnica e intelectual

Dentro de este tópico, es necesario hacer alusión a dos formas: la complicidad técnica o material y la intelectual, también llamadas física y psíquica.

La complicidad técnica es la llevada a cabo mediante un acto físico y la complicidad intelectual es la que puede ser llevada a cabo a través de un concepto que ayuda a la realización del hecho o mediante el reforzamiento del dolor, es decir, la invitación a la comisión de un hecho delictuoso a alguien que ya está determinado a cometerlo.

No necesariamente se dan las dos formas totalmente separadas, es posible que una ayuda técnica sea a su vez, cuando es conocida por el autor principal, apoyo moral a la voluntad de este último, o sea a la complicidad intelectual.

Esto es importante en el caso de complicidad frustrada, es decir, cuando el autor no utiliza el medio proporcionado por el cómplice, si se ha dado el convencimiento procurando el autor la viabilidad de su proyecto.

Pero en ambas formas, los medios de cooperación son ilimitados. Todo favorecimiento doloso de un hecho ajeno constituye complicidad.

4.15. Complicidad por omisión y complicidad en delitos de omisión

La complicidad se realiza generalmente mediante actos positivos pero también se puede dar mediante omisiones, pero es necesario que el acto dolosamente omitido lo haya sido con el propósito de cooperar o participar en el delito. Es necesario que exista relación de causalidad entre la comisión y el resultado y quien se abstuvo de obrar lo haya hecho con el propósito de contribuir de ese modo a la comisión del delito.

Ambos elementos la omisión y el ánimo de colaborar en el delito deben concurrir; de faltar alguno de ellos no se podrá hablar de complicidad.

4.16. Delimitación entre autoría y participación criminal

El actual Código Penal guatemalteco fue promulgado en 1973 sin que hasta la fecha se le hayan incorporado mayores reformas en su parte general, en tanto que las

reformas introducidas a la parte especial sólo han creado desorden y confusión por falta de una adecuada técnica legislativa y conocimientos especializados sobre la materia.

Este Código Penal sigue fundamentalmente los esquemas mantenidos por la legislación española y aquí es importante hacer notar como el legislador guatemalteco, optó por seguir un modelo obsoleto en esa época. Por su parte la legislación penal guatemalteca luego de haber tomado el modelo español ha permanecido encantada en el tiempo y ha tomado movimiento en forma desordenada.

En materia de participación el Código Penal guatemalteco mantiene su estructura original, y se puede observar que considera responsables penalmente de los delitos, a los autores y a los cómplices.

El Artículo 35 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Responsables. Son responsables penalmente del delito: los autores y los cómplices. De las faltas sólo son responsables los autores”.

El Código Penal en el Artículo 36 regula que son autores:

- 1) Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios de delito. Aquí claramente vemos que se regula la autoría inmediata, o sea, a aquellos que realizan de propia mano el tipo penal.

2) Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.

En este numeral se eleva a la categoría del autor al inductor, o sea, al que induce con lo cual se rompe el esquema dominante que considera la inducción como un instrumento de forma secundaria y no como autoría, oportuno es señalar que si bien es cierto el inductor está castigado con la misma pena que la del autor, eso no significa que en buena técnica, su inclusión como forma de autoría sea irrelevante, toda vez que la participación caracteriza a aquellas personas que tomando parte en el delito no realizan la acción; por lo cual, las formas secundarias de participación alcanzan a los cómplices e inductores.

Es de importancia anotar la forma en la cual el numeral dos, eleva por un lado a los inductores a la categoría de autor cuando menciona a quienes induzcan directamente a otro a ejecutarlo, pero también se refiere a quienes fuercen directamente a otro a ejecutarlo, indiscutiblemente que aquí se cobija a algunos supuestos de la autoría mediata con instrumento sometido a coacción pero se debe mencionar que el Código Penal en referencia no contiene ningún artículo en donde se regule la autoría mediata, dejando por fuera los casos de autoría mediata con instrumento bajo error.

Luego continúa señalando el artículo 36 como autores a quienes:

Cooperan a la realización del delito con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.

De ello es de importancia destacar que al igual como se elevara la categoría de autor al inductor, ahora en el párrafo indicado se eleva a autor al cómplice que ayuda con un acto sin el cual el delito no se hubiere podido cometer.

Lo que se buscó es darle a los cómplices la clasificación de primarios y secundarios.

Son cómplices primarios los que prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito y son cómplices secundarios los que de cualquier modo cooperan en la ejecución del hecho o prestan ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo.

Esta distinción entre cómplices primarios y secundarios o necesarios y no necesarios es inconveniente. Primero porque tanto los cómplices primarios como los secundarios obran siempre con el ánimo de proporcionar al autor o autores una ayuda en la comisión del delito. El elemento subjetivo de la participación es idéntico en ambos, pues ni los cómplices primarios, ni los secundarios quieren cometer el delito como propio, sino proporcionar algún medio de colaboración para que la persona o personas interesadas en él lo realicen, por lo que únicamente existe diferencia material.

En tanto la ayuda de los cómplices primarios es necesaria, la de los cómplices secundarios es contingente, es decir, no indispensable para la producción del resultado coincidiendo ambas categorías en el aspecto subjetivo, por lo que es inadecuada la elevación del cómplice primario a la categoría de autor.

A los este tipo de autores o cómplices no se les debe interpretar dogmáticamente como tales sino, que se trata de una equiparación legislativa de las penas que amenazaran a los que prestan una ayuda sin la cual el hecho no hubiera podido cometerse.

La distinción entre complicidad necesaria y no necesaria genera dificultades prácticas que se presentan para diferenciarlas, pues muchas veces es imposible establecer la importancia o eficacia mayor o menor del aporte prestado por el cómplice, en virtud de lo cual, las reglas de participación tienen que ser técnicamente establecidas en el Código Penal.

El Artículo 36 que se ha venido analizando en el numeral cuarto señalala que son autores: quienes habiéndose concertado con otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de la consumación.

Se puede claramente observar que el sujeto que se incluye no es autor y se le castiga por haber cooperado en el ánimo del ejecutor al extremo de estar presente en el momento de la consumación del hecho. El ponerse de acuerdo en cometer un delito y estar presente es una ejecución sin realizar ninguno de los elementos del injusto y no constituye más que una cooperación intelectual, con lo cual se institucionaliza una injusticia a través de un error conceptual. Con ello tampoco cabe ninguna interpretación puesto que cuando el sentido de la ley es claro no se debe desatender su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

Por su parte, el Artículo 37 del mismo cuerpo legal mencionado establece que son cómplices:

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

En relación al artículo citado: por un lado el legislador trató de señalar las formas de complicidad limitándolas a quienes animan, a quienes prometen ayuda o cooperación, a quienes proporcionan informes y a quienes sirven de enlace o actúan como intermediarios entre los partícipes. Si se hubiera definido correctamente al autor, al cómplice y al inductor, el artículo contentivo de la complicidad perfectamente hubiera podido señalar que son cómplices los que prestan al autor o autores cualquier auxilio o cooperación. En esta redacción quedan comprendidos los supuestos que el legislador contempló y cualquier otro supuesto que pudiera darse.

CONCLUSIONES

1. Como resultado de la realidad histórica, las categorías de la teoría del delito no trascienden exclusivamente desde un plano causal y teleológico, debido a la existencia de una contraposición entre la política criminal y dogmática jurídica existente en la legislación penal guatemalteca.
2. No existe una construcción racional de la teoría unitaria del autor, fundamentada en un modelo funcional y ello no ha permitido el combate de ilícitos penales determinantes de la autoría culposa y del dominio funcional del hecho delictivo; cuando se llenan objetivamente y subjetivamente los requerimientos de la conducta típica en forma personal y directa.
3. La inexistencia de accesoriadad entre la delimitación de la autoría y participación del hecho delictivo, no ha permitido que se señale la responsabilidad criminal a los partícipes del delito; para que se determine quienes son intervinientes como imputables y se especifique quienes son autores y partícipes.
4. El Ministerio Público no hace un análisis detallado que permita el establecimiento de la autoría y de la participación criminal, cuando existen intervención de varias personas en la comisión de un delito y ello no ha permitido que la dogmática jurídico penal; determine su diferenciación en la legislación penal vigente en Guatemala.

RECOMENDACIONES

1. Los investigadores del Ministerio Público, deben analizar que la participación en el delito no implica la atenuación de la autoría y responsabilidad penal, para así aplicar correctamente la dogmática jurídica y la política criminal, que tiene que derivar de la auténtica realidad histórica de Guatemala; y así determinar que la comisión delictiva no es causal y teleológica.
2. Los Jueces de Primera Instancia Penal, tienen que determinar que existe participación criminal cuando hay intervención del hecho antijurídico de un autor, para así poder establecer que la teoría unitaria del autor se debe fundamentar en concepciones que permitan el alcance de armonía, tranquilidad y paz; para resolver y combatir la criminalidad del país.
3. Que la Corte Suprema de Justicia mediante el Organismo Judicial, imparta programas de capacitación a los jueces y fiscales del Ministerio Público, para que puedan delimitar y diferenciar la autoría de la participación criminal; y además para que puedan identificar plenamente las distintas formas de intervención ilícita.
4. El Ministerio Público, tiene que señalar la responsabilidad penal existente por un hecho antijurídico y hacer un análisis específico y un estudio crítico que permita establecer que la dogmática jurídico penal; debe estudiar la voluntad

criminal que se constituye en la autoría y participación criminal cuando existe la comisión de un delito.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo. **Del delito y los autores**. Valencia, España: Ed. Teresa, 2004.
- ARENAS, Antonio Vicente. **Compendio de derecho penal**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1982.
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. San José, Costa Rica: Ed. Juricentro, 1985.
- CABANELLAS TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1989.
- DONA, Edgardo Alberto. **La autoría y la participación criminal**. Madrid, España: Ed. Trotta, 1997.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Impresos Industriales S.A., 2001.
- FERRAJOLI, Luis. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid, España: Ed. Trotta, 1997.
- FIERRO, Guillermo. **Teoría de la participación criminal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, S.A., 1984.
- GIMBERNAT ORDIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Madrid, España: Ed. Reus, 1976.
- LÓPEZ MADRIGAL, Rosibel. **La complicidad**. San José, Costa Rica: Ed. Juricentro, 1988.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Protección de bienes jurídicos como límite constitucional al derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Reus, 1992.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. **Causalismo y finalismo en derecho penal**. San José, Costa Rica: Ed. Juricentro, 1980.

ORDEIG, Gimber. **Autor y cómplice en el derecho penal.** Madrid, España: Ed. Aranzadi, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1997.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **La creciente legislación penal y los discursos de emergencia.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc, 1998.

Legislación:

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

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

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

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