

APUNTES DE  
DERECHO PENAL  
GUATEMALTECO

LA TEORÍA DEL DELITO

---

*SEGUNDA EDICIÓN, REVISADA Y ACTUALIZADA*

Eduardo González Cauhapé-Cazaux

**APUNTES DE DERECHO PENAL GUATEMALTECO  
TEORÍA DEL DELITO  
Eduardo González Cauhapé-Cazaux**

Segunda Edición, Guatemala, mayo de 2003

ISBN: 99939-64-03-4

Corrección y edición final:  
Ramón Enrique Recinos

Diagramación:  
Regina Rojas

Fundación Myrna Mack  
6a. calle 1-36, zona 10, Edificio Valsari  
5to. nivel, oficina 504  
Teléfonos: 3342185/86, 3604016 ó 23 Fax 3325846  
fmmack@intelnet.net.gt - [www.myrnamack.org.gt](http://www.myrnamack.org.gt)

Impreso en Guatemala

*Para Mayra,  
"porque sos  
mi amor,  
mi cómplice  
Y todo"*

## INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Al volver a leer la introducción a la primera edición de los “Apuntes de derecho penal guatemalteco”, no puedo menos que alegrarme por el creciente interés que la teoría del delito está despertando en el medio jurídico de Guatemala. Es indudable que aún falta mucho y que en la práctica forense la discusión sobre esta materia es muy limitada. Pero confío que con el paso del tiempo y gracias al esfuerzo de universidades, unidades de capacitación y organizaciones como la Fundación Myrna Mack o el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, la teoría del delito contribuya a fortalecer la seguridad jurídica y homogeneizar al máximo la interpretación de la ley penal.

Al inicio del proceso de revisión de la primera edición, ingenuamente pensé que iba a ser una tarea rápida y limitada a ciertos “retoques”. Sin embargo, al volver a leer la obra y al profundizar en los diversos aspectos tratados por la doctrina, realicé cambios más profundos.

En primer lugar, lo más visible es la inclusión de dos nuevos capítulos, uno al principio y otro al final. El capítulo 0, así numerado por no tratar un tema concreto de teoría del delito, pero que informa de su puesta en práctica, versa sobre los principios del derecho penal en un Estado democrático. El capítulo 15 explica sucintamente las circunstancias agravantes y atenuantes, que aunque generalmente no se estudian con la teoría del delito, son necesarias para lograr una precisa calificación jurídica de los hechos.

En segundo lugar, he relativizado la postura finalista mantenida en la primera edición, por cuanto considero que se ha sobredimensionado la importancia del concepto de acción. Ahora creo que la idea de acción es un tema menor en la teoría del delito y que su estudio exhaustivo sólo contribuye a complicarla en forma innecesaria. Por otra parte, he profundizado un poco más en la teoría de los elementos negativos del tipo, sin dejar de explicar la teoría de la función indiciaria del tipo, más acorde con el derecho positivo.

Vinculado con lo anterior, en esta segunda edición he fijado con más frecuencia mi postura personal y he tratado de explicarla. En cualquier caso, he procurado, con las limitaciones que implica la brevedad de esta obra, detallar previamente las diferentes posturas doctrinales sobre los diversos temas tratados.

Finalmente, en esta segunda edición hago referencia más directa a la normativa positiva penal tratando de dar los fundamentos legales para las distintas interpretaciones de la ley. Ello no siempre ha sido sencillo, sobre todo si se toma en cuenta que el Código Penal es obsoleto y que las sucesivas reformas, no han contribuido a mejorar su calidad técnica. Por ello, a lo largo de los apuntes, critico con frecuencia la ley e insisto sobre la necesidad de promulgar un nuevo Código Penal.

Con todo, espero que este libro siga cumpliendo su finalidad originaria: ser un texto sencillo y claro, que permita una primera aproximación a la teoría del delito y que anime a sus lectores a profundizar en la materia, consultando los numerosos manuales de derecho penal moderno que se pueden encontrar en librerías y bibliotecas. En su afán simplificador, al citar a los diversos autores, no se hacen referencias expresas en notas de pie de página, sino que para su localización, basta remitirse a la bibliografía que se encuentra al final del libro.

No puedo dejar de agradecer a Claudia Paz y Paz, William Ramírez, Mario Montúfar y Alfonso Sierra por haber tenido la paciencia de leer esta segunda edición y aportar interesantes comentarios que han contribuido a su mejora. También he de reiterar mis agradecimientos a la Fundación Myrna Mack por publicar estos apuntes y animarla en su lucha por la justicia y contra la impunidad. Por último, quiero agradecer a Mayra, mi esposa, su apoyo aún cuando le dé risa cuando hablo del “disvalor de la acción y el disvalor del resultado”.

Guatemala, julio de 2002.

## ÍNDICE

<b>CAPÍTULO 0. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL.....</b>	<b>15</b>
<b>1. LOS LÍMITES AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.....</b>	<b>15</b>
<b>2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....</b>	<b>16</b>
2.1 La reserva absoluta de ley.....	16
2.2 La exigencia de certeza en la ley.....	17
2.3 La prohibición de la analogía .....	18
<b>3. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.....</b>	<b>18</b>
3.1 La exclusiva protección de bienes jurídicos.....	19
3.2 Subsidiariedad y utilidad del derecho penal.....	20
3.3 Responsabilidad por los hechos.....	21
3.4 Proporcionalidad de las penas.....	22
<b>4. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....</b>	<b>24</b>
4.1 El principio de personalidad de las penas.....	25
4.2 La exigencia de dolo o imprudencia.....	25
4.3 La exigencia de comprensión de ilicitud.....	26
<b>CAPÍTULO 1. CONCEPTO DE DELITO.....</b>	<b>27</b>
<b>1. DEFINICIÓN DE DELITO.....</b>	<b>27</b>
<b>2. UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO.....</b>	<b>27</b>
<b>3. NIVELES ANALÍTICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO.....</b>	<b>28</b>
<b>4. OTROS CRITERIOS SISTEMÁTICOS.....</b>	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO 2. LA ACCIÓN O CONDUCTA.....</b>	<b>31</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>31</b>

<b>2. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA ACCIÓN.....</b>	<b>32</b>
2.1 El concepto causal de acción.....	32
2.2 La teoría final de la acción.....	33
2.3 Estado actual de la cuestión.....	34
<b>3. LA AUSENCIA DE ACCIÓN.....</b>	<b>34</b>
3.1 Fuerza física irresistible o fuerza exterior.....	35
3.2 Movimientos reflejos.....	35
3.3 Estados de inconsciencia.....	36
3.4 Tratamiento legal.....	36
<b>4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....</b>	<b>37</b>
<b>CAPÍTULO 3. LA TIPICIDAD.....</b>	<b>39</b>
<b>1. TIPICIDAD Y TIPO. FUNCIONES DEL TIPO.....</b>	<b>39</b>
<b>2. FORMULACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.....</b>	<b>40</b>
2.1 La descripción típica.....	40
2.2 Tipo básico y tipo derivado.....	40
<b>3. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN FUNCIÓN DE LOS MISMOS.....</b>	<b>41</b>
3.1 El bien jurídico.....	41
3.2 Sujeto activo.....	43
3.3 La acción y el resultado.....	44
3.4 El sujeto pasivo.....	45
<b>4. LA CONEXIÓN ENTRE LA ACCIÓN REALIZADA Y EL RESULTADO.....</b>	<b>45</b>
4.1 Planteamiento del problema.....	45
4.2 La teoría de la equivalencia de las condiciones.....	46
4.3 La teoría de la relevancia.....	47
4.4 Teoría de la imputación objetiva.....	49
4.5 Tratamiento legal.....	50
<b>5. TIPO Y ADECUACIÓN SOCIAL.....</b>	<b>50</b>
<b>CAPÍTULO 4. EL TIPO DE LOS DELITOS DOLOSOS.....</b>	<b>53</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>53</b>

<b>2. ESTRUCTURA DEL TIPO DOLOSO.....</b>	<b>54</b>
<b>3. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DOLO.....</b>	<b>55</b>
<b>4. CLASES DE DOLO.....</b>	<b>56</b>
<b>5. LA AUSENCIA DE DOLO POR ERROR DE TIPO.....</b>	<b>57</b>
<b>6. SUPUESTOS ESPECIALES DE ERROR.....</b>	<b>59</b>
<b>7. ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIALES DEL TIPO.....</b>	<b>60</b>
<b>CAPÍTULO 5. EL TIPO CULPOSO O IMPRUDENTE.....</b>	<b>63</b>
<b>1. CONCEPTO Y ESTRUCTURA .....</b>	<b>63</b>
<b>2. EL TIPO OBJETIVO.....</b>	<b>64</b>
2.1 La acción infractora del deber de cuidado.....	64
2.2 Producción del resultado previsto en el tipo.....	67
<b>30. EL TIPO SUBJETIVO.....</b>	<b>67</b>
<b>4. ANEXO: LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CÓDIGO PENAL.....</b>	<b>67</b>
4.1 Planteamiento del problema.....	67
4.2 La exigencia de acto inicial lícito o el “ <i>versarii in re illicita</i> ” .....	68
4.3 La regulación y la aplicación de la preterintencionalidad.....	69
4.4 Delitos cualificados por el resultado.....	70
<b>CAPÍTULO 6. LA ANTIJURICIDAD.....</b>	<b>73</b>
<b>1. TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD. TIPO DE INJUSTO.....</b>	<b>73</b>
<b>2. EL DESVALOR DE LA ACCIÓN Y EL DESVALOR DEL RESULTADO.....</b>	<b>74</b>
<b>3. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....</b>	<b>76</b>
3.1 Introducción.....	76
3.2 El elemento objetivo y el elemento subjetivo en la causa de justificación.....	77
3.3 El error sobre las causas de justificación.....	77



<b>CAPÍTULO 7. LAS PRINCIPALES CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....</b>	<b>81</b>
<b>1. LA LEGÍTIMA DEFENSA.....</b>	<b>81</b>
1.1 Introducción.....	81
1.2 Elementos objetivos.....	81
1.3 La legítima defensa en morada propia.....	83
1.4 Elemento subjetivo.....	83
<b>2. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.....</b>	<b>84</b>
2.1 Concepto.....	84
2.2 Estado de necesidad justificante y disculpante.....	84
2.3 Diferencia con otras causas de justificación.....	84
2.4 Colisión de bienes jurídicos y colisión de deberes.....	85
2.5 Elementos.....	85
2.6 Responsabilidad civil.....	87
<b>3. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.....</b>	<b>87</b>
3.1 Concepto general.....	87
3.2 Cumplimiento de un deber.....	88
3.3 Legítimo ejercicio de un derecho.....	88
<b>CAPÍTULO 8. LA CULPABILIDAD.....</b>	<b>91</b>
<b>1. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.....</b>	<b>91</b>
<b>2. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.....</b>	<b>92</b>
<b>3. CULPABILIDAD Y ANTIJURICIDAD.....</b>	<b>93</b>
<b>CAPÍTULO 9. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA CULPABILIDAD.....</b>	<b>95</b>
<b>1. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA IMPUTABILIDAD</b>	
1.1 La minoría de edad.....	95
1.2 Enfermedad mental o desarrollo psíquico incompleto.....	96
1.3 Trastorno mental transitorio.....	96
<b>2. CAUSAS DE EXCLUSION DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD.....</b>	<b>97</b>
2.1 El error de prohibición.....	97
2.2 Obediencia debida.....	100

<b>3. CAUSAS BASADAS EN LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.....</b>	<b>101</b>
3.1 El estado de necesidad disculpante.....	101
3.2 Miedo invencible.....	102
3.3 Omisión justificada.....	102
<b>CAPÍTULO 10. LA PUNIBILIDAD.....</b>	<b>103</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>103</b>
<b>2. CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD.....</b>	<b>103</b>
<b>3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....</b>	<b>104</b>
<b>CAPÍTULO 11. LOS DELITOS OMISIVOS.....</b>	<b>105</b>
<b>1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN.....</b>	<b>105</b>
<b>2. LOS DELITOS OMISIVOS PROPIOS.....</b>	<b>106</b>
<b>3. LOS DELITOS OMISIVOS IMPROPIOS O DE COMISIÓN POR OMISIÓN.....</b>	<b>106</b>
<b>4. EL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS OMISIVOS.....</b>	<b>108</b>
4.1 El dolo en la omisión.....	108
4.2 La culpa en la omisión.....	108
<b>5. LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN.....</b>	<b>108</b>
<b>CAPÍTULO 12. FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO.....</b>	<b>111</b>
<b>1. EL “<i>ITER CRIMINIS</i>”.....</b>	<b>111</b>
<b>2. LA CONSUMACIÓN Y LA FINALIZACIÓN.....</b>	<b>112</b>
2.1 Concepto de consumación.....	112
2.2 Finalización del delito.....	112
<b>3. LA TENTATIVA.....</b>	<b>113</b>
3.1 Concepto.....	113
3.2 Fundamento de la punibilidad.....	114
3.3 La delimitación entre actos preparatorios y ejecución.....	114
3.4 Tentativa acabada e inacabada.....	115

<b>4. LA TENTATIVA IMPOSIBLE.....</b>	<b>115</b>
<b>5. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO EN LA COMISIÓN DEL DELITO.....</b>	<b>116</b>
5.1 Concepto, fundamento y alcance.....	116
5.2 Requisitos del desistimiento.....	117
5.3 Efectos del desistimiento.....	118
<b>CAPÍTULO 13. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....</b>	<b>119</b>
<b>1. EL CONCEPTO DE AUTOR.....</b>	<b>119</b>
1.1 Concepto ontológico y concepto legal de autor.....	119
1.2 Delimitación del concepto ontológico de autor.....	120
1.3 La autoría en los delitos culposos.....	122
<b>2. LA AUTORÍA MEDIATA.....</b>	<b>122</b>
2.1 Concepto.....	122
2.2 Formas de autoría mediata.....	123
2.3 Autoría mediata a través de estructuras de poder organizada.....	123
2.4 Configuración legal de la autoría mediata.....	124
<b>3. LA COAUTORÍA.....</b>	<b>124</b>
3.1 Concepto.....	124
3.2 Delimitación de la coautoría.....	125
<b>4. LA PARTICIPACIÓN.....</b>	<b>125</b>
4.1 Concepto.....	125
4.2 Fundamento del castigo.....	126
4.3 La accesoriadad en la participación.....	126
<b>5. FORMAS DE PARTICIPACIÓN.....</b>	<b>127</b>
5.1 La inducción.....	127
5.2 La animación o aliento.....	127
5.3 La cooperación.....	128
5.4 La presencia en la ejecución del previamente concertado.....	128
<b>6. PROBLEMAS CONCRETOS EN LA PARTICIPACIÓN.....</b>	<b>129</b>
6.1 La participación en delitos especiales.....	129
6.2 La comisión de delito distinto del concertado.....	129
<b>CAPÍTULO 14. CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS.....</b>	<b>131</b>

<b>1. EL CONCURSO DE LEYES.....</b>	<b>131</b>
1.1 Concepto.....	131
1.2 Criterios de solución del concurso de leyes.....	131
<b>2. EL CONCURSO DE DELITOS: LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHO.....</b>	<b>132</b>
<b>3. EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS.....</b>	<b>133</b>
<b>4. CONCURSO REAL DE DELITOS.....</b>	<b>134</b>
<b>5. CONCURSO MEDIAL.....</b>	<b>134</b>
<b>6. DELITO CONTINUADO.....</b>	<b>135</b>
<b>CAPÍTULO 15. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL.....</b>	<b>137</b>
<b>1. NATURALEZA Y UBIACIÓN.....</b>	<b>137</b>
<b>2. COMUNICABILIDAD E INHERENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS.....</b>	<b>138</b>
<b>3. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.....</b>	<b>139</b>
3.1 Agravantes que incrementan el injusto del hecho.....	139
3.2 Agravantes por incremento de la culpabilidad del autor.....	143
<b>4. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....</b>	<b>145</b>
4.1 Circunstancias que reducen la antijuricidad del hecho.....	145
4.2 Circunstancias que reducen la culpabilidad del autor.....	146
4.3 Circunstancias que reducen la punibilidad.....	147
4.4 La atenuante por analogía.....	147
<b>5. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA.....</b>	<b>148</b>
<b>CAPÍTULO 16. VISIÓN DE CONJUNTO.....</b>	<b>149</b>
<b>1. METODOLOGÍA PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS.....</b>	<b>149</b>
<b>2. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>152</b>
<b>CAPITULO 17. CASOS PRÁCTICOS.....</b>	<b>153</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.....</b>	<b>161</b>

## CAPÍTULO 0. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL

*P*revio a iniciar el estudio de la teoría del delito, conviene detenerse en este **Capítulo 0**, para recordar los principios básicos que informan el derecho penal y que deberán tomarse en cuenta al estudiar esta materia. Esta enumeración no es exhaustiva, centrándose preferentemente en aquellos principios que definen “cómo se debe prohibir penalmente”, “qué se debe prohibir penalmente” y “a quién se debe sancionar penalmente”.

### 1. LOS LÍMITES AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Uno de los pilares sobre los que reposa la razón de ser del Estado es su pretensión de monopolizar el uso de la fuerza con la finalidad de asegurar la paz social, evitando la venganza privada y protegiendo a los ciudadanos frente a lo que sería la tiranía del poderoso frente al débil. El monopolio del uso de la fuerza convierte al Estado en el único legitimado para responder con “violencia” frente a la comisión de los delitos<sup>1</sup>. La manifestación más evidente de esta “violencia” es el poder estatal para imponer penas y medidas de seguridad.

Sin embargo, en un Estado democrático y de derecho, este poder sancionador ha de tener límites.

En primer lugar, el poder sancionador no puede depender del criterio arbitrario de quien en nombre del Estado decide la imposición de sanciones. La decisión de qué conductas merecen sanción debe ser asumida por el Organismo Legislativo, quien representa a los ciudadanos. Esta decisión debe plasmarse en una ley escrita, que defina con la máxima precisión cuáles conductas son prohibidas y determine la sanción aplicable por infringir esta prohibición. Así, la prohibición ha de ser previamente conocida por los ciudadanos, quienes sólo podrán ser sancionados si infringen las normas descritas en las leyes. Todo esto queda recogido en el principio de legalidad que fija cómo se han de establecer las prohibiciones penales.

<sup>1</sup> No obstante, en casos extremos, las personas pueden ejercer el derecho de legítima defensa, cuando el Estado no puede protegerlas.

En segundo lugar, el poder sancionador implica la vulneración de derechos fundamentales de la persona, como la propiedad, la libertad y, en algunos casos, hasta la vida. Esta vulneración sólo se puede justificar como mal necesario para poder asegurar la paz social y los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos. De esta manera, el Estado sólo podrá sancionar cuando sea estrictamente necesario, tal y como postula el principio de intervención mínima.

En tercer lugar, la sanción sólo se podrá imponer en la medida en la que el infractor tenga capacidad de ser culpable, entendido dicho concepto como la capacidad de haber elegido realizar una conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos fundamentales. De esta forma, no se podrá responsabilizar penalmente a las personas por hechos que no hayan cometido, ni por aquellos que no hubiesen podido prever su comisión. Así se expresa el contenido del principio de culpabilidad.

Conviene aclarar que existen otros principios que fijan límites a la potestad punitiva del Estado o *ius puniendi* como el principio de presunción de inocencia, el *ne bis in idem*, la humanidad de las penas, el juicio previo, etc. Sin embargo, éstos influyen principalmente en el ámbito procesal o en la ejecución de las penas, por los que para su estudio nos remitimos a cualquier buen manual de derecho penal o procesal penal.

## **2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad establece que nadie podrá ser penado por acciones u omisiones que no estén expresamente calificadas como faltas en una ley anterior a su perpetración. Este principio, o sus consecuencias, vienen contemplados en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, Constitución, Código Penal y Código Procesal Penal y es considerado uno de los pilares de cualquier Estado democrático y de Derecho.

Las consecuencias o garantías que emanan del principio de legalidad son muchas. Sin embargo, en este apartado centraremos el estudio en tres de ellas: la reserva absoluta de ley, la exigencia de certeza en la ley y la prohibición de la analogía.

### **2.1 La reserva absoluta de ley**

La garantía de reserva absoluta de ley estipula que tan sólo una ley emanada del Congreso de la República puede definir tipos penales y establecer sanciones. De esta manera, se evita la creación de tipos penales mediante disposiciones reglamentarias.

La reserva absoluta de ley choca con lo que la doctrina denomina “normas penales en blanco” que consisten en la remisión a una disposición reglamentaria de la descripción de una conducta prohibida. Por ejemplo, una ley que estipulase que comete delito X toda conducta que infrinja las obligaciones señaladas en el reglamento Z. La doctrina rechaza el recurso a esta

técnica legislativa, salvo en materias muy técnicas como el derecho penal ambiental o el derecho penal tributario. Incluso en esos casos, la norma penal debe describir genéricamente la conducta prohibida, especificar la sanción y dejar sólo a la vía reglamentaria el “núcleo” de la infracción, para remitir a la vía reglamentaria los “detalles”<sup>2</sup>.

Sin embargo, la reserva absoluta de ley no impide que se recurra a reglamentos, costumbre o jurisprudencia para interpretar el sentido de la ley. Por ejemplo, para determinar en un accidente entre vehículos si un comportamiento es imprudente, habrá que recurrir al reglamento de tránsito, o para aclarar el alcance de la “premeditación” será necesario conocer la interpretación jurisprudencial del término.

## **2.2 La exigencia de certeza en la ley**

La razón de ser del principio de legalidad es evitar que el ciudadano pueda ser “sorprendido” y sancionado por incurrir en una conducta que ignoraba que era prohibida. La autoridad por su parte, deberá atenerse a lo estrictamente señalado en el texto legal y no podrá imponer una sanción cuando la conducta realizada no se enmarque plenamente en lo descrito en el tipo.

Por ello, para que el principio de legalidad sea plenamente efectivo, es necesario que el legislador establezca con certeza cuáles son las conductas prohibidas, evitando al máximo el libre arbitrio del juez.

De esta manera deben proscribirse los tipos penales abiertos, en los que la descripción de la conducta es tan vaga que prácticamente es el juez el que decide qué es o no prohibido. En los Estados totalitarios eran comunes las normas que imponían sanciones a las conductas “contrarias a los intereses de la patria o de la nación”, sin especificarse concretamente cuáles eran esas conductas. Lamentablemente, en el Código Penal de Guatemala existen algunos ejemplos de tipos penales abiertos. Uno de los más notables es la descripción del abuso de autoridad (art. 418 CP) que señala que comete abuso de autoridad el funcionario o empleado público que abusando de su cargo o función “ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código”. Así, la decisión sobre lo que es o no arbitrario queda totalmente al criterio (también arbitrario) del juez.

La exigencia de certeza en la ley impide recurrir en la definición de las conductas prohibidas a términos eminentemente valorativos, de gran vaguedad y que dependan en gran medida de los conceptos éticos o morales de cada persona. Por ejemplo, el artículo 196 del Código Penal

<sup>2</sup> Por ejemplo, la Ley Forestal (Decreto 101-96), en sus artículos 92 a 102 contiene numerosos delitos en los que se hace referencia a reglamentos, otras leyes o convenios internacionales para completar las conductas típicas. Sin embargo, en los mismos sí queda claro el contenido básico de la conducta prohibida.

sanciona la publicación, fabricación o reproducción de libros, escritos, imágenes u objetos obscenos. El concepto de obsceno variará mucho según las personas, de acuerdo a su ámbito social, cultural o religioso. De esta forma, frente a un mismo hecho, cada juez podrá tener distinto criterio sobre si existió o no un delito, afectando con ello la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.

Indudablemente, no es posible eliminar totalmente la amplitud en la definición de los tipos penales ni la subjetividad en su interpretación. Por ejemplo, un término aparentemente claro como “la muerte” en el delito de homicidio (art.123 CP) puede tener distintas interpretaciones, según el concepto clínico de muerte al que se acuda. Sin embargo, la utilización de los términos más objetivos posibles unido a los criterios definitorios que debe fijar la jurisprudencia contribuyen a limitar al máximo la arbitrariedad en la interpretación de las leyes.

### **2.3 La prohibición de la analogía**

La prohibición de la analogía viene contemplada en el artículo 7 del Código Penal, al prohibir a los jueces crear por esta vía figuras delictivas o aplicar sanciones. El derecho penal describe una serie de conductas punibles y bajo ningún concepto un juez está autorizado a aumentar el alcance de dicha punibilidad.

Sin embargo, no se puede confundir la analogía con la interpretación amplia<sup>3</sup>. Para MIR PUIG, la interpretación “es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible”, mientras que la analogía supone “la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal”. Por ejemplo, es una interpretación amplia considerar como morada, en el delito de allanamiento (art. 206 CP), una casa rodante en la que una persona resida. Sin embargo, sería analogía considerar morada una casa no ocupada.

No obstante, la analogía sí se admite a favor del imputado. Ello, porque de esta forma no se crean ni amplían sanciones o delitos. De hecho, el mismo Código Penal recurre a esta figura a favor del reo. Por ejemplo, mediante el artículo 26.14 del citado cuerpo legal se pueden crear circunstancias atenuantes cuando sean semejantes a las existentes en la ley.

## **3. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA**

El derecho penal es la forma más violenta que dispone el Estado para responder a las actuaciones contrarias a la ley de los ciudadanos. Por ello, el artículo VIII de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) estableció que “la ley no debe establecer otras

<sup>3</sup> Algunos autores usan la expresión “interpretación extensiva” o “interpretación analógica”. Personalmente, prefiero “interpretación amplia” por cuanto las otras sugieren extralimitación en la interpretación.



penas que las estricta y manifiestamente necesarias”. BECCARIA unos años antes, en su famoso tratado *De los delitos y las penas* concluía indicando que “para que la pena no sea violencia de uno o muchos contra un particular ciudadano, debe ser pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”. El principio de intervención mínima impide en un Estado democrático la expansión del derecho penal, debiendo quedar éste reducido a su mínima expresión. A continuación, se desarrollan algunas consecuencias de este principio limitador del poder de sanción estatal.

### **3.1 La exclusiva protección a bienes jurídicos**

El principio de exclusiva protección a bienes jurídicos es consecuencia del desarrollo del postulado proclamado desde la ilustración de que sólo deben considerarse delito las conductas socialmente dañosas: “*nullum crimen sine iniura*”.

Como señala MIR PUIG, el derecho penal de un Estado social se justifica como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denominan “bienes jurídicos”. De esta manera, la vida, que es un interés social digno de ser protegido por el derecho penal, se convierte en un “bien jurídico” a proteger.

Se establece así una primera limitación al poder sancionador del Estado. Sólo podrán calificarse como delito aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. En ese sentido, no deben sancionarse meras conductas que no impliquen una lesión o un riesgo directo sobre el bien jurídico. El artículo 305 del Código Penal sanciona con pena de prisión a “quien infrinja las medidas impuestas por la ley o las adoptadas por las autoridades sanitarias para impedir la introducción o propagación de una epidemia”. Una interpretación literal y aislada de este artículo llevaría a sancionar por la vía penal cualquier incumplimiento de las medidas sanitarias. Sin embargo, en atención al principio de protección de bienes jurídicos, sólo se puede sancionar a alguien por el artículo 305, si la infracción al reglamento generó al menos un peligro potencial de lesión al bien jurídico. En caso contrario, habrá que renunciar a la vía penal y, si procede, sancionar por la vía administrativa.

Ello obliga a determinar cuáles son los intereses sociales que tienen suficiente importancia como para ser convertidos en bienes jurídicos penalmente protegidos. Un primer filtro vendrá dado por el texto constitucional. La Constitución de la República establece una serie de principios y valores que rigen la vida en sociedad del país. Unido a esto, hay que considerar la finalidad del derecho penal que es asegurar los mínimos que permitan la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Por ello, el Derecho Penal sólo debe proteger aquellos valores contenidos en la Constitución que, al ser afectados, entorpecen los mínimos requisitos para desarrollar la vida en comunidad.

De esta manera, no pueden ser amparados por el derecho penal intereses meramente morales. La exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos y de un derecho penal mínimo, unido al respeto a la diversidad, la libertad de pensamiento y religiosa, y a la pluralidad, contenidos en la Constitución, obligan al legislador a limitar al máximo los bienes jurídicos objeto de protección penal. Así, no deberían, por ejemplo, sancionarse conductas que sólo infringen principios morales o religiosos, que no afectan a bienes jurídicos fundamentales. Son entonces discutibles la penalización del adulterio y concubinato (arts. 232 a 235 CP)<sup>4</sup>, la rufianería (art. 193 CP) o el incesto libremente consentido entre adultos (art. 236 CP). Hay que tener en cuenta que el Derecho Penal no busca que seamos mejores personas, sino sólo evitar ciertas conductas que imposibilitan la vida en comunidad.

Por otra parte, el Estado no puede proteger por la vía penal los bienes jurídicos del individuo en contra de su propia voluntad. Cuando ciertas conductas tan sólo afecten los bienes jurídicos del autor, no parece lógico que el Estado las sancione con una pena. Por ejemplo, el delito de posesión para el consumo de drogas (art. 39 de la Ley contra la Narcoactividad), aparentemente ampara el bien jurídico salud, que se concreta en la salud del autor del delito. Para ello, se impone una sanción de cárcel al que sea sorprendido con droga para su propio consumo. En primer lugar, resulta discutible que el Estado pueda obligar a los ciudadanos a llevar una vida sana y sin riesgos. Llevado al extremo, habría que sancionar penalmente a los que beben, fuman o tienen una dieta alta en colesterol, o a los que practican el alpinismo o el vuelo sin motor. Pero aún admitiendo esta premisa, no tiene sentido la imposición de una pena de cárcel. Seguramente es más perjudicial para la salud un año en la Granja Penal Pavón que fumar unos cuantos cigarrillos de marihuana. En este caso, paradójicamente, la sanción lesiona más el bien jurídico protegido que la conducta prohibida.

### **3.2 Subsidiariedad y utilidad del derecho penal**

En el apartado anterior, se ha desarrollado la necesidad de que el tipo penal sea creado con la finalidad de proteger un bien jurídico, sancionando su lesión o puesta en peligro. Sin embargo, el derecho penal ha de ser el último recurso, la *ultima ratio*, al que debe recurrir el Estado para proteger un bien jurídico. De esta manera se explica el carácter subsidiario del Derecho Penal.

Es importante recordar que rara vez la ley penal puede resolver un problema social. Si por ejemplo, frente al alto índice de accidentes en transporte extraurbano, la única medida que se toma es el incremento de las penas a los pilotos de camioneta que manejen en forma imprudente, pocos resultados se obtendrán. Posiblemente, previo a cualquier penalización parecería más razonable, por ejemplo, reforzar las medidas administrativas de control del Estado de los vehículos,

<sup>4</sup> Estos cuatro artículos fueron declarados inconstitucionales (expdte. 936-95) el 7 de marzo de 1996, si bien dicha inconstitucionalidad se basó en la violación del principio de igualdad ya que establecían parámetros distintos entre hombres y mujeres.

los métodos de selección de los pilotos o exigir seguros de responsabilidad civil a los transportistas. En caso contrario, es posible que sólo se logre meter de vez en cuando algún piloto en la cárcel, manteniendo el mismo número de accidentes.

Directamente vinculado a la idea de subsidiariedad está el principio de utilidad. El recurso a la vía penal ha de ser efectivo para proteger el bien jurídico tutelado. En caso contrario, no se justifica el recurso a esta vía.

Por ello, antes de crear cualquier tipo penal, es necesario determinar si la penalización es una forma útil para proteger un bien jurídico. Si por ejemplo, se quiere luchar contra el aborto, se puede cuestionar la eficacia de la penalización. Para evadir la prohibición del aborto, se recurre a centros clandestinos donde, en muchos casos, la calidad profesional del practicante o las condiciones de higiene son inadecuadas, con el consiguiente riesgo para la vida de las pacientes. Sería posible pensar que en realidad, la vida de los «*nasciturus*» y sobre todo la de la madre quedarían más protegidos si el aborto pudiese realizarse en forma no clandestina, y previo al mismo se ofreciese auxilio psicológico y asistencial a la mujer embarazada, ofreciendo alternativas como la adopción o apoyo económico y ayudándola a razonar su decisión evitando que esta sea tomada por el temor a la reacción familiar o la presión del padre de la criatura. En otras palabras, si se quiere evitar que una conducta, considerada lesiva para un bien jurídico se realice, la prohibición penal no es siempre la vía más acertada. Se deben favorecer siempre las medidas preventivas y sociales antes que las represivas y penales.

Lamentablemente, con excesiva frecuencia se recurre al carácter simbólico del derecho penal. Para las autoridades, resulta siempre más fácil demostrar que se toman medidas contra un problema, creando un tipo penal o aumentando las penas a los ya existentes. Así, llama la atención observar cómo los diputados presentan propuestas de modificación al Código Penal de acuerdo a las noticias del día. Estas reformas, además de adolecer en general de graves errores técnicos en cuanto a la definición de los delitos y la proporción de penas, no suelen resolver ningún problema.

### **3.3 Responsabilidad por los hechos**

El principio de intervención mínima obliga al Estado a sólo perseguir aquellas acciones concretas que impidan la normal convivencia social. Por ello, sólo se juzgará a las personas por hechos concretos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. El respeto a este principio lleva a lo que la doctrina ha denominado “derecho penal de hecho”.

Frente al derecho penal de hecho, durante mucho tiempo se apoyó un “derecho penal de autor”. En él, se entendía que el derecho penal debía sancionar a las personas no tanto por lo que hacen, sino por lo que son. La ley penal adquiriría así un alto contenido moralizante, entrando a juzgar la forma de ser o el modo de vida de las personas. Se sancionaban, de esta manera, las

formas de vida consideradas como desviadas o antisociales, perdiendo con ello la protección al bien jurídico su función de límite y garantía del derecho penal.

Llevado al extremo, el derecho penal de autor favorece la imposición de medidas de seguridad predelictuales. Esto es, habiéndose detectado una personalidad “peligrosa” o “desviada” se le aplica una medida de seguridad, por ejemplo un internamiento, “antes de que cometa cualquier delito”.

En otras palabras: en un delito de robo, el derecho penal de hecho sancionará al reo por haber robado una cantidad en un día concreto, mientras que el derecho penal de autor lo hará por “ser un ladrón”.

Lamentablemente, el Código Penal contiene numerosas manifestaciones de un derecho penal de autor. En el delito de rufianería (art. 193 CP) se sanciona a las personas que, sin ser proxenetas, viven a expensas de quienes ejercen la prostitución. Como se puede apreciar, no se está sancionando un acto concreto sino simples formas de vida, que en realidad no lesionan ni ponen en peligro ningún bien jurídico fundamental. De igual manera, el artículo 73 del Código Penal exige para poder aplicar la suspensión condicional que “antes de la perpetración del delito, el beneficiado haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante”. Sin entrar a valorar la crueldad que supone, en la actual situación económica del país, sancionar al desempleado, no puede admitirse que a una persona se le niegue este beneficio, y por tanto vaya a la cárcel, sólo por no haber observado buena conducta. En otra palabras, se le sanciona por su forma de ser, por ser un “inadaptado”.

No obstante, las manifestaciones más graves del “derecho penal de autor” no se reflejan en los textos legales, sino en la práctica forense. Así por ejemplo, si una persona es joven, de barrio marginal y con tatuajes, rápidamente será calificada como “marero” y de forma, incluso inconsciente, el juez bajará el listón de la “duda razonable” para considerarlo culpable de algún hecho delictivo. Incluso se justificarán las decisiones sancionadoras con el argumento de que “si no hizo ésta, pagará por todas las anteriores que no lo atraparon”.

### **3.4 Proporcionalidad de las penas**

El principio de intervención mínima implica limitaciones en las sanciones que el Estado puede imponer. Debe existir algún tipo de proporción entre la lesión o peligro al bien jurídico y la sanción impuesta. Sanciones excesivamente altas, que no mantengan esta proporción conducen al “terror penal”. Existen innumerables ejemplos históricos, en los que simples hurtos eran sancionados con mutilación y muerte.

En este punto se plantea el problema de determinar cuál es la sanción proporcionada, es decir, “cuánta” pena hay que imponer por cada delito. Está claro que no hay una respuesta

cerrada, pero sí se pueden establecer una serie de criterios ilustrativos.

En primer lugar, en la determinación de la pena, se deberá considerar tanto el daño producido por el delito, como la culpabilidad del autor. Las penas más graves deberán reservarse para aquellos casos en los que se lesione gravemente bienes jurídicos importantes y en las que el nivel de culpabilidad sea más alto (por ejemplo, los asesinatos o el genocidio).

En cuanto al límite mínimo de la pena, la indicación de mayor relieve, señala FERRAJOLI, es aquella “conforme a la cual la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena: si no fuera así, efectivamente, la pena sería más bien una tasa, y no cumpliría ninguna función disuasoria”. Dicho de otra manera, la pena no tiene sentido si, a pesar de su imposición, sigue compensando cometer el delito. Por ejemplo, en muchos países, antes del desarrollo del derecho sancionador ambiental, le resultaba más económico a las empresas pagar las multas por deteriorar el medio ambiente que realizar las reformas en sus fábricas para eliminar las fuentes contaminantes. Sin embargo, parte de la doctrina<sup>5</sup> e incluso algunas legislaciones penales, como la francesa, no señalan límite mínimo en las penas asociadas a los delitos.

En cuanto al límite máximo, se deben rechazar las penas que produzcan un sufrimiento mayor que el producido por el delito. Por ejemplo, el Código Penal, en su artículo 201, sanciona con la pena de muerte a los autores de delito de secuestro. Sin entrar en la discusión de la legitimidad o la utilidad de la pena capital, parece absolutamente desproporcionada su imposición cuando ni siquiera se ha lesionado el bien jurídico vida de las víctimas.

Asimismo, en la consideración de la pena de prisión se debe tener en cuenta su finalidad constitucional, establecida en el artículo 19 de la Carta Magna de “tender a la readaptación social y reeducación de los recursos”, por lo que no son admisibles las penas privativas de excesiva duración.

La proporcionalidad de las penas también se mide comparando entre los delitos. Se dirá que la pena asociada a un delito es proporcionada, si es menor que la pena por delitos más graves y mayor que la pena por delitos más leves. Por ello, el legislador busca unificar en un mismo cuerpo legal (normalmente denominado código penal) la mayoría de los delitos, ya que así resulta más fácil mantener coherencia entre la gravedad de las penas y de los delitos. Lamentablemente, las sucesivas reformas parciales que se realizan en el Código Penal guatemalteco, desajustan esa lógica interna: tiene más sanción el secuestro (art. 201 CP) que el genocidio (art. 376 CP).

De todas maneras, la desproporción en las penas no siempre se debe a una incorrecta técnica legislativa. El derecho penal no es aséptico ni apolítico. Los diferentes códigos penales

<sup>5</sup> El mismo Ferrajoli sólo admite límite mínimo para las penas pecuniarias. En las penas de prisión prefiere limitarlas sólo en lo máximo y confiar en el poder equitativo del juez sin forzar el mínimo de la pena.

reflejan una concepción de política criminal más o menos estructurada, que puede apreciarse en función de los bienes jurídicos que se consideren dignos de protección, así como del grado de protección atribuido a los mismos. En este sentido, el Código Penal de Guatemala defiende especialmente los intereses de una clase dominante, política y económica, al proteger preferentemente el derecho a la propiedad privada frente a otros derechos, a priori más importantes. Resulta sorprendente que el hurto de empleada doméstica (art. 247.1° CP) tenga una pena de prisión de entre dos y diez años, semejante a la del autor de una quiebra fraudulenta (art.348 CP) o de quien cometa delito de violación a la Constitución (art. 381 CP). Más llamativa resulta la comparación con el delito de malversación (art. 447 CP), en el que la sanción más grave es la multa de diez mil quetzales.

Según lo señalado hasta ahora, en la elaboración o modificación de cualquier tipo penal, el legislador, teniendo en cuenta los principales aspectos del principio de intervención mínima, tendrá que respetar las siguientes reglas:

- La prohibición de cualquier conducta debe estar encaminada a la protección de un bien jurídico concreto y no de principios morales o éticos.
- Sólo deben protegerse por la vía penal bienes jurídicos necesarios para permitir la convivencia en sociedad. No se deben prohibir penalmente las conductas que no afecten a terceros.
- Sólo se debe recurrir a la vía penal, si los bienes jurídicos no pueden ser protegidos por formas menos violentas (derecho administrativo, derecho civil, etc.).
- Debe rechazarse la vía penal si esta genera más perjuicio que beneficio.
- No deben imponerse penas excesivamente altas ni desproporcionadas.
- Las conductas prohibidas han de describirse en forma concreta, evitándose los tipos penales abiertos.
- Finalmente, y no por ello menos importante, nunca se debe creer que el derecho penal por sí solo resuelve problemas sociales.

#### **4. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**

Una de las finalidades del derecho penal es ilustrar a los ciudadanos sobre las conductas que están prohibidas debido a que afectan gravemente la convivencia social. Se espera que de esta forma la persona respete esta normativa y sepa que si la incumple será sancionada. El derecho penal motiva a las personas para que eviten ciertos comportamientos perjudiciales para la mayoría.

Por ello, la sanción penal no tiene razón de ser si la persona no decidió infringir la norma. Tal y como escribe MIR PUIG, el “Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho”. Para que una persona sea culpable, primeramente tiene que haber cometido el ilícito. En segundo lugar, el resultado prohibido ha de haber sido querido por ella, o ser el fruto de una acción propia

imprudente. En tercer lugar, la persona debe tener la capacidad y el conocimiento para ser consciente que estaba cometiendo un delito.

El concepto de culpabilidad se convierte en un límite a la capacidad sancionadora del Estado. El Estado sólo podrá imponer una sanción penal cuando pruebe la culpabilidad conforme a la ley, tal y como lo estipula el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Del principio de culpabilidad se extrae el principio de personalidad, la exigencia de dolo o imprudencia y la exigencia de comprensión.

#### **4.1 El principio de personalidad de las penas**

El principio de personalidad impide castigar a alguien por hechos ajenos. Hoy en día ya nadie puede admitir la imposición de sanciones por hechos cometidos por algún familiar. Lamentablemente, en Estados totalitarios así se ha actuado en numerosas ocasiones. Familias enteras eran detenidas y deportadas por ser alguno de sus miembros disidente político.

Sin embargo, este principio no es común a todas las ramas del derecho. En numerosas ocasiones, ciertas personas que no cometieron los hechos, deberán responder civilmente por los mismos. Por ejemplo, los herederos responden civilmente por el delito cometido por el responsable fallecido (art. 115 CP) o los que tienen bajo su potestad o guarda legal a un inimputable responden subsidiariamente por los daños causados por éste (art. 116 CP).

#### **4.2 La exigencia de dolo o imprudencia**

No puede existir un delito si no hay dolo o imprudencia en su autor. Ello quiere decir que no basta que se produzca un resultado lesivo o que se realice un comportamiento peligroso. Para que haya delito, el autor debe haber querido el resultado o, al menos, haberlo producido por no haber puesto el debido cuidado.

Por ejemplo, un resultado de muerte no implica necesariamente la comisión de un hecho delictivo. Para que haya homicidio, el que causó la muerte tiene que haber realizado una acción buscando ese resultado (por ejemplo, disparar contra ella) o debe haber actuado en forma imprudente (por ejemplo, manejar a gran velocidad). Si la muerte no se produjo bajo ninguna de estas circunstancias, la persona que la causó no habrá cometido delito alguno.

No obstante, como se verá en otros capítulos, el Código Penal contiene numerosas vulneraciones a este principio básico<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Ver el anexo del capítulo 5.

### **4.3 La exigencia de comprensión de ilicitud**

Para que una persona sea culpable, es necesario que conozca que la conducta que va a realizar es prohibida y que pueda respetar dicha prohibición. De esta manera, no podrán ser culpables aquellos que por su juventud (menores de edad), enfermedad mental o desarrollo psíquico incompleto, no tengan la capacidad de entender y comprender el alcance de sus conductas. De igual manera, tampoco responderán penalmente aquellos que, habiendo puesto la diligencia adecuada, ignoraban que la conducta que estaban realizando era prohibida.

Este tema se desarrolla en forma amplia en el capítulo que analiza la culpabilidad<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Ver el capítulo 8.



## CAPÍTULO 1. CONCEPTO DE DELITO

*En este capítulo se explican brevemente las distintas definiciones de delito y se desarrolla la definición dogmática en torno a la cual se articula toda la teoría del delito. Asimismo, se justifica la necesidad y utilidad de esta teoría.*

### 1. DEFINICIÓN DE DELITO

El Código Penal guatemalteco, al igual que muchos Códigos de otros países, no da una definición de delito. Sin embargo, la doctrina ha realizado numerosas definiciones. REYES ECHANDIA las clasifica en tres grupos:

- a) **Definición formal:** “Delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena”. Esta definición, aun siendo cierta, no aclara el concepto por cuanto no deja de ser una fórmula vacía y tautológica.
- b) **Definición sustancial:** “Delito es el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal”. Esta definición explica el fundamento del delito y los motivos que impulsan al legislador a sancionar unas conductas. Sin embargo, no responde a la naturaleza concreta del delito.
- c) **Definición dogmática:** “Delito es la acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable”. Algunos autores añaden el requisito de “punible”. Esta definición sirve para determinar en concreto si una conducta es delictiva.

### 2. UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO

Podemos definir la teoría del delito como la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general y cuáles son sus características.

El interés no es tan sólo doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente

práctica. El juez, el fiscal o el abogado que se encuentre frente a un hecho concreto debería tener estos conocimientos para poder dilucidar si se encuentran ante un delito o, por ejemplo, ante una acción típica pero amparada por una causa de justificación. En efecto, en muchos casos, la descripción de la acción prohibida que se realiza en la Parte Especial del Código Penal no es suficiente para determinar si un hecho es delito o no. Es necesario tomar en consideración también la Parte General de dicho Código, así como el resto del ordenamiento jurídico.

La función de la teoría del delito es generar un sistema de análisis, para poder tomar en consideración en forma lógica, ordenada y garantista todos estos aspectos. Para determinar si una conducta concreta es delictiva, hay que ir analizando si se dan cada una de sus elementos. Así se logra uniformar los criterios de interpretación de la norma, limitándose el ámbito de arbitrariedad del juez o del fiscal. De esta manera, la aplicación de la teoría del delito incrementa la seguridad jurídica.

La teoría del delito está estratificada. ZAFFARONI pone el ejemplo del análisis de una cebra. Una definición formal nos diría que cebra es lo que la zoología define como tal. Ello, aunque cierto, no nos aclararía mucho sobre lo que realmente es una cebra. Una definición estratificada (como lo es la dogmática) definirá la cebra como un animal, mamífero, equino, que se distingue por su pelambre rayada. Para determinar si nos encontramos ante una cebra empezaremos observando si es animal, luego si es mamífero, y así uno a uno todos los pasos siguiendo un orden lógico. De esta manera, nadie se plantearía si una piedra rayada puede ser una cebra.

Lo que en cualquier caso nos tiene que quedar claro es que lo que estratificamos es la definición, el concepto, no la realidad en sí. El delito y la cebra son unidades aunque para su estudio los desglosemos. La cebra no es la suma de animal, mamífero, equino y rayado, sino que es una unidad de la cual nosotros hemos extraído unas características.

### **3. NIVELES ANALÍTICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO**

Un delito es, antes que nada, una acción o conducta humana. Es por ello que tenemos que descartar todos los resultados producidos por las fuerzas de la naturaleza.

De entre todas las acciones humanas que se realizan el legislador selecciona unas pocas y las describe en la parte especial del Código (o cualquier otra denominación que reciban las leyes penales de un país). Estos supuestos, eminentemente descriptivos, en los que se individualiza la conducta prohibida son llamados tipos. Se dirá que una acción es típica cuando se adecua a la descripción realizada por la ley penal. En el caso de que la acción no se encuadre en ningún tipo diremos que es atípica.

Una vez comprobada la tipicidad observaremos si la acción típica es también antijurídica,

esto es, contraria al ordenamiento en su totalidad. Puede darse la situación de que exista una causa que justifique esa acción. Un ejemplo clásico es el de la legítima defensa. La persona que dispara sobre otro para evitar que le maten, está realizando la acción típica descrita en el artículo 123 del Código Penal que, sin embargo, no es antijurídica, por cuanto está justificado que alguien mate para salvar su propia vida. La conducta típica y antijurídica la definimos como injusto penal. La norma penal contiene un doble juicio de valor: por una parte valora negativamente un acto en sí y por otra considera reprochable el que una persona haya realizado ese acto. El injusto penal supone una valoración negativa sobre el hecho. Por esta razón, un homicidio cometido en legítima defensa no será “injusto”, por cuanto el derecho entiende que ese comportamiento se ajusta a la norma.

Admitida la conducta típica y antijurídica (el injusto), se realiza un juicio de reproche al autor. Sin embargo, en algunos supuestos este juicio de reproche al autor (culpabilidad) no tendrá sentido por cuanto este no conocía el carácter antijurídico del acto, no tenía capacidad psíquica suficiente o no se le podía exigir otro comportamiento. En estos casos nos encontramos con causas que excluyen la culpabilidad. Por ejemplo si un demente mata a una persona, su conducta será injusta, pero no habrá un reproche al autor.

Finalmente, algunos autores entienden que para poder imponer una pena son necesarios otros requisitos no encuadrables en ninguno de los anteriores. Por ejemplo la no prescripción, la presentación de querrela en delitos privados, etc. A este requisito, totalmente heterogéneo, lo denominan punibilidad o penalidad. Sin embargo, opinamos que esta categoría ha de quedar fuera de la definición del delito por cuanto no define, valga la redundancia, la naturaleza del delito, sino que responde a cuestiones procesales o de política criminal, que desaconsejan, bajo algunas circunstancias, la imposición de una pena. El hecho de que una acción típica, antijurídica y culpable no se castigue no impide la existencia del delito.

#### **4. OTROS CRITERIOS SISTEMÁTICOS**

En el análisis que acabamos de exponer se ha partido de la acción para llegar al autor. Sin embargo, algunas teorías pretendían realizar el camino inverso, es decir, analizar en primer término al autor para de allí llegar a la acción. Los motivos aducidos son que el hombre es anterior al delito y que sin autor no hay conducta. Con respecto al primer motivo habría que responder que el criterio cronológico no es relevante y podría generar confusión pues aplicando esta lógica, lo primero sería la tipicidad (la ley) y después la acción. En cuanto al segundo es tan cierto como su contrario: sin delito tampoco hay autor.

Por otra parte, admitir este criterio puede llevarnos hacia un derecho autoritario y excluyente. Se correría el riesgo de internar a un enajenado mental, sin llegar a analizar si la conducta que realizó era antijurídica. Además, generaría numerosos problemas técnicos de difícil solución: por ejemplo, no podríamos admitir la legítima defensa frente al ataque de un loco pues éste no podría realizar conducta antijurídica.

## CAPÍTULO 2. LA ACCIÓN O CONDUCTA

*L*a acción o conducta es el primer elemento de la teoría del delito y durante muchos años fue el centro de una viva polémica en la doctrina en torno a su concepto. La división entre causalistas y finalistas magnificó una discusión que hipervaloró la importancia de este elemento. Actualmente, la mayoría de la doctrina ha relegado la discusión a un segundo plano, limitándose a estudiar las causas en las que desaparece el delito por no existir acción.

### 1. INTRODUCCIÓN

La teoría del delito parte del comportamiento humano. El comportamiento humano es “prejurídico” por cuanto es previo a la norma. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y le señala una pena.

Tan sólo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada como delito y motivar una reacción penal. Por todo ello, no podrán constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la intención de delinquir, si éstos no se traducen en actos externos. Ello es así por cuanto el derecho penal juzga a las personas por lo que hacen y no por lo que son.

Asimismo tampoco serán delictivos los actos cometidos por animales, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza. No obstante, estos podrán ser relevantes en cuanto sean usados como instrumentos para cometer un delito. Por ejemplo, William, dueño de un perro peligroso le ordena que ataque a Alfonso. En este caso, la acción es realizada por William y el perro es simplemente un instrumento, como podría ser una pistola.

Antes de continuar, es conveniente aclarar que el término más frecuentemente utilizado por la doctrina es el de acción, aunque otros autores usan conducta, hecho, acto, entre otros. En esta obra, se usan indistintamente dichas expresiones pero todas se refieren al mismo concepto.

## 2. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA ACCIÓN

Tradicionalmente, las distintas concepciones sobre la acción han dividido la doctrina penal en torno a dos grandes grupos: las posturas causalistas y las finalistas. A continuación, analizaremos los principales aspectos de cada una y el estado actual de la discusión.

### 2.1 El concepto causal de acción

Esta teoría dominó la ciencia penal alemana desde principios de siglo, siendo VON LISZT y MEZGER los autores más representativos de esta tendencia.

Para las teorías causales la acción es conducta humana voluntaria. La acción es un puro proceso causal. Será acción el iniciar voluntariamente un curso causal. Lo que el sujeto haya querido es totalmente irrelevante, y sólo tendrá importancia en un momento posterior, al analizar la culpabilidad. Utilizando la terminología de los críticos del causalismo, se está ante una “causalidad ciega”. Por ejemplo en la acción de disparar contra otro, para un causalista, bastará para que exista la acción con que la persona quiera voluntariamente apretar el gatillo. Posteriormente se analizará la tipicidad, la antijuricidad y finalmente, al estudiar la culpabilidad, se determinará la intención que tenía la persona al apretar el gatillo.

Esta concepción de la acción parte de una estructura del delito dividida en dos grandes bloques. Por un lado está la acción, la tipicidad y la antijuricidad, que son elementos objetivos del delito; es decir, que pueden ser observados por un espectador externo. De otro lado, está la culpabilidad que es el elemento subjetivo. Para su estudio, será necesario conocer la voluntad del autor. Por ello, al analizar la acción, no se estudia la intención o finalidad del autor para realizarla.

El principal inconveniente de esta teoría se encuentra en los casos en los que la mera acción, observada externamente, no define la conducta típica realizada. Un disparo contra la pierna de otro puede ser una tentativa de homicidio, unas lesiones consumadas o un accidente. Si se parte de un concepto de causalidad ciega, habrá que ir hasta la culpabilidad, analizar la intención del autor y luego volver a la tipicidad. De esta manera, el sistema pierde su interés por cuanto complica el análisis en vez de simplificarlo. Por otra parte, el concepto de acción causal no explica qué sucede en los delitos omisivos, donde realmente el comportamiento realizado consiste en un “no comportamiento”.

En cualquier caso, ésto es tan solo un resumen simple y breve de toda las teorías causalistas. Se recomienda recurrir a cualquier buen manual de derecho penal para poder ampliar y entender en toda su dimensión el concepto. Son causalistas autores como CUELLO CALÓN, PUIG PEÑA, CARLOS CREUS, SOLER, RODRÍGUEZ DEVESA, JIMÉNEZ DE ASÚA, entre otros.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Una postura original mantiene YESID REYES quien, rechazando el causalismo, sitúa el estudio del dolo o la culpa en la culpabilidad, partiendo de la imputación objetiva.

## 2.2 La teoría final de la acción

La teoría final de la acción surgió como reacción a las teorías causalistas, en Alemania, en la década de los 30 de la mano de HANS WELZEL. Para el finalismo, acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana dirigido a la consecución de un fin. Los finalistas entienden que no se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. La acción humana, regida por la voluntad, es siempre una acción final.

A diferencia de los causalistas, los finalistas no distinguen entre elementos objetivos del delito y elementos subjetivos, sino que por el contrario, todos tienen una parte objetiva y una subjetiva. Así por ejemplo, la tipicidad tiene parte subjetiva y parte objetiva, al igual que la antijuricidad o la culpabilidad.

El comportamiento humano, como conducta, constituye un todo. Sin embargo, es posible considerar en ella dos aspectos: el interno y el externo.

1. La fase interna es la que se da en el pensamiento del autor. El autor piensa el fin al que quiere llegar, los medios de los que dispone y los efectos concomitantes que van a producir dichos medios. MUÑOZ CONDE pone el ejemplo de un viaje: una persona quiere ir a México (fin), piensa ir en carro (medios) aunque sabe que el viaje es largo y que puede haber mucho tráfico (efectos concomitantes). Los efectos concomitantes pueden hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace alguno de los medios (viaja en avión en vez de en carro).  
Una vez que admita los efectos concomitantes, éstos también pertenecen a la acción.
2. En la fase externa, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios y ponderados los efectos concomitantes, el autor pone en marcha el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura llegar a la meta propuesta. Frente a la causalidad “ciega” de los causalistas aquí aparece una causalidad “vidente”.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estos puntos. Generalmente el derecho penal desaprobará el fin, por ejemplo, matar a otro. Sin embargo, a veces, el fin no será relevante sino los medios o efectos concomitantes: por ejemplo el que maneja a gran velocidad a lo mejor lo hace buscando un fin loable (llegar a tiempo al trabajo) pero los medios (el manejo imprudente) o los efectos concomitantes (un peatón atropellado) son reprochables penalmente.

La voluntad en la realización de la acción no debe confundirse con el deseo. Un individuo puede desear un resultado, y alegrarse de que ocurra, y no por ello el resultado será penalmente relevante. Por ejemplo, un individuo desea que le de un ataque al corazón a su suegra y así sucede. Asimismo, se puede querer un resultado típico sin desearlo: por ejemplo, al asaltar un banco, a lo mejor el ladrón no desea matar al vigilante, pero sí quiere ese resultado por ser necesario para lograr su fin.

Este esquema de acción no siempre se dará de forma tan clara. La fase interna puede suceder en décimas de segundo, y en muchos casos apenas se pensarán medios o efectos concomitantes. Pero la estructura básica se mantiene. Por ello no hay que confundir fase interna con premeditación. La persona que en estado de emoción violenta dispara contra otra, posiblemente no meditó su actuar y no desea matarla, pero al momento de cometer la acción quería disparar contra ella.

La crítica principal formulada al concepto final de acción es que no da una respuesta satisfactoria en los delitos imprudentes, sobre todo cuando la persona no es consciente de su imprudencia. Así por ejemplo, si Lázaro se pasa un semáforo en rojo por simple distracción y atropella a Rubén, produciéndole la muerte, es difícil concebir en estos casos una acción dirigida a un fin. Asimismo, el concepto final de acción, al igual que el causal, tienen problemas en explicar la acción en los delitos omisivos.

Con mayores o menores matices, son autores finalistas o fuertemente influidos por esta corriente, WELZEL, CEREZO MIR, BUSTOS RAMÍREZ, entre otros.

### **2.3 Estado actual de la cuestión**

La discusión en torno a la acción ha perdido importancia en estos últimos años. La mayoría de la doctrina mantiene la estructura del delito propuesta por el finalismo, al distinguir en cada uno de los elementos partes objetivas y partes subjetivas y, sobre todo, situando el análisis sobre el dolo y la imprudencia (culpa) en la tipicidad y no en la culpabilidad. Sin embargo, muchos autores rechazan el concepto de acción defendido por WELZEL y el finalismo puro. Dentro de este grupo, se encuentran autores como MUÑOZ CONDE, ZAFFARONI, BACIGALUPO, GIMBERNART, MIR PUIG, etc...

Hay coincidencia en señalar que se sobredimensionó la importancia del concepto de acción. Actualmente, gran parte de la doctrina entiende que el estudio de la acción sólo importa en su aspecto negativo; es decir, para saber en qué casos se puede declarar que no existe acción penalmente relevante. Para ello, se tendrá que estudiar en qué supuestos se puede interpretar que no existe acción, tal y como se verá a continuación.

## **3. LA AUSENCIA DE ACCIÓN**

Como ya se indicó, la acción penalmente relevante tendrá que ser humana. En segundo lugar, será necesario algún tipo de manifestación externa. Los simples pensamientos o deseos no serán acción. Además, tanto para causalistas como para finalistas, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntariedad. Habrá supuestos en los que la existencia de un comportamiento humano externo no sea considerado acción, por cuanto en éste no existe voluntad por parte de la persona para realizarlo. Concretamente, la doctrina enumera las acciones realizadas por fuerza física irresistible, por movimientos reflejos o bajo estado de inconsciencia.

### 3.1 Fuerza física irresistible o fuerza exterior

Se apreciará fuerza física irresistible cuando exista una fuerza exterior dirigida sobre la persona, que produzca el resultado definido en el tipo y sin que ésta pueda evitarlo.

Los requisitos de la fuerza física irresistible o “*vis absoluta*” son:

- a) La fuerza ha de ser absoluta: el que la sufre no debe de tener opción. Por ejemplo, Leonel empuja a Fermina contra un cristal y lo rompe. El autor del daño sería el que empuja (Leonel), y la empujada no cometería ninguna acción penalmente relevante. En realidad, Fermina no es más que un objeto utilizado para realizar la acción. Supuesto distinto es el de la “*vis compulsiva*” o coacción: Alfonso le pone una pistola en la sien a Carlos y le ordena que dispare contra Mario. En este ejemplo Carlos tiene opción de comportarse como un héroe y no disparar. Por ello si Carlos dispara, realizará una acción típica, aunque no será delictiva, al faltar la culpabilidad.
- b) La fuerza ha de ser exterior, ejercida o por un tercero o por la naturaleza. Los impulsos irresistibles de origen interno, como arrebatos u obcecación, no son físicos.

En la práctica será poco frecuente que esta circunstancia se dé en los delitos de acción, pero no tanto en los de omisión. Por ejemplo, se amarra a un bombero impidiéndole de esta manera desplazarse al incendio.

### 3.2 Movimientos reflejos

La mayoría de la doctrina considera que los puros movimientos reflejos no pueden calificarse como acción penalmente relevante. Dentro de estos supuestos se incluyen casos de convulsiones epilépticas o movimientos instintivos de defensa. Según MUÑOZ CONDE el movimiento reflejo se da cuando el estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores. Si no existe la voluntad, no habrá acción.

No se incluyen en estos casos, las reacciones en “corto circuito”, es decir, reacciones impulsivas, en las que la voluntad participa, aunque sea fugazmente. Por ejemplo, aquella persona que es empujada en una discusión y reacciona dando un puñetazo.



### 3.3 Estados de inconsciencia

No habrá acción penalmente relevante en los estados de inconsciencia, independientemente de su origen natural (sueño) o no (drogas). Sin embargo, es importante destacar que la acción debe verse en forma amplia y no limitarse estrictamente al momento inmediatamente anterior a la producción del resultado. Por ejemplo, un conductor de camión queda dormido al manejar y se estrella, produciendo lesiones en un peatón. En este caso, si bien el hecho se dio por estar inconsciente el autor, existe una conducta penalmente relevante por cuanto éste debería haber sido más cuidadoso y haber detenido la marcha al advertir su estado de cansancio.

Al igual que en la fuerza física, esta causa de exclusión de la acción es más común en los delitos omisivos, al no poder realizar el autor la conducta esperada por encontrarse en estado de inconsciencia.

### 3.4 Tratamiento legal

La fuerza física irresistible viene regulada por el artículo 25.2 del Código Penal, al señalar que “habrá fuerza exterior cuando se ejecute el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él”. Erróneamente, el Código la sitúa como causa de inculpabilidad, cuando en realidad es una causa de exclusión de la acción.

El Código no prevé el movimiento reflejo en forma expresa, por lo que a veces podrá resultar difícil la aplicación de esta causa de exclusión de la acción. No obstante, esto no tiene graves consecuencias prácticas por dos motivos. En primer lugar, estos supuestos son casi de laboratorio y de escasa aplicación práctica. En segundo lugar, aunque existiese acción, desaparecería la tipicidad por no haber dolo ni culpa, como se verá en siguientes capítulos. Por ejemplo, Mariano sufre un ataque de epilepsia frente a un jarrón chino de alto valor, rompiéndolo. En este caso, se excluirá la tipicidad por no querer Mariano producir el resultado (no hay dolo) o por no existir un comportamiento imprudente del autor (no hay culpa).

El estado de inconsciencia podría encuadrarse como un caso de trastorno mental transitorio del artículo 23.2 del Código Penal. Sin embargo, esta solución no es muy satisfactoria, por cuanto sería discutible calificar el sueño como un trastorno. Además, ello implicaría diferenciar el trastorno mental que elimina la acción y el que elimina la culpabilidad. Considero que para estos supuestos será mucho más sencillo, al igual que en los casos de movimientos reflejos, avanzar un “peldaño” en el análisis, descartando la existencia del delito por no existir dolo o culpa en el autor. De hecho, aunque la ley hubiese previsto expresamente esta circunstancia como causa de exclusión de la acción, este procedimiento debería realizarse en todos los casos, porque, como ya se indicó, siempre habrá que verificar que la inconsciencia no se haya producido por un actuar doloso o culposo previo.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La mayoría de la doctrina alemana y española insiste en el hecho de que la acción penalmente relevante siempre será humana. Por lo tanto y partiendo del principio “*societas delinquere non potest*” en esos países no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, algunos ordenamientos, como los de tipo anglosajón o el Código Penal francés establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los motivos son principalmente de política criminal. Es indudable que, actualmente, cierto tipo de delitos son cometidos por o a través de sociedades mercantiles. En muchos delitos contra el medio ambiente, delitos económicos, evasión tributaria o blanqueo de dinero, puede parecer insuficiente la imposición de una sanción contra las personas físicas.

Personalmente, considero desacertado hablar de una responsabilidad penal de personas jurídicas. La norma penal está dirigida a personas y el delito siempre será cometido por seres humanos, independientemente que en su ejecución utilicen una estructura social o mercantil. Las personas jurídicas no tienen por sí mismas capacidad de culpabilidad. Por ello, cuando se realice un delito a través de una persona jurídica, habrá que sancionar a las personas que dirigieron y decidieron la realización de ese delito.

Sin embargo, considero positivo por razones de política criminal, que las personas jurídicas puedan ser “sancionadas”. Éste sería un instrumento eficaz para luchar contra formas de delincuencia organizada y de “cuello blanco”. En este sentido, se pueden establecer sanciones de tipo administrativo o civil (multa, suspensión, disolución, expropiación) incluso aplicables por el juez penal, cuando la persona jurídica haya sido utilizada para cometer delitos. Eventualmente, el Código Procesal Penal podría prever un procedimiento específico para la sola aplicación de esta medida, cuando la o las personas físicas imputadas no pudiesen ser juzgadas.

El Código Penal regula esta materia en su artículo 38, negando la responsabilidad de las personas jurídicas, al responsabilizar en forma explícita a las personas físicas vinculadas a las mismas y ni siquiera prever consecuencias accesorias para aquellas<sup>2</sup>.

Sin embargo, sí se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas en algunas leyes penales especiales, como la Ley de Narcoactividad y la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> No obstante, algunos tipos penales del Código, recientemente creados sí fijan sanciones específicas a las personas jurídicas. Así el artículo 346 del Código Penal reformado mediante Decreto 28-2001 de 27 de agosto establece en su párrafo segundo que si el delito de explotación ilegal de recursos naturales “fuere cometido por empleados o representantes legales de una empresa jurídica o empresa” siempre que se busque beneficio para ésta, aparte de las sanciones específicas para las personas que participen en dicho delito, se impondrá a la persona jurídica una multa y, en caso de reincidencia, se la sancionará con su cancelación definitiva.

<sup>3</sup> Es significativa en ambas leyes la fuerte influencia del derecho estadounidense.

La Ley de Narcoactividad, en su artículo 10, establece la autoría de las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus representantes. En su artículo 13, enumera las penas, que señala como previstas en la ley para las personas jurídicas. Sin embargo, salvo la pena de multa, ninguna de las otras penas aparecen posteriormente en la enumeración concreta de los delitos de narcoactividad, por lo que carecen de aplicación práctica.

La Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos fija también en su artículo 5 la responsabilidad de las personas jurídicas independientemente de la de sus representantes. Sin embargo, en esta ley sí se establecen penas concretas como la multa, la cancelación definitiva de su personalidad jurídica y la publicación de la sentencia.

## CAPÍTULO 3. LA TIPICIDAD

*El tipo penal describe la conducta prohibida por la ley. En este capítulo se estudia su función y características, y se explican los elementos objetivos que lo componen, para en el siguiente capítulo incidir en su elemento subjetivo. Asimismo, a partir de los tipos penales, se dan criterios para establecer diversas clasificaciones de los delitos.*

### 1. TIPICIDAD Y TIPO. FUNCIONES DEL TIPO.

Se puede definir el tipo penal como “la descripción de una conducta prohibida por una norma”. Así, la conducta señalada en el artículo 123 del Código Penal, “matar a otro”, es descripción de una acción que infringe la norma general de “no matarás”.

La tipicidad es la adecuación de un hecho a la descripción que del mismo se hace en la ley penal. De esta manera la acción de disparar con una pistola sobre una persona produciéndole la muerte es una acción típica de homicidio del artículo 123 del Código Penal.

Según MUÑOZ CONDE, las principales funciones del tipo son:

- a) **Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.** De todas las acciones antijurídicas (incumplimiento contractual, infracción de normas de circulación, homicidio, impago de impuestos, etc.) el ordenamiento selecciona las más intolerables y lesivas para los bienes jurídicos más importantes (por ejemplo el homicidio) a efectos de castigarlas penalmente.
- b) **Función de garantía.** Su fundamento se encuentra en el principio de legalidad. Por ello, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Es decir, únicamente los comportamientos subsumibles en un tipo pueden ser penalmente relevantes. Es necesario, para que una acción sea delito, que se describa en la ley penal.

- c) **Función motivadora general.** Con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. Esta función está claramente relacionada con la teoría de prevención general sobre los fines de la pena.

## 2. FORMULACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

### 2.1 La descripción típica

Debido a las exigencias del principio de legalidad, los tipos penales deben ser claros y comprensibles. Sin embargo, la descripción que realiza el legislador no podrá ser extremadamente minuciosa; por ejemplo, no tendrá que contener las múltiples formas de aparición del delito. Si llevamos el principio de legalidad hasta el extremo, cualquier código penal, además de alcanzar un volumen desproporcionado, dejaría fuera conductas que el legislador no pudo prever. La ley penal no puede ser excesivamente casuística. Un ejemplo de casuismo exagerado es el artículo 264 del Código Penal de Guatemala en el que se describen más de veintidós formas de aparición de estafa, para señalar finalmente en el punto veintitrés una regla general para englobar las no descritas.

Por ello el tipo ha de ser una imagen conceptual suficientemente abstracta para englobar comportamientos con características comunes y suficientemente concretas para limitar dichos comportamientos y no vulnerar el principio de legalidad. Es conocida la tipificación realizada en regímenes totalitarios en los que se consideraba delito “actividades contrarias a la nación” sin explicitar cuáles eran esas actividades en concreto.

En esta línea y por exigencia de la garantía de certeza contenida en el principio de legalidad, el legislador debe evitar en la descripción típica elementos eminentemente valorativos. Por ejemplo, el artículo 176 del Código Penal exige para que haya estupro que la víctima sea “mujer honesta”. Indudablemente, el concepto de “honestidad” variará de acuerdo a la concepción moral o religiosa de cada persona. Esto genera inseguridad al no precisar en forma clara la conducta prohibida.

### 2.2 Tipo básico y tipo derivado

Algunas veces es imposible comprender en un solo tipo las diversas formas de aparición del delito. Ello sucede cuando el delito aparece acompañado de circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuricidad o la culpabilidad y el legislador las tiene en cuenta para crear tipos derivados del básico. Por ejemplo, el tipo básico de hurto se encuentra tipificado en el artículo 246 del Código Penal. Pero si se dan una serie de circunstancias (abuso de confianza, uso de ganzúa, etc.), el legislador crea una agravante específica del tipo básico

llamada tipo cualificado (art. 247 CP). Por otro lado, si la cantidad es menor de cien quetzales nos encontraremos con un trato más favorable, con un tipo privilegiado (art. 485 CP).

La relación directa entre los tipos básicos y los derivados hace que las reglas aplicables a los básicos lo sean también a los derivados.

Sin embargo, en algunos casos serán tantas las características diferenciadoras que nos encontraremos ante un tipo distinto, ya que se han variado los elementos fundamentales del tipo. Un ejemplo de ello lo constituyen los delitos contra la vida. Los artículos 124, 129, 131 ó 132 del Código Penal son derivaciones del tipo básico de homicidio (art.123 CP), pero ofrecen tantas peculiaridades que, a nivel técnico-jurídico, la mayoría de la doctrina los considera como autónomos.

### **3. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN FUNCIÓN DE LOS MISMOS**

Cada uno de los tipos contiene toda una serie de características que los diferencia de los demás, materia que se estudia en la parte especial del derecho penal. Sin embargo, existen una serie de elementos comunes que los definen y a partir de los cuales se pueden establecer clasificaciones entre los delitos. Éstos son el bien jurídico protegido, el sujeto activo, el sujeto pasivo y la acción.

#### **3.1 El bien jurídico**

VONLISZT, creador del concepto, señalaba que “bien jurídico es el interés jurídicamente protegido (...) Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”. El bien jurídico protegido es el fundamento de la norma. La prohibición de una conducta y la imposición de una sanción, sólo se justifican en cuanto sirvan para proteger un bien jurídico. Así por ejemplo, la prohibición de la conducta de matar se justifica en la protección al bien jurídico vida o la interdicción de hurtar en la defensa del bien jurídico propiedad.

Con frecuencia, el nombre del capítulo orienta sobre el bien jurídico protegido, aunque no en todos los casos se da esta relación. Incluso, algunos tipos penales pueden proteger más de un bien jurídico, como es el caso del delito de tortura (art. 201 bis CP) que protege los bienes jurídicos de integridad física e integridad moral y el ejercicio correcto de la función pública por parte de los funcionarios estatales.

En función de la afectación al bien jurídico, los delitos pueden ser clasificados en:

- a) ***Delitos de lesión al bien jurídico.*** En los delitos de lesión, para que el delito sea consumado, es necesario que el bien jurídico haya sido afectado. En caso contrario, sólo se respondería como mucho por tentativa. Por ejemplo, para que se consuma el delito de homicidio es necesario que el bien jurídico “vida” haya sido afectado. Si no mato a nadie, no podré cometer un delito de homicidio.
- b) ***Delitos de peligro al bien jurídico.*** En algunos casos, para evitar la afectación a los bienes jurídicos, el derecho penal adelanta la “barrera de protección” y prohíbe conductas que los ponen en peligro. No se espera para intervenir que el bien jurídico sea afectado, sino que se anticipa penalizando conductas que generalmente suelen darse antes de la lesión del bien. Por ejemplo, el tráfico de armas no lesiona directamente la vida o la seguridad de las personas, pero implica un peligro para estos bienes, porque posteriormente con las armas se cometen delitos. Para que el delito de tráfico de armas se consuma, no es necesario que los bienes jurídicos “vida” o “seguridad de las personas” hayan sido afectados. Dentro de los delitos de peligro, se distinguen:
- ***Delitos de peligro concreto.*** Son aquellos, en los que exigen que haya existido un peligro real de lesión del bien jurídico. En ellos se exige en forma expresa que haya existido un concreto peligro para el bien jurídico. Por ejemplo, el delito de responsabilidad de conductores del artículo 157. 2 del Código Penal sanciona a quien “conduzca un vehículo de motor con temeridad o impericia manifiesta (...) poniendo en riesgo o peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes”. En este ejemplo, para existir condena, tendrá que haberse probado que en ese caso concreto existió el peligro. Quien maneja de esa manera en una carretera en la que nadie transita, no cometerá este delito<sup>4</sup>.
  - ***Delitos de peligro abstracto.*** En los delitos de peligro abstracto no será necesario comprobar la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, por entenderse que dichas conductas son por sí mismas peligrosas. Por ejemplo, la portación ilegal de armas es un delito que pone en peligro la vida de las personas. El fiscal, para lograr una condena por portación ilegal de armas no deberá demostrar que en algún momento concreto la vida de alguna persona estuvo en riesgo, sino que bastará probar que se realizó la conducta descrita en el tipo. No obstante, por el principio de protección a bienes jurídicos, siempre será necesario demostrar que al menos existía un peligro potencial al bien jurídico. Esto quiere decir que, analizada la conducta antes de que se

<sup>4</sup> Sin embargo, siempre se le podrá imponer una multa u otra sanción administrativa.

hubiese realizado (*ex ante*) cualquier observador imparcial hubiera afirmado que podía implicar un peligro al bien jurídico. Si la conducta realizada de ninguna manera hubiese podido amenazar un bien jurídico, no existirá delito.

Si bien en algunos casos son necesarios, el legislador debe evitar el abuso en la creación de delitos de peligro, sobre todo abstracto, para no caer en un Estado totalitario o policial, que en su afán por proteger bienes jurídicos limita en forma excesiva la libertad de los individuos.

### 3.2 Sujeto activo

El sujeto activo es la o las personas que realizan la acción descrita en el tipo y a quien o quienes se sanciona con una pena. Por ejemplo, en el homicidio el que mata, en el robo el que roba, etc.

En función de los requisitos exigidos al sujeto activo, los delitos pueden ser calificados como comunes o especiales.

- a) **Delitos comunes:** Son aquellos que no requieren ninguna cualidad especial en el autor. Pueden ser cometidos por cualquier persona. Por ejemplo, cualquier ciudadano puede cometer un delito de lesiones (art. 144 CP).
- b) **Delitos especiales:** El tipo exige unas cualidades especiales en el sujeto activo del delito. Autor de estos delitos sólo puede serlo aquella persona, que además de realizar la acción típica, tenga las cualidades personales exigidas en el tipo. Dentro de los delitos especiales, se distinguen:
  - **En sentido propio:** Son aquellos que no tienen correspondencia con uno común; la acción descrita sólo la puede realizar la persona que tenga esa cualidad. Por ejemplo, el prevaricato de los artículos 462 y 463 del Código Penal, sólo podrá ser cometido por un juez.
  - **En sentido impropio:** Tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas hace que se convierta en tipo autónomo distinto o en tipo derivado: el parricidio o el infanticidio respecto al homicidio.

Estos delitos plantean problemas cuando participan personas que no reúnen las cualidades exigidas en el tipo. Por ejemplo, María ayuda a Alberto a matar a su esposa Claudia. ¿Responderá María por homicidio o por parricidio?<sup>5</sup>

<sup>5</sup> En el capítulo dedicado a la participación se desarrolla esta cuestión con más detalle.



### 3.3 La acción y el resultado

Como ya se ha visto en el capítulo anterior, en todo delito hay una acción entendida como comportamiento humano. Esta acción es la conducta prohibida por el tipo. En la mayoría de los casos, el tipo describe la conducta prohibida; son los llamados delitos de acción. Por ejemplo, la conducta de castrar es descrita como delito de lesiones específicas del artículo 145 del Código Penal. Sin embargo, a veces, la norma describe la conducta esperada, indicándose que la realización de cualquier otra conducta en esas circunstancias será punible; son los delitos de omisión. El artículo 156 del Código Penal sanciona al que omita auxiliar a persona desamparada, es decir, la acción prohibida será cualquier acción distinta a la de auxilio a la persona.

Partiendo de la acción se puede distinguir entre delitos de resultado y de mera actividad.

- a) **Delitos de resultado.** En estos delitos, junto a la acción del sujeto activo, se exige un resultado posterior, que no se produce necesariamente al finalizar el autor todos los actos tendentes a producirlo. El delito no se consuma con la sola actuación del autor, sino que además, debe producirse un resultado posterior que escapa al dominio absoluto del autor. Por ejemplo, en el delito de homicidio, el delito no se consuma con que el autor tome un revolver y dispare contra otra persona; además es necesario que esta persona fallezca.
  
- b) **Delitos de mera actividad:** Son los delitos que se consuman con la realización de la acción por parte del autor. No es necesario un resultado posterior separable espacio-temporalmente de la acción. La última actividad del autor consume el delito. En otros términos, en los delitos de mera actividad si el autor “hace todo lo que debe” el delito se consuma, mientras que en los de resultado, además es necesario que se produzca el resultado descrito en el tipo. Un ejemplo de delito de mera actividad es la portación ilegal de armas, por cuanto basta que el autor cargue armas sin licencia para que se de el delito consumado.

Si bien guardan cierta relación, no hay que confundir esta clasificación con la que se hizo entre delitos de lesión y peligro al bien jurídico. Los delitos de resultado generalmente son delitos de lesión al bien jurídico, por ejemplo los delitos contra la vida, y los delitos de mera actividad suelen ser de peligro, como la portación ilegal de armas. Sin embargo, existen delitos de mera actividad que son de lesión al bien jurídico. La violación del artículo 173 es un delito de mera actividad, por cuanto se consuma con la realización de todos los actos por el autor (penetración) sin que sea necesario un resultado adicional, siendo, también, un delito de lesión al bien jurídico “libertad sexual”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Sería delito de resultado, si por ejemplo, se exigiese que la víctima quedase embarazada.

### 3.4 El sujeto pasivo.

Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido. Es importante, no obstante distinguir el sujeto pasivo de otras figuras afines:

- El objeto de la acción. Es la persona o cosa sobre la que recae la acción, que no necesariamente coincide con el sujeto pasivo. Si Vanessa mata a Beatriz, Beatriz es a la vez el objeto de la acción y la titular del bien jurídico vida (sujeto pasivo). En un supuesto de robo de carro, objeto de la acción serán tanto el carro como la persona que lo manejaba al producirse el hecho. Sin embargo, el sujeto pasivo será el titular del bien jurídico propiedad, es decir el dueño del carro, que puede no ser la persona que lo manejaba.
- El agraviado. Es un concepto más amplio, por que incluye además del sujeto pasivo, otras personas afectadas por el delito. Vienen definidos por el artículo 117 del Código Procesal Penal<sup>7</sup>. El agraviado es una de las personas legitimadas para constituirse querellante adhesivo (art.116 CPP).

El titular del bien jurídico podrá ser una persona física o una persona jurídica. Sin embargo, hay una serie de delitos en los que el titular del bien jurídico no está claro, por cuanto no son de titularidad personal, sino de la colectividad. Se habla entonces de “intereses difusos”. Ejemplos de éstos son los delitos contra el ambiente o los delitos contra la salud pública<sup>8</sup>.

## 4. LA CONEXIÓN ENTRE LA ACCIÓN REALIZADA Y EL RESULTADO

### 4.1 Planteamiento del problema

Como ya se vio, los delitos de mera actividad se consuman con la simple ejecución de todos los actos contenidos en el tipo por parte del autor. Sin embargo, en los delitos de resultado es necesario determinar si el resultado producido ha sido consecuencia de la acción realizada. Tal y como señala MUÑOZ CONDE, en algunos casos, la relación será tan directa que no existirá duda: Juan le dispara a Pedro en la cabeza, y Pedro fallece instantáneamente. En este caso, la acción de disparar de Juan es la que ha producido el resultado de la muerte. Sin embargo, supongamos que Pedro no muere pero al ser trasladado al hospital, se estrella la ambulancia que lo transporta y fallece, o bien le opera mal un médico, o nadie le atiende en el hospital y se desangra. En todos estos casos se plantea la duda de saber hasta qué punto la acción realizada es la que ha producido el resultado, en definitiva, si el resultado de muerte de Pedro se le puede atribuir a Juan como consecuencia de su acción. Como señala QUINTERO OLIVARES, “es necesario que la acción y el resultado puedan enlazarse de manera que la primera sea presupuesto de la segunda y sirva para fundamentar la imputación de éste a su autor”.

<sup>7</sup> El artículo 117 califica como agraviado a la víctima (que sería en muchos casos el sujeto pasivo), a sus familiares, a los representantes y socios de una sociedad en ciertos casos y asociaciones de defensa de intereses difusos.

<sup>8</sup> La práctica tribunalcia acostumbra a señalar como perjudicados de estos delitos a “la sociedad”.

Durante mucho tiempo, la doctrina penal ha tratado de resolver el problema de determinar cuándo una acción es causante de un resultado. A continuación vamos a explicar brevemente las tres teorías más importantes sobre esta materia: la equivalencia de las condiciones, la teoría de la relevancia y la imputación objetiva.

## 4.2 La teoría de la equivalencia de las condiciones

Para determinar si existe una relación de causalidad entre la acción realizada y el resultado previsto, la doctrina recurría a la teoría de la equivalencia de las condiciones, formulada por VON KRIES y desarrollada por VON BAR. El nombre de teoría de la equivalencia de las condiciones hace referencia a que todas las condiciones son por igual causa del resultado. De acuerdo con esta teoría, todos aquellos aspectos y circunstancias que condicionan un resultado, equivalen a una causa, partiendo para evaluarlas de las leyes físicas y naturales.

Para determinar cuándo una de las condiciones causa el resultado, se recurre a la fórmula de la “*conditio sine qua non*”: una acción es causa de un resultado si, suprimida idealmente su realización, el resultado no se hubiese producido. Siguiendo el ejemplo anterior, si suprimiendo mentalmente el accidente de la ambulancia se hubiese producido igualmente el resultado de muerte, diremos que el accidente no causó la muerte; por el contrario si no se hubiese producido el resultado de muerte, afirmaremos que el accidente es causa del resultado<sup>9</sup>.

En las omisiones se mantiene la misma estructura. Así según BACIGALUPO, la omisión es causal del resultado cuando, supuesta la realización de la acción omitida, el resultado no se hubiera producido. Por ejemplo, si una madre deja de alimentar a su hijo recién nacido y éste fallece, habrá que determinar qué hubiese podido ocurrir si la madre hubiera alimentado al niño.

Esta teoría ha sido criticada por el amplio margen de responsabilidad que crea: todas las condiciones son causas, sin importar la distancia que las separen del resultado. Irónicamente ejemplificaban algunos autores que en el caso de que Juan matase a Pepe, serían responsables de la muerte de Pepe los padres de Juan por haberlo concebido. Efectivamente, si suprimimos mentalmente la acción “concebir a Juan”, la muerte de Pepe no se hubiese producido. Frente a esto, los partidarios de la teoría niegan que, en este caso, exista responsabilidad penal de los padres de Juan, por cuanto al analizar el aspecto subjetivo del tipo, estas conductas serán atípicas al faltar el dolo o la imprudencia. La necesidad del dolo o la culpa filtra la excesiva amplitud de la equivalencia de las condiciones. Retomando el ejemplo, se diría que el hecho de que los padres de Juan lo hayan concebido, es causa del resultado muerte de Pepe, pero que no se podrá generar responsabilidad penal a los padres, por no existir ni dolo ni imprudencia.

<sup>9</sup> En este último caso, la persona que disparó responderá por una tentativa de homicidio o por unas lesiones consumadas.

Sin embargo, existen algunos casos en los que la exigencia de dolo o culpa no son un filtro suficiente para descartar la responsabilidad penal. Es famoso en la doctrina el ejemplo del sobrino, que deseando heredar de su tío rico, le regala un pasaje de avión, con la esperanza de que ocurra un accidente y fallezca, circunstancia que, por azares del destino, realmente ocurre. En este supuesto, aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, la acción del sobrino sería causa del resultado. Al analizar el elemento subjetivo del tipo, se podría apreciar dolo de muerte en el sobrino. Sin embargo, parece chocante considerar en este supuesto que el sobrino cometió un delito de homicidio o asesinato.

Asimismo, la teoría de la equivalencia de las condiciones no resuelve una serie de supuestos: Lucas vierte arsénico en el café de Pedro; Alberto, ignorando la acción de Lucas, le vierte también a Pedro arsénico; Pedro bebe el café y fallece por envenenamiento. Si suprimimos mentalmente la acción de Lucas, el resultado de todas maneras se hubiese producido. Igual razonamiento podría hacer Alberto, lo que nos llevaría a la absolución de ambos.

### 4.3 La teoría de la relevancia

Frente a la teoría de la equivalencia de las condiciones, otra corriente doctrinaria pretende explicar la relación de causalidad mediante la teoría de la relevancia o de las condiciones relevantes, formulada por el penalista alemán MEZGER. Si bien todas las condiciones son causa del resultado, sólo serán jurídicamente relevantes aquellas que, de acuerdo a la experiencia general y a la naturaleza del delito, son idóneas para producir el resultado. De esta forma, se reduce la amplitud del nexo causal. Así se considera adecuado para producir la muerte administrar arsénico, pero no administrar azúcar, aunque luego resulte que la persona que lo ingiere es diabético y fallece. Lo que hace la teoría de la relevancia es recurrir a criterios normativos para paliar las insuficiencias de los criterios basados en leyes físicas y naturales.

Para determinar si el resultado es atribuible a la conducta del autor, se analizará la acción en dos niveles:

- a. En un primer momento se analiza la acción del sujeto de acuerdo a la “*conditio sine qua non*”. Si suprimida mentalmente la acción el resultado deja de producirse, se pasará al segundo nivel, de lo contrario, se negará la relación de causalidad imposibilitándose así que el autor responda por un delito consumado.
- b. Posteriormente, se determinará si la acción es normalmente idónea de acuerdo a la naturaleza del delito para producir el resultado. En caso contrario se negará la relación de causalidad.

Se plantea entonces la cuestión de saber cómo una causa que no sea idónea ha producido efectivamente ese resultado. La explicación hay que buscarla en las concausas. Se conoce como concausa todo fenómeno que al actuar conjuntamente con la acción del sujeto, da lugar a

consecuencias que no pertenecen al curso normal u ordinario de ésta. En el ejemplo anterior, el hecho de ser diabético se considera una concausa. Así, el juez deberá analizar si en el hecho, la estructura causal está determinada por el actuar del autor o por una circunstancia ajena a éste. Las concausas se clasifican en:

- a. ***Preexistentes.*** Se dan antes de la acción humana y son inherentes a estados o situaciones de índole permanente. Para ser consideradas, han de ser desconocidas por el agente, pues si éste ya las conocía, pudo tomarlas en cuenta en el momento de actuar. En este grupo se encuadraría el ejemplo citado del diabético.
- b. ***Concomitantes:*** Son producto de circunstancias ignoradas por el agente, que intervienen en el acto mismo de la ejecución del hecho y son ajenas a la persona física del sujeto pasivo. Por ejemplo, Ramón le da un puñetazo a Mynor y éste, al caer, se golpea la cabeza con la esquina de una mesa y fallece. En este supuesto se puede clasificar también el caso del tío rico, donde el accidente de avión, por muy deseado que fuese, es ignorado por el autor.
- c. ***Supervinientes:*** Las concausas aparecen después de haber ocurrido la acción, siempre que por sí mismas no hubiesen producido el resultado. Por ejemplo, Elizabeth golpea a Karla fracturándole el brazo. Al operar a Karla, la dosis de anestesia es alta y Karla fallece.

En resumen, la concausa es ajena al agente, quien debe ignorarla o no haberla podido prever.

Esta teoría es criticada ya que la experiencia general también demuestra que una condición no adecuada puede producir un resultado. Si se le da un puñetazo a alguien en la calle, existe la posibilidad de que se golpee contra una piedra en el suelo y fallezca. Por ello, por su vaguedad, en numerosos casos no se delimita de forma clara el curso causal.

Por otra parte, tanto la teoría de la equivalencia de las condiciones como la teoría de la relevancia, al recurrir a la *conditio sine qua non*, generan problemas prácticos. En efecto, no siempre será sencillo afirmar tajantemente que hubiese ocurrido si la acción no se hubiese realizado. En el citado ejemplo de la ambulancia, rara vez los médicos forenses podrán asegurar a ciencia cierta que la herida previa de bala hubiese necesariamente producido el resultado de muerte. Ello es aún más evidente en los delitos omisivos. Si el bañista observa, sin intervenir, como una persona se está ahogando en el mar, será complicado demostrar que su intervención hubiese salvado la vida del ahogado. Generalmente, lo más que se puede hacer es establecer una probabilidad, mayor o menor, de que el resultado no se hubiese producido.

#### 4.4 Teoría de la imputación objetiva

La teoría de la equivalencia de las condiciones trata de resolver la coincidencia entre acción y resultado, a través de las leyes físicas y naturales, de la relación causa-efecto. La teoría de la relevancia, introduce un correctivo a la ley natural, definiendo un criterio normativo. La teoría de la imputación objetiva va más allá: no entra a analizar si la acción realizada por el sujeto fue causa del resultado, sino si el resultado es imputable al autor; es decir, la pregunta no es si la acción de A es causa del resultado B, sino si B puede ser imputado a A como hecho “propio”, o por el contrario se debe a circunstancias ajenas a su ámbito de responsabilidad.

La teoría de la imputación objetiva, desarrollada por el penalista alemán ROXIN, no parte de las leyes naturales sino de conceptos normativos. El criterio fundamental para imputar un resultado a una persona será la elevación del riesgo. Concretamente, se imputará un resultado a una persona, toda vez que<sup>10</sup>:

- 1° *Dicha acción haya elevado el riesgo de producción del resultado.* Por ejemplo, la acción de disparar contra otro eleva el riesgo de producir la muerte.
- 2° *El riesgo no sea permitido.* Existen numerosas acciones, autorizadas, que elevan el riesgo de producción de un resultado lesivo, pero en los que no se puede imputar penalmente el resultado. Por ejemplo, el simple hecho de manejar correctamente un vehículo, aumenta el riesgo de atropello a una persona; sin embargo, no se le imputaría el resultado al conductor por ser un riesgo permitido. En esta misma línea, no se le puede imputar al sobrino la muerte del tío rico en avión, por cuanto el viaje en avión es un riesgo permitido.
- 3° *El incremento del riesgo haya contribuido a producir el resultado.* Si Pedro le pone una bomba en el carro a Sandra, pero ésta muere antes a consecuencia de un ataque cardiaco, el resultado no será imputable a Pedro. En este caso, Pedro sólo respondería por tentativa.
- 4° *El resultado no cae fuera del ámbito de protección de la norma.* No es imputable objetivamente el resultado que se produce fuera del ámbito de protección de la norma. La norma penal indica al ciudadano qué acciones son prohibidas. Si el resultado sale del ámbito de la acción prohibida no existirá imputación objetiva. No se le podrá imputar la muerte a Juan cuando dispara a Pedro, dejándolo herido, pero éste fallece al estrellarse la ambulancia; o cuando Juan dispara a Pedro matándolo, pero al enterarse la esposa de Pedro fallece por un ataque cardiaco. En ambos supuestos, el accidente o el ataque al corazón, escapan del ámbito de protección de la norma “no matarás”.

<sup>10</sup> En este punto se exponen los principales criterios, si bien la doctrina ha elaborado algunos más. Sin embargo, considero que éstos son los más relevantes y los que permiten su comprensión y aplicación.

Esta teoría es relativamente reciente y los criterios expuestos aún se discuten. Sin embargo, tiene la aceptación de gran parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia alemana o española.

No obstante, personalmente no creo que esta teoría, al menos en su estado actual, sea muy satisfactoria. La primera crítica que se le puede formular es su excesivo casuismo y complejidad. En su afán por concretar al extremo, genera tantos criterios que hacen que sea exageradamente enrevesada. Pero el punto más objetable parte de los problemas de legalidad que plantearía su aplicación. A partir del momento en el que se establece que el criterio de conexión entre acción y resultado no surge de las leyes naturales, sino de conceptos normativos, se plantea la duda de saber dónde están estos conceptos plasmados. De acuerdo al principio de legalidad, estos criterios deberían estar previstos en el Código Penal. De lo contrario, surgirían problemas para imputar un resultado a una persona, partiendo de unos principios que no se extraen de las leyes de la naturaleza o de los códigos penales.

#### **4.5 Tratamiento legal**

El Código Penal de Guatemala, en su artículo 10, opta por el criterio de la relevancia, al señalar que se atribuirán al imputado los hechos previstos en las figuras delictivas, “cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta”.

Dicha solución permite limitar una imputación excesiva de resultados por conductas no previstas, aunque sería saludable una definición jurisprudencial del concepto de “normalmente idóneo”.

### **5. TIPO Y ADECUACIÓN SOCIAL**

Cuando el legislador crea un tipo, está seleccionando una conducta y la hace penalmente relevante. Sin embargo, existen toda una serie de conductas que, aunque formalmente se encuadren en la descripción del tipo penal, carecen de relevancia al ser corrientes en el ámbito social. Por ejemplo, los anuncios publicitarios que recalcan las cualidades de sus productos sin hacer mención de sus fallos, podrían encuadrarse en un delito de estafa del artículo 263 del Código Penal. Un funcionario que aceptase un cigarro ofrecido por una persona que tuviese un asunto pendiente ante él podría incurrir en un delito de aceptación ilícita de regalos del artículo 443 del Código Penal. Sin embargo, en todos estos casos se entiende que por ser comportamientos socialmente adecuados, no deben ser considerados típicos y mucho menos antijurídicos. Nadie en la sociedad entiende que en esos casos se está cometiendo un delito.

El fundamento para considerar la atipicidad de estas conductas es la ausencia total de lesión o puesta en peligro del bien jurídico que supuestamente tutela la norma. Regalar un cigarrillo

a un funcionario, no pone en riesgo ni va a afectar la imparcialidad y objetividad de la administración pública. De hecho, la tipicidad de la conducta es aparente, por cuanto falta uno de los elementos del tipo que es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

La adecuación típica no debe confundirse no obstante con la derogación “de facto” de las normas. No deben confundirse los planos social y jurídico. Ciertamente, lo que es socialmente admitido, es decir, los comportamientos habituales en la sociedad, aceptados y practicados por la mayoría, no deberían ser típicos. Pero sucede muchas veces que existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado. Este desfase puede llevar a la derogación de hecho de la norma jurídica. Un ejemplo de ello era el delito de adulterio del artículo 232 del Código Penal, que fue ley vigente durante muchos años sin que nunca se persiguiese penalmente. Sin embargo, hasta que no se formalizó la derogación con la declaración de inconstitucionalidad, no desapareció la tipicidad.

El concepto de adecuación social sirve para realizar interpretaciones restrictivas de tipos redactados con excesiva amplitud pero no para derogarlos. Por todo ello, partiendo de la adecuación social se podrá afirmar que el funcionario del ejemplo descrito no realiza ninguna acción típica. Sin embargo cometer adulterio era una acción típica, aunque en la práctica no se castigaba ni perseguía penalmente.



## CAPÍTULO 4. EL TIPO DE LOS DELITOS DOLOSOS

*En este capítulo se profundiza sobre el elemento subjetivo del delito doloso. Se explica qué se debe entender por dolo y qué tipos de dolo existen. Se estudia cómo un error de percepción sobre los elementos del tipo objetivo puede hacer que el dolo desaparezca. Finalmente, se hace brevemente mención a otros elementos de carácter subjetivo, distintos del dolo, que aparecen en algunos delitos.*

### 1. INTRODUCCIÓN

El tipo no se reduce a los elementos objetivos estudiados en el capítulo anterior. Éste tiene tanto una vertiente objetiva (el tipo objetivo) como una vertiente subjetiva (el tipo subjetivo). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica y en la segunda el contenido de la voluntad que rige la acción. Es decir, en uno se analiza el aspecto externo de la acción y en el otro la voluntad y el conocimiento del que la realiza.

El tipo subjetivo es mucho más difuso y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar. El juez o fiscal no podrá nunca saber a ciencia cierta qué es lo que quería o pensaba la persona que realiza una acción típica. Lo único que podrá hacer es deducir la voluntad a través de sus actos externos.

Dentro del aspecto subjetivo podemos distinguir los supuestos en los que el autor quiso el resultado de aquellos otros en los que el autor no lo quiso, pero su actuar imprudente lo produjo. Los primeros originarán tipos dolosos y los segundos los tipos culposos.

Por ejemplo, la conducta de Javier de manejar un vehículo por la calzada San Juan a gran velocidad y atropellar a Jessica, produciéndole la muerte, se puede encuadrar en el tipo objetivo de homicidio. Sin embargo, este análisis externo no nos permite saber si el hecho cometido es un delito doloso o imprudente. Para ello, será necesario estudiar la voluntad de Javier. Si Javier quiso atropellar a Jessica, el tipo subjetivo será doloso; si no quiso y actuó en forma imprudente, será culposo.

Esta manera de analizar la conducta surge del sistema finalista, siendo aceptada hoy en día por la mayoría de la doctrina, incluso por aquellos que cuestionan el concepto de acción finalista. La dogmática tradicional, que seguía la teoría causal de la acción, dividía los componentes del delito entre objetivos y subjetivos. El tipo y la antijuricidad analizaban el nivel objetivo y la culpabilidad el subjetivo. Por ello entendían que el dolo y la culpa debían estudiarse en la culpabilidad. Sin embargo, ello originaba una serie de problemas de difícil solución. En primer lugar existen en el tipo toda una serie de elementos subjetivos tales como el ánimo de lucro o las intenciones deshonestas sin los cuales la acción no es típica. En segundo lugar, en la tentativa, hay que conocer el dolo del autor para aclarar cuál es la acción típica; la acción de disparar contra otra persona en la pierna puede ser un intento de homicidio, unas lesiones consumadas o un accidente de cacería. En tercer lugar, en los códigos modernos, el carácter doloso o culposo viene descrito en el tipo (el homicidio culposo y el doloso son tipos penales distintos), existiendo numerosos delitos que sólo se tipifican cuando son dolosos. Así por ejemplo, sería absurdo afirmar que frente a unos daños cometidos por imprudencia, estuviéramos ante una acción típica, antijurídica pero no culpable, cuando en realidad lo que hay es una acción atípica.

## 2. ESTRUCTURA DEL TIPO DOLOSO

En este punto vamos a analizar la estructura del tipo de los delitos dolosos. Los tipos dolosos se caracterizan por la coincidencia entre la realización del tipo y la voluntad del autor.

El tipo objetivo comprende todos aquellos elementos perceptibles del mundo exterior que fundamentan lo ilícito. Tal y como se vio en el capítulo anterior, el tipo objetivo de los delitos dolosos está compuesto por la acción y, en algunos delitos, por el resultado y el nexo entre acción y resultado.

El tipo subjetivo comprende aquellos factores intrínsecos al autor, es decir, está referido a su conciencia. El elemento fundamental es el dolo, si bien en algunos delitos existen otros elementos subjetivos en su tipo distintos del dolo y a los que denominaremos elementos especiales.

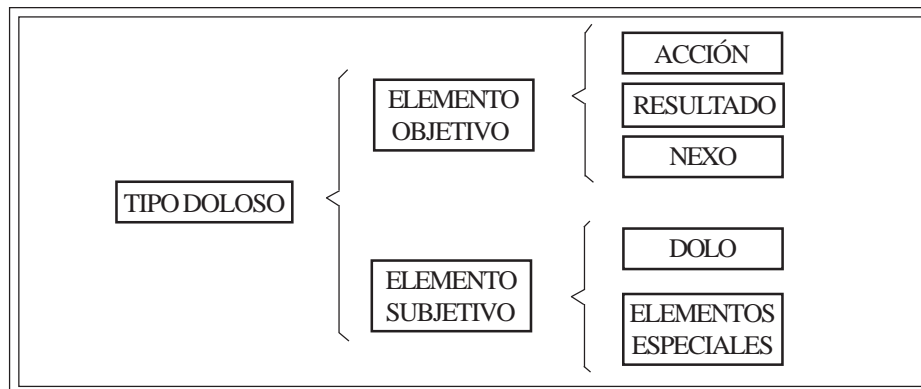


Ilustración 1: Estructura del tipo doloso

### 3. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DOLO

El dolo es el elemento nuclear del tipo subjetivo. Por dolo tenemos que entender la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito y puede ser definido como “el conocer y querer la conducta y el resultado típico”.

El artículo 11 del Código Penal estipula que habrá delito doloso cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

Dentro del dolo se distinguen dos elementos:

- a) **Elemento cognoscitivo.** Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Es decir, debe tener un conocimiento de los elementos del tipo objetivo. El que roba, debe saber que está robando. Este conocimiento deberá tener las siguientes características:
- 1) El conocimiento ha de ser actual, debe darse en el momento en que el sujeto realiza la acción. No es un conocimiento potencial de lo que debería saber.
  - 2) El conocimiento debe ser extensivo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, es decir a las agravantes y atenuantes. Incluye tanto las contenidas en la parte general (arts. 26, 27, 28 y 31 del Código Penal) como las que forman parte del tipo (el parentesco que agrava el parricidio frente al homicidio del art. 131 del Código Penal).
  - 3) No es necesario que el sujeto tenga un conocimiento exacto de todos los elementos del tipo objetivo. Es suficiente que tenga un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos, de la valoración paralela en la esfera del profano. Así por ejemplo, el que hurta una estatua antigua no tiene por qué saber si se trata de un “tesoro nacional” del artículo 332 A o de un “bien arqueológico” del artículo B.
- b) **Elemento volitivo.** Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo; es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no debe confundirse con los móviles o deseos del sujeto. Así, cuando un ladrón mata para robar, puede ser que no tenga deseos homicidas, tan sólo lucrativos, pero no por ello ha dejado de cometer un homicidio doloso. De igual manera, el que mata a otro en legítima defensa actúa con dolo, por cuanto quiere

producir este resultado, aunque ello sea totalmente opuesto a su deseo. En efecto, cuando alguien recurre a la legítima defensa quiere matar al agresor por cuanto es la única forma de salvar su vida, pero nunca deseó tener que matar a un ser humano.

#### 4. CLASES DE DOLO

A partir del elemento volitivo, es decir de la voluntad del autor, la doctrina distingue distintos tipos de dolo.

- a) **Dolo directo o directo de primer grado.** Se da cuando el autor ha querido la realización del tipo objetivo y ha actuado con voluntad; el resultado o la actividad es querida directamente como fin. Por ejemplo Rosario quiere matar a Luis y dispara sobre él. Wilson quiere evadir al fisco y falsifica facturas con esa intención.
- b) **Dolo indirecto, directo de segundo grado o de consecuencias necesarias.** En él, el resultado es la consecuencia necesaria del medio empleado. Con otras palabras, habrá dolo cuando en la realización del hecho aparezcan otros resultados concomitantes, aunque estos no hayan sido la meta del autor, porque de todos modos están ligados a la conciencia de éste de una manera necesaria o posible. Por ejemplo, Pedro quiere matar al Presidente de la República colocándole una bomba en su carro aunque sabe que su acción matará al conductor y a los guardaespaldas. Es el “ha sido previsto” del artículo 11 del Código Penal, que incluye también el dolo directo.
- c) **Dolo eventual.** El sujeto se representa el resultado (efecto concomitante) como de probable producción y aunque no quiere producirlo, sigue actuando admitiendo su eventual producción. Por ejemplo, Juan para robar a Irene visiblemente embarazada, le da golpes fuertes en el vientre produciéndose la muerte del feto. En este caso, Juan sabía que golpear a una embarazada podía provocar el aborto y actuó aunque no buscara ese objetivo. Por ello, Juan responde por aborto cometido con dolo eventual.

El principal problema que plantea es su diferenciación con la imprudencia grave o culpa. Por ejemplo, Alberto apuesta a que es capaz de circular en su carro a más cien kilómetros por hora, por la sexta avenida de la capital, en contra de la vía, de noche y sin luces. Al realizar dicha acción, choca contra un vehículo y mata a su ocupante. ¿Respondería Alberto por un homicidio doloso (eventual) o por un homicidio culposo? Para responder a este tipo de cuestiones, la doctrina ha elaborado dos teorías:

- \* *Teoría de la probabilidad.* Parte del elemento cognoscitivo del dolo, es decir del conocimiento que se tiene del hecho. Se dará dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y, a pesar de ello, actúa. Si la probabilidad es más lejana habrá culpa.
- \* *Teoría de la voluntad o del consentimiento.* Parte del elemento volitivo del dolo. No es suficiente que el autor se plantee el resultado como de probable producción, es necesario que se diga: “Aun cuando fuere segura su producción, actuaría” (fórmula de Frank). Habrá culpa cuando el autor, si se hubiese representado el resultado como de segura producción, no hubiera actuado. La principal objeción que se hace a esta teoría es su difícil aplicabilidad. Rara vez el juez podrá saber cual era el pensamiento íntimo del sujeto; incluso en muchos casos el mismo autor no podría saber como hubiese respondido a esta pregunta si se la hubiesen hecho antes.

El Código, en su artículo 11, parece decantarse por la primera opción al indicar que habrá dolo aun cuando “... sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto”.

Es importante indicar que el dolo, tal y como es estudiado desde el finalismo, es un dolo “avalorado”, es decir que no es visto como algo negativo. Como ya se indicó, el que mata en legítima defensa, actúa con dolo por cuanto “quiere el resultado típico”: la muerte de su agresor. Sin embargo, este dolo no implica culpabilidad por cuanto la acción de matar en legítima defensa no es antijurídica. En esta misma línea, la comisión de un hecho por dolo directo no implica necesariamente mayor culpabilidad (y por lo tanto mayor pena) que la comisión por dolo eventual.

## **5. LA AUSENCIA DE DOLO POR ERROR DE TIPO**

Para poder actuar con dolo, el autor ha de conocer los elementos objetivos integrantes del tipo y querer realizar la acción. Pero puede suceder que el autor cometa un error de percepción y no aprecie un elemento del tipo, realizando objetivamente una conducta típica. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo, en los supuestos de error sobre los elementos objetivos del tipo (o error de tipo), desaparece esa voluntad.

Por ejemplo, en una cacería Antonio, viendo una figura que se mueve y pensando que es un oso, dispara matando a Juan, su compañero de caza. Antonio cometió un error, al confundir un oso con un ser humano, lo que hace que objetivamente haya cometido un homicidio. Sin embargo, al estudiar el aspecto subjetivo, debido al error, no existe el elemento cognoscitivo

y por consiguiente (como no se puede querer lo que no se conoce) tampoco el volitivo, por lo que se excluye el dolo. Él no sabía que mataba a su compañero de caza por lo que no podía querer matarlo.

El error podrá ser catalogado como burdo, vencible o invencible, en función de su evitabilidad:

- **Error burdo.** Habrá error burdo cuando las condiciones objetivas del hecho sean evidentes a los ojos de cualquier espectador colocado en la misma situación y circunstancia que el autor.
- **Error vencible.** Será vencible cuando por las circunstancias en las que se dio el hecho, si el autor hubiese puesto la diligencia necesaria y posible, no se hubiese equivocado.
- **Error invencible.** El error será invencible cuando este se mantenga a pesar de tomar todas las precauciones necesarias para evitarlo.

Por ejemplo, Carlos de treinta años, usando su habilidad como mujeriego habitual, convence a la joven Irene para que tengan relaciones sexuales. Sin embargo, Carlos ignoraba que Irene era menor de edad. En este caso, aunque se dieron los elementos objetivos de un delito de estupro del artículo 176 del Código Penal, existe un error sobre uno de los elementos del tipo, como es la minoría de edad. Será error burdo si la minoría de edad de Irene fuese evidente por su constitución física o su apariencia (por ejemplo, viste de colegiala). Sin embargo, el error será invencible si, por ejemplo, Irene, además de tener un desarrollo físico avanzado, le hizo creer, en forma verosímil, que estaba estudiando en tercer año de la universidad o le enseñó una cédula de identidad falsificada. Entre ambos, estarían los casos de error vencible.

De acuerdo a la mayoría de la doctrina, el error de tipo burdo no tiene relevancia jurídico penal y el autor sigue respondiendo por un delito doloso<sup>1</sup>. Por su parte, el error invencible hace que desaparezca el dolo y, como se puso la diligencia debida, desaparece también la culpa o imprudencia. Por tanto, en estos casos la conducta será atípica. En los casos de error vencible, se entiende que el delito es culposo, por cuanto el autor no quiso ese resultado, pero se produjo por su actuar imprudente.

De esta manera, en el ejemplo de la cacería la conducta de Antonio será atípica si el error era invencible (Juan, queriendo hacer una broma, se disfrazó de oso) y habrá cometido homicidio culposo si el error era vencible (aplicando reglas básicas de seguridad que todo cazador debe tomar al usar un arma de fuego, Antonio no debería haber disparado). Finalmente, si Juan estaba caminando en un descampado cuando Antonio le disparó, el supuesto error podrá definirse como burdo, siendo su conducta típica la de homicidio doloso. Sin embargo, en el caso de las relaciones con la menor, Carlos sólo habría realizado una conducta típica si el error era burdo. En

<sup>1</sup> De hecho, la clasificación de error burdo se da para evitar que cualquier alegato de error tenga relevancia. Salvo el autor, nadie podrá saber a ciencia cierta si existió un error, pero si no hay mínimas condiciones objetivas para que éste se dé, no sería aceptable que sea apreciado en virtud del principio *in dubio pro reo*.

caso de error vencible, debería responder por un estupro culposo, pero al no existir este tipo penal la conducta sería atípica.

Es importante indicar que para que se aprecie error de tipo, la persona no debe tener duda respecto del error que estuviese cometiendo. Es decir, Antonio debía estar convencido que disparaba contra un oso y Carlos que Irene era mayor de edad. En caso contrario, habría que analizar el elemento volitivo del dolo para determinar si en realidad no es un caso de dolo eventual (ver supra). En efecto, el dolo eventual implica una duda del autor sobre los elementos objetivos del tipo, por lo que si concurre, no tiene sentido hablar de error de tipo. En el ejemplo de la menor, podría darse la situación de que Carlos no tuviese claro si Irene era o no mayor de edad, pero a pesar de todo realiza la conducta descrita. No obstante, en la práctica, será difícil diferenciar entre ciertos casos de dolo eventual y errores de tipo vencible, por la misma dificultad que tiene conocer y probar los pensamientos internos de las personas.

El Código Penal guatemalteco no hace ninguna referencia al error de tipo. Sin embargo, ello no es necesario para su aplicación, por cuanto éste se deduce de la definición de dolo del artículo 11 del Código Penal. No podrá existir dolo, si el resultado no ha sido previsto o el autor no se lo ha representado como posible. Si falta el elemento cognoscitivo, no podrá darse el elemento volitivo. Antonio, no quiso matar a Juan, ni había previsto la posibilidad de que la figura fuese Juan. Por lo tanto, al no existir el dolo, no puede haber cometido un delito doloso del artículo 123 del Código Penal.

Finalmente, hay que distinguir el error sobre los elementos del tipo (error de tipo) del error sobre la prohibición de la conducta (error de prohibición). Este último se da cuando el autor quiere realizar la conducta típica pero ignora que es prohibida. Así por ejemplo, ante un delito de posesión para el consumo, cometerá error de tipo cuando alguien tenga marihuana para fumar creyendo que esas hierbas son un tabaco especial y cometerá error de prohibición el que tenga marihuana para fumar, pero ignore que la tenencia para el consumo es ilegal. El error de prohibición no excluye la tipicidad, por cuanto el autor quería y conocía el resultado, pero es relevante al estudiar la culpabilidad.

## 6. SUPUESTOS ESPECIALES DE ERROR

En el punto anterior se analizó el error de tipo, que tiene como consecuencia principal la eliminación del dolo. Sin embargo, existen algunos supuestos de error que recaen sobre distintos elementos típicos y que no excluyen el dolo:

- \* ***Error sobre el objeto de la acción.*** En principio es irrelevante. Da igual que Juan le robe el carro a Ricardo creyendo que era de Francisco, o que Luis dispare de noche sobre Lucas creyendo que era Romeo. Se plantean problemas cuando la cualidad de la persona determina un tipo distinto: Lucas era el padre de Luis,

o al revés, Romeo era el padre de Lucas<sup>2</sup>. El Código señala la irrelevancia del error sobre el objeto de la acción en su artículo 21.

- \* ***Error sobre el nexo de causalidad.*** Las desviaciones que no son esenciales o que no afectan la producción del resultado querido son irrelevantes: Juan le quema la casa a Luis con la intención de que muera abrasado y Luis muere al saltar desde su casa para escapar del fuego.
- \* ***Error en el golpe (aberratio iuctis).*** Se da en los delitos contra la vida y la integridad de la persona. El autor dispara sobre A pero falla y alcanza a B que estaba a su lado. La solución y los problemas son los mismos que en los supuestos del error en el objeto.
- \* ***Dolus generalis.*** El autor cree haber consumado el delito cuando en realidad éste se consuma por un hecho posterior. Así, Juan quiere matar a Samuel y le golpea dejándolo inconsciente. Juan, creyendo que Samuel había muerto, lo ahorca con la intención de simular un suicidio y en ese instante provoca efectivamente la muerte. En estos casos el error es irrelevante por cuanto el dolo de matar se extiende a lo largo de toda la acción.
- \* ***Error sobre los elementos accidentales.*** En estos supuestos lo que se genera es la no apreciación de las circunstancias agravantes o atenuantes, o en su caso, del tipo cualificado o agravado. Por ejemplo, quien hurte una cosa sin tener la posibilidad de saber que era de valor artístico no incurriría en hurto agravado del artículo 247 del Código Penal, aunque sí en hurto simple del artículo 246 del citado cuerpo legal. Quien mata a una persona, ignorando que era su padre, no responderá por parricidio pero sí por homicidio o asesinato.

## **7. ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIALES DEL TIPO**

Normalmente, los delitos dolosos sólo requieren en su ámbito subjetivo la existencia de dolo. Sin embargo algunos tipos penales exigen la presencia de elementos especiales de carácter subjetivo distintos al dolo. Para que se produzca el delito de rapto tipificado en el artículo 181 del Código Penal, el autor ha de realizar la sustracción o retención de una mujer con propósitos sexuales; para que exista la suposición de parto del artículo 238 del citado cuerpo legal, la mujer ha de fingir la situación para obtener para sí o su supuesto hijo derechos que no le corresponden. En estos casos, el mismo tipo penal describe un elemento subjetivo, cosa que no suele ocurrir con el dolo que está implícito en la descripción típica.

La inexistencia de ese elemento subjetivo especial excluye la tipicidad. Por ejemplo, el que desvíe cursos de agua sin fin de apoderamiento o de aprovechamiento ilícito o sin querer

<sup>2</sup> En el capítulo dedicado al concurso de delitos se estudiará la manera de resolver estos conflictos.



perjudicar a otro, no cometerá delito de usurpación de aguas del artículo 260 del Código Penal. Sin embargo, ello podría provocar la aplicación de otro tipo penal. El segundo párrafo del artículo 248 penaliza especialmente el hurto de uso, cuando el mismo se realiza para efectuar plagio o secuestro o con fines terroristas. Si no se demostrase que el hurto de uso se realizó para esos fines, se aplicará el primer párrafo del artículo 248 del Código Penal.

En resumen, en estos supuestos, el elemento subjetivo del tipo tiene doble vertiente. Por una parte debe existir el dolo y además el autor debe haber realizado la acción con una especial intención o finalidad.

## CAPÍTULO 5. EL TIPO CULPOSO O IMPRUDENTE

*En algunos casos el delito no es directamente querido por el autor, sino que es fruto de una actuación imprudente. En estos delitos, el elemento fundamental es la falta de deber de cuidado que origina un resultado dañoso para un bien jurídico. En el presente capítulo, se estudia la estructura del tipo culposo o imprudente. Finalmente, en un anexo, se señalan vicios del Código Penal que permiten la imposición de penas a personas que actuaron sin dolo ni culpa y las formas de superarlos.*

### 1. CONCEPTO Y ESTRUCTURA

Hasta el primer tercio del siglo XX, el delito culposo o imprudente era poco estudiado por la doctrina penal. Sin embargo, con el auge de la industrialización y de los medios de locomoción, el delito culposo ha ido cobrando cada vez mayor importancia en las sociedades modernas.

El tipo culposo o imprudente es aquel en el que, debido a una acción infractora de un deber de cuidado, el autor produce un resultado lesivo para un bien jurídico y no querido por él.

Sin embargo, no toda acción que falte a deberes de cuidado será delito, sino sólo las más graves y que afecten a bienes jurídicos de importancia. Prueba de ello es la estructuración de la culpa en el Código Penal. En primer lugar, es necesario que el resultado se haya producido; es decir, no existe la tentativa de delito culposo. En segundo lugar, la ley guatemalteca limita el número de delitos culposos mediante el sistema de “*numerus clausus*” apreciable en su artículo 12 que señala que “los hechos culposos son punibles en los casos expresamente indicados en la ley”. El sistema antiguo era el de “*numerus apertus*” mediante el cual, a través de una cláusula en la parte general, cualquier delito podía ser doloso o culposo. Este sistema ampliaba exageradamente los tipos y llevaba a soluciones claramente injustas. Por ejemplo, hasta 1995 el Código Penal español seguía este sistema y durante muchos años, los tribunales penaron como parricida culposo al que mataba a su padre en forma imprudente (es decir sin querer el resultado).

Como indica MUÑOZ CONDE, lo esencial del tipo culposo no es la simple causación del resultado, sino cómo se realiza la acción. Si dos carros, A y B chocan en una curva, lo relevante no será saber quién ha producido el resultado, pues es obvio que ambos lo han hecho, sino quién actuaba con el debido cuidado y quien no. El deber objetivo de cuidado será referencia obligada del tipo de delito imprudente.

En función de lo anterior, el tipo culposo puede dividirse en un tipo objetivo y en un tipo subjetivo, tal y como se aprecia en la ilustración 2.

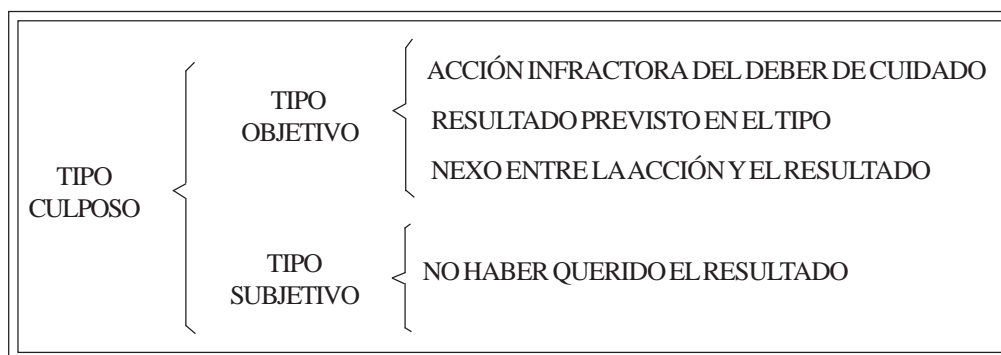


Ilustración 2: El tipo culposo

## 2. EL TIPO OBJETIVO

### 2.1 La acción infractora del deber de cuidado

El núcleo del tipo imprudente consiste en la divergencia entre la acción realizada y la esperada en virtud del deber de cuidado objetivo que era necesario observar. En estos casos, lo prohibido por el derecho penal no es el fin propuesto, sino la forma de realización de la acción. Se sanciona a la persona por no haber puesto el deber de cuidado debido.

Se vulnerará el deber de cuidado cuando se actúe con imprudencia, negligencia o impericia (art. 12 CP). La imprudencia hace referencia a un actuar vulnerando normas de cuidado mientras que la negligencia parece más bien referida a un comportamiento omisivo. La impericia se relaciona con la vulneración de la “lex artis” de las distintas profesiones. En cualquier caso la distinción no tiene mayor transcendencia. La doctrina usa el término imprudencia para hacer referencia a todas ellas.

La doctrina señala que el deber de cuidado que cada persona debe observar, tiene una manifestación interna y otra externa.

El deber de cuidado interno, o deber de previsión, requiere que las personas adviertan la presencia o creación de un peligro. La persona tiene la obligación de advertir que la conducta que está realizando implica un incremento de posibilidades de producción de un resultado dañoso. Así por ejemplo, quien porta un arma o maneja un vehículo ha de ser consciente que ello puede producir lesiones o muerte de terceros. Cuando una persona no tiene este deber de cuidado interno, se dirá que actúa con culpa inconsciente, por cuanto ni siquiera percibió que su actuar era imprudente. Dicho de otro modo, se le sanciona por ni siquiera advertir el peligro que estaba generando.

El deber de cuidado externo, según BERDUGO, se entiende “como el deber de comportarse conforme a la norma de cuidado que el peligro, previamente advertido, requiere”. Este deber se concreta en tres ámbitos:

- a. Deber de omitir acciones peligrosas no permitidas.** Las personas deben evitar realizar acciones peligrosas que no estén permitidas, como por ejemplo, fumar en una gasolinera. Asimismo, deberán evitar conductas que exijan una cualificación técnica que el autor no posee. Por ejemplo, operar sin tener los conocimientos necesarios en medicina, o manejar sin tener licencia.
- b. Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas permitidas.** Existen algunas conductas peligrosas que son socialmente aceptadas, como el manejo en carretera, la utilización de explosivos en construcción o el uso de armas defensivas. En esos supuestos, la persona debe extremar las medidas de precaución. Por ejemplo, quien use una pistola deberá evitar dejarla al alcance de los niños.
- c. Deber de preparación e información previa.** Cuando se va a realizar alguna acción peligrosa, la persona debe tomar precauciones especiales. Así por ejemplo, el conductor de camioneta deberá revisar los frenos y el estado del vehículo antes de emprender un viaje con los pasajeros. El dueño de un perro peligroso deberá sacarlo a pasear con bozal y correa.

Cuando la persona no observa el deber de cuidado externo, se dirá que realizó el hecho con culpa consciente, por cuanto sabía que su conducta estaba siendo imprudente y a pesar de todo la realizó. Por ejemplo, el que viendo un semáforo en amarillo acelera, confiando en tener tiempo para cruzar antes de que arranquen los carros que circulan por la vía perpendicular<sup>3</sup>.

El deber de cuidado exigido no se encuentra plasmado en el Código Penal, sino que hay que buscarlo en otras fuentes. Los criterios principales son:

- Las leyes y reglamentos. Numerosas leyes y reglamentos administrativos definen los procedimientos a seguir en la realización de actividades peligrosas. Así por ejemplo, la Ley de Tránsito y su reglamento indican cómo se debe manejar. La infracción a dichas normas vulnera el deber de cuidado exigido.

<sup>3</sup> Como ya se estudió, la culpa consciente es fronteriza con el dolo eventual.

- La llamada “*lex artis*”. La “*lex artis*” es el conjunto de normas, a veces no escritas, de actuación de distintas profesiones. Por ejemplo, los médicos deben actuar en cada caso tomando una serie de precauciones para evitar lesiones o muerte del paciente, medidas estas que forman parte del conocimiento que se espera que tengan para operar. Así, el médico que opera sin esterilizar los bisturís estará faltando a la “*lex artis*” de la medicina.
- La común experiencia social. Ni las leyes ni los reglamentos pueden abarcar todos los supuestos de la vida cotidiana. En muchos casos, se recurrirá a criterios generales como la diligencia del hombre medio para determinar si una conducta es prudente. Por ejemplo, cualquier espectador medio considerará que no es prudente jugar con una botella cargada de ácidos corrosivos.

Todos estos elementos son indicios que permiten determinar la existencia de una falta al deber de cuidado. Sin embargo, no son absolutos. Por ejemplo, el simple hecho de no infringir ninguna norma de tránsito no elimina necesariamente la imprudencia de un conductor, cuando, por ejemplo, éste no aminoró la marcha al observar que un peatón estaba cruzando la calle por un lugar no autorizado.

Si de la comparación entre el deber de cuidado y la acción efectivamente producida resulta que la acción ha quedado por debajo de lo que el cuidado objetivo exigía, se habrá lesionado el cuidado y la acción podrá ser típica.

Muchos códigos diferencian las penas en función del nivel de infracción al deber de cuidado. Por ejemplo, el código español distingue entre imprudencia grave o leve. Es imprudencia grave, de acuerdo a la jurisprudencia, cuando se omiten todas las precauciones o medidas de cuidado elementales, mientras que es leve cuando estas no son tan evidentes o se han dado a pesar de haberse respetado las leyes y reglamentos. Sólo son sancionadas penalmente como delito la imprudencia grave. La imprudencia leve es impune<sup>4</sup>, salvo si se produce homicidio o lesiones, en cuyo caso dará lugar a una falta.

El Código Penal guatemalteco no establece esta división, lo que puede generar sanciones muy altas cuando existe una imprudencia mínima o cuando en el resultado, también tiene gran responsabilidad la víctima que actuó en forma imprudente. Tan sólo se puede recurrir a la circunstancia atenuante de “dificultad de prever” del artículo 27.10 y agravante de “facilidad de prever” del artículo 27.21 del Código Penal. Si bien éste puede ser un paliativo, es recomendable una reforma legal en este ámbito.

<sup>4</sup> Sin perjuicio de mantenerse la responsabilidad civil.

## **2.2 Producción del resultado previsto en el tipo**

Por imperativo del principio de intervención mínima, las acciones imprudentes sólo son castigadas cuando se produce un resultado. De lo contrario se llegaría al absurdo de castigar como homicidio culposo en grado de tentativa al que maneja de forma imprudente. La producción del resultado es el componente del azar de los delitos imprudentes: ante dos acciones idénticas, una puede no producir resultado y otra ser constitutiva de sanción penal por el resultado producido.

Sin embargo, es fundamental que el resultado producido haya sido consecuencia del actuar imprudente previo del autor. Es decir, no sólo hay que demostrar que el autor no respetó el deber de cuidado necesario, sino que su acción imprudente fue la que produjo ese resultado. Al efecto, habrá que recurrir a las distintas teorías ya estudiadas al analizar el nexo entre acción y resultado, es decir, a la equivalencia de las condiciones, la relevancia o la imputación objetiva.

## **3. EL TIPO SUBJETIVO**

El tipo subjetivo en los delitos culposos, se define en forma negativa. Para que exista delito culposo, es necesario que el sujeto no haya querido el resultado. De lo contrario, el delito se convertirá en doloso.

No obstante no debe confundirse querer el resultado típico con desearlo o alegrarse por su consumación. Si Renato maneja su carro a gran velocidad, tiene un accidente y muere su suegra, el resultado puede alegrarle o incluso ser lo que más hubiese querido. Sin embargo, si el accidente no se produjo a consecuencia de que Renato quisiese matar a su suegra, no existirá el dolo.

## **4. ANEXO: LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA**

### **4.1 Planteamiento del problema**

Por exigencias del principio de culpabilidad, “*nullum crimen sine culpa*”, las únicas formas de imputación posibles en derecho penal son el dolo y la culpa. Todo comportamiento que no sea doloso o imprudente no podrá ser delictivo. De esta manera, se evita la responsabilidad objetiva, mediante la cual se hace responsable a una persona por los resultados que ha producido sin entrar a valorar su intención o voluntad (aspecto subjetivo).

Si se considera que las penas deben imponerse a la persona por cuanto decidió libremente realizar un delito, no tendría sentido castigar al que no eligió un resultado. Tampoco tendría sentido sancionar si se parte de la función motivadora de la norma, por la que sólo se puede

motivar a los ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones que puedan producir resultados previsibles y evitables.

Sin embargo, el Código Penal contiene manifestaciones de responsabilidad objetiva, que de aplicarse directamente, sin realizar un ejercicio de interpretación global, conducirían a sancionar a las personas por la comisión de resultados producidos sin dolo o culpa. Tales manifestaciones son la exigencia de un acto inicial lícito para poder apreciar caso fortuito o delito culposo, la regulación de la preterintencionalidad y la existencia de delitos cualificados por el resultado.

#### **4.2 La exigencia de acto inicial lícito o el “*versarii in re illicita*”**

El *versarii in re illicita* es un viejo aforismo latino según el cual la persona que realiza un acto ilícito responde de todas sus consecuencias, aunque las mismas no sean previsibles y escapen totalmente a la voluntad del autor. El artículo 22 del Código Penal señala que habrá caso fortuito “cuando con acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, se produzca un resultado dañoso por mero accidente”<sup>5</sup>. De esta manera, el ladrón que sube a un tejado y hace caer de forma accidental una teja que mata a un paseante responderá por homicidio. Si esa misma acción la realiza un carpintero, se calificará el hecho como un caso fortuito. La solución es insatisfactoria y contraria a un Estado de Derecho.

Para eludir la exigencia de acto inicial lícito habrá que recurrir a los principios establecidos en los textos internacionales de Derechos Humanos. La Convención Americana de los Derechos Humanos (el Pacto de San José) en su artículo 8.2 enuncia el principio de culpabilidad, según el cual ninguna persona puede ser condenada si no se prueba su culpabilidad. Como se verá más adelante, para que exista culpabilidad es necesario que el sujeto tenga libertad para elegir o capacidad para ser motivado por la norma. En los supuestos de casos fortuitos, el sujeto no tuvo ninguna libertad de elección: en el ejemplo anterior el ladrón no decidió matar al transeúnte; de hecho hasta es posible que ignorase su existencia.

Mucho más grave es la regulación de la imprudencia. En ella se exige también un acto inicial lícito: “El delito es culposo, cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia” (artículo 12 CP). Si la anterior redacción era constitucionalmente incorrecta, ésta además lo es técnicamente y ello por las siguientes razones:

- ***Confusión del término ilícito.*** Ilícito es contrario a la norma. La gran mayoría de los actos imprudentes se realizan vulnerando alguna norma. Así por ejemplo, en los homicidios y lesiones que se producen en la carretera, generalmente se incumplen normas de la ley o reglamentos de tránsito. Por ello, para que tenga sentido el artículo citado, la licitud exigida debería limitarse a la ausencia de infracción previa de una norma penal.

<sup>5</sup> Los códigos penales modernos no definen el caso fortuito, limitándose a exigir la existencia de dolo o culpa como requisito para que exista delito.

- **Contradicción en el ordenamiento.** La exigencia de acto lícito en la culpa genera una contradicción difícilmente solucionable. Existirán comportamientos que no puedan ser clasificados como culposos o fortuitos, pero que tampoco podrán ser tratados como dolosos: en el ejemplo del ladrón, la exigencia de un acto inicial lícito imposibilita que se clasifique su conducta como culposa o fortuita. Sin embargo, para que haya dolo el resultado ha de haber sido previsto, al menos como una posibilidad (art. 11 CP). En este caso esta situación tampoco se ha dado. Por lo tanto, nos encontramos con un hecho inclasificable. Como la analogía no cabe en contra del reo, este acto tendría que quedar impune. Lamentablemente la tendencia es recurrir a un concepto amplio de dolo: doloso es todo aquello que no es culposo ni fortuito<sup>6</sup>.

### 4.3 La regulación y la aplicación de la preterintencionalidad

El Código Penal define la preterintencionalidad como “no haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad como el que se produjo” (art. 26.6° CP) y crea la figura del homicidio preterintencional, ubicado entre el homicidio doloso y el culposo. Con la preterintencionalidad se pretenden paliar los problemas que genera la aplicación estricta de la exigencia de licitud del acto inicial en los delitos culposos y casos fortuitos. Por ejemplo, Byron golpea en el vientre a Vinicio, que acaba de almorzar, provocándole una hemorragia interna a consecuencia de la cual muere. Al no poderse sancionar como culposa la conducta imprudente de golpear a alguien después de almorzar, se tiene que recurrir a la preterintencionalidad.

Sin embargo, la aplicación automática de la preterintencionalidad puede conducir a responsabilidad objetiva en aquellos casos en los que no existe al menos imprudencia en los resultados de mayor gravedad. Así por ejemplo, se castiga como preterintencional al que golpea a un hemofílico, circunstancia ignorada por el agresor, produciéndole la muerte por desangramiento.

Para evitar la responsabilidad objetiva, antes de recurrir a la preterintencionalidad, hay que realizar un doble filtro:

- El resultado debe ser atribuido a la acción del autor.** Partiendo de la teoría de la relevancia típica<sup>7</sup> contenida en el artículo 10 del Código Penal, no se atribuirá al imputado el hecho cuando la acción no era idónea para producir el resultado. En el ejemplo mencionado, la acción de golpear no era idónea para producir la muerte misma, la cual se produjo por la existencia de una concausa: la hemofilia.

<sup>6</sup> En sentencia de 31 de agosto de 1994 (Recurso de casación 150 y 151-93) la CSJ establece que como no se puede probar que hubo imprudencia o negligencia, la única conclusión a la que se puede arribar es que el delito (homicidio) se cometió en forma dolosa.

<sup>7</sup> Ver Capítulo 3, “La conexión entre la acción realizada y el resultado”.



**b) *Debe existir dolo y culpa.*** Debe existir dolo respecto al acto inicial (querer causar un mal menor) e imprudencia respecto al resultado realmente producido. De hecho, la mayoría de los códigos modernos han desechado la figura jurídica de la preterintencionalidad y la jurisprudencia y doctrina recurren a los concursos de delitos<sup>8</sup>. Por ejemplo, María golpea a Fernando y este pierde el equilibrio, cae por las escaleras y se parte la nuca. Aparece así un concurso ideal entre un delito de lesiones dolosas (María quiso golpear a Fernando) y un homicidio imprudente (María faltó al deber de cuidado exigido al pelearse al borde de unas gradas)<sup>9</sup>. La ventaja de este método es que hay que demostrar forzosamente la existencia del dolo respecto al primer delito y de la imprudencia en el segundo<sup>10</sup>, requisitos que el juez puede estar tentado de obviar si existe la figura de la preterintencionalidad.

En conclusión, la preterintencionalidad sólo podrá aplicarse cuando se haya atribuido el resultado al autor y éste haya sido producido por su imprudencia, tras un acto inicial doloso.

#### **4.4 Delitos cualificados por el resultado**

Existen una serie de delitos en los que la ley agrava la pena cuando además del tipo básico, se produce un resultado adicional. El principal problema que se plantea, es que el texto de los artículos no exige el elemento subjetivo respecto de este resultado. Es decir, el mismo podría darse sin que mediase dolo o culpa.

Por ejemplo, el artículo 136 del Código Penal crea la figura del aborto calificado, que aumenta la pena en el caso de que a consecuencia de las maniobras abortivas fallezca la mujer. La aplicación directa de este artículo conduciría a agravar la pena, aún cuando el médico hubiese puesto toda la diligencia necesaria en el caso y hasta en el mejor hospital del mundo el resultado se hubiese producido. Esta interpretación conduce de nuevo al “*versarii in re illicita*” por cuanto un médico abortista responderá de todas las consecuencias de su acto inicial ilícito. Lamentablemente, existen en el código otros ejemplos de delitos cualificados por el resultado: violación calificada (art. 175 CP), inseminación forzada agravada (art. 225 A CP), terrorismo (art. 391 CP), etc.

Para evitar caer en la responsabilidad objetiva y vulnerar el principio de culpabilidad, será necesario que la agravante sólo se aplique si el resultado ha sido producido al menos por imprudencia del autor.

<sup>8</sup> Ver el capítulo 14.

<sup>9</sup> Las diferencias pueden ser importantes. Un homicidio preterintencional tiene una pena máxima de diez años mientras que un concurso ideal de lesiones leves y homicidio culposo no supera los seis años con ocho meses.

<sup>10</sup> En el ejemplo, el juez deberá ignorar la ilicitud del acto inicial. ¿Sería imprudente “pelear en broma” al borde de unas escaleras? Sólo en caso afirmativo, María respondería penalmente por la muerte de Fernando. Pueden darse otros factores, como que la pelea fue iniciada por Fernando en ese lugar.

En cualquier caso, es necesaria una reforma al código para eliminar estos tipos penales, por cuanto estos casos pueden ser resueltos de una forma mucho más satisfactoria, mediante la aplicación de los concursos. Máxime si se tiene en cuenta que la regulación actual conduce a soluciones contradictorias: si una persona con el fin de alterar el orden público, coloca una bomba en un edificio y mata a cien personas, responderá por el delito de terrorismo con resultado de muerte (art. 391, segundo párrafo CP), con una pena máxima de treinta años. Si esa misma persona hace explotar una bomba matando a un enemigo personal, responderá por un delito de asesinato (art. 132.3 CP) pudiéndosele imponer hasta cincuenta años de cárcel o incluso la pena de muerte.

## CAPÍTULO 6. LA ANTIJURICIDAD

*H*abiendo comprobado que la acción realizada se encuadra en lo descrito en el tipo penal, es necesario revisar si la conducta es contraria al ordenamiento en su globalidad, es decir, determinar si es antijurídica. En efecto, puede haber alguna causa que justifique la conducta. En este capítulo se estudia el concepto de antijuricidad y su relación con la tipicidad, su fundamento y las características generales de las causas de justificación.

### 1. TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD. TIPO DE INJUSTO.

Tras el estudio de la acción y de la tipicidad, el siguiente estrato en la teoría del delito es la antijuricidad. Según MUÑOZ CONDE por antijuricidad se entiende la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. El concepto de antijurídico es un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico: lo que es antijurídico para el derecho penal lo es también para el civil.

Sin embargo, no todo lo antijurídico es penalmente relevante. Tan sólo los comportamientos antijurídicos descritos en el tipo penal serán relevantes. Un incumplimiento contractual es antijurídico, pero no es típico. Por la tanto no será delito.

De entre todos los comportamientos antijurídicos, la ley penal selecciona a través de la tipicidad aquellos que considera más graves. A la hora de analizar si una conducta es penalmente antijurídica, en primer lugar habrá de determinar si se enmarca dentro de alguno de los tipos penales de la parte especial del código o de otras leyes. En un segundo momento, se afirmará la antijuricidad al no concurrir ninguna causa de justificación. Por ello se dice que la determinación de la antijuricidad es negativa: una conducta será antijurídica si no concurren causas de justificación, es decir, no hay una definición positiva de la antijuricidad.

Para englobar la tipicidad y la antijuricidad se utiliza la expresión “tipo de injusto”. El tipo de injusto es la acción típica y antijurídica.

Sin embargo, existe división en la doctrina respecto a la relación entre el tipo y la antijuricidad. Las dos principales corrientes son conocidas como la “función indiciaria del tipo” y la “teoría de los elementos negativos del tipo”:

- a) **Función indiciaria del tipo.** La tipicidad es un indicio de antijuricidad. Actúa de igual manera que el humo y el fuego. Si vemos humo, posiblemente exista el fuego; si se determina que una acción es típica, posiblemente sea antijurídica, aunque no siempre sea así. Por ejemplo, si alguien mata en legítima defensa estará actuando típicamente pero no antijurídicamente.
- b) **Teoría de los elementos negativos del tipo.** La teoría de los elementos negativos del tipo entiende que la antijuricidad es parte de la tipicidad. El Código Penal ha de ser interpretado en su conjunto. Si existen en la parte general causas de justificación es por simple economía legislativa. En realidad, cuando el artículo 123 del Código Penal indica que “Comete homicidio quien diere muerte a una persona”, debe leerse “Comete homicidio quien diere muerte a una persona sin que concurra causa alguna de justificación”. De esta manera, para determinar la tipicidad hay que analizar en primer lugar sus elementos positivos (que exista el tipo objetivo y el tipo subjetivo) y posteriormente sus elementos negativos (que no exista una causa de justificación) Por todo ello, los autores afines a esta teoría definen el delito como “la acción típicamente antijurídica y culpable”. Si alguien mata en legítima defensa no comete ninguna acción típica; no comete homicidio. En este caso, tal y como señalan los detractores de esta teoría, matar a una persona es tan irrelevante, penalmente hablando, como matar a una mosca.

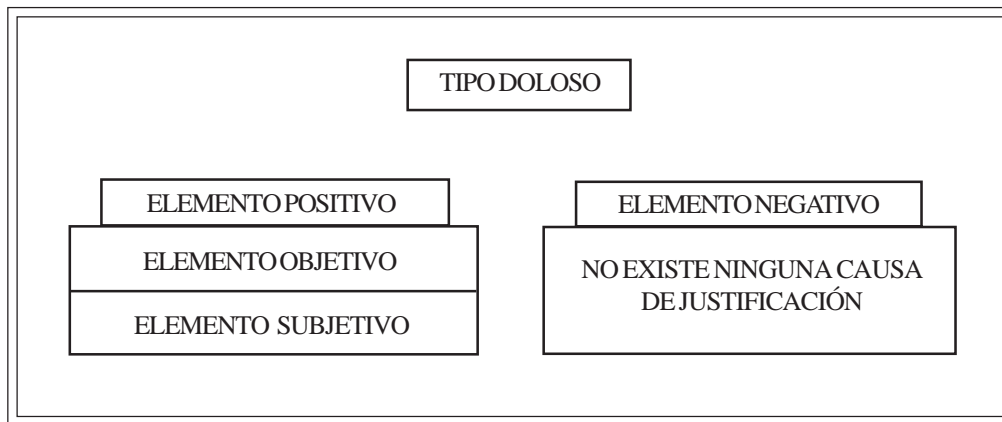


Ilustración 3: El tipo de injusto doloso según la teoría de los elementos negativos.

Personalmente considero que la teoría de los elementos negativos del tipo conduce a resultados mucho más satisfactorios, sobre todo en cuanto al tratamiento del error, como se verá más adelante. Sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad didáctica del presente libro, se mantiene el esquema tradicional de separación de tipicidad y antijuricidad. No obstante, en aquellos puntos en los que la opción por una u otra teoría implique soluciones diversas, éstas se expondrán para que el lector forme su propio criterio.

## **2. EL DESVALOR DE LA ACCIÓN Y EL DESVALOR DEL RESULTADO**

Como ya se ha indicado, el injusto es la acción típica y antijurídica, es el hecho que el derecho considera reprochable. Se plantea entonces el problema de determinar cuál es el fundamento de este reproche. En la búsqueda de una respuesta, surgen dos posiciones básicas. El fundamento del injusto debe buscarse en el resultado producido, en la afectación al bien jurídico, lo que la doctrina denomina desvalor del resultado y para otros, lo reprochable es la acción en sí, la conducta antijurídica o desvalor del acto<sup>11</sup>.

Al decir que el injusto tiene su origen en el desvalor del resultado, lo que se está expresando es que lo fundamental para considerar una conducta como injusta es que se produzca un daño efectivo o una puesta en peligro de un bien jurídico. Por ejemplo si A mata a B lo desvalioso, lo que la sociedad valora negativamente, es el resultado producido: el hecho de que B esté muerto. MEZGER señalaba que “el contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”.

Para estos autores la acción como tal no importa, solo interesa en cuanto produjo el resultado. El problema que ello origina es que no elimina del derecho penal la responsabilidad objetiva<sup>12</sup>. Si lo único que fundamenta el juicio de reproche es que B esté muerto, nos será indiferente si A lo hizo de forma dolosa, culposa o fortuita. Aplicado en forma estricta, no tendría sentido sancionar más gravemente el asesinato que el homicidio simple o que el homicidio culposo, por cuanto en todos los casos el resultado es el mismo.

Por su parte, el sector doctrinal que fundamenta el injusto en el desvalor de acto entiende que lo que la sociedad valora negativamente es la acción que provoca el menoscabo a los bienes jurídicos. Siguiendo con el ejemplo anterior se dirá que lo desvalioso, lo que la sociedad reprocha, no es en sí que B esté muerto sino que A lo mató. El derecho no puede prohibir resultados, sino sólo conductas.

WELZEL y la teoría finalista están en el origen de esta postura. Por ello sitúan el dolo y la culpa en el tipo: no puede haber injusto sin dolo o culpa. De esta manera se evita la responsabilidad objetiva.

<sup>11</sup>El término desvalor es equivalente a valoración negativa. A pesar de lo confuso que es, lo mantenemos por ser el que usa toda la doctrina.

<sup>12</sup> Ver el anexo del capítulo 5.

No obstante, el peligro de esta concepción del injusto es que puede llevar a un derecho penal eminentemente subjetivo y moralizante. Por ejemplo, habría que condenar igual a una persona que comete un asesinato que a una que intenta matar a otro con una pistola de juguete en la creencia errónea que era de verdad. De fondo el problema básico es que se prescinde del bien jurídico a la hora de fundamentar el injusto; lo relevante no será si se afecta o no un bien jurídico determinado (vida, propiedad, etc.) sino la intención, el “*animus*”, del autor. De esta forma, se pierde la función de garantía del bien jurídico<sup>13</sup>.

La mayoría de la doctrina mantiene que en la consideración de cuál es el fundamento del “injusto” se deben valorar tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado. Ambos contribuyen a formar la antijuricidad del comportamiento. Ello no impide que luego el legislador, en cada uno de los tipos, pueda poner más el acento en una u otra postura.

### **3. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**

#### **3.1 Introducción**

Las causas de justificación son una serie de normas permisivas, que dentro de ciertas limitaciones, autorizan que alguien viole una prohibición o mandato. Cuando concurren se dirá que el acto típico está justificado y por lo tanto no es contrario a la ley.

Las causas de justificación se fundamentan en un conflicto de intereses. La protección del bien jurídico descrito en el tipo debe ceder frente a un interés prevalente. Por ejemplo, cuando una persona es detenida por la policía por orden judicial, el bien jurídico libertad cede frente al bien jurídico funcionamiento de la justicia. En la legítima defensa, la vida o la integridad física del agresor decae frente al derecho del agredido de no ceder ante la agresión.

Las principales causas de justificación están contenidas en el artículo 24 del Código Penal, siendo éstas la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el legítimo ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber<sup>14</sup>. Todas ellas serán estudiadas en detalle en el próximo capítulo.

Sin embargo, existen causas de justificación contenidas en la parte especial del Código Penal. El artículo 153 permite las lesiones en deportes violentos autorizados si no se incumplen las reglas del referido deporte. El artículo 137 permite el aborto terapéutico si se cumplen determinadas condiciones establecidas. Ambas son normas que permiten o justifican la afectación a un bien jurídico debido a la existencia de otro que merece mayor protección.

<sup>13</sup> Ver el capítulo 0.

<sup>14</sup> Sin embargo, estas dos últimas causas de justificación remiten a otras leyes en las que se fundamentan esos derechos o deberes.

### **3.2 El elemento objetivo y el elemento subjetivo en la causa de justificación**

De manera semejante a la estructura del tipo, la doctrina también distingue en las causas de justificación un elemento objetivo y un elemento subjetivo.

El elemento objetivo viene determinado por las condiciones descritas en la norma justificante. Por ejemplo, para que haya legítima defensa, deben cumplirse todos los requisitos descritos en el artículo 24.1º del Código Penal.

El elemento subjetivo exige que el autor tenga conocimiento de que está actuando en forma justificada por encontrarse en el supuesto de hecho de la norma permisiva. La razón por la que Juan dispara contra Pedro es que Pedro lo está agrediendo. Faltaría el elemento subjetivo si Juan disparase contra Pedro ignorando que, de pura casualidad, en ese preciso momento Pedro lo iba a agredir.

La mayoría de la doctrina exige la presencia tanto del elemento objetivo como del subjetivo en la causa de justificación. Fundamentándose en el desvalor de la acción, no se puede considerar lícita la conducta de quien realiza una agresión con una intención antijurídica, sólo porque por azar el hecho se encuentre objetivamente justificado.

Personalmente considero que debe existir el elemento subjetivo para que se aplique una causa de justificación. El fundamento no creo que esté tanto en el desvalor de la acción sino más bien en la forma en la que el Código Penal define las causas de justificación. Por ejemplo, el artículo 24.2º considera que hay estado de necesidad cuando la persona “haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse”. Claramente la ley exige que la conducta haya sido motivada por una necesidad de salvación, es decir, requiere el elemento subjetivo.

En cualquier caso, la discusión en torno a la necesidad del elemento subjetivo es de escasa trascendencia práctica. Los supuestos en los que exista el elemento objetivo y no el elemento subjetivo son de laboratorio. Pero además, una buena asesoría legal resolvería cualquier problema al imputado. Bastaría que éste afirmase haber conocido la situación justificante para tornar casi imposible la demostración de la inexistencia del elemento subjetivo. Si Juan dispara contra Pedro, ignorando que Pedro estaba a punto de matarlo, fácilmente podrá asegurar posteriormente que percibió la agresión de Pedro y nadie podrá demostrar lo contrario.

### **3.3 El error sobre las causas de justificación**

Hemos visto que existen casos de laboratorio en los que una persona se encuentra sin saberlo legitimado por una causa de justificación, al darse el elemento objetivo y no el elemento subjetivo. Sin embargo, son más frecuentes los casos contrarios, es decir, que la persona por error crea encontrarse bajo el amparo de una causa de justificación, cuando en realidad no lo

está. Por ejemplo, en una discusión tras un accidente de tránsito, Mario dispara contra Rubén al verlo meter su mano bajo el saco y creer que le iba a disparar con una pistola. Sin embargo, posteriormente se comprueba que Rubén iba a sacar su chequera. Mario creía que su acción estaba justificada por un error sobre los elementos objetivos de la causa de justificación.

Previo a resolver este punto, es importante distinguir los dos errores que pueden darse sobre las causas de justificación:

- a. *El error versa sobre los elementos objetivos de la causa de justificación.*** Se dará este error cuando la persona no perciba adecuadamente la realidad y crea que se encuentra realizando una acción justificada. En el ejemplo anteriormente señalado, Mario creyó encontrarse frente a una agresión por parte de Rubén. Mario cometió un error al no percibir correctamente la realidad.
- b. *El error versa sobre existencia de una norma justificante o su contenido.*** Se dará este error cuando la persona perciba correctamente la realidad pero crea que el derecho justifica su acción. Por ejemplo, Enrique encuentra a su esposa en la cama con otro hombre y mata a ambos por creer que la ley permite al marido matar a la esposa y al amante sorprendidos en flagrancia. En este caso concreto Enrique, para su desgracia, percibía correctamente la realidad pero comete un error sobre la existencia de una norma justificante.

La mayoría de la doctrina es unánime en calificar el segundo supuesto como un error de prohibición que, como se verá más adelante, es una causa que excluye la culpabilidad. La circunstancia es semejante a la del error sobre la existencia de un tipo penal. Por ejemplo, un ciudadano holandés pasea con sus cigarrillos de marihuana para fumar, ignorando que dicha conducta está penada en Guatemala bajo el tipo de posesión para el consumo.

Sin embargo, existen divergencias respecto del primer supuesto, es decir cuando el error versa sobre los elementos objetivos de la causa de justificación, según se mantenga la teoría de la función indiciaria del tipo o la de los elementos negativos del tipo<sup>15</sup>.

La doctrina que mantiene la separación entre tipicidad y antijuricidad (función indiciaria del tipo) entiende que dichos casos deben ser resueltos como un error de prohibición: si el error es invencible, no habría delito y si el error es vencible, el autor respondería por un delito doloso pero atenuándose la pena. En el ejemplo señalado, Mario respondería por homicidio simple con la atenuante del artículo 26.13 del Código Penal (inculpabilidad incompleta) o incluso por homicidio cometido en estado de emoción violenta (art.124 CP).

Por su parte, la doctrina que se fundamenta en la teoría de los elementos negativos del tipo entiende que estos supuestos han de ser tratados como error de

<sup>15</sup> Ver el inicio del capítulo.



tipo<sup>16</sup>. De acuerdo a esta teoría, las causas de justificación forman parte del tipo penal como elementos negativos; su ausencia confirma la tipicidad: se habrá completado el tipo de homicidio cuando se mate a otra persona sin que concurra ninguna causa de justificación. Por ello, el elemento cognoscitivo del dolo, “el conocer del resultado típico” exige que la persona sepa que estaba matando a otra persona sin ninguna causa de justificación. En consecuencia, si la persona consideraba que existían las circunstancias concretas que justificaban el homicidio, no podrá cometer homicidio doloso. Si el error era vencible, habrá cometido homicidio culposo por no haber puesto la diligencia debida en verificar si la supuesta agresión era real o no.

El Código Penal no se pronuncia expresamente sobre la materia. Sin embargo, en su artículo 25, numeral 3, señala el error sobre un elemento objetivo de causa de justificación, como es la “agresión ilegítima”, como una causa de inculpabilidad<sup>17</sup>. De esta manera, la teoría de la función indiciaria del tipo parece más acorde con el Código Penal.

<sup>16</sup> Sobre el error de tipo, ver con más detalle el capítulo 4.

<sup>17</sup> “Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto”.

## CAPÍTULO 7. LAS PRINCIPALES CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

*La legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, son causas de justificación previstas en la parte general del Código Penal y se analizan en este capítulo.*

### 1. LA LEGÍTIMA DEFENSA

#### 1.1 Introducción

El fundamento de la legítima defensa es el respeto a los bienes jurídicos y al derecho en general: cuando el particular actúa en legítima defensa, lo hace en la forma en que el Estado lo haría, es decir, defendiendo los bienes y derechos del agredido. La base de su conducta es que el derecho no debe ceder ante lo ilícito. Por esta razón, el agredido no está obligado, en un principio, a huir.

El derecho no sólo permite, sino que aprueba el uso de la legítima defensa, siempre dentro de una serie de parámetros establecidos legalmente, frente a una agresión injusta.

#### 1.2 Elementos objetivos

El artículo 24, inciso 1º, del Código Penal regula la legítima defensa y detalla sus elementos objetivos. Para que haya legítima defensa, es necesario que el autor obre en defensa de su propia persona, bienes o derechos o en defensa de la persona, bienes o derechos de un tercero.

Sin embargo, el simple hecho de actuar en defensa propia o de terceros no es suficiente: la ley exige además otros requisitos:

1º *Existencia de agresión ilegítima.* Esta exigencia implica que:

- a) La agresión debe partir de un ser humano; la agresión de un animal debe entenderse como estado de necesidad.

- b) La agresión ha de ser, por lo menos, acción típica y antijurídica. Por ello, no podrá invocar legítima defensa el que agrede a unos policías que, actuando conforme a ley, procedían a detenerlo. Por el contrario, sí cabría legítima defensa frente al actuar de un loco o de un menor (acción típica, antijurídica, pero no culpable).
- c) Finalmente, la agresión ha de ser real, actual o inminente. Si la agresión no era real (por ejemplo, Lisa dispara contra Lourdes creyendo que ésta la iba a matar con una pistola, cuando en realidad la pistola era de agua y Lourdes estaba bromeando) estaremos ante un supuesto de legítima defensa putativa o aparente, que se resolverá al analizar la culpabilidad. Tampoco habrá legítima defensa si la agresión ya terminó. Sin embargo, no será necesario que la agresión se haya materializado, sino que basta que exista decisión del agresor de iniciarla. Por ejemplo, Marvin podrá alegar legítima defensa si mató a Humberto cuando éste desenfundó su pistola con el propósito de dispararle; sin embargo, no podrá alegarla cuando Humberto se limitó a amenazarle de muerte.

2º *Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.* La necesidad racional supone que el medio utilizado para repeler la agresión era el más adecuado y el menos dañino de cuantos, en ese momento y en esa circunstancia, hubiese podido elegir el autor. Si Juan pudiese evitar que le matasen cerrando una puerta y sin embargo eligió disparar a la cabeza de su agresor, no podría alegar legítima defensa. Sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que, de modo general, no puede invocarse la huída como opción frente a una agresión. No hay que olvidar que el fundamento de la legítima defensa es que el derecho no puede ceder ante el ilícito.

Sin embargo, necesidad racional no puede equipararse a proporcionalidad ni en los bienes jurídicos ni en los medios. Así por ejemplo, si la única manera que tiene Alfredo para evitar que le saquen un ojo es matar a Maco, su agresor, estará amparado por la legítima defensa, aunque el bien jurídico vida sea superior al de integridad física. Por otra parte, si un hombre de constitución endeble se encuentra en un callejón con un boxeador profesional que quiere matarle, se considerará medio racional que le dispare con un arma, aunque el boxeador esté desarmado. No obstante, en algunos casos en los que la diferencia entre bienes jurídicos es manifiesta, la proporcionalidad sí podría tomarse en cuenta: aunque la única manera de evitar que Pedro insulte a Edwin sea matarle, no parecería admisible (ni racional) aceptar este caso como de legítima defensa.

3º *Falta de provocación suficiente.* Este requisito es el que más dificultades genera en su puesta en práctica. Con él se pretende justificar situaciones como la clásica de las películas del Oeste, en las que el pistolero experimentado provocaba al joven vaquero para que éste desenfundase su arma y de esta manera poder matarlo teóricamente en legítima defensa. La doctrina no se pone de acuerdo sobre el grado de intensidad de la provocación. ¿Bastaría para considerar provocación el insultar al agresor? Por otra parte,

tampoco hay acuerdo sobre si la provocación ha de ser dolosa o puede ser imprudente. Por ejemplo, Lucas le cuenta un chiste sobre maridos engañados a Pedro, ignorando que Pedro se encuentra en esta situación. La solución más aceptable, propuesta por BACIGALUPO, es que, para considerarse suficiente, el nivel de provocación ha de ser tal, que genere en el agresor una situación de inculpabilidad, ya sea por miedo invencible o por trastorno mental transitorio.

El Código Penal guatemalteco no exige este requisito en los casos de defensa de parientes en el grado de ley, cónyuge, concubinario y padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación (art. 24.1 *in fine* CP). Es criticable esta limitación exclusiva a familiares, siendo lo aconsejable ampliar la no exigibilidad de este requisito a todos los supuestos de defensa de terceros.

### **1.3 La legítima defensa en morada propia**

La ley penal guatemalteca establece una presunción “*iure et de iure*” de cumplimiento de los tres requisitos señalados en el apartado anterior, en aquellos supuestos en los que el agresor pretendía entrar o entró en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

Este artículo es criticable por cuanto da una prevalencia excesiva del bien jurídico propiedad e intimidad, sobre el bien jurídico vida. Por ejemplo, si unos niños entran en el jardín de un propietario, para robarle manzanas, parece exagerado admitir que éste pueda matarlos. Por ello, sería recomendable la supresión del artículo. No debemos olvidar, que en el ámbito procesal penal la carga de la prueba recae en la acusación y no en quien alega la causa de justificación. Por ello, en estos supuestos, sería el Ministerio Público o el querellante quienes deberían demostrar que la agresión fue legítima o que la necesidad del medio empleado no fue racional. Sin embargo, sí es recomendable en este supuesto no exigir la falta de provocación suficiente.

### **1.4 Elemento subjetivo**

La mayoría de la doctrina entiende que es necesario además que el autor supiese que se encontraba en situación de legítima defensa, de tal manera que no cabría ésta si Juan dispara contra Estuardo, ignorando que Estuardo estaba a punto de matarlo. En este supuesto se mantiene que lo propio es calificar la acción de Juan como tentativa de homicidio, pues si este no se consumó (como delito) ello se debe a circunstancias ajenas a su voluntad.

<sup>1</sup> Que no admite prueba en contrario.

## **2. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE**

### **2.1 Concepto**

Sucede en la vida diaria que las personas pueden encontrarse frente al dilema de tener que afectar un bien jurídico protegido, para evitar que se dañe otro también protegido. Por ejemplo, un conductor tiene que elegir entre atropellar a un ciclista o dañar un poste de la luz. Esta situación es definida como estado de necesidad.

El estado de necesidad se dará cuando se lesione o ponga en peligro un bien jurídico, para evitar un daño sobre bienes propios o ajenos, siempre que el daño no haya sido causado por él voluntariamente, sea de mayor entidad que el que se pretende evitar y no pueda evitarse de otra forma.

El estado de necesidad viene regulado en el Código Penal, en su artículo 24, inciso 2°.

### **2.2 Estado de necesidad justificante y disculpante**

Dentro del estado de necesidad, la doctrina distingue dos supuestos:

- 1° Estado de necesidad justificante. Habrá estado de necesidad justificante cuando el mal causado es de menor entidad que el mal que se pretendía evitar. Por ejemplo, el que para salvar la vida de una persona, rompe una puerta. En estos casos, el derecho entiende que si bien la acción es típica, la misma no es antijurídica. De alguna manera se podría decir que en esos casos el derecho aprueba la acción.
- 2° Estado de necesidad disculpante. Habrá estado de necesidad disculpante cuando el mal causado es de igual entidad que el que se pretendía evitar. La doctrina recurre al ejemplo conocido como de la tabla de Carnéades: dos personas tras un naufragio se aferran a una tabla de madera. La misma no puede soportar el peso de los dos, por lo que uno de ellos golpea al otro, apartándolo de la tabla lo que provoca su ahogamiento. En estos casos, la mayoría de la doctrina entiende que la acción es típica y antijurídica pero no culpable, por cuanto la ley no puede exigir comportamientos heroicos. La diferencia con el estado de necesidad justificante es que, en este caso, el derecho no aprueba la acción, sino que simplemente la tolera.

### **2.3 Diferencia con otras causas de justificación**

Para MIR PUIG, estado de necesidad es “un estado de peligro actual para legítimos intereses ajenos que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber”.

El estado de necesidad se diferencia de la legítima defensa en que en la segunda, se autoriza la lesión a bienes o derechos de una persona que agrede de forma antijurídica, mientras que en la primera la persona afectada no tiene por qué haber sido objeto de una agresión ilegítima. Si durante una tempestad, un capitán de barco tiene que tirar por la borda el cargamento para que no se hunda su barco, los propietarios de la mercadería no han realizado ninguna agresión antijurídica.

Por otra parte, el estado de necesidad se diferencia del ejercicio de un deber en que en éste no se exige de forma tan absoluta la proporcionalidad. Por ejemplo, el policía que, cumpliendo una orden judicial, detiene a una persona. En este caso, la libertad parece un bien jurídico superior al de cumplimiento de la ley, por lo que estos casos no podrían resolverse por el estado de necesidad y se deberá recurrir al ejercicio de un deber.

## 2.4 Colisión de bienes jurídicos y colisión de deberes

El estado de necesidad se dará cuando entran en conflicto dos bienes jurídicos, por ejemplo el bien propiedad con el bien vida. Sin embargo, la doctrina engloba bajo esta causa eximente aquellas situaciones en las que se produce colisión de deberes. En esos casos, para cumplir un deber hay que infringir otro. Por ejemplo, un policía debe elegir entre perseguir a un ladrón o salvar a una persona que se está ahogando. En este caso, el policía debe seleccionar la obligación que evite un mal mayor.

La principal diferencia que existe entre el estado de necesidad por colisión de bienes jurídicos y el estado de necesidad por conflicto de deberes, es que en el segundo, cuando el deber incumplido es de igual entidad al realizado, se estaría ante una causa de justificación y no ante una causa de exclusión de la culpabilidad. Así por ejemplo, el médico que debe elegir qué paciente atender entre dos que se encuentran gravemente heridos, estaría actuando conforme a derecho. Utilizando la terminología anterior, en estos casos el derecho aprueba, y no sólo tolera, el actuar del galeno.

Un sector doctrinal prefiere resolver estos supuestos a través de la eximente de cumplimiento de un deber a la que nos referiremos más adelante.

## 2.5 Elementos

Según MIR PUIG, para que haya estado de necesidad justificante se deben cumplir los siguientes elementos:

- 1º ***Existencia de una situación de necesidad.*** La existencia de una situación de necesidad viene determinada por los puntos siguientes:

- i. *Peligro de un mal propio o ajeno.* El peligro debe ser real e inminente. No se admite el estado de necesidad ante la mera posibilidad de que éste ocurra. Tampoco cabría estado de necesidad ante un mal ya producido.

El mal que se trate de evitar no ha de ser valorado positivamente por el derecho. Así no podrá alegar estado de necesidad el condenado que se fuga del presidio, por mucho que para él sea un mal. No obstante, ese mal no tiene por qué ser típico y antijurídico, ya que, de lo contrario, estaríamos ante un supuesto de legítima defensa.

El mal que se pretende evitar puede amenazar a la propia persona o a la de un tercero. En este último supuesto entrarían los casos de colisión de deberes.

- ii. *Necesidad de lesionar un bien jurídico de otra persona o de infringir un deber.* Para que concurra estado de necesidad es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza. El Código Penal utiliza la fórmula “ni evitable de otra manera”, pero obviamente debe entenderse que la otra manera sea menos lesiva. La posibilidad de recurrir a otra vía para evitar el mal ha de analizarse teniendo en cuenta todas las circunstancias en que ocurrió; es decir, no basta que existiese otra posibilidad, sino que en esa situación se le pueda exigir optar por ella. Por ejemplo, el que huye de un incendio, dañando la propiedad de un vecino, estaría eximido por estado de necesidad aunque posteriormente se demostrara que existía otra vía de salida menos dañosa.
- iii. *Elemento subjetivo.* El Código Penal exige que el hecho se haya realizado, obligado por la necesidad de salvarse. Ello implica que no podrán invocar esta justificación los que cometen el hecho ignorando el estado de necesidad. No obstante, podrán concurrir otras motivaciones si existe la primera. Karla produce daños en los bienes de Byron para salvar su vida, situación que la alegra por cuanto odia a Byron.

2° *Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.* A diferencia de lo que ocurría en la legítima defensa, aquí se recurre al principio de proporcionalidad. Sin embargo, la proporcionalidad no se dará entre bienes jurídicos, sino entre males. Por ejemplo si para evitar dañar un cuadro de Picasso, se lesiona levemente a una persona, el mal evitado es mayor que el mal causado, aunque el bien jurídico propiedad sea inferior al bien jurídico integridad física.

Como ya se vio, este elemento no será necesario en los supuestos de colisión de deberes.

- 3° ***Que el peligro no haya sido causado por él voluntariamente.*** El peligro que generó el estado de necesidad no debe haber sido provocado intencionalmente por el sujeto. No podrá alegar estado de necesidad el que, para escapar de un incendio que él mismo provocó, dañó bienes ajenos. En los delitos imprudentes tampoco podría alegarse estado de necesidad, ya que la situación genérica de peligro fue causada voluntariamente por el autor. Si Estuardo, manejando imprudentemente, lesiona a un peatón para no atropellar un ciclista, no podrá ampararse en el estado de necesidad por cuanto él causó voluntariamente la situación de peligro (manejar imprudentemente).
- 4° ***Que el necesitado no tenga el deber legal de afrontar el peligro.*** Algunas profesiones obligan a asumir ciertos riesgos. Así por ejemplo, el bombero no podrá alegar estado de necesidad cuando no procuró salvar a personas en un incendio. Sin embargo, este criterio no es absoluto. Si las posibilidades de perecer en la operación de rescate son muy altas, considero que sí procederá aplicar esta exigencia.

## **2.6 Responsabilidad civil**

Cuando concurre una causa de justificación, no se pueden exigir responsabilidades civiles al que realizó la acción. Por ejemplo, los familiares del que ha sido matado en legítima defensa no podrán exigir una indemnización, por cuanto la acción en legítima defensa no es antijurídica. Sin embargo, en el estado de necesidad se da una situación especial, por cuanto no parece razonable que el que se ve afectado tenga que asumir el costo. Si Juan, para esquivar una roca que le caía en su cabeza, empuja a Karen, lesionándola, no parecería lógico que Karen tenga que, por ejemplo, asumir los gastos de hospital. En esos casos, la persona que se encontraba en situación de necesidad podría responder civilmente por el resultado realmente producido (artículo 117 del Código Penal).

No ocurriría lo mismo en el caso de colisión de deberes: si un médico elige atender a Juan en vez de a Pedro, encontrándose ambos en situación de gravedad y Pedro fallece, los familiares de éste no podrían exigir responsabilidad civil ni a Juan o ni al médico.

## **3. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO**

### **3.1 Concepto general**

Puede suceder que en el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, se produzcan resultados típicos. Sin embargo, el derecho ha de entenderse como un todo, por lo que las conductas que sean autorizadas por otras ramas jurídicas, también han de autorizarse en el ámbito penal. Lo que el ordenamiento general autoriza, no puede ser sancionado por la ley penal.



El artículo 24 del Código Penal, en su inciso 3º y bajo el epígrafe de legítimo ejercicio de un derecho, desarrolla supuestos de ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.

### **3.2 Cumplimiento de un deber**

Concurrirá la causa de justificación cuando exista un deber de lesionar un bien jurídico. Por ejemplo, el policía que arresta o el juez que emite una sentencia de prisión, están lesionando el bien jurídico “libertad” del imputado. Como cumplimiento de un deber debe entenderse los casos de ejercicio legítimo de cargo público y de ejercicio de la autoridad.

Para poder justificar una conducta típica como cumplimiento de deber, es necesario:

- 1º Condición de autoridad o ejercicio legítimo en el cargo. El que actúa debe encontrarse investido de un poder conferido por el cargo público que desempeña o por la autoridad que ejerce. Evidentemente, la acción deberá ser ordenada o permitida por la ley en el ejercicio de dicho cargo o autoridad.
- 2º El uso de la fuerza ha de ser necesario. La fuerza utilizada ha de ser la necesaria para hacer efectivo el cumplimiento del deber. No podrá ampararse en esta justificante el policía que golpea a una persona al detenerla, si ésta no presentó oposición.
- 3º El uso de la fuerza ha de ser proporcionado al caso concreto. La gravedad de la fuerza utilizada ha de ser proporcional al caso concreto. La proporcionalidad no ha de tomarse en forma tan estricta como en el estado de necesidad, aunque sí ha de concurrir. Por ejemplo, no será proporcionado el matar a un landrozuero para evitar su huida.

### **3.3 Legítimo ejercicio de un derecho**

Existen una serie de derechos, otorgados por el ordenamiento, que al ejercerse pueden llegar a suponer lesión de otros bienes jurídicos, pero que el ordenamiento admite y por lo tanto no considera injustos. Dentro de los mismos se distinguen:

- 1º *El ejercicio de una profesión.* El ejercicio de ciertas profesiones como la abogacía o la medicina, pueden suponer la comisión de hechos típicos. Así por ejemplo, un abogado puede incurrir en calumnias en un debate oral o un médico lesionar cuando opera.
- 2º *El auxilio a la justicia.* Los particulares, en labores de auxilio a la justicia, pueden realizar acciones semejantes a las descritas para el ejercicio de un deber. Por ejemplo, el particular que detiene a una persona que ha cometido un delito. Para aplicarse la eximente, deberán cumplirse los mismos requisitos que se exigen para el ejercicio de un deber, salvo la condición de autoridad del autor.

3° *El ejercicio de derechos fundamentales.* El ejercicio de ciertos derechos fundamentales puede implicar en un momento determinado la realización de una conducta típica. Por ejemplo, la Constitución reconoce el derecho legítimo de los ciudadanos a resistir para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución (art.45). De esta manera, por ejemplo, el funcionario que se negare a acatar una orden superior que afecta los derechos básicos contenidos en la Constitución, cometerá una acción típica de desobediencia (art. 420 CP), pero justificada en el legítimo ejercicio del derecho de resistencia reconocido constitucionalmente.



## CAPÍTULO 8. LA CULPABILIDAD

*F*inalizado el estudio del injusto, el siguiente escalón en la teoría del delito es determinar la existencia de culpabilidad. En este capítulo se estudia brevemente el concepto de culpabilidad, sus elementos y su relación con la antijuricidad.

### 1. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El estudio de la antijuricidad y la tipicidad determina si la conducta realizada por el imputado es contraria a la norma. El estudio del injusto (acción típica y antijurídica) es un juicio sobre la conducta. Una vez afirmada la antijuricidad de la conducta, el estudio pasa a centrarse en el autor<sup>1</sup>. En este momento se determinará si sus circunstancias personales pueden eximirlo de responsabilidad penal por faltar en su actuar un elemento del delito: la culpabilidad<sup>2</sup>.

La culpabilidad puede definirse como el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho delictivo por haber realizado la conducta antijurídica. Una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico es culpable cuando sea un adulto con todas sus facultades, que conoce la norma prohibida y sin que exista una circunstancia que haga inexigible otra conducta. Como se verá más adelante, la culpabilidad se confirmará cuando no existan causas que la excluyan.

Existen distintas teorías que tratan de explicar cuál es el fundamento de ese juicio de reproche que se realiza a la persona, o visto bajo el ángulo opuesto, por qué ciertas personas que realizan un injusto no son culpables. Éstas pueden agruparse en dos grandes grupos:

- a. El fundamento de la culpabilidad es la libertad del individuo.* El autor es culpable porque siendo libre para elegir, optó por cometer una acción típica y antijurídica. El autor pudo actuar de otra manera pero escogió la conducta prohibida. Así, el incapaz no será culpable porque no tiene capacidad para elegir. La principal crítica que se le

<sup>1</sup> Ello no quiere decir, como mantenía en sus orígenes la teoría del delito, que el injusto es el elemento objetivo y la culpabilidad el subjetivo. Como ya se vio, tanto en la tipicidad como en la antijuricidad existen elementos subjetivos y objetivos.

<sup>2</sup> No debe confundirse la culpabilidad con la culpa, que ya se estudió al analizar el tipo y es un sinónimo de la imprudencia.

hace a esta tesis es que es imposible demostrar que una persona es totalmente libre en su elección. Sin llegar a posturas deterministas, es indudable que existen condicionamientos sociales, culturales, económicos o de educación que limitan esa capacidad de elección.

- b. *El fundamento de la culpabilidad es la motivación por la norma.*** Deben considerarse no culpables aquellas personas que no pueden ser motivados o compelidos por las normas penales. Lo fundamental no será la libertad de la persona al escoger una opción, por cuanto no podremos demostrar si pudo o no actuar de otra manera. En realidad la norma penal busca motivar a la persona mediante sus mandatos normativos. Por ejemplo, mediante el artículo 123 del Código Penal se quiere evitar que el hombre mate a sus semejantes. Por ello no será culpable aquel que no sea motivable mediante los mandatos normativos. Si no penamos a un loco es porque al resto de los locos no les afectará en absoluto esta forma de proceder; ellos no van a dejar de realizar la acción, por mucho que metamos a otros locos en la cárcel por realizar idéntica acción. Sin embargo, esta postura no resuelve la objeción que se le puede hacer a la tesis anterior: ¿cómo sabremos si una persona es o no motivable por la norma?

Personalmente, me parecen más claras las tesis que parten del libre albedrío. La culpabilidad es reprochabilidad que se dará si el sujeto pudo entender lo antijurídico de la conducta y si su ámbito de autodeterminación ha tenido cierta amplitud. La persona será culpable porque eligió realizar un comportamiento que sabía que era típico y antijurídico.

## **2. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD**

Para que exista culpabilidad es necesario que se de una serie de elementos, sin los cuales desaparece la situación de culpabilidad del sujeto:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Para poder elegir entre distintas opciones, es necesario tener un cierto grado de madurez psíquica, así como capacidad para entender lo que se está haciendo y comprender la ilicitud de una norma. Por ello, no podrá ser culpable un niño o un loco.
- b) El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido. Sólo tiene sentido reprochar a una persona por un comportamiento antijurídico, si conocía a grandes rasgos que era prohibido. No se podrá decir que alguien eligió libremente cometer un delito cuando ignoraba que dicha conducta era prohibida.
- c) La exigibilidad de comportamiento distinto. El derecho puede exigir comportamientos incómodos pero nunca heroicos o imposibles. Por ello no se hará un juicio de reproche al sujeto que eligió una conducta antijurídica, cuando cualquier otra opción hubiese supuesto un grave perjuicio para su persona.

La ausencia de cualquiera de estos elementos, tal y como se verá en el próximo capítulo, elimina la culpabilidad. Estos elementos son graduables, por lo que si existe alguna causa que los desdibuja pero sin eliminarlos, se atenuará la culpabilidad.

### **3. CULPABILIDAD Y ANTIJURICIDAD**

El Código Penal guatemalteco y la doctrina distinguen entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exclusión de la antijuricidad<sup>3</sup>. A continuación se desarrollan los motivos para realizar tal distinción.

En primer lugar señalar que la acción típica justificada será legítima y aceptada por el derecho. El ordenamiento, entendido en su conjunto, ve como correcto el que una persona mate para que no le maten. Frente a este hecho, el derecho penal tolerará la situación de injusto inculpable. La ley penal no considera positiva la acción de matar bajo trastorno mental transitorio pero entiende que no procede contra el autor sanción penal. Ahora bien, el resto del ordenamiento no es tan “generoso” con la acción injusta inculpable y por ello sí mantendrá sus sanciones respectivas, básicamente la reparación civil o indemnización. Es por ello que en caso de legítima defensa los familiares del agresor muerto no podrán pedir reparación civil, pero sí los del que ha sido matado por un demente.

En segundo lugar, la diferencia entre causas justificantes y causas excluyentes de la culpabilidad tiene importancia para determinar el carácter ilegítimo de la agresión en la legítima defensa. Cuando un policía golpea a un ladrón para que no huya comete una acción típica pero justificada por ejercicio legítimo de un deber. Frente a ella el ladrón no podrá actuar en legítima defensa. Sin embargo, cuando una persona es atacada por un loco podrá actuar en legítima defensa ya que la acción, aun cuando no es delictiva, sí es antijurídica, es decir, ilegítima.

En tercer lugar hay que destacar que el partícipe en acción ilegítima responderá penalmente, cosa que no sucede en los casos en que la acción sea justificada. Si yo le doy una pistola a un loco y éste mata, se me imputará el delito, incluso como autor. Sin embargo, si el arma se la doy a una persona que actúa en legítima defensa mi conducta no será delictiva.

Finalmente al autor de una acción típica antijurídica no culpable se le podrá imponer una medida de seguridad, cosa que no ocurre con el autor de acción típica y justificada, por muy loco que esté.

Existe, no obstante, una excepción a estos principios que se dan en el estado de necesidad justificante que está sometido a un régimen particular, tanto en lo relativo a la responsabilidad civil (art. 117 CP) como frente a la legítima defensa.

<sup>3</sup>Sin embargo, la distinción que hace el Código no es del todo afortunada.



## CAPÍTULO 9. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA CULPABILIDAD

*La culpabilidad se confirma cuando no concurren causas que la excluyan. La doctrina enumera como causas de inculpabilidad, aquéllas que excluyen la imputabilidad, las que excluyen el conocimiento de la antijuricidad y las que se deben a la no exigibilidad de otra conducta.*

### 1. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA IMPUTABILIDAD

ZAFFARONI entiende que es inimputable aquél que no puede comprender la antijuricidad de la conducta o aquél que no puede adecuar su comportamiento para no infringir una norma que él sabe antijurídica.

Nuestro Código Penal contempla tres grupos de casos en los que desaparece la imputabilidad: la minoría de edad, las situaciones de enfermedad o retraso psíquico y el trastorno mental transitorio.

#### 1.1 La minoría de edad

El artículo 23.1º del Código Penal declara inimputable al menor de edad. Esta disposición supone una presunción *iure et de iure* de inimputabilidad. El legislador ha optado por la seguridad jurídica frente a la dificultad que supondría analizar a cada menor, caso por caso, para determinar su capacidad.

El menor que realice una acción típica y antijurídica, no podrá ser castigado con una de las penas del Código, pero se verá sometido al derecho penal de menores. Éste tiene como fin primordial el buscar la readaptación del menor infractor.

Sin embargo, es criticable el salto cualitativo que supone cometer un delito con diecisiete años y trescientos cincuenta y cuatro días a cometerlo con dieciocho años y un día. Por ello muchos autores aconsejan el desarrollo de un derecho penal juvenil para infractores de entre dieciocho y veintiún años. Parece lógico que a partir de una cierta edad se tenga que responder



por los hechos cometidos pero no tal vez igual que una persona de cuarenta años con formación y criterio.

## **1.2 Enfermedad mental o desarrollo psíquico incompleto**

Viene contemplada en el Código Penal en su artículo 23.2º. Para apreciar esta eximente, es necesario que se cumplan dos requisitos:

- a. Requisito biológico. La persona debe padecer alguna enfermedad mental o sufrir un desarrollo físico incompleto o retardado.
- b. Requisito psicológico. La enfermedad o el retraso tienen como consecuencia la falta de comprensión de la ilicitud del hecho o de determinar su conducta conforme a esa ilicitud.

Es importante indicar que la ley no define expresamente qué enfermedades o qué nivel de retraso genera la inimputabilidad. Ello se debe a que el número de enfermedades es demasiado amplio y no existe unanimidad en el mundo de la psiquiatría a la hora de determinar sus consecuencias. Por ello al derecho penal tan sólo le interesa su reflejo en el actuar en el caso concreto. Es decir, determinar si la enfermedad o el retraso existente impiden al sujeto la comprensión de la ilicitud o la determinación conforme dicha ilicitud. Por ello, la prueba pericial será determinante en estos casos.

Las personas que encontrándose en estos supuestos cometan hechos antijurídicos serán sometidas a medidas de seguridad, si ello fuere conveniente. Sin embargo, estas medidas no deberían ser más gravosas que si se les impusiese una pena. Por ello es criticable el artículo 85 del Código Penal que señala la indeterminación en el tiempo de la medida de seguridad.

Cuando la enfermedad o retardo no sean de tal entidad para anular la comprensión de la ilicitud del hecho o la capacidad de determinarse conforme a esa ilicitud, pero sí la limitan, se aplicará la circunstancia atenuante del artículo 26.1º del Código Penal.

## **1.3 Trastorno mental transitorio**

El trastorno mental transitorio supone una pérdida de la imputabilidad de forma temporal. Su origen no tiene por que ser patológico. Un estado emocional fuerte o la ingestión de drogas o alcohol en gran cantidad pueden originar situaciones de este tipo.

Estos supuestos no deben confundirse con aquellos casos que eliminan la acción por encontrarse el sujeto en un estado de inconsciencia. Un caso dudoso es el sonambulismo que para algunos excluye la acción, mientras que para otros supone un trastorno mental transitorio excluyente de la culpabilidad.

La imputabilidad se tomará en cuenta en el momento de comisión de los hechos. Sin embargo, existe una excepción a esta regla general que son los supuestos denominados como “*actio liberae in causa*”. Se considera imputable al sujeto que al cometer la acción no lo era pero sí en el momento de idear los hechos o de iniciar el curso causal de los mismos<sup>1</sup>.

Dentro de estos supuestos se distinguen dos situaciones:

- a. Cuando la inimputabilidad o la ausencia de acción es buscada directamente por el autor para así cometer el delito de forma impune. Por ejemplo, el que se embriaga para matar impunemente. El Código Penal la contempla en el artículo 23.2° al señalar “...salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente”. En estos casos el sujeto es considerado plenamente imputable. Incluso en algunos supuestos se incrementa su culpabilidad (art. 27.17° CP).
- b. Aquellos casos en los que la puesta en situación de inimputabilidad o ausencia de acción no buscan un resultado delictivo. En estos casos responderá por el delito en su forma culposa. Por ejemplo, la persona que se embriaga y posteriormente maneja y choca.

Aunque la mayoría de la doctrina admite esta figura jurídica, ZAFFARONI entiende que no tiene sentido hablar de “*actio liberae in causa*” culposa pues son simples supuestos de imprudencia. Por otro lado, si alguien se coloca en situación de inimputabilidad no puede controlar su voluntad con lo que difícilmente logrará su resultado. Por todo ello, este autor entiende que debería suprimirse la “*actio libera in causa*”.

## **2. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD**

Para que una persona pueda elegir realizar una conducta antijurídica, es necesario que conozca la prohibición. No tiene sentido realizar un juicio de reproche por haber optado por un comportamiento ilícito, cuando el autor ignoraba la ilicitud.

Las causas de inculpabilidad por ignorancia de la antijuricidad son el error de prohibición y la obediencia debida.

### **2.1 El error de prohibición**

#### ***a) Concepto y clases***

Sólo tiene sentido hablar de culpabilidad frente a quien conoce que el hecho es prohibido. Es decir, quien no esté inmerso en un error sobre la prohibición del hecho, o de forma abreviada, en un error de prohibición.

<sup>1</sup> La regla también es aplicable en aquellos supuestos en los que lo que se da es ausencia de acción.

El conocimiento exigido de la prohibición no ha de ser exhaustivo. No se tiene que conocer el precepto penal y su pena sino que basta que se suponga que el hecho es jurídicamente prohibido o se le haya presentado como posible tal situación.

ZAFFARONI divide el error de prohibición en:

1. *Error sobre el conocimiento de la antijuricidad.* Puede ser:
  - a) Directo. Cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibida. Por ejemplo, el caso del extranjero que ignora que la tenencia para el consumo de marihuana es delito en Guatemala.
  - b) Indirecto. Recae sobre el permiso o causa de justificación. Puede ser:
    - \* Falsa suposición de un permiso que la ley no otorga. Por ejemplo, cuando el sujeto cree que está permitido matar a la esposa infiel sorprendida “in fragranti”.
    - \* Falsa admisión de una situación de justificación. El sujeto cree que le van a disparar y en realidad nunca existió el arma. Incluye todos los supuestos de causa de justificación putativa. Como ya se vio, para los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, este error debe ser tratado como un error de tipo<sup>2</sup>.
2. *Error de comprensión.* Se da en aquellos supuestos en los que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso pero no le es posible interiorizar dicha pauta de conocimiento. Los casos más importantes son los de error de comprensión culturalmente condicionados. Este se da habitualmente entre comunidades indígenas en las que no se entiende que el rapto o que el consumo de sustancias narcóticas sean conductas delictivas incluso cuando se conoce “intelectualmente” tal prohibición<sup>3</sup>.

El error de prohibición invencible excluirá la culpabilidad. El problema se plantea cuando el error es vencible. Para aquellos autores que sitúan el dolo y la culpa (imprudencia) en la culpabilidad la solución será entender que estamos ante delitos culposos, es decir aplicar igual solución que en el error de tipo. Sin embargo, los autores finalistas, que ya ubicaron dolo y culpa

<sup>2</sup>Como ya se vio en el capítulo 7, la teoría de los elementos negativos del tipo mantenía que la existencia de una causa de justificación excluía la tipicidad. Por ello, la legítima defensa putativa o aparente se considera un error de tipo, por lo que si el error no es absoluto, se sanciona al autor por homicidio imprudente. Efectivamente, esta teoría produce un resultado más satisfactorio: no se entiende por qué al que mata a otro en una cacería pensando que es un oso se le castiga por homicidio culposo y al que mata a otro pensando que le estaban intentando matar se le reduce la pena. No obstante, como ya dijimos antes, por razones didácticas mantenemos la división tradicional.

<sup>3</sup>En Guatemala es conocido el caso de un campesino que mató a otro porque este estaba realizando brujería contra él o su familia. Este episodio se encuentra recogido en el famoso relato “*El ladino me jodió*”.

en la tipicidad, se ven forzados a considerar estas situaciones como de culpabilidad disminuida. Ello se debe a la distinta concepción que tienen sobre el dolo ambas teorías. Los causalistas entiende el dolo como algo “malo”, es decir, similar a lo que los civilistas entienden por la mala fe, por ello el error de prohibición vencible excluye el dolo. Sin embargo, para los finalistas el dolo es tan sólo el querer el resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo. El realizar una conducta con dolo no implica una conciencia de antijuricidad. La consecuencia de esto es que la conducta seguirá siendo dolosa aunque la culpabilidad disminuya.

Finalmente, señalar que los casos de error burdo no tendrán ninguna relevancia y no eliminarán ni atenuarán la culpabilidad. Habrá error burdo cuando la ilegalidad de la conducta sea evidente<sup>4</sup>.

### *b) Tratamiento legal*

Tradicionalmente, se ha negado la posibilidad de eximir de responsabilidad penal por error de prohibición partiendo del conocido aforismo “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”.

El Código Penal guatemalteco sigue influido por este aforismo. Tan sólo admite expresamente el error de prohibición en los casos de legítima defensa putativa (art. 25.3° CP). Independientemente de que no se admita el “error de derecho”, no se entiende por qué la legítima defensa tiene privilegio frente a otras causas de justificación. No parece lógico que el que actúa erróneamente en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra él, esté exento de pena y que el que cometa un mal creyendo erróneamente que está amenazado por uno de mayor entidad sea castigado. Por ello siempre que haya error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación se aplicará analógicamente el artículo 25.3° del Código Penal. Tal y como señalábamos en el capítulo 0, hay que recordar que la analogía pro reo se admite en derecho penal.

Los supuestos de error directo y la falsa suposición de existencia de norma permisiva son difícilmente encuadrables en el Código Penal. Pero por encima del Código están los tratados internacionales sobre Derechos Humanos<sup>5</sup>. El artículo 8.2 del Pacto de San José exige para condenar a una persona que se demuestre su culpabilidad. Por lo tanto, señala FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, si no se acepta el error de prohibición “ello nos conduce al asombroso resultado de declarar culpable a quien no pudo serlo porque en el caso concreto desconocía que el hecho estuviera prohibido y no tuvo la menor oportunidad de motivarse conforme a la norma y arreglar su conducta a las prescripciones del derecho”. Por ello se puede y se debe aplicar el error de prohibición aunque nuestro Código no lo contemple expresamente.

<sup>4</sup>Al igual que en el error de tipo, con ello se quiere evitar cualquier alegación de ignorancia de ley.

<sup>5</sup> ARTICULO 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

A pesar de todo, y para evitar dudas, urge la reforma del Código Penal para poder incluir el error de prohibición en toda su extensión, figura admitida por prácticamente toda la doctrina y vigente en la gran mayoría de los países.

En cuanto al error de prohibición culturalmente condicionado puede plantear más problemas. En efecto, el hecho de que la persona prefiera incumplir la ley antes que renunciar a sus valores, puede abrir puertas a cualquier incumplimiento legal, bajo el argumento de que “es contrario a mi cultura”. Además no respeta el fundamento principal del error de prohibición que es la imposibilidad de actuar conforme a la ley por desconocimiento de la misma. Por ello, no creo que tenga mucho sentido tratar de resolver los problemas culturales que se plantean a través de esta figura. Personalmente, considero mucho más racional aplicar cualquiera de las siguientes salidas posibles:

1. El legítimo ejercicio de un derecho: la ratificación del Convenio 169 de la OIT, de jerarquía superior al Código Penal, obliga en su artículo 8.1 al Estado a tomar en consideración las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en la aplicación de la ley. En el artículo 8.2 se reconoce el derecho de los pueblos de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Por ello, los miembros de comunidades indígenas ejercen un derecho legítimo cuando practican conductas que no afectan derechos fundamentales (por ejemplo, el consumo de ciertas hierbas alucinógenas) y que son consustanciales a su cultura. Esta opción supone una ventaja adicional, por cuanto el comportamiento no será calificado de antijurídico sino de ajustado a la ley.
2. Aplicación de otra causa de inculpabilidad: en casos extremos en los que el comportamiento adecuado a la cultura vulnera derechos fundamentales, se podrá analizar la posibilidad de aplicar la circunstancia de miedo invencible o, eventualmente, la legítima defensa putativa.

## **2.2 Obediencia debida**

Esta eximente ha ganado popularidad por haberse invocado en los procesos contra crímenes cometidos por militares o funcionarios policiales durante períodos dictatoriales. Posiblemente la aceptación de la misma por jueces y legisladores ha sido demasiado generosa y ha obedecido a criterios políticos antes que jurídicos.

La ubicación de esta eximente es discutida en la doctrina. Una parte la encuadra como causa de justificación por cuanto entiende que no podemos exponer al que actúa bajo obediencia debida a una agresión por legítima defensa. Sin embargo, parece más convincente situarla como causa de exclusión de la culpabilidad. En primer lugar, si el hecho ordenado es antijurídico, no se entiende por qué dejará de serlo si lo realiza un subordinado. En segundo lugar, tampoco parece admisible privar de la legítima defensa al que sufre la orden injustamente emitida (recordemos que la legítima defensa sólo existe frente a agresión ilegítima a la que se refiere el artículo art. 24.1.a del Código Penal, es decir típica y antijurídica).

El Código Penal así lo ha entendido y como tal la sitúa en el artículo 25.4. Ante todo es requisito inicial el que la orden emitida sea antijurídica<sup>6</sup>. En base a ello han de darse las siguientes condiciones:

1. Existencia de subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta. Esto solo existirá en el derecho público y sobre todo en el ámbito castrense o policial.
2. Que esté en el ámbito de las atribuciones de quien la emite y se revista de las formalidades legales. El que la emita debe tener competencia para ordenar dicha orden y el que la recibe para ejecutarla. No cabrá si por ejemplo el ministro de finanzas ordena a un subordinado suyo que detenga a una persona.
3. Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta. No se podrá amparar el soldado que obedezca la orden de ejecutar o torturar a un detenido<sup>7</sup>. En su caso podría haber un miedo insuperable.

Si se analiza la obediencia debida bajo los parámetros anteriores, se llega a la conclusión de que ésta es una forma especial de error de prohibición. En efecto, la inculpabilidad del funcionario obediente existe por cuanto ignoraba la ilicitud de la orden. El fundamento de la exculpación es el mismo que en el caso del error de prohibición.

### **3. CAUSAS BASADAS EN LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA**

El derecho exige a todos los ciudadanos el cumplimiento de mandatos normativos. Generalmente lo exigido es un mínimo que toda persona ha de cumplir. Se habla entonces de exigencia objetiva, normal o general. Por ejemplo, la exigencia del artículo 123 del Código Penal de no matar. En otros casos, a determinadas personas en determinadas situaciones, se les somete a una obligación de sacrificio. Por ejemplo, el vigilante de playa tendrá mayor obligación de arriesgarse que un veraneante cualquiera. Pero lo que el derecho no puede pedir es que las personas actúen heroicamente; no se le puede pedir a nadie, por ejemplo, que sacrifique su vida. Por ello el derecho tolerará, aunque no aprobará, determinadas situaciones inspiradas en esta idea.

#### **3.1 El estado de necesidad disculpante**

Éste se da cuando el bien en peligro sea de igual entidad al bien dañado. Está contenido en el artículo 24.2º del Código Penal. Sin embargo, nuestra ley no lo admite cuando el mal dañado sea de tipo patrimonial, circunstancia que no se entiende muy bien pues en ningún caso se elimina la responsabilidad civil.

<sup>6</sup> De lo contrario se estaría ante la causa justificante "cumplimiento de un deber".

<sup>7</sup> Constitución Política de la República. Artículo 156. **No obligatoriedad de órdenes ilegales.** Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.

A esta eximente le son aplicables todos los requisitos del estado de necesidad justificante. Tan sólo en cuanto a la ponderación de bienes, en un Estado democrático, la vida humana ha de considerarse siempre como bien supremo y nunca inferior a otras vidas aunque sean superiores en número. De esta manera si para salvar una vida, se sacrifican diez se estará ante estado de necesidad disculpante. Asimismo, si para salvar diez vidas se sacrifica una no habrá estado de necesidad justificante sino disculpante.

En su análisis se aplicará, cuando proceda, lo señalado al estudiar el estado de necesidad justificante.

### **3.2 Miedo invencible**

Se da en aquellos supuestos en que se comete un injusto impulsado por un miedo invencible. Se incluyen en este apartado los supuestos de “*vis compulsiva*”. No obstante, algunos supuestos no serán fácilmente distinguibles de casos de estado de necesidad.

No debe confundirse con la “*vis física*”, que recordemos excluía la acción. En el supuesto que ahora analizamos el sujeto aún tiene una opción, aún puede realizar, por ejemplo, un comportamiento heroico. Si Mateo encañona a Byron, para que éste dispare contra Marta, Byron podría, heroicamente, preferir que le maten antes que matar a Marta.

La invencibilidad del miedo ha de ser analizada de forma objetiva. No procederá si el sujeto actuó cobardemente según la apreciación del hombre medio. Por otro lado el mal ha de ser serio, real, inminente y de igual o mayor grado al causado. Sin embargo, este último criterio no puede interpretarse de forma absoluta. Supongamos que se amenaza a una persona con cortar sus brazos y piernas si no mata a alguien. No parece tan claro que no pueda aplicarse esta eximente aun cuando el mal sea de menor entidad.

### **3.3 Omisión justificada**

El Código Penal la contempla en su artículo 25.5°. No se entiende muy bien el sentido de este precepto ya que los supuestos que contempla serían perfectamente encuadrables en el resto de las circunstancias eximentes. Además, su mismo nombre se presta a confusión por cuanto utiliza la expresión justificado, para una causa de exclusión de la culpabilidad y no de la antijuricidad. Considero que dicha circunstancia debería desaparecer.

LUIS RAMÍREZ<sup>8</sup>, con la intención de dotar de algún sentido a esta eximente, propone utilizarla para aquellos casos en los que se invoque la objeción de conciencia para realizar obligaciones previstas por la ley, siempre y cuando no se afecten bienes jurídicos fundamentales.

<sup>8</sup> Díez Ripollés, José Luis (Coordinador), MANUAL DE DERECHO PENAL GUATEMALTECO, Artemis Edinter, 2001, págs. 427-429.

## CAPÍTULO 10. LA PUNIBILIDAD

*Para que exista delito, algunos autores consideran que la acción típica, antijurídica y culpable debe ser además punible. Bajo esta categoría se estudian algunos requisitos no encajables en los elementos anteriores. En este capítulo se repasa brevemente este concepto.*

### 1. INTRODUCCIÓN

La acción típica, antijurídica y culpable constituye el presupuesto principal de la pena, en otras palabras el delito es condición de la pena. Sin embargo, existe una serie de supuestos que no son incluibles ni en la tipicidad, ni en la antijuricidad ni en la culpabilidad. Al no saber muy bien qué hacer con estos supuestos, la doctrina europea los ha agrupado en un último requisito del delito que es la punibilidad o penalidad. Delito será la acción típica, antijurídica, culpable y punible.

La punibilidad es una categoría del delito que existe excepcionalmente, por razones de política criminal, para fundamentar o excluir la imposición de una sanción

Sin embargo, la mayoría de la doctrina latinoamericana no incluye la punibilidad como elemento del delito. Ello por entender que el hecho de que efectivamente se sancione o no el delito no supone que deje de serlo. Si un delito es perdonado no por ello deja de serlo. Por lo tanto se entiende que delito será sólo la acción típica, antijurídica y culpable. Personalmente comparto la opinión de la doctrina latinoamericana y considero que la punibilidad no es un elemento del delito.

No obstante, se van a explicar circunstancias que excluyen la punibilidad en el presente capítulo, con el objeto de que el lector pueda formar su propio criterio. Son circunstancias que excluyen la punibilidad las condiciones objetivas de penalidad y las excusas absolutorias.

### 2. CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD

Son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Ejemplo de este supuesto es la necesaria declaración



de quiebra en el delito del artículo 348 del Código Penal, o la previa calificación de calumniosa de la acusación o denuncia en el delito de acusación y denuncia falsas (art.453 CP).

Asimismo se incluyen en este apartado las condiciones objetivas de perseguibilidad, que condicionan no la existencia del delito sino su persecución procesal. En este supuesto estaría la querrela en las injurias o calumnias o la denuncia de los legitimados para ello en los delitos dependientes de instancia particular (ver el artículo 24 ter del CPP).

### **3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

La penalidad puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente, por razones de política criminal, no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica antijurídica y culpable. Se trata de causas ligadas a la persona del autor y por lo tanto sólo le afectan a él y no a los demás partícipes.

Ejemplo de ello es el matrimonio de la ofendida con el ofensor en los delitos contra la libertad y seguridad sexuales (art. 200 CP), la exención de pena en delitos patrimoniales (art. 280 CP) o a sediciosos cuando se disuelvan o sometan (art. 388 CP).

## CAPÍTULO 11. LOS DELITOS OMISIVOS

*Los delitos generalmente implican la prohibición de realizar una acción o de producir un resultado. Sin embargo, en algunos casos se imponen sanciones a aquéllos que omiten realizar una conducta esperada. Los delitos omisivos son semejantes en su estructura a los delitos activos, existiendo algunas diferencias en relación a la acción y a la tipicidad. En este capítulo se estudian estas diferencias.*

### 1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

El derecho penal generalmente prohíbe la realización de ciertas conductas. Sin embargo, en algunos casos, la ley penal tiene un contenido imperativo, por cuanto obliga a realizar una conducta. Cuando la persona deja de hacer la conducta que la ley le exige habrá cometido un delito por omisión. Se estará ante una omisión penalmente relevante cuando se deje de realizar la conducta esperada por la ley.

A diferencia de la acción, la omisión no es un concepto “prejurídico” sino que se define por la norma. La acción de Juan de golpear a Pedro existe, independientemente de que haya un tipo penal que defina esa conducta como lesión. Sin embargo, cuando el vigilante de la playa está bebiendo unas cervezas con sus amigos, sólo tiene sentido decir que omitió auxiliar al ahogado si hay una norma que le obliga al rescate. Ello es así porque la omisión pura no existe. El ser humano siempre hace algo, aunque sea. Omisión no es no hacer nada sino no hacer lo que se tuvo que hacer<sup>1</sup>.

El deber que se infringe al realizar un comportamiento omisivo no es deber moral o social, sino legal. En todo delito siempre se infringe el deber de no respetar un bien jurídico. Sin embargo en los delitos omisivos, este deber se incumple por no realizar la acción esperada.

<sup>1</sup> Por ello, la omisión siempre ha sido el gran quebradero de cabeza de causalistas y finalistas para la definición del concepto de acción.

Los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

## 2. LOS DELITOS OMISIVOS PROPIOS

Los delitos omisivos propios se caracterizan porque la ley contiene en forma expresa la obligación de realizar una conducta. El tipo penal consiste en un mandato de acción. Se obliga a actuar de una forma determinada. Toda acción que no sea acorde al mandato legal supondrá una infracción penal.

Según BACIGALUPO los elementos que componen el tipo penal de los delitos de omisión propia son:

- a) *La situación típica generadora del deber de actuar.* La situación típica está descrita en el tipo penal correspondiente. Como presupuesto del deber de actuar, en la descripción se incluyen todas las circunstancias que condicionan dicho deber de actuar para el sujeto. Por ejemplo, en el artículo 156 del Código Penal se genera un deber de actuar al encontrar a una persona herida.
- b) *La no realización de la acción mandada.* En el caso anterior se considerará punible toda conducta que no sea la de prestar auxilio necesario.
- c) *Poder, de hecho, para evitar la lesión del bien jurídico.* Si el sujeto no tenía posibilidades reales de actuar, su conducta no se adecuará en realidad a la situación típica generadora del deber de actuar. En el artículo analizado no estará obligado a actuar si se corría un riesgo personal.

## 3. LOS DELITOS OMISIVOS IMPROPIOS O DE COMISIÓN POR OMISIÓN

En los delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, el comportamiento omisivo no se menciona de forma expresa en el tipo legal. Éste sólo describe y prohíbe un comportamiento activo. Sin embargo, en algunos casos, se podrá sancionar a la persona cuando omita impedir el resultado descrito en el tipo.

Parece razonable calificar de homicidio el comportamiento omisivo del médico, que en un hospital deja tranquilamente que se desangre un paciente en su mesa de operaciones. Sin embargo, existen toda una serie de supuestos dudosos: ¿mata quien no avisa al peatón que se le viene encima un automóvil? ¿roba quien observa como un ladrón sustrae una cartera y no reacciona? ¿mata quien deja morir a un accidentado?

El Código Penal responde a estas cuestiones en su artículo 18: “Quien omita impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiere producido”. De esta definición se extraen los dos requisitos principales para que exista comisión por omisión:

a) **La persona pudo evitar el resultado.** El delito de comisión por omisión es un delito de resultado en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión. El problema que se plantea es que los comportamientos omisivos no ponen en marcha ningún proceso causal, es decir, será necesario recurrir a la causalidad hipotética: la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se da por seguro que si el sujeto hubiese realizado la acción esperada, el resultado no se hubiese producido, entonces se le podrá imputar el resultado. Al efecto se recurrirá a las teorías explicativas de la relación de causalidad ya estudiadas.

b) **La persona debía tener el deber jurídico de evitar el resultado.** Es necesario además que el sujeto tenga la obligación de impedir determinado resultado en virtud de determinados deberes. Esta obligación convierte al sujeto en garante de que el resultado no se realice, lo que la doctrina denomina el “deber de garante”. Procede entonces determinar cuándo surge un deber jurídico de evitar el resultado, es decir, cómo se concreta la posición de garante. Para ello habrá que acudir al resto del ordenamiento<sup>2</sup>. Las principales fuentes que generan el deber de garante son:

- **Las relaciones familiares.** El derecho de familia genera toda una serie de vínculos y obligaciones entre parientes. El obligado tiene deber de garante respecto de la vida, la integridad física y la salud de los familiares. Sin embargo, este criterio ha de tomarse en forma restrictiva, existiendo deber de garante sólo cuando exista una dependencia absoluta de una persona respecto a otra como, por ejemplo, los padres frente a un niño o los hijos frente a un padre anciano e impedido.
- **Las relaciones laborales o de prestación de servicios.** Al realizarse ciertas profesiones, se asumen voluntariamente específicas funciones protectoras de bienes jurídicos, como por ejemplo los médicos, vigilantes de playa o piscina, niñeras. No será siempre necesaria la existencia de un contrato laboral, pero sí debe ser clara la decisión de asumir una especial función protectora. Por ejemplo, la persona que para hacer un favor cuida un niño, asume la posición de garante, aunque no medie pago ni contrato formal.
- **El deber de vigilancia de una fuente de peligro.** Se encuadran en estos supuestos los casos de posesión de animales o sustancias peligrosas. Asimismo engloba la idea de actuar precedente o injerencia. Quien hace una fogata en el bosque debe vigilar que no se produzca un incendio o quien atropella a alguien debe atenderlo y evitar males mayores.

<sup>2</sup> Ello se debe a que una parte del tipo penal no se encuentra descrito en la ley. Estos tipos los denomina la doctrina como tipos penales abiertos. Algunos autores opinan por ello, que en estos supuestos se puede estar vulnerando el principio de legalidad. Sin embargo, la mayoría de la doctrina niega tal extremo.

De esta manera, si se ahoga un niño en una piscina, el vigilante que no lo salva podrá cometer un homicidio en comisión por omisión. Sin embargo, el resto de las personas que estaban en la piscina responderían, como mucho, por el delito de omisión de deber de socorro. El primero tenía un deber de garante que no tenían los segundos.

## **4. EL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS OMISIVOS**

### **4.1 El dolo en la omisión**

Al igual que en los delitos de acción, en los delitos de omisión el dolo tendrá un elemento volitivo y un elemento cognoscitivo. El sujeto deberá conocer la situación que le obliga a realizar una acción o impedir un determinado resultado y deberá voluntariamente omitir realizar la acción esperada o no impedir la producción del resultado.

Por ejemplo, para que el vigilante de una piscina cometa un homicidio doloso por comisión por omisión, es necesario que tuviese conocimiento que una persona se estaba ahogando y en forma consciente decidiese no rescatarla. Al igual que en la forma activa, se puede dar dolo directo, indirecto o eventual. Por ejemplo, el vigilante que al ver la situación de peligro, en vez de socorrer se limita a apostar con un amigo sobre si la persona pueda salvarse por sí misma, estaría omitiendo el rescate con dolo eventual frente a la muerte por ahogamiento.

De igual manera, podría darse un error de tipo cuando faltase el elemento cognoscitivo del dolo. Siguiendo con el ejemplo del vigilante de la piscina, cometería error de tipo si omite rescatar a una persona que se ahoga por creer que está jugando. Si el error era vencible, respondería por omisión culposa y si era invencible, desaparecería la tipicidad.

### **4.2 La culpa en la omisión**

Los delitos de omisión también pueden configurarse como consecuencia de una conducta negligente. El Código Penal no contiene ningún delito de omisión propia culposa, pero sí puede darse un delito culposo en comisión por omisión. Por ejemplo, una persona fallece en un hospital por falta de atención, porque el médico de guardia se emborrachó. En este caso, el médico faltó a un deber de cuidado (emborracharse durante una guardia) lo que produjo que omitiese impedir un resultado (la muerte del paciente) que tenía el deber jurídico de evitar (por su posición de garante como médico).

## **5. LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN**

No siempre es sencillo determinar cuando un delito es de acción o de omisión. Los casos más complicados se dan en los delitos imprudentes: un médico no desinfecta su bisturí y provoca una gangrena en su paciente. No queda claro si aquí hay una omisión imprudente de limpiar el material o hay un actuar imprudente por operar con material sucio.

La cuestión es importante pues los delitos de acción requieren menos requisitos que los de omisión. Para matar por comisión por omisión culpable es necesario el deber de garante. Sin embargo, no se exige ningún requisito personal para matar por acción culpable.

La doctrina ha elaborado un criterio delimitador: si alguien causa el resultado con su actuar positivo se entenderá que hay acción. Para ello se recurre a la *conditio sine qua non* por la que se dirá que hay actuar positivo si al suprimir mentalmente la acción del autor no se produce el resultado. Sólo cuando se haya descartado el actuar positivo, se analizará si el autor ha omitido un actuar esperado mediante el cual se hubiese evitado el resultado. En el ejemplo anterior, el médico ha realizado un actuar positivo, el operar, lo que hace que no sea necesario analizar si hay un actuar omisivo.

NOVOA MONREAL ha elaborado un cuadro comparativo de las diferencias más importantes entre los delitos de acción, los de omisión simple y los de comisión por omisión:

<b>Responsabilidad penal</b>	<b>Por acción</b>	<b>Por omisión simple</b>	<b>Por comisión por omisión</b>
<b>Descripción típica</b>	Realizar una acción	No realizar una acción	No se describe en el tipo
<b>Clase de norma</b>	Norma de prohibición	Norma de mandato	Prohibitiva pero con obligación de actuar
<b>Contenido imperativo</b>	No hacer	Hacer	Impedir un resultado injusto
<b>Efecto de la norma</b>	No alterar la situación existente	Imponer un obrar para lograr cambio	Obrar para proteger situación existente
<b>Finalidad social</b>	Proteger bienes jurídicos	Exigir deberes impuestos	Hacer efectiva la protección de bienes jurídicos
<b>Sujeto activo</b>	Cualquiera de los que el tipo indique	Cualquiera de los que el tipo indique	Sólo el que está en posición de garante

## CAPÍTULO 12. FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO

*Los tipos penales describen conductas o resultados prohibidos cuya comisión implica una sanción. Sin embargo, en algunos supuestos se sancionan también aquellas conductas que, sin completar los tipos penales, ponen en peligro los bienes jurídicos. En el presente capítulo se estudian estos tipos de “imperfecta ejecución”.*

### 1. EL “*ITER CRIMINIS*”

Cuando el Código Penal tipifica y describe un delito lo hace en su forma consumada. Sin embargo, hasta ese momento se recorre un camino más o menos largo en la realización del delito; es el llamado “*iter criminis*” que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta su consumación.

El análisis del “*iter criminis*” sólo tiene sentido en los delitos dolosos. Debido a la ausencia de voluntad de cometer un delito y por el principio de intervención mínima del derecho penal, en los delitos culposos sólo se castiga el delito consumado. Sería absurdo acusar a un médico que cometa una imprudencia en una operación, pero que afortunadamente no afecte al paciente, como autor de un homicidio culposo en grado de tentativa.

Dentro del “*iter criminis*” BACIGALUPO distingue cuatro fases:

- a) Ideación. Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y se propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin, los medios para alcanzarlo. Es el momento en el que surge en el autor la decisión de cometer el delito.
- b) Preparación o de actos preparatorios. Es el proceso por el cual el autor obtiene y organiza los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin.
- c) Ejecución. Es la utilización concreta de los medios elegidos en la elaboración del plan. No siempre será fácil distinguir esta fase de la de preparación.

- d) Consumación. Es la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor.

De estas cuatro etapas sólo entran en el ámbito de lo punible las de ejecución y consumación, siendo impunes las otras dos. El derecho no castiga la ideación de un plan o la compra de un arma para cometer un homicidio.

## **2. LA CONSUMACIÓN Y LA FINALIZACIÓN**

### **2.1 Concepto de consumación**

Podemos entender por consumación la plena realización del tipo en todos sus elementos.

En los delitos de lesión al bien jurídico, la consumación se da en el momento de la producción del resultado lesivo. El homicidio del artículo 123 del Código Penal se consumará en el momento en que fallezca el sujeto pasivo.

En los delitos de peligro, el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior. El delito de portación ilegal de armas se consuma a partir del momento en el que la persona porta un arma sin su licencia respectiva, sin necesidad que se lesione ningún bien jurídico.

Distinta de la consumación, que es la que hemos analizado, es la terminación del delito en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que además consigue satisfacer la intención que perseguía, por ejemplo heredar del tío que asesinó o disfrutar del dinero robado. En la medida en que estos fines últimos no estén incluidos en el tipo, serán irrelevantes jurídico penalmente hablando. Ejemplo de ello es el artículo 281 del Código Penal, que señala como momento consumativo en los delitos contra la propiedad la tenencia bajo control del bien por parte del delincuente, aun cuando posteriormente lo abandone o lo pierda.

Existen muchos supuestos en los que no está claro cuándo se consuma el delito. Corresponde a la parte especial del derecho penal, al analizar cada uno de los tipos delictivos, señalar cual es el momento consumativo.

### **2.2 Finalización del delito**

La consumación del delito no siempre es sinónimo de finalización. Por ello, es conveniente distinguir aquellos supuestos en los que ambos momentos no son coincidentes:

- a) En los delitos de “mera actividad”, el delito se consuma a partir del momento en el que el autor realiza todas las acciones descritas en el tipo. Sin embargo, el



delito sólo finalizará cuando dicho autor deje de realizar la conducta prohibida. En un delito de exhibiciones obscenas (art. 195 CP), el delito se consuma a partir del momento en el que la persona ejecute en público actos obscenos, pero no finalizará hasta que no cese en sus actividades.

b) En los delitos de resultado se distinguen:

- ***Delitos instantáneos***. Estos delitos se consuman a partir del momento en el que se produce el resultado, sin que se determine una situación jurídica duradera. Un ejemplo es el homicidio (art.123 CP).
- ***Delitos permanentes***. Son aquellos en los que una vez producido el resultado, se mantiene una situación antijurídica por voluntad del autor. Ejemplo de ellos son el secuestro (art. 201 CP) o la desaparición forzada (art. 201 ter CP). En estos casos, el delito se consuma a partir del momento en el que la persona es secuestrada o desaparecida, pero el delito continúa “consumándose” hasta que cesa la situación antijurídica.
- ***Delitos que causan estado***. Son aquellos en los que aunque se crea el estado antijurídico duradero, la consumación cesa a partir del momento que se da el resultado, ya que el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento. Un delito de estado es el matrimonio ilegal (art. 226 CP).

La determinación del momento de finalización tiene importancia especial para fijar la fecha a partir de la cual empiezan a correr los plazos de prescripción. En los delitos instantáneos y en los que causan estado, la prescripción se inicia cuando se produce el resultado descrito (siguiendo los ejemplos, cuando muere la víctima o cuando se celebra el matrimonio). Sin embargo, en los delitos permanentes, el plazo empieza a correr cuando desaparece la situación antijurídica (cuando se libera o mata al secuestrado o cuando aparece el desaparecido).

### 3. LA TENTATIVA

#### 3.1 Concepto

Habrá tentativa cuando el *iter criminis* no se completa, dándose únicamente las tres primeras etapas.

El artículo 14 del Código Penal dispone que “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”.

Del contenido del artículo se extraen los tres elementos esenciales de la tentativa:

- 1.- La decisión del autor de cometer el hecho.
- 2.- La puesta en marcha de medios idóneos para la realización del tipo.
- 3.- La falta de realización del tipo objetivo por causas ajenas a la voluntad del agente, aunque el tipo subjetivo sí que se completa (el dolo va a ser el mismo en el delito tentado que en el consumado).

Sin embargo, no en todos los delitos puede configurarse la tentativa. En aquellos en los que la puesta en marcha de los medios para realizar el tipo implican su realización inmediata no habrá posibilidad de tentativa. Por ejemplo, no es posible realizar una tentativa de portación ilegal de armas o de posesión para el consumo, por cuanto a partir del momento que se porta el arma o la droga se consuma el tipo penal.

### **3.2 Fundamento de la punibilidad**

Para justificar el porqué de la punibilidad de la tentativa han surgido toda una serie de teorías:

- 1.- *Teoría objetiva.* Para esta teoría, el fundamento de la punibilidad es el peligro que corre el bien jurídico tutelado en el tipo penal. Por ello, habrá que imponer una pena, aunque ésta debe ser menor que en los casos en los que el bien jurídico ha sido afectado. Esta teoría está influida por la del desvalor del resultado. Por ello se pena menos el delito tentado que el consumado (ver arts. 62 y 63 del Código Penal). Asimismo, tampoco habría que penar la tentativa imposible (vid. infra).
- 2.- *Teoría subjetiva.* El fundamento de la punibilidad se encuentra en la conducta mostrada por el sujeto, cuyo contenido de voluntad está orientado a la consecución de un fin delictivo. Para los defensores extremos de esta teoría, la pena a imponer debería ser la misma en los delitos tentados y los consumados. La influencia del desvalor de la acción es obvia.

Nuestro Código sigue básicamente una postura objetiva, aunque tiene alguna influencia subjetiva, sobre todo en el tratamiento de la tentativa imposible.

### **3.3 La delimitación entre actos preparatorios y ejecución**

Dentro del *iter criminis* se distinguen los actos preparatorios, impunes “*per se*”, de los de ejecución que en sí mismos ya constituyen delito tentado. Por ello, será necesario delimitar qué actos han de considerarse preparatorios y cuáles ponen en marcha la ejecución del delito.

El Código señala como inicio del ámbito punible, en las formas imperfectas de realización

del delito, el momento en que se comienza su ejecución por actos exteriores e idóneos. El concepto de ejecución es muy discutido y la doctrina aún no ha encontrado una respuesta satisfactoria. La opinión dominante lo ve como un concepto de naturaleza formal referido al tipo delictivo concreto de cuya ejecución se trata. Conforme al principio de legalidad, sólo las acciones que queden englobadas en el tipo penal podrán incluirse como actos de ejecución. Así, sólo será matar cuando se comience a matar. Si una persona compra un arma, espera escondido a su víctima y le dispara, sólo empezará la tentativa de homicidio (o asesinato) en el momento en que iba a disparar.

A pesar de todos los esfuerzos doctrinales, el límite no siempre será claro por lo que tendrá que ser la jurisprudencia la que fije el inicio de la tentativa en cada caso.

### **3.4 Tentativa acabada e inacabada**

Estas modalidades de tentativa, aunque no se distinguen expresamente en el Código, sí van a tener relevancia al analizar el desistimiento. En otros países la distinción tiene importancia en cuanto a la pena a imponer.

- 1.- Tentativa acabada o delito frustrado. Será acabada la tentativa cuando el autor, según su plan, realice todos los actos de ejecución necesarios para alcanzar la consumación del delito, pero el resultado no se produce. Por ejemplo, el asesino que dispara contra su víctima pero ésta casualmente se mueve y no le alcanza la bala.
- 2.- Tentativa inacabada. Será inacabada la tentativa cuando aún resten por cumplir uno o más actos necesarios para que el resultado se produzca. Así, el terrorista que prepara un carro-bomba pero es detenido por la policía cuando estaba parqueándolo.

Para distinguir una de otra es necesario comparar entre los actos de ejecución desarrollados por el sujeto y el plan de realización del delito que éste se trazó. Si conforme al plan se han realizado todos estos actos, la tentativa será acabada.

## **4. LA TENTATIVA IMPOSIBLE**

La tentativa imposible o inidónea se dará cuando la ejecución de la acción no puede producir la realización completa del tipo objetivo por razones fácticas o jurídicas que el autor ignoraba. Por ejemplo, el que dispara contra otro con una pistola de agua, creyendo que era real, el que dispara contra un cadáver creyendo que vivía, o el que se apodera de un dinero propio pensando que era ajeno.

El Código Penal define la tentativa imposible como la efectuada con medios normalmente

inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible.

Si seguimos la teoría del disvalor del resultado estas conductas deberán quedar impunes pues no se puso en peligro ningún bien jurídico. Sin embargo, en base al disvalor de la acción la tentativa imposible ha de sancionarse pues el elemento subjetivo del tipo (el dolo) se dio plenamente. El Código Penal guatemalteco opta en su artículo 15 por imponer a los autores de tentativa imposible una medida de seguridad.

La tentativa inidónea, para ser punible, debe tener las mismas cualidades que la idónea: debe haber dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer ésta una puesta en peligro para el bien jurídico protegido. Este último requisito no debe interpretarse igual que en la tentativa idónea: disparar contra un cadáver no es objetivamente peligroso, pero para el observador imparcial que crea que la persona vive, sí puede ser considerada como tal. Por ello ha de distinguirse la tentativa imposible de otros supuestos parecidos que han de quedar impunes:

- a) La tentativa irreal. Se da cuando el medio usado por el autor nunca producirá el resultado. Un ejemplo es la persona que para matar a otro atraviesa una efigie suya con alfileres o le pone sal en el café pensando que así morirá. En este caso el observador imparcial nunca considerará el resultado como peligroso, ya que efectivamente no hubo ningún peligro para el bien jurídico protegido. Este ejemplo debe distinguirse de aquél en el que el autor pensó que la sal era arsénico, el cual sí encuadraría en la tentativa imposible.
- b) Delito putativo o aparente. También se le denomina “error de prohibición al revés”. Se da en los casos en que la persona cree que está delinquiriendo cuando en realidad su comportamiento es penalmente irrelevante. Por ejemplo aquel que esconde al fisco un dinero que no tenía obligación de declarar o el que consume alcohol en su casa pensando que esta conducta es delictiva. El principio de legalidad imposibilita el sancionar dichas conductas.

## **5. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO EN LA COMISIÓN DEL DELITO**

### **5.1 Concepto, fundamento y alcance**

El Código Penal en su artículo 16, despenaliza la conducta de aquél que iniciando la ejecución de un delito desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo. Hay desistimiento cuando el autor ha iniciado la ejecución de un hecho punible, el cual no alcanza su grado de consumación, porque voluntariamente él mismo lo evita.

El fundamento de esta figura es de orden político-criminal y preventivo. El legislador quiere dar todo tipo de facilidades para que el delincuente no consuma el delito, es decir, entiende que es más importante el bien jurídico en peligro que la persecución de los delitos. Cuando se actúa de otra manera los resultados reales son poco satisfactorios. En Estados Unidos (y lamentablemente ahora también en Guatemala), durante un tiempo, rigió una ley por la que el que secuestrase a una persona se le imponía la misma pena (pena de muerte) que al que la secuestrase y matase. Con ello se quería intimidar a los delincuentes para que no secuestrasen. El resultado que se produjo fue que los secuestradores, al verse en peligro, no tenían ningún reparo en ejecutar sus rehenes, pues la pena que les iban a imponer iba a ser la misma y eliminando testigos se reducían las posibilidades de ser descubiertos.

El Código tan solo despenaliza los supuestos de tentativa inacabada (ver infra.), sin hacer referencia a los supuestos de tentativa acabada o delito frustrado. Por ejemplo, el supuesto del terrorista que pone la bomba pero se arrepiente y vuelve para desactivarla.

Asimismo, el Código Penal en su artículo 26.4 desarrolla la atenuante de arrepentimiento eficaz a favor “del delincuente que procure, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores y perniciosas consecuencias”. Este no sería el supuesto del delito frustrado ya que en este caso el delito sí se ha consumado. Por ejemplo, el que golpea a otro en un momento de emoción pero inmediatamente lo lleva al hospital para que lo atiendan, responderá por un delito de lesiones con la citada atenuante del artículo 26.4.

El desistimiento en tentativa acabada no podría encuadrarse en ninguna de estas figuras. El hecho de que el Código Penal no distinga de forma general la tentativa acabada de la inacabada se debe a que entiende que merecen idéntica sanción penal. Por ello, al ser ambos supuestos semejantes y al ser igualmente válido para el delito frustrado el fundamento político-criminal de esta figura, realizaremos una interpretación extensiva e incluiremos los casos en los que el autor evita voluntariamente que el resultado se produzca.

## **5.2 Requisitos del desistimiento**

Los requisitos del desistimiento variarán según se trate de tentativas inacabadas o delitos frustrados.

En la tentativa inacabada, son requisitos:

- a) Omisión de continuar con la realización del hecho encaminada a la ejecución.
- b) Voluntariedad del desistimiento. La decisión de no continuar en la ejecución del delito debe provenir de una decisión interna. No debe basarse en causas independientes a su voluntad.

- c) Carácter definitivo del desistimiento. No debe ser una postergación para ejecutarlo un momento posterior.

En la tentativa acabada o delito frustrado es necesario que se den:

- a) Los tres requisitos de la tentativa inacabada, siempre que en la voluntariedad del desistimiento, el autor no sepa que ha sido descubierto.
- b) Que el autor haya impedido la producción del resultado.

### **5.3 Efectos del desistimiento**

El desistimiento tiene como efecto principal la exclusión de la punibilidad en la tentativa. Sin embargo, el hecho seguirá siendo típico, antijurídico y culpable. Es decir, para parte de la doctrina será delito, aunque no se castigue, y para otra no será delictivo.

Por otra parte el Código mantiene la pena para los actos ejecutados que constituyan delito “*per se*”. En el ejemplo del apuñalado, si el autor quería matar, no responderá por una tentativa de homicidio sino por lesiones consumadas con la atenuante del 26.4.

## 13. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

*Hasta ahora se ha analizado la estructura del delito en base a un solo sujeto activo. En esta lección se van a tratar de solucionar aquellos supuestos en los que más de una persona interviene en el proceso delictivo. Al efecto, se definirá la autoría (autoría inmediata, mediata y coautoría) y la participación y se fijarán las diferencias entre ambas figuras.*

### 1. EL CONCEPTO DE AUTOR

#### 1.1 Concepto ontológico y concepto legal de autor

Según el concepto ontológico o real de autor, éste será el sujeto a quien se le pueda imputar un hecho como suyo. WELZEL señalaba que autor es el «quién» anónimo de los tipos legales. Así en el artículo 123 del Código Penal, es autor del delito de homicidio quien diere muerte a alguna persona. El verdadero autor de un hecho es aquel que lo realiza y del que se puede afirmar que es “suyo”.

Sin embargo, el concepto ontológico de autor no coincide con el concepto legal de autor. El Código Penal no requiere la propia realización de uno de los tipos de la parte especial, sino que considerará autores a sujetos que en realidad son partícipes especialmente importantes. Así el artículo 36 de este cuerpo legal considera autores a inductores y cooperadores necesarios, entre otros.

A la hora de diferenciar la autoría y la participación hay que recurrir al concepto ontológico de autor. Ello es necesario porque sólo quien es autor en sentido estricto puede realizar un tipo sin necesidad de la concurrencia de otra persona. Los partícipes están sometidos al principio de accesoriedad de la participación respecto del hecho realizado por el autor real. Por mucho que el Código diga que el inductor es autor, para que se dé inducción será necesaria la existencia de un hecho antijurídico por parte del autor real, porque la inducción a cometer un hecho atípico no es delito.

En este sentido, el Código Penal, en su artículo 17, señala que la inducción, la instigación, la conspiración, la proposición o la provocación a cometer delito no son en sí mismas punibles, salvo cuando la ley lo indique expresamente. Por ejemplo, la inducción a cometer un homicidio no se sancionará si el inducido no inicia la ejecución de este delito. Como lo indica el artículo, la excepción se dará cuando el Código cree un tipo penal que describa este tipo de acciones (ver por ejemplo el artículo 389 del Código Penal de incitación pública a la rebelión o sedición).

## 1.2 Delimitación del concepto ontológico de autor

Para delimitar qué hay que entender por autor en un sentido real u ontológico, la doctrina ha elaborado una serie de teorías:

- a. Teoría unitaria. Según esta teoría no es posible distinguir entre autoría y participación, sino que toda persona que interviene en el hecho es autor. Se parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones por la que toda condición necesaria para que se de el resultado es causa del mismo.
- b. Teoría diferenciadora. Esta teoría reconoce que deben diferenciarse entre autores y partícipes. Dentro de la misma se diferencian distintas concepciones de autor:

\* *Concepto extensivo de autor.* Este concepto parte también de la teoría de la equivalencia de las condiciones. En ese sentido reconoce que todos los que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causa del mismo. Sin embargo, reconocen que la ley debe distinguir distintos grados de responsabilidad. La distinción tendrá que basarse en un concepto subjetivo: será autor quien obre con ánimo de autor y partícipe quien obre como partícipe. Esta es la teoría subjetiva de la participación que es el complemento necesario al concepto extensivo de autor. No obstante puede llevar a soluciones contradictorias. Tomemos el ejemplo, clásico en la doctrina, de la madre que pide a su hermana que mate a su hijo recién nacido. En base a este concepto la madre sería autora y la tía, que efectivamente mató a su sobrino, respondería como partícipe del delito de infanticidio.

\* *Concepto restrictivo de autor.* Este concepto parte de que no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. La participación supone ampliar la pena a personas que por su actuar son causa del delito pero que no lo realizan. El problema será delimitar cuándo se está actuando como partícipe y cuándo como autor. Hay tres teorías:

- 1.- Teoría objetivo-formal. Lo decisivo es realizar actos ejecutivos previstos en el tipo legal. Por ejemplo, el clavar un puñal en el pecho de la víctima. El problema se plantea en una serie de supuestos:



- a) En los delitos en los que sólo se hace referencia al resultado, sin fijar los medios, el concepto puede ser muy amplio. Por ejemplo, en el homicidio, podría ser autor el que le da la pistola al que dispara.
  - b) En los casos de autoría mediata (vid. infra).
  - c) En la coautoría, cuando uno de los coautores no realiza ninguna acción típica en sentido estricto. Si uno se sube encima de otro para robar una manzana, el que está debajo no comete ninguna acción típica.
- 2.- Teoría objetivo-material. Intentó superar los defectos de la teoría anterior. Será autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante. Parte de la idea de que no todas las condiciones son causas sino sólo algunas. En realidad es un concepto muy subjetivo que tampoco resuelve muchos problemas.
- 3.- Teoría del dominio. Esta teoría tiene su origen en el finalismo. Es autor doloso quien domina finalmente la ejecución del hecho, quien tiene en sus manos el curso del suceso típico. El dominio del hecho se puede manifestar de varias formas:
- a) Dominio exclusivo de la acción. Se da cuando alguien ejerce el dominio sobre los propios actos: cometer el delito en forma directa, sin ser determinado por otro.
  - b) Dominio de la voluntad. Se da cuando alguien no participa en la ejecución directa pero ejerce el dominio de la voluntad ajena: son los supuestos de autoría mediata.
  - c) Dominio funcional. Varios autores se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito: la coautoría.

MIR PUIG, junto a este requisito del dominio, exige la pertenencia del hecho, o en otras palabras, el poder decir que el hecho era suyo.

### 1.3 La autoría en los delitos culposos

La autoría en los delitos culposos ha dividido a la doctrina:

- \* La doctrina dominante alemana maneja dos conceptos distintos de autor. En los delitos dolosos se seguirá un concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho y en los imprudentes un concepto unitario de autor: en un delito imprudente será autor todo sujeto que cause el hecho por imprudencia.
- \* La doctrina española distingue autoría y participación en los delitos imprudentes. Si la autoría supone la realización del tipo objetivo no se podrán diferenciar delitos dolosos e imprudentes, pues ambos supuestos requieren la producción del hecho por igual. La diferencia entre ambos vendrá determinada por el tipo subjetivo. Por ejemplo, el que induce a manejar de forma imprudente a un conductor, quien como consecuencia atropella a un peatón, podrá ser inductor de un delito culposo de homicidio.

## 2. LA AUTORÍA MEDIATA

### 2.1 Concepto

Se da autoría mediata cuando se realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. Existe una relación tal entre el autor mediato y la persona instrumento que se invierten los papeles. Normalmente, autor es el que realiza materialmente el hecho y el “hombre de atrás” es partícipe; sin embargo, en la autoría mediata el autor es el hombre de atrás, mientras que la persona instrumento no comete delito.

Se excluyen de estos casos los supuestos en los que se utiliza a una persona como instrumento material, es decir en los casos de ausencia de acción: si A empuja a B contra un cristal para romperlo, A actuaría como autor inmediato, y ello porque realmente la acción de A hubiese sido igual si en vez de empujar a B empuja a una estatua.

No cabe autoría mediata en supuestos de delitos especiales los que solo pueden cometer determinados sujetos, como los delitos de funcionarios cuando el autor mediato no reúna dichas características. Si alguien engaña a un juez para que dicte una resolución injusta, no podrá cometer delito de prevaricación. Por el contrario, sí puede darse cuando sea la persona instrumento la que no reúna las características (el funcionario que ordena a su secretaria quemar archivos de suma importancia).

Tampoco puede admitirse la autoría mediata en los delitos de propia mano, que requieren una realización personal. No será autor mediato de violación el que obligue a un inimputable a forzar sexualmente a una mujer.

## 2.2 Formas de autoría mediata

La autoría mediata puede aparecer de formas variadas. Lo fundamental es que el autor mediato tenga el dominio final del hecho y pertenencia del mismo, y el autor inmediato o instrumento no cometa un delito.

Partiendo de este principio, se señalan diversos ejemplos en los que existe autoría mediata:

El instrumento realiza una conducta atípica. El autor mediato utiliza para la realización del tipo penal la acción de otro que actúa sin tipicidad: Norberto sugiere a Pedro que agarre un cable ocultándole que era de alta tensión. Pedro lo agarra y muere electrocutado. En este caso la acción de matarse a sí mismo es atípica. Si considerásemos al “hombre de atrás” inductor no podríamos castigarlo, por cuanto la inducción de un hecho atípico es atípica (principio de accesoriedad de la participación). Por ello, el concepto de autor mediato permite evitar la impunidad en estos supuestos<sup>1</sup>.

El instrumento actúa sin dolo. El autor utiliza la acción de otro sujeto que actúa sin dolo. El médico que decide matar a un paciente y le da una jeringuilla, con una dosis letal de morfina, a la enfermera, que ignora tal circunstancia, para que se la inyecte al enfermo. En estos casos existe en el instrumento, la enfermera, un error de tipo invencible.

El instrumento actúa bajo una causa de inculpación. El autor utiliza a una persona inimputable (un menor o un enajenado) para cometer un delito o somete a un imputable a un miedo insuperable: Leonardo le pone una pistola en la cabeza a Gaspar obligándole a disparar contra Marcelino.

## 2.3 Autoría mediata a través de estructuras de poder organizada.

Hasta este momento se han analizado supuestos en los que una persona era considerada autor cuando había usado a otra persona inculpable para cometer un delito. Sin embargo ROXIN planteó el supuesto en que una persona pudiese ser autor mediato aunque el “instrumento” actuase con plena culpabilidad. Ello se daría en los casos en que el dominio se diese por fuerza de un aparato organizado de poder. Para ello sería condición necesaria que el ejecutor fuese fungible, es decir, fácilmente reemplazable por cualquier otro miembro de la estructura. El ejecutor actúa responsablemente pero el que da la orden seguirá siendo autor mediato. Por otra parte este autor mediato mantiene una total pertenencia del hecho.

<sup>1</sup> Sería muy discutible considerar este supuesto como de inducción al suicidio, por cuanto el mismo implica la voluntariedad por parte del suicida. Pero aún cuando así fuere, sólo con el concepto de autoría mediata se podría condenar al “hombre de atrás” como autor de un homicidio o asesinato y no sólo por inducción al suicidio.

Esta teoría ha sido utilizada para fundamentar sentencias de gran trascendencia, como la dictada en 1985 en el proceso contra la Junta Militar Argentina o en la que condenó en 1993 al general Contreras en Chile por el caso Letelier.

Las características de la autoría mediata a través de estructura de poder son:

- i El “autor mediato” dispone de un aparato organizado que funciona como una máquina.
- ii. Puede consumir delitos sin ponerse en acuerdo en cada caso concreto, generalmente respondiendo a un plan preestablecido.
- iii. El ejecutor es fungible, es una pieza en el engranaje.

El autor mediato tiene el dominio del hecho, al igual que muchos de los eslabones de la cadena de mando. Pero si alguno de los eslabones inferiores se opone, no hay problema en reemplazarlo (fungibilidad). Sin embargo, puede haber integrantes de la estructura que sólo respondan en tanto que partícipes.

Algunos autores, no obstante prefieren resolver estos casos a través de la coautoría, la cooperación necesaria o la inducción.

## **2.4 Configuración legal de la autoría mediata**

Nuestro Código Penal no contempla directamente la figura de la autoría mediata. Sin embargo, los supuestos de autoría mediata son encuadrables en el artículo 36.2 cuando dice que son autores los que fuercen a otro a ejecutar los actos propios del delito. Bajo el término forzar se deben incluir los diversos supuestos de coacción o engaño que permiten al autor mediato forzar al inmediato para que realice la acción típica y antijurídica.

## **3. LA COAUTORÍA**

### **3.1 Concepto**

Según MIR PUIG son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. Los coautores son autores porque cometen el delito entre todos, se reparten el tipo de la autoría.

En la coautoría no rige el principio de accesoriedad de la participación, según el cual el partícipe sólo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor. El principio rector será el de imputación recíproca de las distintas contribuciones: todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (o extensible) a los demás. Para que ello pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones: X y Z vierten veneno en el café de Y. Sin embargo, las dosis que cada uno echa no son

suficientes para matar, aunque sí la suma de ambas. Si X y Z se habían concertado previamente responderán como coautores. Si no, sólo se les podría imputar a cada uno de ellos un delito tentado de asesinato, salvo que la coincidencia fuera previsible.

### **3.2 Delimitación de la coautoría**

Lógicamente las diferencias entre coautores y otros partícipes dependerá del concepto ontológico de autor que se tenga. En estos apuntes, se parte de la base de que el autor es aquel que tiene dominio del hecho y su pertenencia.

Serán coautores no sólo los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino también todos aquellos que aporten una parte esencial en la realización del plan en la fase ejecutiva. De esta manera, el hecho es una obra colectiva, en la que se comparte su realización al distribuirse entre cada uno de los autores. A todos los coautores les “pertenece el hecho”.

Será necesario para hablar de coautoría:

- a) La necesidad de un mutuo acuerdo o plan común. No necesariamente ha de ser previo y expreso; puede ser tácito y darse durante la ejecución del hecho.
- b) La realización por parte del coautor de algún acto esencial en la realización del plan en la fase ejecutiva.
- c) Que el coautor reúna las mismas condiciones que el autor. Todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias del autor en los delitos especiales. Por ejemplo en el delito de violación de sellos (art. 434 CP), la secretaria del funcionario que abra con él sellos, no podrá ser coautora.

Cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado sin que los demás lo consientan o lo hubiesen podido prever de acuerdo con la práctica general, el exceso tan sólo se imputa al coautor responsable (ver el artículo 40 CP).

## **4. LA PARTICIPACIÓN**

### **4.1 Concepto**

Por participación se debe entender la intervención en un hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto al autor. No realiza el tipo principal, sino un tipo dependiente de aquél. La definición de partícipe surge en oposición a la de autor: será partícipe aquel que no tiene el dominio final del hecho, o que no puede hacer el hecho como suyo.

## 4.2 Fundamento del castigo

Las principales teorías que intentaron explicar los fundamentos de la punibilidad de las conductas de participación son:

- a) *Teoría de la corrupción.* También es conocida como teoría de la culpabilidad. El fundamento del castigo reside en la culpabilidad del partícipe por corromper al autor, es decir, por hacerlo culpable. Será necesario para que exista participación que el autor principal sea culpable.
- b) *Teoría de la causación.* El fundamento de la punibilidad radica en que el partícipe cause un resultado. Como el hecho se realiza a través del autor, se genera mayor distancia respecto al hecho y se da menor punibilidad. El inconveniente de esta teoría es que se podría ser partícipe de un hecho típico pero justificado.
- c) *Teoría de la participación en lo ilícito.* El fundamento del castigo radica en la prohibición de favorecer un hecho ilícito. Para esta teoría, que personalmente considero la más acertada, es necesario que la acción principal sea típica y antijurídica.

## 4.3 La accesoriidad en la participación

El principio de accesoriidad limitada en la participación significa, por una parte, que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, y por otra, que no depende de la culpabilidad del mismo. La responsabilidad penal del partícipe está subordinada a la clase de delito cuyo dominio final perteneció al autor.

Dentro de la accesoriidad se distinguen dos aspectos:

- a) *Aspecto interno.* La participación requiere el dolo de contribuir a un injusto, es decir, el partícipe debe saber que está participando en un delito y querer hacerlo. La doctrina alemana exige que el hecho principal sea doloso, mientras que la española admite la participación “dolosa” en delitos culposos. El partícipe actuará imprudentemente respecto al resultado típico principal, pero no respecto a su acción de participación, que en todo caso debe ser querida. Por ejemplo, el copiloto que incita al piloto a ir a gran velocidad, produciéndose como consecuencia el atropello de un peatón. Personalmente, considero más aceptable la postura alemana. Lo que nadie admite es que la participación sea imprudente.
- b) *Aspecto externo.* Para que la participación sea punible el hecho principal ha de estar al menos en fase de tentativa. La participación en la tentativa delimita el inicio de la punibilidad del partícipe. No debe confundirse con la tentativa de participación que es impune.

## 5. FORMAS DE PARTICIPACIÓN

### 5.1 La inducción

La inducción se encuentra recogida en el artículo 36.2 del Código Penal: “Son autores quienes (...) induzcan directamente a otro a ejecutar el delito”.

El Código equipara, por razones de política criminal, al inductor con el autor. Sin embargo, doctrinariamente la inducción es una forma de participación. Inductor es el que causa voluntariamente en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución y realización de un tipo de autoría doloso o imprudente.

La inducción requiere los siguientes elementos:

- a) **Tipo objetivo.** La causación en otra persona, mediante influjo psíquico, de la resolución y realización de un tipo doloso de autoría: el inductor debe causar en el otro la determinación de cometer un delito. No lo será quien ejerza este influjo sobre alguien que ya estaba decidido a cometer el delito. El influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación siempre que posea la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada. La inducción debe ser sobre una persona concreta para que realice un delito concreto. El inducido ha de realizar un tipo doloso de autoría. Es decir, el inducido tendrá que realizar una conducta del artículo 36.1.
- b) **Tipo subjetivo.** Debe existir dolo en el inductor. El inductor no sólo quiere causar la resolución criminal en el autor, sino que también quiere que éste realice efectivamente el hecho (doble dolo). No cabe una inducción por imprudencia, es decir, sin voluntad de inducir: Juan no advierte que al contarle a Pedro las infidelidades de su esposa le hace surgir la idea de matar a ésta.

### 5.2 La animación o aliento

Esta figura está contenida en el artículo 37.1 del Código Penal, cuando indica que “serán cómplices quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer un delito”. Incluiría aquellos casos en los que no se llega a la inducción.

El enunciado de este artículo es muy amplio. Para no llegar a situaciones manifiestamente injustas ha de entenderse de forma muy restrictiva.

### **5.3 La cooperación**

El Código Penal distingue dos tipos de cooperación. Una es la llamada cooperación necesaria, que se equipara a la autoría, y otra es la complicidad en sentido estricto.

La cooperación necesaria se encuentra regulada en el artículo 36.3 del Código Penal: “Son autores quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer”.

El artículo 37 del citado cuerpo legal, en sus epígrafes 2, 3 y 4, contiene diversas formas de participación. La característica común a todos es que los actos de participación se inician antes o en el momento de cometer el delito. El artículo 37.2 exige una promesa previa de cooperación posterior. Si no existiese esa promesa estaríamos ante el encubrimiento del artículo 474 del Código Penal.

El principal problema residirá en delimitar la cooperación necesaria de la complicidad. GIMBERNART acude al criterio de escasez: será cooperación necesaria aquella que es difícil de conseguir según las circunstancias. En la misma línea, RODRÍGUEZ MOURULLO recurre al criterio de sustituibilidad de la contribución. Si la contribución del partícipe es insustituible será cooperación necesaria. En cualquier caso no siempre será fácil dicha delimitación y habrá que analizar cada caso en concreto.

La complicidad, así como la animación y el aliento, se castiga imponiéndose la pena del autor, reducida en un tercio. Si se es cómplice de tentativa se impondrá la pena reducida en dos tercios. (Ver los arts. 63 y 64 CP).

### **5.4 La presencia en la ejecución del previamente concertado**

El Código, en su artículo 36.4 equipara como autor a aquel partícipe que habiéndose concertado previamente, está presente en el momento de la ejecución. ALEJANDRO RODRÍGUEZ<sup>2</sup> señala que este texto viene claramente influenciado por la antigua doctrina del Tribunal Supremo Español del “acuerdo previo”. Este mismo autor critica la inclusión de esta equiparación por entender que se incumple con los principios de legalidad y responsabilidad por el hecho.

Esta equiparación sólo podría justificarse en tanto en cuanto dicha presencia sirve para asegurar la realización del delito, bien sea para dar apoyo al autor directo o para sustituirlo en el caso de que éste no pueda realizar la acción. Por ejemplo, varios hombres entran en una casa para violar a una mujer y mientras uno yace con la víctima los otros contemplan la escena,

<sup>2</sup> Díez Ripollés, José Luis (Coordinador), MANUAL DE DERECHO PENAL GUATEMALTECO, Artemis Edinter, 2001, págs. 343-344.



eliminando por su mera presencia cualquier posibilidad de resistencia efectiva por parte de la víctima. De igual forma, dos sicarios se presentan armados a matar a una persona y sólo uno dispara. En ese caso, si el primer sicario falla o se le encasquilla el arma, el segundo asegurará la consumación del asesinato. De alguna manera, la equiparación al autor se fundamenta en que este partícipe tiene en cierta medida características semejantes al autor ontológico al mantener el dominio sobre el hecho.

Por lo expuesto, considero, que para evitar una excesiva amplitud del concepto de autor, para que una persona pueda ser considerada como tal conforme al artículo 36.4 del Código Penal, será necesario:

- Que exista un concierto previo con el o los autores directos.
- Que esté en el lugar de los hechos al momento de su ejecución.
- Que tenga una posibilidad real de intervenir para asegurar la ejecución del delito.

## **6. PROBLEMAS CONCRETOS EN LA PARTICIPACIÓN**

### **6.1 La participación en delitos especiales**

En los delitos especiales impropios (por ejemplo el parricidio respecto al homicidio) se plantea el problema de que manera se trata a los partícipes. Pedro mata a su padre ayudado por Juan. ¿Responderá Juan por parricidio o por homicidio?

El Código da en su artículo 30 una solución para las agravantes y atenuantes que es perfectamente aplicable a estas situaciones. La diferencia habrá que buscarla en el carácter de la circunstancia. Las circunstancias que consistan en factores personales del delincuente (estado de emoción violenta) o que resulten de sus relaciones particulares con el ofendido (parentesco), no se comunican a los codelincuentes. Sin embargo, las que resulten de la ejecución material del hecho delictuoso (alevosía) o de los medios empleados (veneno), solo se apreciarán respecto de aquellos partícipes que tuvieren conocimiento de ellas antes o durante la ejecución del hecho.

De esta manera, en el ejemplo anterior, Juan responderá como partícipe de un delito de homicidio.

### **6.2 La comisión de delito distinto del concertado**

Puede darse el hecho de que los partícipes en un hecho delictivo se pongan de acuerdo en la comisión de un delito, pero, posteriormente, las circunstancias en las que se da el hecho hacen que se cometan delitos distintos del concertado. Se plantea entonces la cuestión de determinar cómo responderán los partícipes que no intervienen directamente en el hecho. En este

caso, el Código Penal en su artículo 40, establece diferencias en función de la gravedad del delito:

- a) Si el delito cometido es menos grave, responderán por éste. Por ejemplo, una persona suministra unos planes para robar un banco a través de un túnel. Sin embargo, los ejecutores directos del hecho son detenidos cuando estaban llevándose el dinero. En este caso, el que suministró los planos sólo será partícipe de una tentativa de robo .
- b) Si el delito cometido es más grave solo responderán por el concertado. Una persona contrata a unos sicarios para que roben unas joyas en casa de una anciana. Los sicarios además de robar las joyas matan a la anciana. En este caso, el partícipe respondería por robo. No obstante, los partícipes responderán por el delito cometido si fuese previsible, de acuerdo a los principios generales que ello pudiera suceder. Por ejemplo, si varias personas se ponen de acuerdo en asaltar un furgón blindado con armamento pesado, es previsible que pueda fallecer algunos de los guardas del furgón o alguna persona que se encuentre en el lugar de los hechos.

## CAPÍTULO 14. CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS

*D*urante el desarrollo de los apuntes se ha analizado el delito en su forma más sencilla: una sola persona realizaba una sola acción típica, antijurídica y culpable. En el capítulo anterior se estudiaron los casos en los que, en la comisión de un hecho delictivo, concurren varias personas. Ahora corresponde estudiar aquellos supuestos en que una persona comete varios delitos, bien sea mediante un hecho o mediante varios, y los supuestos en que un hecho aparentemente puede encuadrarse en varios tipos delictivos. El primer grupo engloba el concurso de delitos y el segundo el concurso de leyes.

### 1. EL CONCURSO DE LEYES

#### 1.1 Concepto

Existirá concurso de leyes, o concurso aparente de normas penales, cuando uno o varios hechos sean aparentemente incluíbles en varios preceptos penales pero tan sólo uno pueda aplicarse. En estos casos uno de los preceptos basta por sí solo para englobar todo el desvalor del hecho. Si no se actuase de esta manera se estaría violando el principio del “*ne bis in idem*” o prohibición de sancionar dos veces a una persona por unos hechos.

Cuando una persona mata a su padre, su conducta es tipificable como delito de homicidio (art. 123 CP) o como parricidio (art. 131 CP). Sin embargo, es evidente que tan sólo concurre este último pues, por sí mismo, ya engloba todo el desvalor del hecho.

#### 1.2 Criterios de solución del concurso de leyes

Para distinguir los concursos de leyes de los concursos de delitos (vid. infra) la doctrina ha elaborado varios principios de interpretación, de los cuales sólo vamos a analizar los dos más importantes:

- a.- Principio de especialidad. El precepto especial deroga el precepto general. Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos del original, alguno adicional. Así el parricidio, además de exigir que se mate a otro, requiere que el sujeto pasivo sea familiar y que el autor conociese ese vínculo. La especialidad puede dar lugar a un castigo mayor (parricidio) o menor (infanticidio).
- b.- Principio de concusión. Se dará en aquellos supuestos en los que un precepto penal absorbe a otro por motivos distintos de la especialidad. Se distinguen dos grupos de casos:
  - \* Supuestos en los que un hecho acompaña generalmente a otro: en el delito de violación (art.173 CP), las coacciones previas (art. 214 CP) no se penan; en el de homicidio quedan absorbidos los daños sobre la ropa del occiso (art.278 CP).
  - \* Actos posteriores impunes. Son hechos posteriores a un delito que son absorbidos por éste y que por sí solos constituirían un delito. Tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar el beneficio obtenido o perseguido por el delito anterior. Por ejemplo, cuando un homicida entierra a su víctima, el delito de inhumación ilegal (art.311 CP) es absorbido por el de homicidio. Sin embargo, si el que entierra a la víctima es un tercero (no partícipe en el homicidio) se le sancionará por inhumación ilegal.

No siempre será fácil distinguir estos supuestos del concurso de delitos.

## **2. EL CONCURSO DE DELITOS: LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHO**

Habrá un concurso de delitos cuando para tipificar la conducta realizada por un autor sea necesario recurrir a más de un delito. Si el autor realizó varios hechos y cada uno de ellos es delito, se estará ante un concurso real de delitos. Por el contrario, si varios delitos son cometidos con un mismo hecho, se estará ante el concurso ideal de delitos.

Por ello, previo a analizar los distintos concursos, hay que determinar cuándo concurre un hecho o cuándo son varios. El concepto de unidad de hecho es eminentemente valorativo. Sería absurdo identificar “hecho” con “movimiento muscular” porque en la acción de disparar contra alguien se darían tantos hechos como músculos se moviesen. La doctrina ha elaborado una serie de criterios de los que destacamos dos:

- a) La concepción natural de la vida. La determinación sobre si varios movimientos corporales constituyen uno o más hechos queda confiado a la valoración usual en la sociedad. Este criterio es demasiado vago.

- b) El criterio ha de ser jurídico y desprenderse de los tipos correspondientes. La característica de tipicidad delimita cuando nos encontramos ante un hecho. Una conducta puede ser un hecho bajo un tipo (El apoderamiento con violencia física sería un hecho de robo del artículo 251 CP) y varios bajo otros tipos (un apoderamiento sería un hurto del 246 CP y un actuar violento una coacción del 214 del mismo cuerpo legal).

A la hora de determinar el tipo se exigirá para que se pueda hablar de un hecho, **una sola acción y un solo resultado material** (aunque se vulneren muchos resultados típicos). De esta manera cuando se mata a un policía se produce una sola acción y un solo resultado, aunque se realicen dos delitos: homicidio y atentado (408 CP). Habrá entonces un solo hecho y dos delitos. Sin embargo, cuando se pone una bomba y mueren cinco personas, aunque haya una acción hay cinco resultados materiales. Habrá cinco hechos y cinco delitos. De lo contrario habría que aceptar una menor punición para aquel que mata a cinco personas con una bomba que para el que las mata con una pistola.

### 3. EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Habrá concurso ideal de delitos cuando un solo hecho constituya uno o más delitos. El Código Penal guatemalteco lo contempla en su artículo 70. A diferencia de lo que sucede en el concurso real, un solo tipo penal no puede englobar todo el desvalor del hecho.

El fundamento de la regulación estriba en que no puede valorarse igual los supuestos en los que un hecho produce varios delitos y aquellos en los que un hecho produce un delito. Por otro lado tampoco se valorará igual que si se hubiesen producido varios hechos.

Algún sector doctrinal (vid. MUÑOZ CONDE) distingue entre:

- \* Concurso ideal homogéneo: se dará cuando los delitos cometidos sean los mismos.
- \* Concurso ideal heterogéneo: existirá este concurso cuando los delitos cometidos son distintos.

El problema de fondo en esta distinción es que se incluyen en el concurso ideal homogéneo supuesto de unidad de acción pero no de hecho. Por ejemplo el supuesto de la bomba que mata a cinco personas. En la práctica los auténticos casos de concurso ideal homogéneo son muy reducidos (algunos supuestos de error en el golpe).

Asimismo a través de esta figura se solucionan problemas que se plantearon en temas anteriores. Así en los casos de error en el golpe o en la persona en los que había circunstancias especiales que diferenciaban los sujetos pasivos se recurre a esta figura. Por ejemplo, si quiero

matar a mi padre y al fallar mato a un tercero, habría un delito de tentativa de parricidio en concurso ideal con un homicidio imprudente consumado.

Sin embargo, cuando el efecto causado y el buscado sean semejantes solo se estimará un delito doloso consumado. Si quiero matar a mi padre y mato a mi madre habrá un parricidio consumado. Aunque un sector doctrinal estima que en los casos de error en el golpe habría que proceder también a través de los concursos.

El Código Penal le da a los supuestos de concurso ideal un tratamiento legal más benévolo que al real. La solución consiste en imponer la pena correspondiente al delito que tenga sanción mayor, aumentada hasta en un tercio salvo que sea más beneficioso para el reo la imposición de todas las penas por separado. Cuando las penas a imponer sean de distinta naturaleza (prisión, multa, etc.) se tendrá siempre en cuenta la más favorable para el reo.

#### **4. CONCURSO REAL DE DELITOS**

Existe concurso real de delitos cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos. El Código Penal lo contempla en el artículo 69. En principio el tratamiento legal será el de acumulación de las penas. Si la persona ha cometido cinco delitos responderá por los cinco.

Sin embargo, esta medida puede llevar a soluciones injustas. Si a un ladronzuelo habitual le aplicamos la suma de las penas de todos los delitos que ha cometido, al final le castigaríamos igual que a un asesino. Por ello el Código pone como límite a esta acumulación el que no se supere el triple de la de mayor gravedad.

Finalmente el artículo 69 en su último párrafo establece un tope máximo de pena. En ningún caso la pena efectiva a imponer puede superar los cincuenta años de condena ni los cien mil quetzales de multa.

#### **5. CONCURSO MEDIAL**

Existen algunos supuestos de concurso real a los que no se les aplica la regla del artículo 69, sino la del concurso ideal. Se trata de aquellos supuestos, conocidos doctrinariamente como concursos mediales, en los cuales uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro. En estos casos hay más de un hecho, pero la conexión íntima entre los delitos cometidos hace que la legislación los equipare al concurso ideal.

El problema consiste en delimitar en qué supuestos procederá aplicar esta figura.

- a) En primer lugar se tendrán que excluir los casos de concurso de leyes por concusión. En estos casos uno de los tipos penales engloba al otro (vid. supra) mientras que en el concurso medial un solo delito no engloba todo el desvalor del acto.

- b) En segundo lugar hay que diferenciar los concursos mediales de otros concursos reales. Para que haya concurso medial no bastará que ambos formen parte de un mismo plan del autor sino que será necesaria una relación de necesidad, que debe ser entendida en un sentido real, concreto y restrictivo. En cualquier caso, no debe perderse de vista el fundamento de la figura que es limitar una posible doble penalidad. Por ello procedería aplicar el concurso medial exclusivamente en aquellos supuestos límites que no se pudiesen encuadrar en casos de concursos de leyes.

El tratamiento penal del concurso medial es el mismo que el concurso ideal. No debe aplicarse en estos casos el artículo 27.19 del Código Penal, que agrava la pena cuando un delito se ejecute para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito. Si no lo entendemos así, llegaríamos al absurdo de que el Código nos suaviza la pena en un artículo y nos la agrava en otro.

## **6. DELITO CONTINUADO**

Según el artículo 71 del Código Penal se dará delito continuado cuando varias acciones u omisiones se cometan en las siguientes circunstancias:

- a) Con un mismo propósito o resolución criminal.
- b) Con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico, de la misma o distintas personas.
- c) Aprovechándose de la misma situación aunque independientemente del momento.
- d) Independientemente del lugar o de la gravedad de las acciones.

Tradicionalmente, la finalidad de esta figura es solucionar aquellos casos en que hay pluralidad de hechos pero un solo delito. Los ejemplos típicos son los del cajero que hurta todos los días pequeñas cantidades durante un largo período de tiempo, o el del que yace varias veces con una menor durante varios días. Si aplicásemos las reglas del concurso real la solución sería injusta, en el primer caso por imponer una pena demasiado benigna y en el segundo por imponer una pena demasiado gravosa. Lamentablemente la redacción del artículo es demasiado genérica y prácticamente cualquier sucesión de delitos en el tiempo podría entenderse como delito continuado.

En los casos de delito continuado, se impondrá la pena que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte. La solución del Código es parcialmente satisfactoria. En los casos de delitos patrimoniales no queda claro a qué se refiere con el término delito. ¿Hará referencia a cada uno de los delitos por separado o habrá que sumar todas las cantidades sustraídas? La lógica nos debe llevar a entender que la segunda solución es la correcta. De cualquier manera, considero urgente una reforma de este artículo para evitar mayores confusiones.

## CAPÍTULO 15. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

*En este capítulo se estudian las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas que contiene el Código en su parte especial, su naturaleza, efectos y condiciones para su aplicación.*

### 1. NATURALEZA Y UBICACIÓN

El delito se define cuando se ha producido una acción típica antijurídica y culpable. Sin embargo, existen una serie de circunstancias que, al darse, generan una modificación en la responsabilidad criminal y por lo tanto en la pena. Estas circunstancias pueden ser atenuantes, implicando una pena menor respecto al tipo básico, o agravantes que conllevan un aumento de la misma.

Las circunstancias son accesorias, esto es, su presencia no es necesaria para que exista delito, por lo que no se incluyen en la definición del delito. De hecho, en Alemania son estudiadas en la teoría de la pena. Sin embargo, considero que su estudio en la teoría del delito es más adecuado, por cuanto muchas de ellas están referidas a un incremento o disminución del injusto o de la culpabilidad. Por otra parte, como se verá a continuación, en algunos supuestos su presencia cambia el tipo penal aplicable.

El Código Penal prevé en su artículo 26 una serie de atenuantes y en el artículo 27 agravantes que, en principio, son aplicables a cualquier delito. El artículo 31 por su parte detalla la circunstancia de parentesco, que según las características del delito, podrán ser consideradas como agravante o atenuante.

Sin embargo, en la parte especial del Código Penal, se detallan circunstancias referidas en forma exclusiva a ciertos delitos. Así por ejemplo, el artículo 204 detalla una serie de circunstancias específicas, que al darse en la ejecución de los delitos contra la libertad individual<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Salvo el artículo 205 del Código Penal.



(arts. 201 a 203 CP), incrementan en una tercera parte la pena a imponer. En otros casos, la apreciación de las circunstancias genera directamente un nuevo tipo penal. Así, por ejemplo, el homicidio (art. 123 CP), bajo ciertas circunstancias se puede convertir en asesinato (art. 132 CP), infanticidio (art. 129 CP) o parricidio (art. 131 CP).

Finalmente, también en leyes especiales que contienen tipos delictivos, como por ejemplo, la de Narcoactividad, se establecen circunstancias agravantes y atenuantes genéricas que pueden ser aplicadas sólo a los delitos contenidos en dichas normas.

En cuanto a sus consecuencias, el Código no es muy explícito, pues en su artículo 65 deja su apreciación, junto a otros factores genéricos y de difícil determinación de peligrosidad, móvil, antecedentes, etc., al arbitrio del juez. Las circunstancias agravantes y atenuantes tan sólo orientan la definición de la pena dentro del máximo y el mínimo del tipo penal. Por esta razón, en la práctica forense apenas se discute la existencia de estas circunstancias ya que no tienen casi reflejo en la imposición de la pena<sup>2</sup>.

No parece racional que, por ejemplo, en un delito de homicidio el juez pueda tener un margen de decisión de entre 15 y 40 años de prisión, sin que existan criterios más definidos para delimitar su arbitrio. Por ello, sería más acertado que el Código condicionara en forma taxativa la aplicación concreta de la pena en función de la existencia de atenuantes o agravantes. Por ejemplo, en un delito de entre ocho y veinte años, sólo se podría aplicar la pena en su mitad superior (de 14 a 20 años) si existen circunstancias agravantes, o que la concurrencia de dos atenuantes obliga imponer la pena dentro del primer tercio del delito (de ocho a 12 años). De esta manera, se incrementaría la seguridad jurídica, se orientaría al juez y se limitaría la arbitrariedad.

## **2. COMUNICABILIDAD E INHERENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS**

En aquellos delitos en los que existe pluralidad de sujetos activos, bien sea como autores o como partícipes, puede suceder que no todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal sean aplicables a todos los sujetos activos. En efecto, existen algunas circunstancias que se refieren directamente a la situación personal del autor o partícipe. Por ejemplo, la atenuante de “estado emotivo” sólo se aplicará a la persona que efectivamente se encuentre en esa situación y no a un posible partícipe. Así lo expresa el artículo 30 del Código Penal, al señalar que las circunstancias que consistan en factores o caracteres meramente personales del delincuente o que resulten de sus relaciones particulares con el ofendido, sólo se le aplicarán a él y no a los otros autores o partícipes.

<sup>2</sup> La misma CSJ en su sentencia de 25 de octubre de 1978 (Gaceta de los Tribunales, II semestre penal) señala que “la facultad de hacer la aplicación, determinación e individualización de la pena relativamente indeterminada, es de carácter discrecional que corresponde a la categoría de las deducciones subjetivas consecuencia de una operación mental y lógica previa, y como tal no puede ser revisable en casación, alegando la comisión de ERROR DE DERECHO”.

Las circunstancias modificativas que se refieran directamente al modo de ejecución o los instrumentos utilizados en un hecho, se aplican en principio a todos los intervinientes. Sin embargo, no se aplicarán a aquellos partícipes que no tuviesen conocimiento de la misma o no estuviesen presentes al momento de ejecutarse. Por ejemplo, Jaime contrata a Pedro para que le de una paliza a Sandra. Para ello, Pedro se auxilia de su hermano Milton, que sólo tiene diecisiete años. Si Jaime ignoraba que Milton iba a acompañar a Pedro, no se le podría aplicar la agravante de cooperación de menores de edad, del numeral 10 del artículo 27 del Código Penal.

Las circunstancias modificativas no se aplicarán cuando sean inherentes al delito, es decir, cuando por sí mismas ya estén explícitamente incluidas en el tipo penal concreto o cuando, sin ser expresa su inclusión, sean necesarias en su comisión (art. 29 CP). Así por ejemplo, no tiene sentido aplicar la atenuante de “estado emotivo” en el delito de “homicidio cometido en estado de emoción violenta”, ni la agravante de “abuso de autoridad” a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

Sin embargo, esta regla podrá matizarse cuando concurren varias circunstancias en un mismo hecho y con tan sólo una se pueda configurar el tipo penal. Por ejemplo, si un homicidio es cometido con premeditación, alevosía y con ensañamiento, la persona podrá responder por asesinato con alevosía, del artículo 132, numeral 1 y se le aplicarán las circunstancias agravantes de premeditación (art. 27.3° CP) y ensañamiento (27.7° CP). Es decir, la primera circunstancia es usada para convertir el tipo penal básico de homicidio en asesinato y las otras dos para agravar este delito.

### **3. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**

Las circunstancias agravantes genéricas se encuentran contenidas en el artículo 27 del Código Penal, regulando el artículo 28 una agravante específica que incrementa la pena al doble para los jefes o agentes encargados del orden público.

Sin ser elemento constitutivo del delito, las agravantes están directamente vinculadas a un incremento del injusto o a una mayor culpabilidad del autor. A continuación, se analizan brevemente las agravantes genéricas del Código Penal.

#### **3.1 Agravantes que incrementan el injusto del hecho**

El fundamento de la agravación de la pena en estos supuestos se basa en un incremento de la antijuricidad de la conducta por aumentarse la indefensión de la víctima, el aseguramiento de la impunidad o por implicar un mayor peligro o lesión a bienes jurídicos.

##### ***a.1 Agravantes por generar la indefensión de la víctima***

En este grupo de agravantes el mayor reproche viene dado por el aprovechamiento por

parte del autor de la indefensión de la víctima. El injusto se incrementa en razón de la superioridad del autor y la cobardía en su actuar, al generar un daño sin someterse a riesgo alguno. De alguna manera, existe un sentimiento social de que no dar opciones a la víctima es una acción ruin, que merece ser especialmente condenada.

En algunas de estas circunstancias, también existe en forma conjunta, un reproche por el aseguramiento de la impunidad.

- a) Alevosía (art. 27.2 CP). La alevosía implica que el autor evite que la víctima pueda defenderse, bien por sus características personales (un enfermo, un dormido) o por los medios utilizados (ataque por la espalda). Se considera que hay un mayor reproche por incrementarse el peligro sobre el bien jurídico. No obstante, para ser aplicada, la situación de alevosía ha de haber sido directamente buscada por el autor. Por su estilo de redacción, la alevosía generalmente sólo se aplicará en los delitos contra la vida y la integridad de las personas.
- b) Aprovechamiento de calamidad (art. 27.5 CP). En estos supuestos el autor aprovecha la existencia de un desastre para cometer su delito, ya que bajo estas circunstancias las personas o los bienes están menos protegidos y la posibilidad de intervención de las autoridades es menor, al estar dedicados al auxilio de las víctimas. El aumento del injusto del hecho se fundamenta no sólo en la indefensión de la víctima o aseguramiento de la impunidad, sino también en la especial falta de solidaridad del autor en momentos trágicos para la comunidad.
- c) Abuso de superioridad (art. 27.6 CP). Se da esta circunstancia cuando el autor se encuentra en una situación de superioridad física o mental sobre la víctima. Por su semejanza, nunca podrá aplicarse conjuntamente con la alevosía.
- d) Auxilio de gente armada (art. 27.13 CP). El reproche viene dado por la indefensión en la que queda la víctima por el hecho de acompañarse en su comisión de gente armada, así como el aseguramiento en la impunidad que puede generar dicha presencia.
- e) Cuadrilla (27.14 CP). Se considera agravante ejecutar el hecho concurriendo más de tres personas armadas. La existencia de la agravante anterior hace totalmente superflua ésta por lo que debería eliminarse.
- f) Nocturnidad y despoblado (art. 27.15 CP). La aplicación de esta agravante, solo se dará si la comisión del hecho de noche y en despoblado ha sido buscada de propósito por el autor y favorece concretamente la indefensión de la víctima o la impunidad del autor. Esta circunstancia debería desaparecer. Considero que en los casos en los que se busca la indefensión es superflua, ya que generalmente se podrá recurrir a la alevosía. Para aquellos casos en los que se busca el aseguramiento de la impunidad, me remito a lo señalado más adelante.
- g) Ser el autor jefe o agente de orden público (art. 28 CP). El injusto se incrementa en primer lugar por desproteger a la víctima, ya que se encuentra enfrentada a la autoridad. Pero también se fundamenta en el deterioro que su actuación causa en

la imagen de las fuerzas de seguridad. Esta agravante está especialmente cualificada, ya que de apreciarse implica la imposición del doble de la pena. Si bien su existencia parece razonable, considero que la agravación al doble de la pena es excesiva.

### ***a.2 Agravantes por asegurar la impunidad del autor***

Existe un grupo de circunstancias que se caracterizan por tener como finalidad que el autor de los delitos escape a la justicia. El legislador consideró que ello implicaba un incremento en el injusto, por lo que la pena a imponer debería ser mayor. Sin embargo, no comparto el criterio legislativo. Es lógico que una persona quiera evitar ser descubierta cuando comete un delito. No tiene sentido que se le incremente la pena por ello, ya que simplemente demuestra una mayor inteligencia para escapar a cualquier sanción. Además, el aseguramiento de la impunidad por sí sólo, no implica un riesgo mayor al bien jurídico, ni tampoco creo que socialmente se considere que estas circunstancias ameriten una pena mayor.

Si el fundamento de la sanción es la forma fría y reflexiva con la que el reo había preparado la comisión del hecho delictivo, el Código ya prevé la agravante de premeditación. Por todo ello, considero que estas circunstancias deberían desaparecer.

Las agravantes que se justifican exclusivamente en el aseguramiento de la impunidad son:

- a) *Preparación para la fuga* (27.8 CP). Se da esta agravante cuando el autor utiliza un vehículo u otro modo que asegure su fuga. Como ya se indicó, no entiendo su razón de ser y considero que debería suprimirse.
- b) *Artificio para realizar el delito* (27.9 CP). Se aplica la agravante cuando en la ejecución del hecho se empleó astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente. Esta agravante no podrá aplicarse en aquellos casos en los que el artificio es inherente al tipo, como por ejemplo sucede en el delito de estafa (art. 263 y ss. CP).
- c) *Vinculación con otro delito* (27.19 CP). Se considera como circunstancia agravante el cometer un delito para preparar, facilitar, consumir, ocultar otro delito o impedir su descubrimiento. No considero que se justifique esta agravante. La ley ya prevé la figura del concurso, cuando existen pluralidad de hechos delictivos y paradójicamente el concurso medial implica una disminución de pena.

### ***a.3 Agravantes por incrementar el daño o peligro a los bienes jurídicos***

En estos supuestos, la agravación de la pena se fundamenta en que los medios o formas de ejecución ponen en peligro bienes jurídicos de otras personas o aumentan el daño al bien jurídico tutelado en el delito.

- a) Medios gravemente peligrosos (27.4 CP). Se considera agravante el que en la realización del delito, el autor haya recurrido a medios que pueden generar estragos de carácter general. El fundamento es la puesta en peligro de la vida y el patrimonio de terceros. Sin embargo, esta circunstancia será difícilmente aplicada, en razón de que los incendios y estragos son en sí mismos delitos (art. 282 y ss CP). Si Pedro quiere intimidar a Juan para que le venda su granja y para ello le quema su granero, habrá un delito de coacciones (art. 214 CP) en concurso ideal con un delito de incendio (art. 282) y no unas coacciones con la agravante de medios gravemente peligrosos.
- b) Ensañamiento (27.7 CP). El ensañamiento es definido por la ley como “aumentar deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan ignominia a la acción delictual”. Se justifica la agravante por el incremento en el daño o en el dolor de la víctima. Por ejemplo, Alberto viola a Wendy, pero además obliga a que los hijos menores de Wendy presencien dicho acto.
- c) Cooperación de menores de edad (27.10 CP). Existe esta agravante cuando el autor busca la participación o el apoyo de menores de edad. El fundamento de la agravante está en la “iniciación” a menores en el delito, fomentándose así una “carrera” delictiva y en el peligro al que se les expone al hacerlos participar en actividades que pueden implicar un riesgo en su vida o su integridad física.
- d) Menosprecio a la autoridad (27.16 CP). Existe esta agravante cuando el delito implica un menosprecio u ofensa a la autoridad. El fundamento de la agravante es el daño que se genera en la imagen pública de la autoridad. Considero que no tiene mayor fundamento, máxime si se tiene en cuenta que ya existen tipos penales específicos como el atentado (art. 408 CP), el desacato a la autoridad (art. 412 CP) y la desobediencia (art. 414 CP) que protegen suficientemente dicho bien jurídico.
- e) Menosprecio al ofendido (27.18 CP). Se agrava el delito cuando la víctima se encuentra en situación desvalida o de penuria económica. En estos casos, el delito implica en la víctima un daño mayor. Un mismo golpe contra un anciano o un joven no genera el mismo daño. Una estafa de 1000 Quetzales genera un daño patrimonial mayor en un desempleado con cinco hijos menores que en un empresario exitoso. Es importante destacar que esta agravante no se funda en la incapacidad de defenderse, para la cual existe la alevosía, sino en el mayor daño generado. Así, si se roba con violencia a un anciano millonario, concurrirá la alevosía o el abuso de superioridad, pero no el menosprecio al ofendido.
- f) Menosprecio del lugar (27.20 CP). Se considera agravante la comisión del hecho en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso. Considero que esta agravante no está justificada, por cuanto no creo que la morada amerite una especial protección penal más allá de lo dispuesto en el delito de allanamiento (art. 206 CP).

- g) *Facilidad de prever* (27.21 CP). Esta circunstancia es de aplicación exclusiva a los delitos culposos. Como ya se indicó<sup>3</sup>, junto con la atenuante de dificultad de prever (art. 26.10 CP), es el único criterio para graduar el grado de imprudencia en estos tipos de delitos. El fundamento estriba en sancionar especialmente conductas que, por su manifiesto peligro, nunca deberían realizarse. Por ejemplo, un médico que, en estado de embriaguez, practique una operación, falleciendo el paciente por no poner el galeno el cuidado debido.
- h) *Uso de medios publicitarios* (27.22 CP). El fundamento de esta agravante es la mayor extensión del daño que se causa. Como señala MIR PUIG, no se aplicará la agravante cuando el uso de estos medios no genere un aumento del mal. Por ejemplo, para dar veracidad a una estafa se publica un falso edicto en la prensa, circunstancia que en sí misma no incrementa el daño.

### 3.2 Agravantes por incremento de la culpabilidad del autor

La culpabilidad es el reproche que se hace al autor por haber elegido cometer un hecho que sabía que era típico y antijurídico. En algunos supuestos, el reproche será mayor porque el autor tuvo posibilidad de reflexionar sobre su decisión o debido a los motivos que le animaron a cometer el hecho, como a continuación se detalla:

- i) *Motivos fútiles o abyectos* (27.1 CP). Se aplica esta agravante cuando la persona cometa el delito movida por causas fútiles o abyectos. Habrá motivos fútiles cuando el autor cometa un delito movido por causas intrascendentes en relación con el hecho cometido. Por ejemplo, en una cantina disparar contra una persona porque no devolvió un saludo<sup>4</sup>. Habrá motivos abyectos cuando la causa que movió al autor sea despreciable. Por ejemplo, golpear a una persona impulsado por motivos racistas u homofóbicos.
- j) *Premeditación* (27.3 CP). La ley indica que “hay premeditación conocida cuando se demuestre que los actos externos realizados, revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente”. El fundamento de la agravante es la mayor culpabilidad del autor, ya que tuvo posibilidades reales de reconsiderar su decisión pero se mantuvo firme en la misma. Generalmente, sólo se aplica en los delitos contra la vida y la integridad de las personas, ya que la premeditación es inherente a muchos delitos.
- k) *Interés lucrativo* (27.11 CP). Se agrava el delito cuando es realizado mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria. Esta agravante se aplica a quien recibe o se le promete dinero para cometer el delito. Su fundamento es semejante

<sup>3</sup> Ver el capítulo 5.

<sup>4</sup> Sentencia del 10 de julio de 1978.

al del que realiza un delito por motivos fútiles o abyectos: un reproche mayor por los motivos que le impulsaron a cometer el delito. Sin embargo, hay división doctrinal sobre si esta agravante se puede aplicar al que paga. En este caso, el fundamento no sería la motivación del pagador (ya que no es el dinero) sino el aseguramiento de la impunidad. Estuardo deseoso de vengarse de Renato que le quitó una novia, contrata a Byron, matón de discoteca que no tiene relación conocida con ninguno de los dos, para que le de una paliza a su rival. Al no existir vínculo entre Byron y Estuardo se asegura la impunidad del delito. No obstante, considero que en estos supuestos no debería concurrir la agravante de interés lucrativo para el inductor. Eventualmente, ya se aplicarían las de premeditación o la de alevosía.

- l) Embriaguez (27.17 CP). Se agrava el delito cuando el autor se embriaga para cometerlo. El legislador considera reprochable el hecho de recurrir al alcohol para “armarse de valor”. Personalmente, no entiendo el fundamento de esta circunstancia y considero que debería desaparecer.
- m) Reincidencia (27.23 CP). De acuerdo al Código, “es reincidente, quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado por un delito anterior”. No obstante, no habrá reincidencia entre delitos dolosos y culposos, comunes y puramente militares, ni entre delitos y faltas (art. 32 CP), ni se computará el tiempo cuando hayan transcurrido más de diez años entre la perpetración de uno y otro delito (art. 34 CP).

Esta circunstancia es muy discutida por la doctrina, abogando muchos autores por su supresión al considerar que se está sancionando dos veces por el mismo hecho: una vez por la primera condena y la segunda por la agravación. No comparto esta postura. Considero que la agravante se funda en una mayor culpabilidad del reo, el cual habiendo sido ya sancionado, sigue inmune a la amenaza penal y vuelve a cometer el delito. No se le pena por el delito anterior, sino por haber elegido de nuevo cometer un delito o realizar un comportamiento imprudente. Sin embargo, la ley debería también limitar la reincidencia a delitos que afecten el mismo bien jurídico.

La reincidencia sólo se aplicará cuando al momento de cometerse el hecho ya existía sentencia condenatoria firme. Por ello, no fundarán la reincidencia ni procesos abiertos, ni detenciones policiales y ni siquiera la suspensión de la persecución penal (art. 27 Código Procesal Penal).

- n) Habitualidad (27. 24 CP). Es “delincuente habitual” la persona que comete un delito cuando ha sido condenado previamente por tres o más delitos. Al efecto se aplican las reglas ya señaladas de los artículos 32 y 34 del Código Penal. En estos casos se aplica una agravante especial, imponiéndose el doble de la pena. Por su naturaleza, no se podrá aplicar conjuntamente con la de reincidencia.

Considero que la existencia de esta circunstancia no se justifica y mucho menos la duplicación de la pena. La reincidencia es suficiente agravante, por lo que la agravante de habitualidad debería desaparecer.

#### 4. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Las circunstancias atenuantes genéricas se encuentran contenidas en el artículo 26 del Código Penal. Las circunstancias atenuantes justifican la imposición de la pena en su límite inferior. Sin embargo, considero que los efectos que producen son demasiado limitados. En algunos supuestos, sobre todo cuando implican una circunstancia eximente incompleta, deberían permitir la imposición de penas por debajo de su límite inferior.

Las circunstancias atenuantes se fundamentan en una menor antijuricidad del hecho, en una menor culpabilidad del autor o en un actuar postdelictual del autor que reducen su punibilidad.

##### 4.1 Circunstancias que reducen la antijuricidad del hecho

Estas atenuantes se caracterizan por implicar una disminución del injusto.

- a) *Exceso de las causas de justificación* (26.2 CP). Debe atenuarse la pena cuando se dan las circunstancias que justificarían la conducta, pero se produce un exceso en los límites, lo que impide la exención de la responsabilidad penal. Por ejemplo, frente a una agresión ilegítima, se responde en forma excesiva, lo que impide aplicar la legítima defensa, que eximiría de responsabilidad, pero sí permite atenuarla. Para aplicarse esta atenuante deben darse los requisitos esenciales de alguna causa de justificación pero faltan los secundarios. Por ejemplo, en el estado de necesidad, será requisito esencial que exista una necesidad de salvarse y será requisito secundario que el hecho cometido no sea proporcional al peligro. Si falta un requisito esencial no puede aplicarse esta atenuante.
- b) *Preterintencionalidad* (26.6 CP). Se atenúa la pena cuando el resultado causado es de mayor gravedad que el buscado. Como ya se indicó<sup>5</sup>, esta circunstancia debería desaparecer y resolverse estos supuestos mediante las reglas concursales.
- c) *Dificultad de prever* (26.10 CP). Esta circunstancia es de aplicación exclusiva a los delitos culposos. Se disminuye el injusto por cuanto la conducta “*ex ante*” hacía poco probable la producción de un resultado dañoso. No obstante, si el resultado era imprevisible, desaparecerá la imprudencia y por lo tanto la tipicidad.
- d) *Provocación o amenaza* (26.11 CP). Se atenúa el injusto cuando el ofendido por el delito, amenazó o provocó en un momento inmediatamente anterior al autor, en proporción al delito. Por su naturaleza, parece de aplicación casi exclusiva

<sup>5</sup> Ver el anexo del capítulo 5.



en delitos contra la vida y la integridad de las personas. La exigencia de proporcionalidad del texto parece indicar que la amenaza o provocación han de ser reales a ojos de un espectador imparcial.

- e) *Vindicación de ofensa* (26.13 CP). La ley considera atenuante la ejecución del delito en respuesta inmediata a una ofensa grave contra el autor o sus parientes. Al igual que la anterior, parece diseñada exclusivamente para delitos contra la vida y la integridad de las personas. Sin embargo, considero que esta atenuante debería desaparecer. La ley no debería favorecer las respuestas violentas frente a los insultos. Por otra parte, para los casos más graves, ya existe la atenuante de estado emotivo.

#### 4.2 Circunstancias que reducen la culpabilidad del autor

Se aplicarán estos preceptos cuando el autor tuvo capacidad y conocimiento para elegir, pero en forma limitada.

- a) *Inferioridad psíquica* (26.1 CP). Existirá esta circunstancia cuando el autor tenga disminuida su capacidad para comprender o querer, por causas orgánicas o patológicas. Está directamente vinculada con la eximente de inimputabilidad. Se aplicará en aquellos supuestos en los que, de acuerdo a la pericia forense, se pueda asegurar que el autor tuvo capacidad para comprender el carácter ilícito del hecho y determinarse de acuerdo a esa comprensión, pero sus circunstancias orgánicas (desarrollo mental limitado, por ejemplo) o patológicas (enfermedad mental leve) han afectado dicha capacidad.
- b) *Estado emotivo* (26.3 CP). Habrá estado emotivo cuando el autor obró por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato u obcecación. La causa del arrebato no necesariamente debe originarse en la víctima. Por ejemplo, Alberto, al conducir por la carretera escucha por la radio que su familia acaba de perecer. Al oír la noticia, pierde la concentración necesaria para manejar y atropella a un peatón.
- c) *Ignorancia* (26.9 CP). Se aplicará esta circunstancia cuando el desconocimiento del autor haya influido en la ejecución del delito. Esta atenuante debe verse como un error de prohibición incompleto o vencible. Cuando la persona ignore en forma invencible la ilicitud del hecho procederá aplicar la eximente.
- d) *Inculpabilidad incompleta* (26.13 CP). Se atenuará la responsabilidad cuando concurren los elementos esenciales de las causas de inculpabilidad (art. 25 CP), pero falten algunos accesorios. Por ejemplo, si se ejecuta un hecho motivado por un miedo que, de acuerdo al tribunal, no puede considerarse invencible.

### 4.3 Circunstancias que reducen la punibilidad

Existen una serie de circunstancias atenuantes, que no están directamente referidas al delito sino a la actuación posterior del reo. Por razones de política criminal se quiere favorecer su actitud reparadora o de colaboración con la justicia.

- e) *Arrepentimiento eficaz* (26.4 CP). Se atenuará la pena cuando el reo haya procurado reparar el daño o impedir sus consecuencias ulteriores. El fundamento de la atenuación es evitar el daño y proteger a posibles víctimas. La ley no exige que el daño haya sido evitado, sino que valora la actitud del sujeto que trató, con celo, de impedir el resultado.
- f) *Reparación de perjuicio* (26.5 CP). Se aplicará, cuando a criterio del tribunal, el reo haya reparado, restituido o indemnizado por el daño causado, antes de la sentencia. La diferencia con la circunstancia anterior, es que la reparación debe ser efectiva y puede darse durante el proceso. Se quiere favorecer de esta manera la restitución de los derechos de la víctima. Esta atenuante se enmarca en la misma línea de protección a las víctimas que se puede apreciar en instituciones procesales como el criterio de oportunidad (art. 25 Código Procesal Penal) o la suspensión de la persecución penal (art. 27 Código Procesal Penal).
- g) *Presentación a la autoridad* (26.7 CP). Se aplicará en aquellos supuestos en los que la persona, pudiendo fugarse, prefirió presentarse a la autoridad. En cierta medida se premia a aquellos que no escapan a la acción de la justicia.
- h) *Confesión espontánea* (26.8 CP). La confesión espontánea es la admisión de los hechos por parte del imputado en su primera declaración. Considero que esta atenuante debería desaparecer. En primer lugar, responde a un sistema procesal inquisitivo en el que la confesión era la prueba reina. La declaración del imputado es vista como medio de prueba, y no como un mecanismo de defensa. En segundo lugar, es de dudosa constitucionalidad. La ley fundamental, en su artículo 16, establece el derecho a no declarar contra uno mismo, por lo que no puede tener consecuencias negativas el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, la existencia de esta atenuante favorece a aquél que renuncia a un derecho constitucionalmente protegido, por lo que indirectamente se perjudica al que lo ejerza.

### 4.4 La atenuante por analogía

El artículo 26.14 del Código Penal establece la atenuante por analogía. Mediante la misma, el juzgador podrá considerar como atenuante cualquier circunstancia que, sin ser alguna de las expresadas en el Código, sea semejante en sus fundamentos y objetivos. De esta acertada manera, no se limita al juez en la toma en consideración de circunstancias favorables al imputado.

## **5. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA**

El artículo 31 del Código Penal establece una circunstancia que, según el caso, puede interpretarse como agravante o como atenuante. Al efecto, se apreciarán especialmente las relaciones de parentesco, amistad, dependencia u hospitalidad entre el autor y la víctima.

Considero criticable la indefinición del artículo. La relación de parentesco ya viene contemplada en forma extensa en la parte especial del Código, en concreto en aquellos delitos en los que procede, bien sea agravándola (delitos contra la vida, contra la libertad sexual, etc.) o atenuándola. No parece correcto, pues, dejar al criterio del juzgador la “creación” de agravantes.

## CAPÍTULO 16. VISION DE CONJUNTO

*Una vez terminada esta exposición básica sobre la teoría del delito, es saludable dedicar un tiempo a recapitular y ordenar las ideas. A tal efecto, este capítulo pretende ser una guía útil para el jurista en su aplicación de lo aprendido hasta ahora.*

### 1. METODOLOGÍA PARA LA RESOLUCIÓN

Una vez repasada en líneas generales la teoría del delito, nuestro objetivo es ayudar a crear un sistema de resolución de casos, tal y como se nos van a presentar en la vida real: de forma compacta y no fragmentados. Precisamente para eso sirve la teoría del delito: para ordenar toda una serie de sucesos, de tal forma que el aplicador de la ley sepa si se encuentra, o no, frente a un delito y, en caso afirmativo, frente a qué delito en concreto. Obviamente, será necesario completar este estudio con el de la parte especial del derecho penal, la cual se dedica al análisis pormenorizado de los distintos tipos penales. Pero es cierto también que un dominio de la parte general de la materia facilita enormemente la comprensión de la especial.

Para la resolución de casos habrá que seguir un esquema que, ¿si bien en líneas generales corresponde al índice de estos apuntes, contiene algunas variantes.

Antes que nada, tenemos que recordar que al analizar los hechos, los damos por probados. Efectivamente, no tiene mucho sentido y puede generar mucha confusión aplicar la teoría del delito en combinación con la valoración de la prueba. La lógica (y así están diseñadas las sentencias o las acusaciones) exigen que primero sentemos las bases fácticas. Es decir, que aclaremos qué elementos consideramos probados. Una vez que demos por probados estos hechos, analizaremos si se pueden o no encuadrar en un tipo penal. Obviamente, el abogado o el fiscal experimentado tendrán en mente las consecuencias jurídicas cuando “luchen” en el debate porque unos hechos queden o no demostrados.

Así pues, frente a unos hechos aparentemente delictivos, tendremos que iniciar un estudio metodológico. Es importante que iniciemos el trabajo tratando por separado a cada uno de los actores que han intervenido en el hecho. Por ejemplo si Pedro, Juan y Leila intervienen,

analizaremos si Pedro realizó una acción, si ésta es típica, etc. Y ello porque un análisis por estratos y no por personas puede generar mucha confusión. Por ejemplo, analizar la tipicidad en la acción de cada uno de los participantes, o tratar de dar una respuesta global. Una vez seleccionada una persona, seguiremos el esquema siguiente:

- a.1 Determinar si hubo acción penalmente relevante por parte del sujeto.
  - a.1.1 Determinar que no existe una causa de exclusión de la acción. Es decir, si hubo:
    - a.1.1.1 Fuerza física irresistible.
    - a.1.1.2 Movimiento reflejo.
    - a.1.1.3 Estado de inconsciencia.
- b.2 Analizar si la acción realizada por el sujeto es típica.
  - b.1 Analizar el tipo objetivo.
    - b.1.1 Determinar si hubo acción u omisión. En su caso establecer el deber de garante.
    - b.1.2 Analizar si existe un nexo entre la acción realizada y el resultado producido (sólo en los delitos de resultado).
    - b.1.3 Determinar si la conducta descrita está enmarcada en un tipo penal.
      - b.1.3.1 Analizar los elementos del tipo y ver si se encuadran en la acción realizada. En los tipos culposos, establecer si la acción infringió un deber de cuidado.
      - b.1.3.2 Analizar, en los tipos dolosos, si han sido consumados o se presentan en grado de tentativa.
      - b.1.3.3. Analizar la existencia de posible concurso de leyes o de delitos.
      - b.1.3.4. Analizar el grado de participación del sujeto en cada uno de los delitos.
  - b.2 Analizar el tipo subjetivo.
    - b.2.1 Si la conducta fue dolosa:
      - b.2.1.1 Estudiar el elemento volitivo.
      - b.2.1.2 Estudiar el elemento cognoscitivo.
      - b.2.1.3 Estudiar los elementos subjetivos especiales del tipo.

- b.2.2 Si la conducta fue culposa:
      - b.2.2.1 Comprobar que el autor no quiso producir el resultado típico.
- c. Análisis de la antijuricidad.
  - c.1 Estudiar si hubo una situación de legítima defensa.
  - c.2 Estudiar si hubo un estado de necesidad justificante.
  - c.3 Estudiar si hubo cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.
- d. Análisis de la culpabilidad.
  - d.1 Estudiar si la persona era imputable al momento de cometer el hecho.
    - d.1.1 Determinar si la persona era mayor o menor de edad.
    - d.1.2 Determinar si la persona se encontraba enajenada.
    - d.1.3 Determinar si la persona estaba en situación de trastorno mental transitorio.
  - d.2 Estudiar si la persona conocía la antijuricidad del hecho.
    - d.2.1 Determinar si hubo error de prohibición y si éste era vencible.
    - d.2.2 Determinar si la persona obró bajo obediencia debida.
  - d.3 Estudiar si a la persona se le podía exigir otra conducta:
    - d.3.1 Por existencia de un estado de necesidad disculpante.
    - d.3.2 Por existencia de miedo invencible.
- e. Determinar la punibilidad.
  - e.1 Determinar, si procede, si se dieron las condiciones objetivas de punibilidad.
  - e.2 Estudiar la existencia de alguna causa absoluta.
- f. Analizar si en cada uno de los tipos penales, se pueden aplicar circunstancias agravantes o atenuantes (arts. 26 y 27 del Código Penal).

Una vez realizado todo este análisis, pasaremos a analizar al siguiente participante en el hecho. Generalmente solo analizaremos la conducta del procesado o acusado, pero en algunas ocasiones será necesario estudiar las conductas de otros intervinientes. Por ejemplo, si queremos analizar si el acusado actuó en legítima defensa, tendremos que estudiar si el agresor estaba

cometiendo una acción típica y antijurídica. Asimismo, es importante que una vez que hayamos finalizado nuestro análisis, fijemos claramente cuáles son nuestras conclusiones. Por ejemplo, diremos que Juan es autor de un delito de homicidio doloso en grado de tentativa en concurso real con un robo agravado consumado, sin que medie ninguna causa de justificación, ni de exclusión de la culpabilidad, pero dándose la circunstancia agravante de nocturnidad.

## **2. CONCLUSIÓN**

El estudio básico que hemos realizado sobre la teoría del delito nos permite realizar un análisis elemental de las diversas situaciones que en la vida real se vayan presentando. Obviamente, la extensión de estos apuntes no permiten una profundización excesiva en cada una de las figuras, ni dar solución, o cuando menos una respuesta satisfactoria, a algunos casos de extrema complejidad. Sin embargo, confiamos que la lectura de este texto haya despertado la inquietud suficiente para iniciar un análisis más profundo, recurriendo a tratados y tratadistas ya consagrados. A la bibliografía nos remitimos.

En cualquier caso, consideramos que el lector que haya comprendido y aprehendido los conceptos aquí desarrollados estará, en gran número de casos, en disposición de analizar los hechos que se le presenten y darle una solución apropiada de acuerdo al derecho penal. De esta forma, la teoría del delito se debe convertir en una herramienta indispensable para el juez, el fiscal o el abogado. Sin olvidar que esta teoría del delito ha de analizarse a la luz de los principios contenidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

## CAPÍTULO 17. CASOS PRÁCTICOS

*Los siguientes casos son inventados, pero muchos de ellos están basados en situaciones reales ocurridas tanto en Guatemala como en otros lugares. Recomendamos al lector, que con el Código Penal en la mano, teniendo en cuenta lo explicado en los apuntes y de acuerdo a la metodología desarrollada en el capítulo anterior, trate de resolver los distintos casos, analizando la responsabilidad penal de las personas involucradas.*

### **CASO PRIMERO**

“Del resultado del juicio oral realizado, el tribunal (...) de sentencia de la ciudad capital de Guatemala, estima que debe considerarse probado que el día 2 de enero del año en curso, a las 23 horas con quince minutos aproximadamente, Marvin García Estrada y el hoy enjuiciado Leonel Coyoy Ramos, inspector y agente respectivamente, del Cuerpo Nacional de Policía, realizaban la ronda habitual de vigilancia a bordo de la autopatrulla xxx, cuando en el cruce entre la tercera calle con segunda avenida de la zona 3, sorprendieron a Isaías Ruano Tánchez en el momento en el que habiendo roto el vidrio de la puerta delantera izquierda del vehículo Coyota Civic, placas P-9897656 se aprestaba a sustraer el equipo estereofónico. Al verse descubierto, Ruano Tánchez se dio a la fuga a lo largo de la tercera calle, teniendo en la mano un cuchillo. Los agentes iniciaron la persecución a bordo de la patrulla, pero tuvieron que continuarla a pie, pues Ruano Tánchez dejó la vía para penetrar en un barranco ubicado a la altura de la sexta avenida. Tras unos minutos de persecución, García Estrada se acercó a pocos metros de Ruano Tánchez, quien al sentir que era alcanzado se dio la vuelta y le clavó su cuchillo, hiriendo a García Estrada produciéndole la muerte al instante, continuando posteriormente la huida. Al ver que su superior era herido por el arma y siendo consciente que no iba a poder alcanzar a Ruano Tánchez, Coyoy Ramos le disparó. La bala entró por la espalda, a la altura de la quinta vértebra, produciendo la muerte en el acto de Isaías Ruano Tánchez”.

### **CASO SEGUNDO**

“En el municipio de Zacapa, del Departamento de Zacapa, siendo las dieciocho horas con quince minutos del día quince de octubre de mil novecientos noventa y (...), en presencia del



auxiliar fiscal del Ministerio Público, Edwin Raúl Barrientos Sánchez, del abogado de la defensa pública José Saúl Mena Gorosito, del Infrascrito Juez y del secretario del juzgado, se procede a tomar la primera declaración a una persona como sindicado; PRIMERO: Se le amonesta al compareciente para que en el curso de la presente diligencia se conduzca con solo la verdad, así ofrece hacerlo y dice llamarse LEONEL BARRIOS CELADES, ser de diecisiete años de edad, soltero, con instrucción, estudiante, guatemalteco, originario de la ciudad de Zacapa, con residencia en la primera calle, dos guión trece, de la zona uno de ésta cabecera departamental, hijo de Marco Antonio Barrios Barrios y de Aura Marina Celades Villabona. SEGUNDO: A continuación se le informa que se encuentra detenido en razón de ser sospechoso de haber dado muerte con arma de fuego a BYRON MOLINA COLINDRES el día trece de octubre, sobre las nueve de la noche, en la puerta de la cantina “el trago loco”. TERCERO: En relación a los hechos, el indagado declara lo siguiente: “El día de ayer, sobre las ocho de la noche, mi madre me envió a la cantina para ir a traer a mi padre para cenar. Al llegar allí, vi que mi padre estaba un poco tomado y estaba discutiendo con otro señor que sólo conocía de vista. Yo me acerqué a mi padre y le dije que se viniera. Sin embargo al salir, el señor empezó a reírse y a llamar gallina a mi padre. Mi padre le respondió que mejor ser gallina que cornudo. En ese momento el señor se enfureció y empezó a decir palabras malsonantes y a empujar a mi padre quien se cayó al suelo. Mi padre sacó su pistola para intimidar al señor y para que no siguiese la pelea, pero el señor le dio una patada a la pistola que fue a caer cerca de mis pies. Yo me agaché a recogerla y al levantar la vista vi que el señor había sacado un machete y le iba a golpear a mi padre. En ese momento yo le disparé para que no matase a mi padre. Eso es todo lo que tengo que decir. Yo no sabía lo que hacía y todo ocurrió muy rápido”. CUARTO: El auxiliar fiscal procede a realizar las siguientes preguntas: Pregunta: Diga ser cierto que usted disparó contra la humanidad de Byron Molina Colindres: Respuesta: Bueno, sí yo disparé contra ese señor que luego supe su nombre, pero yo no le quería matar y solo quería salvar a mi padre. Pregunta: Diga ser cierto que su padre provocó al hoy occiso: Respuesta: No sé si lo provocó, sólo sé que estaban discutiendo. Pregunta: Tiene usted licencia de manejo de arma: Respuesta: No, no la tengo. Pregunta: Usa usted arma habitualmente. Respuesta: No, no uso arma porque no tengo licencia. Pregunta: Sabe usted utilizar la pistola. Respuesta: Un poco, porque mi padre me enseñaba a veces en el campo tirando a unas latas. Pregunta: Tiene su progenitor licencia para portar arma. Respuesta: Sí, sí la tiene. QUINTO: No habiendo más que hacer constar en la presente diligencia la misma se finaliza cincuenta minutos después de su inicio, la que previa lectura, la ratifica y firma el declarante y las personas presentes, juntamente con el Infrascrito Juez y Secretario”.

### ***CASO TERCERO***

“Habiendo concluido la fase de investigación del proceso y con los medios de investigación practicados, el Ministerio Público ha concluido que en febrero del año pasado, Marco Vinicio Alonzo Juárez inició una relación sentimental con María Lam Pérez, quien trabajaba como doméstica en la vivienda del ingeniero Ramírez Codina. A lo largo de varias semanas, María

Lam, ignorando los propósitos de Alonzo Juárez, le fue contando las costumbres y los horarios de la familia Ramírez. De esta forma, Alonzo Juárez supo que la casa tenía un sistema de alarma que era puesto en marcha por Byron Monroy, jardinero de la finca, cuando terminaba sus labores diarias. El dieciséis de octubre María Lam comunicó a Alonzo Juárez, que no podrían verse el fin de semana porque aprovechando la festividad del veinte de octubre, se iba a ir con toda la familia Ramírez Codina a Río Dulce. Alonzo Juárez contactó el diecisiete de octubre con Byron Monroy y le ofreció dos mil quetzales por “olvidar” conectar el sistema de alarma el viernes 20 a lo que Byron Monroy accedió. El dieciocho de octubre, Alonzo Juárez llamó a Mynor Díaz y le ofreció participar en un robo fácil y sin complicaciones. El 20 de octubre, sobre las 23 horas, Alonzo Juárez y Mynor Díaz entraron en la casa de la familia Ramírez Codina. Establecieron que Alonzo Juárez registraría el primer nivel y Díaz las habitaciones del segundo nivel. Sin embargo, cuando Díaz entró en una de las habitaciones se encontró con Susana Ramírez Codina, de diecinueve años de edad, hija mayor del ingeniero quien a última hora tuvo que quedarse en Guatemala para estudiar. Viendo que Susana Ramírez iba a gritar, Díaz le tapo la boca con la mano izquierda y con la derecha le clavó un cuchillo en el pecho izquierdo produciéndole la muerte al instante. Posteriormente, Díaz juntó los diversos objetos de valor y se reunió con Alonzo Juárez quien hizo lo propio en el primer nivel, comunicándole en ese instante lo sucedido en el nivel superior. Al salir de la residencia, fueron sorprendidos por una autopatrulla de la Policía Nacional, que casualmente transitaba por esa zona”.

#### ***CASO CUARTO***

“El quince de octubre del año (...) el Ingeniero Martínez, el Licenciado García y el Doctor Pérez, propietarios de fincas, y ante la “pasividad de la justicia” deciden organizar un grupo de “autodefensa” denominado “Defensores de la libertad”. Para ello contactan a Mario Andrade Nieto, antiguo especialista en servicios de inteligencia, quien organiza una red de actuación a través de cédulas independientes. De esta forma en numerosas localidades existen uno o dos representantes de “Defensores de la libertad”, quienes sólo conocen a su superior jerárquico de zona, estos a su vez reciben ordenes de los jefes de departamento y estos de Mario Andrade, al que sólo conocen como “el director”. Los miembros de Defensores de la libertad, reciben un dinero mensual así como armamento, y tienen órdenes claras de evitar por cualquier medio el surgimiento de grupos de agitación y de controlar las posibles invasiones de fincas, consignas genéricas que dieron los tres propietarios. El tres de marzo del presente año, a las tres de la madrugada, Estuardo Hinchos, representante de “Defensores de la libertad” en el municipio de Palín, Escuintla, coloca un explosivo en la casa de Juan Bautista Toc, dirigente local del sindicato “Tierra para todos” y lo hace explotar aprovechando la presencia de varios dirigentes sindicales, cuando estaban tratando de organizar la invasión de una finca perteneciente al Doctor Ramón Rubiales, residente en Miami. A consecuencia de la explosión, fallece Juan Bautista Toc, su esposa Ramona Toc y Alfredo Albizurez. Leonel Berganza pierde una mano y el ojo izquierdo. Asimismo, la casa queda destruida. El explosivo fue comprado en el mercado negro a personas

desconocidas, por Marco Tulio Gálvez, jefe de zona de “Defensores de la libertad” y entregado a Juan Bautista, con órdenes precisas para su localización. La decisión de colocar ese explosivo correspondió a Marco Tulio Gálvez, quien de acuerdo al sistema diseñado por Andrade, tiene autonomía para realizar ese tipo de acciones sin necesidad de consulta previa”.

### ***CASO QUINTO***

“De las pruebas aportadas en el juicio oral, este tribunal de sentencia estima como acreditados los siguientes hechos: El día siete de febrero a las cuatro de la tarde, Tomás Castañeda, de diecinueve años de edad, esperaba, en el cruce de la carretera de Estanzuela con la carretera de Zacapa, a María Pérez de diecisiete años de edad, conociendo que en ese lugar le dejaba la camioneta cuando volvía del instituto. Al bajar María Pérez de la camioneta, Tomás le pidió permiso para acompañarla y María accedió. Durante el camino hacia Estanzuela, Tomás le declaró su amor a María, a lo que María respondió burlándose de Tomás y diciéndole que “ella no saldría nunca con el tonto del pueblo”. Tomás se enfureció y empujó a María contra el suelo, forcejeando y tratando de besarla. Posteriormente le arrancó la playera y le dijo “que le iba a dar su merecido”. Sin embargo, María empezó a llorar y le suplicó que tuviera piedad. Conmovido, Tomás se levantó y se fue corriendo a su casa”.

### ***CASO SEXTO***

“En la ciudad de Guatemala, el cuatro de octubre del año (...), siendo las once horas con veinticinco minutos, en el Juzgado de Paz segundo, ante el infrascrito Juez, se encuentra presente MYNOR DE JESÚS CAMPOS PALOMO, soltero, guatemalteco, de dieciocho años de edad, nacido en Villacanales, en el municipio de Villanueva en el departamento de Guatemala, viviendo en casa de sus padres en la sección G, lote ocho, colonia El Milagro, zona diecinueve y EDGAR LEONEL MENDOZA, soltero, guatemalteco, de diecisiete años de edad, nacido en la ciudad de Guatemala, viviendo en casa de su madre en la sección F, lote nueve, colonia El Milagro, zona diecinueve con el objeto de prestar su primera declaración, procediéndose para el efecto de la forma siguiente: PRIMERO: Se protesta a los comparecientes para que se conduzcan sólo con la verdad. SEGUNDO: Con relación al hecho por el cual se encuentran presentes en ese juzgado manifiesta el primero de los comparecientes que en el día de ayer (tres de octubre), sobre las cinco de la tarde, se encontraban en el llano ubicado atrás de la abarrotería, como a unas tres cuadras de su casa, en compañía de EDGAR LEONEL MENDOZA, cuando acudió MARIO BENITO JUÁREZ, amigo de ellos con una bolsa conteniendo pólvora que dijo haber sacado de unos cohetes que sobraron de un cumpleaños y que por qué no hacían una bomba. Fueron a buscar trapos, gasolina y una botella de plástico para hacerla y se reunieron debajo del árbol atrás de la abarrotería. Al tratar de montar la bomba esta estalló en las manos de MARIO BENITO JUÁREZ y empezó a prenderse fuego en las manos y las piernas. En ese momento le echaron tierra y trajeron unas mantas de la abarrotería para tapanle. Luego vinieron los bomberos voluntarios y se lo llevaron. Por la tarde vinieron señores de la policía y los llevaron detenidos y

eso es lo que le consta. TERCERO: Con relación al hecho declara EDGAR LEONEL MENDOZA que coincide con lo dicho por su compañero y sólo tiene que agregar que no quisieron hacer daño y que fue un accidente. CUARTO: No habiendo más que hacer constar en la presente diligencia la misma finaliza treinta minutos después de su inicio la que previa lectura, la ratifican, aceptan y firman conjuntamente con el Infrascrito Juez y secretario”.

### ***CASO SÉPTIMO***

“En la aldea San Raymundo, en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, del departamento de Huehuetenango, vivía Job Godínez Sánchez, con su esposa y sus cuatro hijos. En enero falleció uno de sus hijos, aquejado de una extraña enfermedad. En febrero, dos de sus reses murieron por una epidemia. Una noche de marzo, mientras paseaba, sorprendió a Pascual Martínez Godínez, con el que tenía una discusión sobre unas tierras, realizando actos de brujería a pocos metros de su casa. Sorprendido le dijo que por qué hacía eso. Pascual Martínez le dijo que se estaba vengando por no querer devolverle su terreno. Job Godínez le amenazó con su machete y Pascual se fue corriendo, pero diciéndole que de todas maneras el conjuro ya estaba hecho. A la mañana siguiente, la hija pequeña de Job amaneció con vómitos y diarreas. Job se dirigió a la casa de Pascual y le pidió que dejase la brujería. Pascual dijo que no lo haría hasta que no le devolvieran sus tierras y que de todas maneras su hija iba a morir. Job, conociendo la tradición que decía que si desaparecía el brujo, el conjuro perdía su efecto, sacó su machete y le cortó la cabeza a Pascual. Al día siguiente su hija se mejoró notablemente y unos días más tarde volvía a la escuela. Diez días más tarde, Job era detenido por la policía, en base a una orden emitida por el juez de paz de Huehuetenango”.

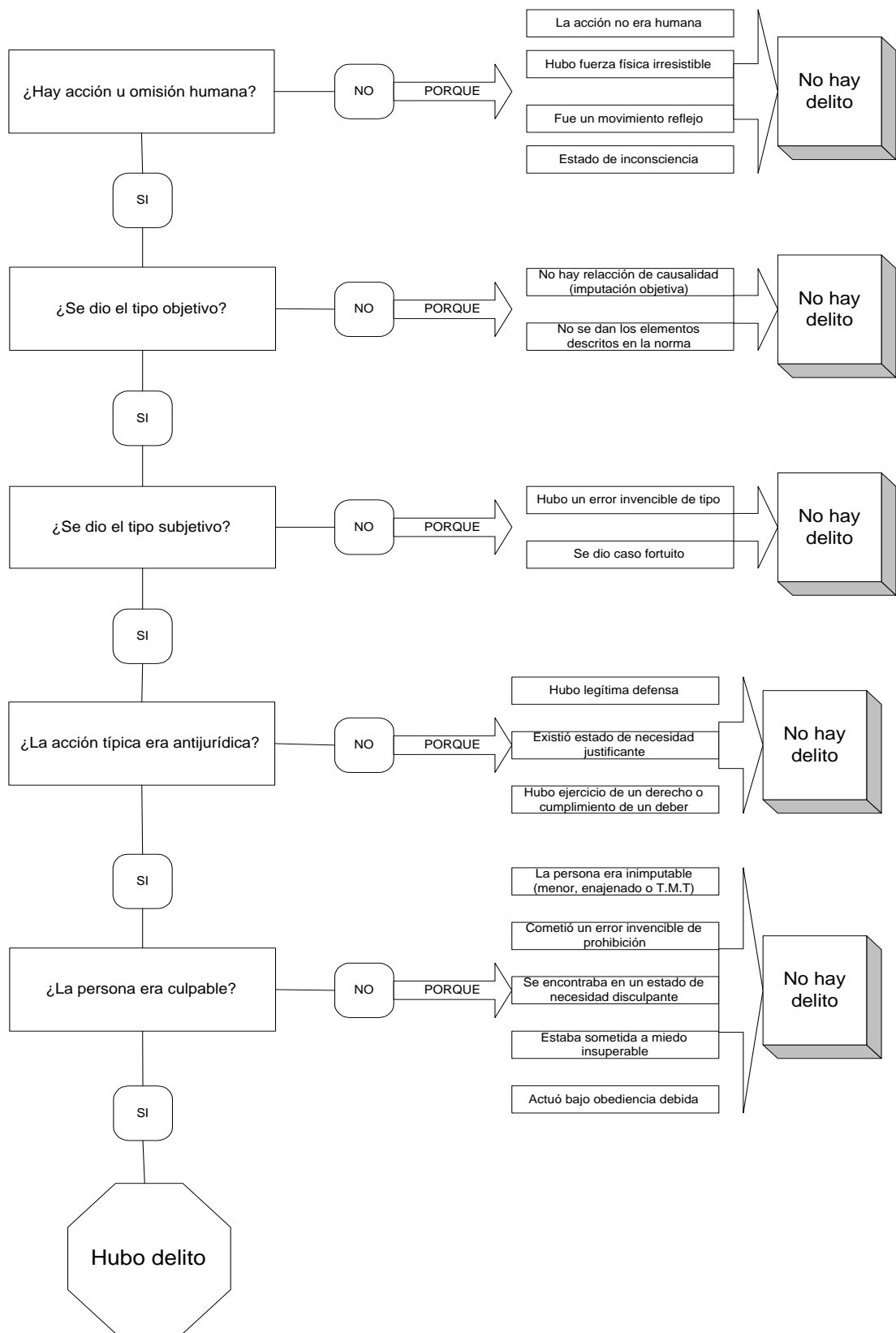
### ***CASO OCTAVO***

“(…) En respuesta a su oficio de fecha (...) se informa al señor Auxiliar Fiscal, que de acuerdo a las investigaciones realizadas por este Servicio de Investigaciones Criminalísticas, se concluye que el trece de septiembre, la lancha “La Esmeralda”, dirigida por Arnulfo Sánchez inició el trayecto Puerto Barrios Livingston, transportando doce pasajeros (...) y cuatrocientas libras de frijol. En total había una carga de aproximadamente dos mil cien libras. De repente, en medio de un intenso oleaje, la lancha empezó a hundirse. En un primer momento, Arnulfo Sánchez tiró por la borda el frijol para tratar de evitar el hundimiento, pero fue inútil. Dos de los pasajeros (...) murieron ahogados y un tercero (...) estuvo quince días hospitalizado. De acuerdo al peritaje técnico realizado por (...), la lancha se encontraba en malas condiciones y el peso máximo autorizado para ese tipo de embarcación por la normativa de seguridad del puerto es de mil seiscientas libras. Sin embargo, ha quedado probado que con cierta frecuencia, La Esmeralda, al igual que muchas otras lanchas, realizaba el mismo trayecto en semejantes o peores condiciones de carga (...). El informe pericial concluye que el hundimiento se debió al sobrepeso en combinación con unas condiciones climáticas especialmente desfavorables. Arnulfo, reconoció que la barca estaba sobrecargada, pero explicó que él se atenía a las órdenes de su jefe, Don Cosme Gálvez, propietario

de La Esmeralda. Don Cosme explicó que nadie en el puerto respetaba la normativa de seguridad del puerto, por lo que realizar el trayecto con carga inferior a ochocientos kilos suponía la quiebra financiera.”

### ***CASO NOVENO***

“Del análisis de lo actuado durante el debate, el tribunal concluye como hechos probados, que el tres de marzo, a las tres de la tarde, el hoy procesado Juan García Pérez, encargado de vigilar la piscina del hotel “Solyplaya”, en el término municipal del Puerto de San José, recibió la visita de su amigo, el también procesado, Leopoldo Gaimer. No habiendo nadie en la piscina, ni en su recinto, aprovecharon para ingerir licor con unas boquitas. A las cinco de la tarde, ambos quedaron dormidos en las hamacas dispuestas alrededor de la piscina. Sobre las cinco y media, Elizabeth Marroquín, cliente del hotel bajó a la piscina para darse un baño. Cuando estaba en el agua, le sobrevino un malestar, que le hizo perder el conocimiento y hundirse. El cuerpo fue descubierto por Juan García Pérez al cabo de unos minutos, cuando despertó. A pesar de los esfuerzos realizados, no fue posible reanimar a Elizabeth Marroquín, quien falleció sin recuperar el conocimiento (...)”.



## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Editorial Asirea. Buenos Aires. 1978.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Editorial Temis. Bogotá. 1989.

BERISTAIN, Antonio. *Derecho Penal y criminología*. Editorial Temis. Bogotá. 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá. 1982

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá. 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. *La imputación objetiva*. Editorial Temis. Bogotá. 1989.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coordinador), *Manual de derecho penal guatemalteco*, Artemis Edinter, 2001.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, (7 tomos). Editorial Losada. Buenos Aires, 1964.

MALAMUD GOTI, Jaime E. *La estructura penal de la culpa*. Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1976.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial PPU. Barcelona, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Editorial Temis. Bogotá, 1990.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho penal. Parte general. Editorial Marcial Pons. Ediciones jurídicas S.A. Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español. Parte General*. Editorial Tecnos. Madrid, 1990.

STRATENWERTH, Gustav. *Derecho Penal Alemán. Parte general*. Editorial Criminología y Derecho Penal. Madrid, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio R. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Cárdenas. México, 1988.