

José Hurtado Pozo

**NOCIONES BÁSICAS
DE
DERECHO PENAL DE GUATEMALA**

Parte General

Guatemala 2000

ÍNDICE

Prólogo

Primera parte: Introducción

Capítulo 1

Nociones fundamentales

§ 1. Derecho penal

A. Terminología.....	1
B. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo.....	1
C. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución de penas.....	2
D. Derecho penal general y derecho penal especial.....	3

§ 2. Delito

A. Delito en sentido formal y delito en sentido material.....	4
B. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico.....	5
C. Infracción penal y moral.....	9

§ 3. Sanción

A. Teorías absolutas.....	11
B. Teorías relativas.....	12
C. Teorías mixtas.....	14
D. Medidas de seguridad.....	16

§ 4. Límites del derecho penal

A. Carácter fragmentario, subsidiario y accesorio del derecho penal.....	17
B. Relaciones entre derecho penal y derecho Administrativo.....	19
C. Derecho penal administrativo.....	21
D. Derecho disciplinario.....	22

Capítulo 2

Política criminal, criminología y dogmática penal

§ 1. Política criminal	23
§ 2. Criminología	29
§ 3. Dogmática penal	36

Capítulo 3

Evolución del Derecho penal y recepción del Derecho foráneo

§ 1. Conquista española	43
§ 2. Recepción e imposición del derecho foráneo	44
§ 3. Derecho de las nuevas Repúblicas	46
§ 4. Siglo XX	50
§ 5. Orientación actual	51

Capítulo 4

El principio de legalidad

§ 1. Orígenes	53
§ 2. Evolución legislativa	54
§ 3. No hay delito, no hay pena sin ley escrita	56
A. Ley fuente del derecho penal.....	56
B. Gobiernos de facto y los decreto-leyes.....	56
C. Noción de delito.....	58
§ 4. No hay delito, no hay pena sin ley cierta	59
A. Noción de certeza.....	59
B. Incertidumbre en que incurre el legislador: no descripción de la "infracción".....	60
C. Empleo de cláusulas generales.....	60
D. Uso de términos vagos.....	61

E. Defectos de técnica legislativa.....	62
F. Certeza en la determinación de la pena.....	63
§ 5. Medidas de seguridad y el principio de legalidad....	63

Capítulo 5

Interpretación

§ 1. Introducción.....	65
§ 2. Noción.....	68
§ 3. Teorías.....	69
A. Teoría subjetiva.....	69
B. Teoría objetiva.....	70
C. Cuestionamiento.....	70
§ 4. Procedimientos de interpretación.....	71
A. Método literal o gramatical.....	72
B. Método sistemático.....	74
C. Método histórico.....	75
D. Método teleológico.....	76
E. Jerarquía de los métodos.....	77
§ 5. Límites de la interpretación.....	78
A. Interpretación restrictiva o interpretación extensiva.....	78
B. La analogía en derecho penal.....	80
§ 6. Un problema de interpretación: la noción de delito político.....	83

Segunda parte: La teoría de la infracción

Capítulo 1 Introducción

§ 1. Teoría clásica.....	88
§ 2. Teoría neoclásica y teoría finalista.....	90
§ 3. Corrientes actuales.....	92

Capítulo 2 Delitos de comisión dolosos

§ 1. Acción.....	93
A. Introducción.....	93
B. Teorías.....	94
a. Acción causal o natural.....	94
b. Acción finalista.....	95
c. Acción social.....	98
d. Concepto personal de acción.....	99
C. Situación actual.....	100
D. Legislación nacional.....	102
E. Capacidad de realizar acciones.....	103
F. Ausencia de acción.....	105
G. Relación de causalidad.....	107
a. Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	108
b. Teoría de la causalidad adecuada.....	110
c. Teoría de la imputación objetiva.....	111
d. Delitos de peligro concreto.....	115
e. Apreciación global.....	117
f. Legislación nacional.....	117
§ 2. Tipicidad.....	119
A. Tipo legal.....	119
B. Tipo legal, bien jurídico y norma.....	121
C. Tipicidad y antijuricidad.....	121

D. Elementos negativos del tipo legal.....	122
E. Tipo legal objetivo.....	123
a. Acción típica.....	124
b. Sujeto activo.....	124
c. Sujeto pasivo.....	125
d. Resultado.....	125
e. Elementos objetivos.....	125
f. Elementos normativos.....	126
F. Tipo legal subjetivo.....	127
a. Dolo.....	127
b. Elementos subjetivos.....	128
c. Consciencia.....	129
d. Voluntad.....	130
e. Dolo directo o intención.....	131
f. Dolo indirecto.....	131
g. Dolo eventual.....	132
h. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión.....	133
G. Error de tipo.....	134
H. Arts. 21 y 25 inc. 3 CP.....	136
I. Consciencia de la relación de causalidad.....	138
J. <i>Aberratio ictus</i>	139
K. <i>Dolus generalis</i>	142
L. Error <i>in obiecto / in personam</i>	143
M. Clases de tipos legales.....	145
N. Sistemática de los tipos legales en la ley.....	149
§ 3. Tipo legal ampliado: proceso ejecutivo del delito.....	150
A. Nociones generales.....	150
B. Fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos..	151
C. La tentativa en la legislación.....	153
a. Introducción.....	153
b. Elemento subjetivo.....	153
c. Elemento objetivo: comienzo de ejecución.....	154
d. Criterio formal objetivo.....	154
e. Formula de Frank y ensayos para precisarla.....	155

f. Criterio subjetivo.....	157
g. Idoneidad de la acción.....	157
h. No realización de la consumación.....	158
i. Causas que impiden la consumación.....	159
j. Tentativa y delito agotado.....	160
k. Delito imperfecto	160
D. Actos preparatorios.....	161
a. Noción.....	161
b. Fundamentos de su impunidad.....	161
c. Excepciones a la regla de la impunidad.....	162
E. Tentativa acabada e inacabada.....	164
F. El desistimiento espontáneo.....	165
G. El arrepentimiento activo.....	168
a. Definición.....	168
b. Reparación espontánea del daño.....	169
c. Espontaneidad del arrepentimiento.....	169
d. Fijación de la pena.....	170
H. Tentativa imposible.....	171
a. Noción.....	171
b. Aspectos subjetivo y objetivo.....	171
c. Causas que determinan la no consumación.....	173
d. Imposibilidad absoluta y relativa.....	173
e. Tentativa irreal o supersticiosa.....	174
f. Fijación de la pena.....	175
I. Delito putativo.....	175
J. Regulación de la pena en caso de tentativa.....	177
§ 4. Tipo legal ampliado: participación delictiva.....	178
A. Introducción.....	178
B. Participación y sus formas.....	189
C. Maneras de regular la participación.....	180
D. Autoría y participación: criterios diferenciadores.....	181
a. Generalidades.....	181
b. Criterio subjetivo.....	181
c. Criterio objetivo.....	183
E. Autoría.....	184
a. Noción de autor.....	184

b. Autor inimputable.....	186
c. Autoría mediata.....	186
d. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza de la infracción.....	188
F. Coautoría.....	190
a. Introducción.....	190
b. Realización de un acto ejecutivo.....	190
c. Autoría causal o accesoria.....	192
d. Intención común de cometer la infracción.....	193
e. Tentativa e instigación en la coautoría.....	194
G. Instigación.....	195
a. Noción.....	195
b. Medios utilizados por el instigador.....	195
c. Intención del instigador.....	196
d. Instigación de una o más personas.....	196
e. Casos especiales.....	197
f. Límites de la responsabilidad del instigador.....	198
g. Tentativa y consumación en la instigación.....	198
h. Agente provocador.....	199
H. Complicidad.....	199
a. Noción.....	199
b. Complicidad técnica e intelectual.....	200
c. Momento de la intervención del cómplice.....	201
d. Intención del cómplice.....	202
e. Límites de la responsabilidad del cómplice.....	202
f. Represión de la complicidad, cómplice primario y secundario.....	204
g. Fijación de la pena para los cómplices.....	207
h. Accesoriedad de la participación (<i>stricto sensu</i>)	208
i. Circunstancias materiales y personales.....	210
j. Participación en los delitos omisivos.....	211
§ 5. Antijuricidad.....	212
A. Definición.....	212
B. Ilícito y antijuricidad.....	212
C. Antijuricidad formal y material.....	213
D. Relación entre antijuricidad y tipicidad.....	214

E. Carácter objetivo de la antijuricidad.....	214
F. Causas de justificación.....	216
G. Error sobre las circunstancias materiales de las causas de justificación.....	218
H. Elementos subjetivos de las causas de justificación.....	220
I. Legítima defensa.....	221
a. Legítima defensa y sus fundamentos.....	221
b. Agresión.....	222
c. Agresión ilícita.....	223
d. Agresión inminente, actual o presente.....	223
e. Bienes o derechos protegidos.....	224
f. Necesidad racional de la defensa.....	225
g. Falta de provocación suficiente.....	228
h. Legítima defensa presunta.....	229
i. Legítima defensa imperfecta.....	231
j. Legítima defensa de terceros.....	232
J. Estado de necesidad.....	233
a. Regulación.....	233
b. Estado de necesidad y legítima defensa.....	233
c. Peligro.....	234
d. Actualidad del peligro.....	235
e. Imposibilidad de evitar el peligro de otra manera.....	235
f. Proporcionalidad.....	236
g. Bienes jurídicos.....	236
h. Preeminencia del bien salvado.....	237
i. Estado de necesidad culpable.....	240
j. Deber de soportar un peligro.....	241
k. Casos particulares.....	242
l. Elemento subjetivo.....	244
m. Conflicto de deberes jurídicos.....	244
n. Exceso en el estado de necesidad.....	246
K. Otras causas de justificación.....	246
a. Disposición de la ley.....	246
b. Cumplimiento de un deber.....	247
c. Ejercicio legítimo de un derecho.....	248
d. El cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente.....	252
e. Ejercicio legítimo de cargo público, de autoridad	

o de oficio.....	255
f. Ejercicio legítimo de un cargo o autoridad.....	256
g. Ejercicio legítimo de una profesión.....	258
L. Consentimiento.....	260
a. Introducción.....	260
b. Fundamento.....	260
c. Exclusión de la tipicidad.....	262
d. Acuerdo y consentimiento.....	263
e. Derechos de la persona irrenunciables.....	265
f. Casos de ineficacia del consentimiento.....	266
g. Requisitos del consentimiento.....	267
§ 6. Culpabilidad.....	269
A. Responsabilidad.....	269
B. No hay pena sin culpabilidad.....	272
C. Caso fortuito.....	275
D. Teorías sobre la culpabilidad.....	275
E. Criterios materiales de culpabilidad.....	277
F. Capacidad penal.....	281
a. Generalidades.....	281
b. Menores de edad.....	282
G. Imputabilidad: generalidades.....	284
a. Técnica legislativa.....	286
b. Noción de imputabilidad.....	288
c. Inimputabilidad.....	289
c.a. Enfermedad mental.....	289
c.b. Desarrollo psíquico incompleto o retardado.....	290
c.c. Trastorno mental transitorio.....	291
d. Actio libera in causa.....	292
e. Duda sobre el estado mental del agente.....	293
H. La llamada "imputabilidad disminuida".....	293
I. Excursus: Imputabilidad y pluralidad cultural.....	296
J. Error de prohibición.....	301
a. Generalidades.....	301
b. Regulación legislativa.....	302
c. Desconocimiento de la ley.....	304
d. Casos de error de prohibición.....	304

e. Error evitable.....	306
K. Estado de necesidad excluyente de la culpabilidad.....	307
L. Miedo invencible.....	308
M. Exceso en las causas de justificación o de inculpabilidad.....	308

Capítulo 3

Delitos de omisión propia dolosos

§ 1. Generalidades.....	309
§ 2. Comisión y omisión.....	310
§ 3. Tipicidad.....	311
A. Tipo legal objetivo.....	311
a. Existencia de la situación objetiva descrita en el tipo legal.....	312
b. Omisión de la acción esperada.....	
c. Posibilidad para el agente de efectuar el acto ordenado.....	313
B. Tipo legal subjetivo.....	313
§ 4. Tipos legales ampliados.....	314
§ 5. Antijuricidad.....	315
§ 6. Culpabilidad.....	315

Capítulo 4

Delitos de omisión impropia dolosos

§ 1. Generalidades.....	316
§ 2. Tipicidad.....	316
A. Tipo legal objetivo.....	316
a. Situación de hecho.....	316
b. Deber de garante.....	318
B. Tipo subjetivo.....	318
§ 3. Tipos legales ampliados.....	319
§ 4. Antijuricidad.....	319

§ 5. Culpabilidad.....	320
-------------------------------	-----

Capítulo 5

Delito culposo

§ 1. Introducción.....	320
§ 2. Tipicidad.....	322
A. Generalidades.....	322
B. Situación de hecho.....	324
C. Deber de cuidado.....	327
D. El principio de confianza.....	329
E. Causación de un resultado.....	330
F. Aspecto subjetivo.....	332
G. Previsibilidad.....	332
§ 3. Tipos legales ampliados.....	334
§ 4. Antijuricidad.....	335
§ 5. Culpabilidad.....	335
§ 6. Delitos de omisión impropia culposos.....	336

Capítulo 6

Concurso de leyes y de delitos

A. Introducción.....	336
B. Unidad y pluralidad de acción.....	337
a. Concepto de acción.....	337
b. Criterios para determinar la unidad de acción.....	338
c. Casos de unidad de acción.....	339
d. Unidad de acción en los casos omisivos y en los culposos.....	341
C. Concurso ideal de delitos.....	341
a. Introducción.....	341
b. Naturaleza del concurso ideal.....	342
c. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos.....	342

d. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas	343
e. Concurso ideal homogéneo (varias violaciones de la misma ley)	344
f. Fijación de la pena en caso de concurso ideal: legislación y doctrina extranjeras	345
g. Legislación nacional	345
D. Concurso real de delitos	346
a. Noción	346
b. Pluralidad de acciones	346
c. Concurso real homogéneo y heterogéneo	347
E. Fijación de la pena: principio de la absorción, acumulación de penas, penas accesorias	347
F. Delito continuado	348
a. Introducción	348
b. Naturaleza del delito continuado	349
c. Concepto del delito continuado	350
d. Elementos del delito continuado: pluralidad de acciones	350
e. Pluralidad de violaciones de normas que protegen el mismo bien jurídico	351
f. Realización de las acciones en momentos diversos	353
g. Identidad de resolución criminal	355
h. Fijación de la pena	356
G. Concurso aparente de leyes	356
a. Definición	356
b. Principios para resolver el concurso aparente, generalidades	358
c. Principio de identidad	359
d. Principio de alternancia	359
e. Principio de especialidad	361
f. Principio de subsidiaridad	363
g. Actos anteriores o posteriores impunes, como casos de subsidiaridad	364
h. Principio de consunción	364
BIBLIOGRAFÍA	366

Primera parte: Introducción

Capítulo 1

Nociones fundamentales

§ 1. Derecho penal

A. Terminología

- 1 Desde los inicios del siglo XIX, se le denomina, de manera predominante, a la materia que estudiamos, derecho penal. Mucho tiempo, fue designada con la expresión de derecho criminal. Ambas expresiones no son del todo satisfactorias, en la medida en que sólo ponen en evidencia uno de los aspectos fundamentales de la materia. La primera, se refiere a la pena (*poena*, comprendida en sus orígenes en el sentido religioso de expiación). La segunda, alude al crimen, comportamiento generador de la reacción social, la misma que se ha diversificado progresivamente.
- 2 Actualmente, se prefiere hablar de derecho penal aun cuando no refleja plenamente el contenido que se le da. Junto a la infracción (crimen, delito o contravención) y a la sanción (penas privativas de libertad, multa, trabajo comunitario, medidas de seguridad), es considerar, de manera destacada, tanto al delincuente como a la víctima. Esta última ha sido descuidada mucho tiempo en las reflexiones sobre los diversos aspectos de la reacción punitiva del Estado.

B. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo

- 3 En sentido objetivo, el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, estatuidas por el órgano constitucionalmente competente; en las que se prevén, de un lado, los comportamientos incriminados

como delictuosos y, de otro, las sanciones en tanto consecuencias jurídicas de dichas acciones.

- 4 Originalmente, el poder punitivo del Estado (*potestas criminalis*), era considerado como un poder derivado de la soberanía del Estado (*imperium*). En virtud de este poder, el Estado dicta leyes penales, organiza el sistema judicial, condena y ejecuta las sanciones. El *ius puniendi* aparece, por tanto, como la fuente del derecho penal objetivo.
- 5 Bajo la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico, esta concepción fue, por tanto, abandonada. El poder del Estado se consideró como fundado en las normas legales, las mismas que justifican su pretensión para reprimir a las personas. El derecho a castigar (*ius puniendi*) sería un derecho subjetivo basado en la relación existente entre el Estado y el delincuente. Este criterio, que recuerda mucho a la noción de derechos subjetivos del derecho privado, no es satisfactorio, ya que el poder punitivo del Estado no puede ser explicado como una prerrogativa derivada del conjunto de las disposiciones penales que el mismo Estado dicta.
- 6 La noción de derecho penal subjetivo, entendida de esta manera, resulta incorrecta e inútil. No se trata de un derecho subjetivo del Estado para castigar, sino más bien de un atributo de la soberanía del Estado consistente en el poder de castigar. Poder que está limitado por sus fundamentos mismos y por la Constitución, sobre todo en las disposiciones referentes a la organización del Estado y a los derechos fundamentales. La explicación y fundamentación se encuentra en el estudio de las concepciones sobre el origen de la soberanía y de las teorías sobre la pena.

C. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución de penas

- 7 En sentido estricto, la expresión derecho penal (material o de fondo) comprende únicamente las reglas relativas a los delitos (tipos legales

y condiciones de punibilidad) y a las sanciones (penas y medidas de seguridad).

- 8 Si se le utiliza en sentido general, se hace referencia a todas las reglas relativas al ámbito de la materia penal. Estas reglas conciernen, además del derecho penal material, al derecho penal formal y al de ejecución de penas.
- 9 El derecho penal formal o de procedimientos penales constituye el medio de realización indispensable del derecho penal material. Comprende, de una parte, las reglas relativas a la organización judicial penal, a las competencias atribuidas a cada uno de sus órganos y, de otra parte, a las reglas que prevén los pasos que deben darse para instruir y juzgar un asunto penal (procedimiento en sentido estricto). Si el derecho penal material se caracteriza por su carácter estático, el formal se distingue por su dinamismo.
- 10 El derecho penal de ejecución de sanciones comprende las reglas relativas a la forma y al lugar donde se harán efectivas las decisiones judiciales dictadas por las autoridades penales.
- 11 La ley penal fundamental es el Código Penal, completado por una serie de leyes o disposiciones penales que constituyen el derecho penal complementario.

D. Derecho penal general y derecho penal especial

- 12 De conformidad con la manera cómo se estructuran los códigos penales modernos, se distingue el derecho penal general del derecho penal especial. El primero está limitado a los ámbitos de la aplicación de la ley penal, define los elementos esenciales del delito y determina los límites y el tipo de las sanciones penales. El derecho penal especial describe los actos delictuosos e indica la pena que debe imponerse al responsable. El estudio de la parte general está muy desarrollado y la teoría del delito constituye un ejemplo del refinamiento dogmático alcanzado. En cuanto al derecho penal especial es de lamentar la falta de análisis sistemáticos orientados a

integrar o completar los tipos legales mediante la elaboración de principios o de criterios generales.

- 13 Si bien por razones esencialmente prácticas y de técnica legislativa se justifica esta distinción, es de señalar que las disposiciones de la parte general y de la parte especial de los códigos se encuentran estrechamente relacionadas, tanto en el plan teórico como en su aplicación concreta. Este vínculo puede ser mostrado citando los arts. 10 y 11 en los que se definen los delitos dolosos y culposos, respectivamente. En la segunda disposición, se señala de manera explícita que los "casos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley". Lo que significa, *a contrario sensu*, que no es necesario que se mencione, en cada disposición de la parte especial, la intención; ya que los delitos previstos son reprimidos sólo cuando son dolosos y, excepcionalmente, a título de culpa.

§ 2. Delito

A. Delito en sentido formal y delito en sentido material

- 14 La noción de delito puede ser establecida de modo formal. En efecto, si la ley no contiene una definición general de delito, lo cual tampoco es tarea del legislador, se puede deducir una noción formal de delito basada en ciertas disposiciones. Así, se puede decir que es una acción prevista en un tipo legal (tipicidad o legalidad de la infracción, art. 1), contraria al orden jurídico (ilicitud, art. 24) y culpable (art. 25). Esta definición es denominada "definición dogmática", pues es deducida de las normas legales como si fueran dogmas.
- 15 Esta definición formal se limita a precisar cuáles son las acciones punibles de acuerdo con la ley. No constituye, sin embargo, un medio para saber por qué el Estado reprime una acción determinada; por qué debe ser considerada como delictuosa. Para colmar esta deficiencia, se ha tratado de elaborar una definición material de delito.

- 16 Los partidarios del positivismo criminológico y, en particular Garófalo, distinguieron los delitos naturales de los delitos convencionales. Los primeros constituyen violaciones a los sentimientos de piedad, honestidad y probidad que son el fundamento de nuestra sociedad; mientras que los segundos sólo violan los sentimientos variables, vinculados a las condiciones particulares de cada nación.
- 17 En criminología, el delito ha sido también definido independientemente de las normas jurídicas. En la perspectiva sociológica, la noción de "comportamiento divergente" es utilizada para designar los comportamientos que se alejan de los modelos de conducta reconocidos y no cumplen con las expectativas sociales. De modo que los delitos sólo constituyen un tipo de conductas divergentes.
- 18 Estos intentos han sido vanos. Las nociones propuestas son muy generales y vagas. Resultan, por tanto, ineficaces para orientar al legislador en su labor e insuficientes para desarrollar y sistematizar las categorías del derecho penal.
- 19 En la doctrina, los esfuerzos más eficaces han sido los realizados recurriendo al concepto de bien jurídico. Así, se define materialmente el delito diciendo que es una acción que viola o pone en peligro un bien jurídico.

B. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico

- 20 Dentro del marco de las concepciones filosóficas del Siglo de las Luces y, en especial de las referentes al Contrato Social, se consideró "la violación de un derecho subjetivo" como el elemento específico del delito: éste fue concebido entonces como una acción contraria a los derechos de otro y prohibida por la ley penal. El significado liberal de esta concepción se materializa en la afirmación de que no hay delito sin la violación de un derecho subjetivo. Sin embargo, en esto radicaba también su debilidad, pues no permitía justificar la represión de acciones que si se consideraba necesario

reprimir. Por ejemplo, en delitos contra la seguridad pública o contra el Estado no era posible identificar al titular individual del derecho subjetivo.

- 21 La elaboración de la noción de bien jurídico ha sido ardua y marcada por discusiones intensas. Una de las primeras dificultades encontradas fue la de comprender tanto los bienes jurídicos individuales (vida, salud, honor, patrimonio ...), como los bienes jurídicos colectivos (Estado, administración de justicia, medio ambiente, seguridad pública ...).
- 22 La idea de bien jurídico no fue totalmente ignorada en el Siglo de las Luces. Por ejemplo, según Beccaria, "la verdadera medida de los delitos es el daño que el delincuente causa a la sociedad". En esta perspectiva, el art. 5 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) prevé que "la ley no debe prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad". Estas son consideradas como "el equivalente colectivo de lo que puede dañar a otro a nivel individual".
- 23 En la época moderna, los juristas alemanes han desarrollado la noción de bien jurídico. Así, para Binding el bien jurídico es todo valor que, a consideración del legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal. Esta definición es tautológica, pues se reduce a decir que un bien jurídico es un bien jurídicamente protegido. De esta manera, no se llega a establecer una noción material de delito, útil para la labor legislativa. Esta definición esencialmente resulta coherente con las concepciones positivistas de su autor, aun cuando suponga el reconocimiento de la importancia vital de la protección jurídica de determinados bienes.
- 24 La búsqueda de un criterio material se hizo con ayuda de los progresos alcanzados por las ciencias sociales. Franz von Liszt negó que los bienes jurídicos constituirían una creación del orden jurídico y afirmó que eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas

jurídicas. Esta realidad limitaría la libertad del legislador al momento de escoger los intereses que merecen protección legal.

- 25 A partir de esta base, se ha continuado buscando la manera de precisar el contenido de la noción de bien jurídico. En una perspectiva estática, los bienes jurídicos son considerados como intereses reconocidos por la sociedad o por una parte de ella, o como condiciones esenciales en las que se concretan los elementos preliminares e indispensables para la existencia de la comunidad. En una perspectiva dinámica, por el contrario, se estima que la noción de bien jurídico no debe ser determinada considerando las situaciones de hecho, sino más bien la función social que desempeñan. En otras palabras, sólo deben ser considerados bienes jurídicos los intereses idóneos para alcanzar un fin útil para la sociedad o para uno de sus sectores. Algunos autores rechazan hablar de intereses y prefieren definir los bienes jurídicos como los hechos o los proyectos favorables al individuo, a su desarrollo en el marco de un sistema social y al funcionamiento de este sistema.
- 26 A pesar de los esfuerzos realizados, la noción de bien jurídico sigue siendo oscura y discutida. Sin embargo, es de reconocer que no se ha elaborado otro criterio más eficaz para la elaboración de leyes y para su interpretación.
- 27 Las dificultades son debidas al carácter normativo de la noción, pues el bien jurídico no puede ser concebido como una entidad precedente a la legislación y formando parte de los fenómenos naturales y sociales. Su significado no puede ser buscado en la constatación de una realidad concreta, diferente de las cosas materiales, de los intereses, de las relaciones y de los estados de hecho concernientes a los comportamientos delictuosos. El bien jurídico supone, con respecto a estas realidades que son las cosas materiales, los intereses ..., un juicio de valor preliminar de parte de quien ejerce el poder punitivo. Este juicio de valor permite precisamente la individualización de los bienes jurídicos.

-
- 28 Como consecuencia, el bien jurídico no puede ser definido de manera rígida. Por el contrario, se debe tratar de conocer los hechos y los fines que deben ser protegidos. Los hechos y los fines, así como la manera de apreciar su importancia, son condicionados, en general, por los cambios sociales y, en particular, por el marco constitucional en el que está organizado y funciona el sistema político y jurídico. Es a partir de los casos particulares que debe plantearse la cuestión sobre el contenido de los bienes jurídicos, su importancia y la necesidad de protegerlos penalmente.
- 29 Las constituciones y las declaraciones de derechos humanos constituyen referentes significativos para determinar los bienes jurídicos que merecen ser protegidos penalmente. En este sentido, los bienes jurídicos (individuales o colectivos) constituyen valores reconocidos, expresa o implícitamente, por las normas y principios constitucionales, y necesarios para la realización de los fines útiles para el funcionamiento total o parcial del sistema social. Estos valores se concretan en circunstancias reales y constituyen los objetos de los delitos (por ejemplo, persona viva, cosa mueble ajena, documentos). Los bienes jurídicos son lesionados o puestos en peligro actuando sobre dichos objetos.
- 30 Si la idea de la protección de bienes jurídicos constituye el fundamento principal de la concepción liberal del derecho penal, es indispensable sin embargo tener en cuenta el comportamiento que daña o pone en peligro dichos bienes jurídicos. Esto se debe a que el juicio de valor por el que, mediante el cual se reconoce a ciertas cosas o intereses la condición de bien jurídico, también se refiere necesariamente al comportamiento del autor. Por su manera de actuar, éste manifiesta una voluntad contraria al respeto de los bienes jurídicos y, por tanto, un desprecio por ciertos valores sociales. Viola, así, su deber de actuar conforme al orden jurídico.
- 31 Violación de un bien jurídico e incumplimiento del deber de comportarse de acuerdo con el orden jurídico se condicionan recíprocamente. Todo acto inculpativo se caracteriza tanto por el resultado perjudicial o peligroso como por la manera de obrar del

agente. Es equivocado y excesivo pensar que el derecho penal sirve, en primer lugar, a formar y orientar la conciencia de los individuos mediante la represión de los actos cuya realización no comportaría ningún daño o amenaza algún bien jurídico.

C. Infracción penal y moral

- 32 Desde sus orígenes, el derecho penal y la moral están estrechamente vinculados. En tanto conjunto de normas, son dos sistemas sociales destinados a orientar los comportamientos de las personas. Sus fuentes son en parte comunes; por ejemplo, los usos y costumbres, los tabús religiosos. El núcleo de las acciones punibles está formado por comportamientos que violan gravemente la moral, como es el caso del homicidio, la violación, las lesiones corporales.
- 33 Durante mucho tiempo, debido a la unidad de la Iglesia Católica y a su dominio sobre la sociedad civil, la moral cristiana predominó, al extremo de que pecado y delito se confundían. La elaboración y aceptación de la noción de bien jurídico es el fruto de un largo proceso de laicización del derecho penal. El objetivo de éste no es imponer una concepción moral determinada, ni tampoco el de obligar a las personas a actuar según sus convicciones morales.
- 34 En una sociedad pluralista como las sociedades modernas, utilizar el derecho penal para imponer una concepción moral en particular sólo puede culminar en la implantación de un régimen tiránico en especial sobre las minorías. Aun si la moral implica algunos principios permanentes que exigen, sin fluctuaciones posibles, ciertos egoísmos al mismo tiempo que recomiendan algunos altruismos, ella se vincula con el foro interno del sujeto y, como consecuencia, no puede ser administrada por el orden jurídico.
- 35 Además, el Estado no tiene el deber ni la competencia de impulsar a los ciudadanos a la perfección, menos aún de servirse del derecho penal con ese fin. La intervención del Estado en ámbitos muy importantes como la pornografía, la homosexualidad, la prostitución, el

empleo de medios contraceptivos, se funda en una concepción paternalista del Estado y no se justifica siempre.

- 36 Esta diferencia se encuentra igualmente entre derecho penal y moral a nivel del derecho penal positivo. Las leyes penales no reprimen todos los actos inmorales; pero, al mismo tiempo, diversos actos punibles no revelan plenamente un carácter inmoral (por ejemplo, disposiciones sobre la circulación automotriz, la construcción de inmuebles). No es del todo correcto, en este sentido, representar los ámbitos del derecho penal y de la moral como dos círculos concéntricos, sino más bien como dos círculos secantes: el sector común está conformado por el núcleo de las acciones punibles, "reglas que acumulan la calidad jurídica y el carácter moral".
- 37 Los actos inmorales calificados de delitos no lo son en razón a su carácter inmoral, sino más bien en consideración a sus efectos negativos sobre los bienes jurídicos de terceros. Sin embargo, el hecho que la primacía de la violación o puesta en peligro de bienes jurídicos, en tanto criterio decisivo para la incriminación de una acción no implica que el derecho penal sea moralmente neutro. Un derecho penal que contradiga la moral seguida, en una época determinada, por la mayor parte de los individuos concernidos estará, más o menos, condenado al fracaso. La sola amenaza penal no basta para preservar un sistema jurídico: es indispensable que cada uno sea persuadido de la legitimidad moral de las normas y de los individuos que las aplican; sin que el carácter imperativo del derecho sea neutralizado por el cuestionamiento de sus mandatos en base a criterios morales personales.
- 38 La moral se adelanta muchas veces al derecho penal. El legislador, en esos casos, no hace sino seguir la evolución de los criterios morales convencionales y los ideales de grupos sociales particulares. Pero puede suceder también lo contrario. Mediante el derecho penal, el Estado refuerza la moral y las costumbres hasta inculcar en los individuos una escala de valores particular. Además, una norma penal puede, a veces, ser una de las causas de modificación o desuso de un modelo moral o una tradición.

- 39 Las relaciones entre derecho penal y moral son bastante sutiles y su contenido no es correctamente descrito cuando se habla de *mínimum ético*, ni cuando se invoca la neutralidad moral del derecho penal. Por su génesis común y sus funciones sociales parecidas, el derecho penal y la moral se relacionan estrechamente y se complementan. La fuerza y la estabilidad del derecho en general y, en particular, del derecho penal dependen, al menos parcialmente, de su armonía con los principios morales fundamentales.

§ 3. Sanción

- 40 La sanción penal, consecuencia del delito, comporta la restricción o la privación de derechos fundamentales. La determinación de los fines de la pena (la más importante de las sanciones) y los esfuerzos por justificar el sistema represivo, suponen plantearse las cuestiones del sentido y de las finalidades del derecho penal. Esta problemática ha sido analizada, dicho de manera esquemática, en dos direcciones radicalmente diferentes. Las mismas reflejan las variadas concepciones filosóficas y sociológicas de sus expositores. Algunos perciben el derecho penal como la manifestación de un principio superior de justicia, mientras que otros consideran que es un medio al servicio del principio de utilidad. De esta manera, se oponen las teorías absolutas a las teorías relativas de la pena. Para superar esta contradicción, se ha ideado una concepción mixta que busca conciliar el fin de realizar justicia con los objetivos de prevención.

A. Teorías absolutas

- 41 Según las teorías absolutas, la pena no cumple ninguna función utilitaria específica. Sólo representa la expiación o la retribución del daño producido por la realización del comportamiento prohibido. El mal cometido mediante la infracción debe ser, de alguna manera, reparado. De allí, la necesidad de castigar al responsable para satisfacer la aspiración de justicia. La pena es, por tanto, un fin en sí

mismo. Se trataría de una exigencia fundamental de la moral, de un "imperativo categórico" que no puede ser afectado por ningún utilitarismo. La restauración del derecho objetivo violado por la voluntad particular del delincuente supone la neutralización de esta voluntad mediante la violencia de la pena: así, la negación de la negación del derecho permite la restauración de éste.

- 42 Esta idea de la pena, comprendida como pura retribución del delito cometido, da una importancia fundamental a la persona del delincuente; el mismo que no puede ser utilizado como un medio al servicio del derecho. Una supervivencia de este criterio es el principio moderno de que la pena no debe sobrepasar los límites de la culpabilidad.
- 43 Se considera, por el contrario, el derecho penal como un instrumento al servicio de la justicia. A esta concepción absoluta de la pena, se le critica que conduce al extremo de afirmar que si bien no hay pena sin culpabilidad, tampoco culpabilidad sin pena. Además, se cuestiona el fundamento metafísico de sus fundamentos. Por ejemplo, la negación del mal, causado por el delito, mediante la imposición de un mal al responsable sólo constituye una ficción, pues en realidad los efectos negativos del delito y de la pena se acumulan.

B. Teorías relativas

- 44 Las teorías relativas de la pena tienen como elemento común la idea de la utilidad social de la pena y de su justificación por el papel preventivo que juega. El derecho penal no es más concebido en una perspectiva retributiva. Por el contrario, se considera que su papel principal es el de evitar la comisión de delitos mediante la disuasión de terceros (prevención general) y evitando la reiteración o reincidencia (prevención especial). Los orígenes de estas concepciones pueden ser rastreados en numerosas corrientes de pensamiento de diversas épocas.

- 45 La prevención general ha sido comprendida, frecuentemente, en su aspecto negativo: el fin de la pena prevista en la ley tiene la función de intimidar a las personas. En este sentido, se ha hablado de una "coacción psicológica" orientada a impedir que los delincuentes potenciales pasen al acto. En una nueva perspectiva, llamada positiva, se atribuye a la amenaza penal el papel de reforzar el respeto que las personas deben tener, en particular, a las normas penales y, en general, al orden jurídico. De esta manera, el Estado da a cada uno una buena razón para comportarse conforme al derecho.
- 46 La influencia de la amenaza penal sobre las personas es innegable. Sin embargo, la prevención general no puede constituir el único justificativo de la pena. De un lado, la ejecución de las penas debería ser pública y ejemplar para que la amenaza produzca todos sus efectos. Esta situación conduce a excesos y tiene una influencia negativa en las personas de los condenados. De otro lado, el hecho de recurrir a la fuerza disuasiva del derecho penal conduce a una agravación excesiva de las penas. Los delitos más frecuentemente cometidos, no siempre los más graves, deberían ser reprimidos severamente para lograr uno de los fines perseguidos: intimidar a los delincuentes potenciales o reforzar el orden jurídico.
- 47 El punto de partida de las teorías absolutas es el postulado del libre arbitrio. El hombre es considerado así como un ser capaz de determinarse por sí mismo, susceptible de responder de sus actos y de prever las consecuencias de un delito. La escuela positivista italiana, origen de la expansión de las ideas de la prevención especial, considera, por el contrario, al criminal como "un ser anormal condicionado rígidamente por factores psíquicos, biológicos, físicos o sociales". Sus partidarios rechazan la idea de culpabilidad y fundan la responsabilidad en el simple hecho que el delincuente vive en sociedad. De esta manera, se llegará hasta proponer la substitución de la pena por las medidas de seguridad destinadas a proteger a la sociedad frente a la peligrosidad del delincuente, asegurando su neutralización o su curación. Según el criterio de la prevención especial, la pena sólo se justifica en una perspectiva utilitaria.

Mediante la pena, se busca resocializar, reeducar, a los condenados para evitar la reincidencia. Los criterios positivistas extremos, si bien no han sido recepcionados en la legislación, han marcado de manera significativa la evolución del derecho positivo y de las ideas penales.

C. Teorías mixtas

- 48 Con frecuencia, se plantean tanto las teorías absolutas como las teorías relativas de manera bastante simplista. En realidad, estas concepciones responden a preguntas diferentes que no son incompatibles: ¿cuál es el fin de la pena ? ¿cuál es el fundamento de la pena ?
- 49 Los defensores de las concepciones absolutas se preocupan, sobre todo, del problema filosófico y moral del derecho del Estado a castigar las personas mediante la pena (¿por qué castiga el Estado ?). La actitud de los partidarios de las teorías relativas es más pragmática y concierne tanto los límites del poder punitivo del Estado como del tratamiento del delincuente (¿para qué castiga el Estado).
- 50 Lejos del conflicto apasionado de estas teorías, conviene señalar que los partidarios de la prevención no dejan de tomar en cuenta la justificación de la pena y que, así mismo, los defensores de la retribución no rechazan sistemáticamente que la pena tenga algunos fines. La solución no consiste entonces en tomar partido por una u otra teoría. Debe recurrirse a ambas concepciones para responder a la cuestión del por qué y del cómo de la reacción social ante el crimen. Esto es lo que afirman los sostenedores de las teorías unitarias o mixtas. Ellos buscan superar el conflicto afirmando que a la pena, en sí retributiva, debe asignársele una finalidad de resocialización, de corrección y de reintegración del delincuente a la sociedad. En realidad, represión y prevención no son siempre compatibles: la pena justa no es necesariamente la más útil para la resocialización del delincuente y viceversa. Una política criminal eficaz exige mucha prudencia en la dosificación de la reacción social. Para lo cual debe tenerse en cuenta que la reacción social ante la

delincuencia presenta diversos niveles. En el ámbito legislativo, la amenaza penal expresada mediante la ley cumple, sobre todo, una función de prevención general. Cuando los órganos judiciales imponen sanciones penales, los fines de prevención general y especial son limitados por la toma en consideración de la culpabilidad. Por último, en el momento de la ejecución de las sanciones, en particular de las penas privativas de libertad, los objetivos de prevención especial tienen la primacía.

- 51 En el Código penal guatemalteco se prevé el sistema dualista: junto a las penas, se estatuyen medidas de seguridad. Los fines de retribución y de prevención general de las primeras se deducen de las diversas disposiciones donde están reguladas, conforme a las ideas positivistas y se les atribuyen fines de prevención especial. En la práctica, la severidad del sistema de penas, que comprende la pena de muerte, y la casi no aplicación de las medidas de seguridad por insuficiencias materiales y personales, hacen del sistema penal guatemalteco un sistema fundamentalmente retributivo. La reacción penal se reduce a un conjunto de penas cada vez más severas, agravada por el rigor y falta de garantías, en particular, en las actividades de los órganos de represión.
- 52 A nivel de la ejecución de penas privativas de libertad, la realidad y la ley están separadas por un abismo. Esta situación se evidencia, cuando se tiene en cuenta que, de acuerdo con la Constitución, art. 19, "el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos". De esta manera, se adoptan los criterios de las concepciones relativas a las penas: junto al fin evidente de retribución, se atribuyen objetivos de prevención especial a la ejecución de las penas privativas de libertad.
- 53 En consideración de la situación en que se encuentran los locales penitenciarios y el organismo encargado de ejecutar las penas, se puede afirmar que el art. 19 de la Constitución es letra muerta. Según esta norma, el tratamiento debe hacerse respetando la condición de seres humanos de los detenidos sin discriminación alguna, sin maltratos crueles, torturas físicas o morales, trabajos incompatibles

con su estado físico y sin ser sometidos a experimentos científicos. En cuanto a los locales y al personal, se dispone que las penas deben cumplirse en los lugares destinados para el efecto, tienen carácter civil y el personal debe ser especializado.

D. Medidas de seguridad

- 54 De acuerdo con la concepción positivista italiana, el comportamiento delictuoso es percibido como el resultado de un proceso condicionado por la personalidad del agente y de las circunstancias exteriores. La culpabilidad es remplazada por la noción de "peligrosidad". La pena resulta así superflua y es remplazada por las medidas de seguridad. Estas medidas tienen por objeto neutralizar al delincuente, tratarlo médica o educativamente. Su aplicación depende de su estado personal y tiende a combatir su peligrosidad. Así, se refuerza la idea de prevención especial.
- 55 De esta manera se estableció un sistema dualista, en un principio de carácter rígido (ejecución de la pena como de la medida de seguridad impuestas) y luego más flexible. En este último se prevé la sustitución de la pena por medidas de seguridad cuando el delito pone en evidencia el carácter peligroso del delincuente. Así, se niega una separación absoluta entre las penas y las medidas que impliquen privación de libertad. Este sistema dualista ha sido calificado de sistema de la doble vía en razón con su carácter flexible y con que daba la prioridad a la ejecución de las medidas de seguridad. El juez debe decidir si, luego de su ejecución, se aplicaba aún, total o parcialmente, la pena impuesta.
- 56 Merece, sin embargo, plantearse la cuestión de si es posible separar claramente ambas formas de ejecución. En la perspectiva de las teorías mixtas, tanto la ejecución de las penas como la de las medidas de seguridad tienen un fin de prevención especial. Fin que se manifiesta mediante la formación y el tratamiento educativo del condenado. Además, la evolución del derecho penal se ha caracterizado por el acercamiento de las medidas de seguridad y las

penas privativas de libertad. Los estudios modernos sobre la teoría del aprendizaje, así como las investigaciones sociológicas sobre los procesos sancionadores destinados a orientar el comportamiento de las personas, permiten afirmar el carácter complementario entre represión (*lato sensu*) y las medidas "profilácticas". Ambos aspectos del derecho penal son indispensables para la conservación del orden social. Además, en el grado en que ciertas medidas de seguridad implican graves violaciones de los derechos de las personas, su aplicación debe ser también restrictiva como en materia de penas; la medida de seguridad debe presentarse como indispensable para alcanzar el objetivo proyectado. Un pronóstico sobre la personalidad del agente involucrado es necesario para precisar si su estado peligroso exige la medida de seguridad prevista.

§ 4. Límites del derecho penal

A. Carácter fragmentario, subsidiario y accesorio del derecho penal

57 Cabe preguntarse, si de la afirmación de que todo delito viola o pone en peligro un bien jurídico puede deducirse que todo ataque a un bien jurídico debe ser incriminado. El derecho penal busca tanto proteger los bienes jurídicos como reforzar en las personas el respeto de los valores reconocidos por el orden jurídico. Sin embargo, su finalidad no es la de imponer una moral determinada ni realizar un ideal de justicia. La sanción penal constituye sólo la *ultima ratio* de la protección de los bienes jurídicos. Se debe reprimir únicamente los ataques dirigidos contra los bienes considerados fundamentales y sólo si esos ataques revisten cierta gravedad y la represión aparece como necesaria en consideración de las personas involucradas. Por ejemplo, en el ámbito de la protección del patrimonio, no se reprime a quien incumple un contrato, aun cuando implique un perjuicio económico importante. La represión se limita a los ataques más graves o a los más insidiosos (estafa, abuso de confianza, robo ...). Esto significa, como consecuencia, que el dominio de las infracciones

penales debe ser más restringido que el de los actos ilícitos y, como ya hemos indicado, que el de los actos inmorales.

- 58 Este carácter fragmentario del derecho penal, inicialmente reconocido como un hecho concreto debido a deficiencias de técnica legislativa, es percibido, actualmente, como un aspecto propio del derecho penal, en particular, como una nota distintiva del derecho penal liberal.
- 59 El derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger los bienes jurídicos; sólo completa el arsenal de medios coercitivos estatuidos por el orden jurídico. Además, existe un sistema de sanciones no estatales, como las cláusulas penales establecidas en contratos o las medidas disciplinarias. El derecho penal no tiene, por tanto, el monopolio de las sanciones.
- 60 Para evitar la hipertrofia del derecho penal, causante de situaciones que se busca evitar, y que el remedio no sea peor que el mal combatido, se debe recurrir a la represión penal sólo si y en la medida en que sea verdaderamente necesario. El derecho penal es sólo uno de los medios de la política social general y, en particular, de la política criminal. Se busca así privilegiar la utilidad práctica del derecho penal, en lugar de reforzar su capacidad de influenciar la conciencia de las personas y de desarrollar los efectos negativos de la estigmatización de los delincuentes. Es justificado recurrir al derecho penal sólo si es necesario y conforme al fin perseguido. En este sentido, el derecho penal es la *ultima ratio*; es decir un medio subsidiario en relación con los demás medios de reacción social ante la criminalidad.
- 61 De esta afirmación se deduce generalmente el carácter accesorio o únicamente sancionador del derecho penal. Esta idea parece confirmarse por el hecho de que numerosas infracciones constituyen puras violaciones del derecho privado, administrativo o constitucional. No se trata sin embargo de un hecho generalizado. Así, por ejemplo, si cuando se reprime, mediante el art. 242, la negación de asistencia económica en caso de quien está "obligado legalmente a prestar

alimentos", no se hace sino reforzar normas del derecho civil (art. 283 y 287 Código civil); en muchas otras disposiciones penales se regulan comportamientos sin tomar en consideración directamente normas de otros ámbitos del derecho (delitos contra el honor, contra la libertad, contra la salud ...).

- 62 Además, los conceptos y criterios provenientes de otras ramas del derecho son fuertemente marcados por los fines específicos de éstas y sus alcances pueden ser diferentes a los que tienen en derecho penal. El derecho penal no tiene sólo un fin sancionador, muchas veces es creador de normas propias. Para mejor comprender esta situación es de considerar su carácter subsidiario y autónomo tanto técnica como funcionalmente.

B. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo

- 63 Si se observa la terminología utilizada en la materia, se percibirá con claridad la complejidad de las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo. Para explicarlas se recurre a diversas distinciones sin precisar el criterio aplicado. Por ejemplo, se distingue entre derecho penal y derecho disciplinario, entre derecho penal ordinario y derecho penal administrativo, entre infracción penal e infracción administrativa o infracción disciplinaria, entre sanción penal y sanción disciplinaria. Las nociones utilizadas no se yuxtaponen necesariamente, ni han sido debidamente sistematizadas. La confusión existe, por ejemplo, cuando se plantea la cuestión de si la amenaza de una pena destinada a garantizar la efectividad del derecho administrativo, debe ser considerada como parte del derecho penal o del derecho administrativo.
- 64 Una solución coherente es difícil de hallar cuando la problemática es planteada en términos tan tajantes. Es de tener en cuenta que si bien las circunstancias de que las infracciones administrativas no implican una desaprobación moral, son generalmente de poca gravedad así como las sanciones previstas para reprimirlas, refuerzan la idea de la despenalización global de estas infracciones, también es de

considerar que el calificarlas de infracciones penales brinda ciertas garantías a los responsables tanto en el ámbito procesal como del derecho de fondo (por ejemplo, principio de legalidad y principio de culpabilidad).

- 65 Los esfuerzos realizados por elaborar una teoría general de derecho penal administrativo, distinto del derecho penal común, no ha tenido éxito. En esa perspectiva, se afirmó que el derecho administrativo defiende los intereses de la administración por oposición a los derechos de la sociedad que sanciona los delitos administrativos en oposición a los delitos comunes.
- 66 Los límites del derecho penal administrativo, así como su definición, no han sido precisados debidamente. El Código penal sigue siendo la principal ley penal, pero numerosas leyes estatuyen, accesoriamente y de modo más o menos consecuente, comportamientos reprimidos con sanciones de carácter penal. Este desarrollo cuantitativo de la legislación complementaria está acompañado de una diversificación cualitativa que, poco a poco, desemboca en la creación de "ordenes penales periféricos": por ejemplo, derecho penal económico, derecho penal administrativo, derecho penal de la circulación vial.
- 67 A esta diversificación de materias se agrega el problema relativo a la gravedad de los comportamientos incriminados. Numerosas infracciones "administrativas" son faltas y/o su represión está, al menos en primera instancia, en manos de autoridades administrativas. En Alemania, se ha separado de manera radical las infracciones penales (crímenes y delitos) de las contravenciones o infracciones a las prescripciones de orden (*Ordnungswidrigkeiten*). Estas últimas sólo son sancionadas con una sanción pecuniaria administrativa (*Geldbusse*) y no con la pena de multa (*Geldstrafe*). Esta tentativa interesante de descriminalización de las infracciones menos graves se basa, fundamentalmente, en una simple diferencia de grado de la reprobación que ellas suscitan, no en una verdadera diferencia de fondo.

- 68 La tarea de reprimir las infracciones penales menores ha sido confiada a las autoridades administrativas con la finalidad de aliviar la carga de las autoridades judiciales. La Corte Europea de derechos humanos ha admitido esta práctica sin dificultad. Pero ha estatuido que la persona perseguida debe tener la posibilidad de recurrir contra la decisión penal de la autoridad administrativa ante un órgano jurisdiccional competente para resolver litigios en base a normas jurídicas y a un proceso debido. Es decir, debe tratarse de un tribunal imparcial, independiente y capaz de controlar la determinación de los hechos y la aplicación del derecho (art. 6 § 1 Convención europea de derechos humanos).

C. Derecho penal administrativo

- 69 El Estado moderno se caracteriza por una estructura administrativa bastante compleja y desarrollada. Esto se explica por la intervención, a pesar de la actual tendencia hacia el liberalismo, importante en la vida social y económica de la comunidad. El Estado busca promover el bienestar de su población, reglamentar la actividad en diversos aspectos de la vida comunitaria, mantener el orden social (público, comercial, fiscal ...). Para alcanzar estos objetivos, establece normas particulares y refuerza su eficacia mediante sanciones para las personas que no las respeten.
- 70 La expresión derecho penal administrativo designa el conjunto de normas contenidas en las leyes administrativas que prevén sanciones penales. En razón del fin específico de estas normas, una distinción debe hacerse entre, de un lado, el derecho penal administrativo que busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la administración y, de otro lado, el derecho penal ordinario que tiene por misión proteger los valores y los bienes fundamentales de las personas. Sin embargo, es difícil clasificar los normas jurídicas según su pertenencia al derecho penal administrativo o al derecho penal ordinario, debido al desborde del primero en dominios propios del segundo. Este fenómeno se explica por la índole de los comporta-

mientos incriminados y la importancia de las sanciones. La doctrina acepta, cada vez más, que se trata de una diferencia de grado: gravedad del ataque, severidad de la sanción, magnitud del daño, etc. Esta concepción es criticada en la medida en que se deja en manos del legislador el poder de insertar libremente una norma jurídica en uno u otro derecho.

D. Derecho disciplinario

- 71 Las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas por agrupaciones particulares de la parte de sus miembros. Ellas suponen, como consecuencia, una relación jurídica específica y conciernen, por tanto, sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción como acontece con las normas jurídicas ordinarias. Las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos los miembros de las agrupaciones indicadas. Dos grandes grupos deben distinguirse en este ámbito: de una parte, el derecho disciplinario de las profesiones liberales (abogados, médicos, etc.) y el derecho disciplinario "estatal" que supone una relación de derecho administrativo especial (funcionarios, militares, partes en un proceso, etc.).
- 72 Se ha discutido mucho, en doctrina, sobre si la sanción disciplinaria constituye una medida administrativa (se habla más de medidas disciplinarias que de penas disciplinarias) o una sanción penal.
- 73 Actualmente, raro es el que niega el carácter incompleto del derecho disciplinario. Así, se admite que las infracciones disciplinarias no deben ser definidas en la ley de manera específica, sino mediante cláusulas generales y, por tanto, no estarían sometidas al principio de la legalidad. El derecho disciplinario debería apegarse a los principios tradicionales del derecho administrativo, como los de la oportunidad y de la proporcionalidad. Además, la acumulación de sanciones disciplinarias y penales estaría autorizada por no aplicación del principio *ne bis in idem*.

- 74 Estos criterios deben ser restringidos. Si bien es cierto que, en cierta medida, no debe aplicarse rígidamente la primera parte del principio de legalidad (no hay infracción sin ley expresa), debe respetarse de manera estricta su segunda parte: no hay sanción sin ley previa. También debe exigirse el respeto del principio de la culpabilidad. Como consecuencia, no debe asimilarse demasiado el derecho disciplinario al derecho administrativo.

Capítulo 2

Política criminal, criminología y dogmática penal

§ 1. Política criminal

- 75 Una de las funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. En la medida de lo posible, debe tratar de solucionar los conflictos y tensiones sociales o individuales para que la vida social sea estable y fecunda. Esta labor la cumple en un contexto social y político en el que tiene su origen y se desarrolla. No se trata de una actividad neutra o imparcial.
- 76 El poder coercitivo, concretado sobre todo en las sanciones, constituye uno de los medios de que dispone el Estado para alcanzar tal objetivo. En base a dicho poder, se organiza un sistema formalizado y específico, denominado sistema de justicia penal. Este sistema está compuesto, de un lado, tanto por un conjunto de normas que prevén los comportamientos delictuosos y las sanciones aplicables, como por disposiciones que regulan el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar dichas sanciones y, de otro lado, por una red de órganos encargados de hacer respetar y de aplicar dichas normas penales. Por ejemplo, la policía, el Ministerio Público, tribunales, servicios de ejecución de penas. El derecho penal

- 74 Estos criterios deben ser restringidos. Si bien es cierto que, en cierta medida, no debe aplicarse rígidamente la primera parte del principio de legalidad (no hay infracción sin ley expresa), debe respetarse de manera estricta su segunda parte: no hay sanción sin ley previa. También debe exigirse el respeto del principio de la culpabilidad. Como consecuencia, no debe asimilarse demasiado el derecho disciplinario al derecho administrativo.

Capítulo 2

Política criminal, criminología y dogmática penal

§ 1. Política criminal

- 75 Una de las funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. En la medida de lo posible, debe tratar de solucionar los conflictos y tensiones sociales o individuales para que la vida social sea estable y fecunda. Esta labor la cumple en un contexto social y político en el que tiene su origen y se desarrolla. No se trata de una actividad neutra o imparcial.
- 76 El poder coercitivo, concretado sobre todo en las sanciones, constituye uno de los medios de que dispone el Estado para alcanzar tal objetivo. En base a dicho poder, se organiza un sistema formalizado y específico, denominado sistema de justicia penal. Este sistema está compuesto, de un lado, tanto por un conjunto de normas que prevén los comportamientos delictuosos y las sanciones aplicables, como por disposiciones que regulan el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar dichas sanciones y, de otro lado, por una red de órganos encargados de hacer respetar y de aplicar dichas normas penales. Por ejemplo, la policía, el Ministerio Público, tribunales, servicios de ejecución de penas. El derecho penal

desempeña así un papel importante en la organización y la determinación de las relaciones sociales, en el interior del llamado control social. No sólo limita la libertad de los individuos, también crea las condiciones necesarias para que éstos desarrollen su personalidad y lleven a cabo sus proyectos de vida.

- 77 El control social es una expresión concreta de la política general del Estado. Uno de los aspectos de esta política es, precisamente, la política criminal. Esta política plantea los criterios básicos del sistema de justicia penal. Toda reacción estatal dirigida a evitar comportamientos delictuosos o a suprimir ciertas situaciones criminógenas no forma parte, necesariamente, de la política criminal. Si bien ésta goza de una cierta autonomía en el marco de la política estatal, se integra en una perspectiva más vasta de la política social. Una buena política social constituye, sin duda, una condición indispensable para organizar y desarrollar una política criminal eficaz.
- 78 El ámbito social abarcado por la política criminal no constituye sin embargo un dato objetivo. Las nociones de delincuencia, crimen o criminal son el resultado de discusiones sobre criterios de política criminal. Criterios que condicionan la determinación de los comportamientos que deben ser criminalizados. En efecto, no hay comportamiento que sea delictuoso en sí. Su calificación como tal varía según el lugar y el tiempo en que es cometido.
- 79 Para planificar la política criminal de manera más o menos racional, es indispensable profundizar las investigaciones tendientes a establecer las características y la amplitud del fenómeno delictivo. Si se saca provecho de estas investigaciones, la reacción organizada de la colectividad dejará de ser espontánea, incoherente y motivada sólo por la satisfacción de impulsiones instintivas de la opinión pública.
- 80 La política criminal está estrechamente relacionada, de una parte, con la criminología y, de otra, con la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología como disciplina que estudia el delito, el delincuente y la reacción social ante la delincuencia, la actividad del Estado para enfrentar este fenómeno se inspiraba en la concepción

penal fundada sobre la culpabilidad y la retribución. La pena era así considerada como el único medio para disuadir a las personas de cometer infracciones y, una vez cometidas, para restablecer el orden perturbado. Con el positivismo italiano, que está en el origen de la criminología y constituye un fruto del desarrollo de las ciencias naturales en el siglo XIX, la negación del principio de la culpabilidad y de la pena retributiva provocó una renovación del discurso y de la práctica del Estado en relación con la delincuencia.

- 81 La criminología, nacida de este movimiento positivista, impulsó las investigaciones dirigidas a individualizar, a nivel biológico, psicológico o sociológico, la causa de la criminalidad. La actividad del Estado debe pues estar orientada a neutralizar los factores criminógenos, mediante procesos de tratamiento, reeducación, resocialización del delincuente. De manera bastante esquemática, se puede distinguir dos tendencias en este movimiento de ideas. El primero es el movimiento desencadenado, en Alemania, por los trabajos de Franz von Liszt y cuyas ideas principales han sido retomadas y desarrolladas, especialmente, por Claus Roxin. La segunda tendencia, más influenciada por el positivismo, es la de la nueva defensa social propuesta, en Francia, por Marc Ancel.
- 82 En oposición a estas concepciones que consideran, de un lado, como objetos de estudio de la criminología al delito y al delincuente y, de otro, como el fin de la política criminal la desaparición de las causas criminógenas, un movimiento de ideas reciente busca cambiar estas hipótesis que están en la base de los criterios de política criminal predominantes.
- 83 Partiendo de la idea de que el delincuente y el crimen sólo constituyen creaciones del sistema penal, se afirma que la criminología debe ocuparse del análisis del proceso de criminalización y que la política criminal debe tratar de limitar el poder punitivo así como sus efectos perversos. La pena y las medidas de seguridad son únicamente medios al servicio de este proceso que debe ser desmantelado. Sin embargo, los partidarios de esta concepción, denominada de la criminología crítica o radical, no han logrado

todavía elaborar directivas pragmáticas de política criminal. No obstante, sus ideas tienen una influencia positiva en el debate sobre la manera de organizar un sistema de control social eficaz y los medios necesarios para alcanzar este objetivo. Desde hace algunos años, en materia de política criminal y de criminología, se ha estudiado seriamente la problemática de las mujeres en la justicia penal. Mediante sus trabajos, los movimientos feministas ponen en evidencia "la manera como los intereses de las mujeres, consideradas como género, han sido descuidados y ocultados". Sus investigaciones han abierto nuevas perspectivas en los análisis de la criminología y de la política criminal. Seguramente, tendrán también consecuencias importantes en materia de justicia penal.

- 84 Las reformas penales de los últimos decenios han sido marcadas por los estudios y las discusiones dirigidas a circunscribir la estrategia a adoptar frente a la delincuencia. La reforma del Código penal alemán constituye un buen ejemplo. El factor decisivo fue el proyecto alternativo elaborado esencialmente sobre la base de criterios de política criminal y sin prestar gran atención a cuestiones de orden dogmático.
- 85 Si nuevas formas de criminalidad exigen una severa reacción penal, la tendencia predominante se caracteriza, sobre todo, por el apego mesurado al derecho penal y, en particular, a las penas privativas de libertad como medios de control social. Además, para contrarrestar los efectos negativos del derecho penal, se hacen esfuerzos para brindar a los condenados una asistencia social eficaz y tomar en consideración los intereses de las víctimas. Un aspecto importante de esta tendencia radica en el hecho de considerar a la multa como la pena principal del sistema de sanciones; el mismo que debe ser completado por nuevas formas de sanción en substitución de las penas privativas de libertad.
- 86 La situación en Guatemala es bastante interesante en la actualidad en razón de la transición que se vive del periodo de guerra civil, que duró varias décadas, a uno de coexistencia pacífica. Este largo conflicto armado interno ha marcado a todos los sectores sociales con su

carácter violento. De un lado, los delitos más graves se caracterizan por la violencia con que son cometidos. Entre estos destacan los delitos de homicidio, secuestro, robo, lesiones graves, muchas veces cometidos en el contexto de tráfico de drogas y corrupción. De otro lado, la reacción, primero, estatal que se distingue en especial por la severidad de las penas y un sistema policial y penitenciario marcadamente represivo. En el medio, se da la reacción de las personas en general y, en particular, de las víctimas. Reacción que se manifiesta por una exigencia de severidad cada vez más grande y por la tendencia a hacerse justicia por propia mano. Esto está estrechamente relacionado con el sentimiento de inseguridad existente y por el convencimiento de que la impunidad impera no sólo respecto de los delitos cometidos por los miembros de los sectores privilegiados y de los que detentan el poder, sino también en el caso de delitos menos graves cometidos por cualquier persona. Este sentimiento se funda, sobre todo, en la ineficacia del sistema de control penal.

- 87 Para evitar que los miembros de las diferentes capas sociales se sientan desprotegidos frente al fenómeno delictivo, es indispensable que el Estado, mediante las reformas legislativas, no dé la sensación, tanto a nivel legislativo como del control efectivo, de que abandona el terreno en favor de los delincuentes. La reacción social debe ser planteada dentro de un plan general de medidas de política criminal que responda de manera global y coherente a las expectativas de protección de la sociedad.
- 88 El plan general debe comprender tanto medidas de carácter social como de índole legal. Si bien debe inspirarse en el criterio de que no hay medio más eficaz de política criminal que una política social y económica eficiente, no debe descuidar las medidas concretas de naturaleza penal. Las mismas que constituyen el último medio para contrarrestar la delincuencia y muchas veces, en sociedades como las nuestras, las más directamente percibidas por las víctimas como la realización de la justicia.

- 89 A nivel del sistema de control penal es de considerar los mecanismos de control indirectos y los de orden formal. Entre los primeros, deben ser mejorados los programas, por ejemplo, de educación, de aumento de la calidad de vida, de reforzamiento de los derechos humanos, de reconocimiento del pluriculturalismo. No porque se considere que disminuyendo la pobreza, la ignorancia y la desigualdad se reducirá necesariamente la delincuencia, sino porque tales cambios podrían, al menos y entre otros efectos, atenuar la tendencia a pensar que la solución al problema de la delincuencia es una represión cada vez más severa.
- 90 En el nivel formal, la consolidación de los órganos encargados del control penal directo es un aspecto indispensable. Sin instituciones eficaces y sin funcionarios conscientes de su poder social y político (en el sentido no partidista), la mejor legislación resultará ineficaz. Así, un Organismo Judicial que no asuma su responsabilidad de verdadero poder del Estado no podrá actuar de manera independiente en el marco de relaciones con los demás poderes.
- 91 En el ámbito de la legislación, debe tenerse en cuenta que las reformas deben ser coordinadas y pragmáticas. No es racional llevar adelante una reforma liberal del derecho procesal penal y conservar un Código Penal represivo. Establecer en el primero, por ejemplo, un amplio criterio de oportunidad de la persecución penal y, en el segundo, aumentar el número de comportamientos delictuosos y agravar las sanciones. No se puede hacer depender la represión de la intervención de las víctimas en un número cada vez mayor de delitos y, al mismo tiempo, no mejorar el acceso a la justicia ni prever respuestas penales alternativas. Resulta inconveniente pretender reforzar un sistema procesal equitativo y fomentar la utilización del derecho penal como medio expeditivo para resolver los problemas planteados por la ocupación de tierras, tratándolos ampliamente como casos de usurpación sin considerar que pueden constituir asuntos de orden civil. Es así mismo contraproducente tratar de combatir el grave problema de los secuestros violando el principio de legalidad (en el art. 201, no se dice en qué consiste el plagio o secuestro) y

estableciendo penas extremadamente severas. Situación que se agrava cuando se recurre a medios y procedimientos extrajudiciales y expeditivos.

- 92 De modo que no se trata de reprimir más severamente, sino de reprimir de manera adecuada y eficaz. Con este objeto, deben preverse medidas sustitutivas o alternativas de las penas privativas de corta y mediana duración. Penas que evitarían, por ejemplo, la sobrepoblación en los establecimientos penales; pero que constituirían al mismo tiempo respuestas que no sean percibidas como equivalentes a la impunidad. De acuerdo con la naturaleza de los delitos, podrían considerarse como sanciones el trabajo en favor de la comunidad, el retiro del permiso de conducir, la reparación forzada del daño producido. Y en ciertos casos, la conciliación entre las partes como solución del conflicto (hace tiempo previsto en algunas legislaciones para los delitos perseguibles a iniciativa privada y delitos de poca gravedad). En esta perspectiva, debería también considerarse la posibilidad de utilizar, en los casos que las conciernen, algunas de las respuestas que dan las comunidades nativas, siempre y cuando sean conformes a los derechos humanos.

§ 2. Criminología

- 93 La evolución de la política criminal nos ha mostrado ciertas direcciones tomadas por la criminología. Se trata sin embargo de una disciplina que recurre a otras disciplinas científicas como la biología, la antropología, la psicología, el psicoanálisis, la sociología. No obstante ser una ciencia relativamente joven, puesto que aparece a fines del siglo XIX ha dado lugar a numerosas publicaciones. Nos limitaremos a presentar algunos aspectos para destacar la importancia de la perspectiva criminológica en materia de derecho penal y de política criminal.
- 94 En sus orígenes y hasta hace poco, la criminología era concebida, sobre todo, como el análisis de la delincuencia como fenómeno

individual y social. Actualmente, el control social y los órganos encargados de este control han substituido al delincuente y al comportamiento delictivo como objeto de estudio de la criminología. Esta no se orienta más a buscar el origen de la criminalidad, sino a estudiar la reacción social que condiciona la delincuencia de las personas y la incriminación de los comportamientos. Así se puede distinguir dos orientaciones. La criminología tradicional, orientada al delincuente y a su comportamiento, y la criminología de la reacción social, mucho más reciente y preocupada del estudio del fenómeno de la criminalidad.

- 95 La criminología tradicional surge con el positivismo italiano; en éste se dan las principales orientaciones de investigación sobre el delincuente: teorías antropológicas, biológicas, psicológicas y sociológicas.
- 96 Según Lombroso, médico de formación, la delincuencia es un fenómeno atávico, producto de la degeneración biológica y el delincuente constituye una especie humana particular: el criminal atávico. Aun cuando Lombroso mediatizó su concepción recurriendo a criterios psicológicos o sociológicos, su explicación permaneció firme en sus bases biológicas y antropológicas.
- 97 Los esfuerzos realizados posteriormente por descubrir las causas biológicas o antropológicas de la delincuencia han fracasado. En los años treinta, se hicieron estudios sobre el comportamiento de mellizos comparando los casos de mellizos univitelinos y bivitelinos. El objetivo era de comprobar si existía una tendencia innata hacia la criminalidad. Si este era el caso, debía producirse un comportamiento delictuoso similar en relación con los mellizos univitelinos y, por el contrario, diferente en cuanto a los mellizos bivitelinos. De esta manera, se trataba de dar un paso más allá que el practicado por las investigaciones de orden anatómico y las referentes a la morfología y al carácter. Los resultados no fueron positivos. Sin embargo, la tesis de la herencia criminal no fue la única hipótesis excesiva y ambiciosa en este ámbito. Vale la pena citar el caso de las investigaciones efectuadas sobre las aberraciones cromosómicas. Se creyó

encontrar en el cromosoma suplementario "Y" la causa del comportamiento delictuoso violento.

- 98 Los criterios biológicos son bastante discutibles. El delito no puede ser observado como un fenómeno aislado. La constitución física del individuo y su personalidad están condicionados por diversos factores externos. Sin embargo es de tener en cuenta que dichos criterios desempeñan un papel importante en la medida en que influyen en la creencia popular de que el delincuente es reconocible por su aspecto exterior. Prejuicio que, a veces, llega a tener cierta influencia en la política criminal que más se preocupa en calmar los temores de la opinión pública.

1 Otro positivista italiano realizó los primeros estudios sociológicos de la delincuencia. Se trata de Enrico Ferri, quien se interesó de manera particular en los factores sociales para explicar la delincuencia. Preconizó la idea de la "responsabilidad social" del delincuente en detrimento de la noción de responsabilidad penal o moral. Según él, el delincuente es responsable por el simple hecho de vivir en sociedad. Sobre estas bases, propuso la utilización de "substitutos penales"; concebidos como medidas preventivas destinadas a dificultar el desarrollo de la criminalidad (un pequeño ejemplo es el alumbrado de las calles oscuras para evitar los ataques a las personas).

- 99 Esta orientación sociológica ha sido perfeccionada de manera seria y compleja por estudiosos como Sutherland, Cohen, Merton y otros.
- 100 Según la teoría de la "asociación diferencial" del criminólogo americano Sutherland, el comportamiento delictuoso es un comportamiento aprendido. Las posibilidades de que una persona se transforme en delincuente estarían en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de los diversos contactos que ha tenido con otros delincuentes. Los mismos que consideran este comportamiento como normal. La formación criminal por la vía de la asociación se adquiere tanto por la imitación como por otros mecanismos inherentes a toda formación o aprendizaje.

-
- 101 Para Albert K. Cohen, el comportamiento delictuoso se origina y se desarrolla en el interior de una "subcultura criminal". Los grupos de delincuentes producen valores y normas propias opuestas a las normas de la cultura predominante. Según este autor, la estructura social provoca una reacción de este tipo en los grupos de jóvenes delincuentes, quienes actúan generalmente sin fines económicos. Cometan delitos más bien para obtener una cierta posición social. Así, desarrollan su propia cultura, relativamente autónoma con respecto a la dominante. Lo hacen para alcanzar un *status* entre ellos mismos. La oposición no es sólo negativa por cuanto supone la elaboración de "modelos paralelos" de conducta. El acto delictuoso constituye entonces una alternativa y no sólo una desviación de los comportamientos considerados conformes al sistema.
- 102 Conviene citar, por último, la concepción de la anomia social elaborada, en principio, por Durkheim y Parson; luego desarrollada por Robert K. Merton. Este último afirma que el comportamiento delictuoso está condicionado porque la sociedad no brinda a ciertos individuos los medios legales necesarios para alcanzar el bienestar material ofrecido por ella misma. En su opinión, las civilizaciones occidentales buscan alcanzar el bienestar material, pero todos no tienen las mismas posibilidades de lograrlo, los pobres son miembros degradados de esta sociedad. La separación existente entre los objetivos propuestos y los medios legítimos ofrecidos para conseguirlos constituye la denominada anomia. Esta situación conduce a ciertas personas a escoger los medios ilegítimos para alcanzar dichos fines.
- 103 Desde la perspectiva de las funciones sociales de la conducta divergente, abierta por Durkheim, se ha buscado, igualmente, explicar el hecho de que se reprime, de modo relativamente constante y selectivo, a un cierto sector de personas por la necesidad de preservar la estabilidad del grupo social mediante el mantenimiento de ciertas reglas. Esta idea es conocida como la tesis relativa al "chivo expiatorio", basada en estudios de orden etnológico.

- 104 Han sido los criterios sociológicos los que más acogida han tenido en la explicación del fenómeno de la delincuencia. Sin embargo, no ofrecen una explicación homogénea y satisfactoria del delito. Son diversas las causas propuestas para lograr su comprensión, olvidando que la respuesta no puede ser unilateral. Pero es de recordar que las concepciones sociológicas no buscan dar al delincuente individual una justificación de su conducta. Buscan más bien explicar el fenómeno social de la criminalidad y facilitar así la comprensión de los casos particulares.
- 105 Una pregunta permanecía abierta luego de las explicaciones biológicas y sociológicas. El saber por qué, en el interior de un grupo de individuos sometidos al mismo condicionamiento social o biológico, sólo algunos de ellos devenían delincuentes.
- 106 Han sido los psicólogos los que han tratado de ayudar a explicar este hecho. Lo hacen tratando de comprender por qué la adaptación social del delincuente no tiene lugar como sucede con los demás individuos. Entre ellos existen diversas tendencias. Los partidarios del psicoanálisis, partiendo de las ideas de Freud, Jung y Adler, destacan la importancia de los conflictos afectivos y del desarrollo sexual causante de traumas que originan complejos (por ejemplo, el complejo de Edipo). Los mismos que pueden conducir hacia la delincuencia. Como complemento a estas explicaciones demasiado unilaterales, se han planteado otras de orden psicosocial y psicofisiológico; por ejemplo, la teoría de la no adaptación de Olaf Kinberg, de la constitución delincencial de Benigno di Tullio, de los conflictos de cultura de Thorston Sellin, la ecológica de Shaw y Mc Kay, etc. De esta manera, la criminología tradicional ha evolucionado hacia una síntesis de las corrientes biológicas, antropológicas, sociológicas y psicológicas.
- 107 La búsqueda de las causas del delito en la persona del delincuente (concepciones biológicas o psicológicas) o en las circunstancias sociales que han condicionado su vida (concepciones sociológicas o psicosociológicas), presupone la seguridad de que es posible trazar un límite entre delincuentes y no delincuentes. La identificación de la

persona delincuente o del grupo delincuente resulta necesaria. Los estudios sociológicos y criminológicos sobre las "cifras negras" de la delincuencia han puesto en duda la posibilidad de establecer con certeza dicho límite. Un número importante de delitos permanece desconocido. Sobre estas bases se han desarrollado nuevas teorías sociológicas. Las mismas que abandonan el estudio de la personalidad del delincuente y, así mismo, de los mecanismos sociales de paso al acto criminal, para preocuparse sobre todo del fenómeno de la reacción social ante la delincuencia. Los ejes principales de estas investigaciones son las concepciones del *labeling approach* y de la "criminología radical".

- 108 Para los defensores del *labeling approach*, llamado también teoría de la estigmatización o del etiquetamiento, la delincuencia o, de manera más general, el comportamiento desviado, constituye el resultado del papel que juega el derecho penal y los órganos encargados de la represión tanto en la formulación de las prohibiciones sociales como en la regulación de la violación de las reglas preestablecidas. El delincuente deviene, mediante el proceso de estigmatización practicado por los órganos encargados de la represión, un estereotipo resultante del fenómeno de la criminalización; fenómeno que es creación del orden social. Si se llevan estos criterios hasta sus últimas consecuencias, se concluye en la abolición del derecho penal. Abolición preconizada, en particular, por Louk Hulsman, quien propone remplazar la idea de delito por la de "situación problema".
- 109 La criminología crítica surge en el contexto de las luchas políticas que tuvieron lugar en los Estados Unidos en los años 60 y 70 (lucha contra la discriminación racial, la guerra del Vietnam, protestas estudiantiles y movimientos feministas) y bajo fuerte influencia del neo marxismo anglosajón. Sus partidarios consideran que el comportamiento delictuoso muy frecuente en las capas sociales menos favorecidas es un rechazo a la organización social implantada por las clases dirigentes y mantenida por el sistema penal. Como

consecuencia, plantea la supresión de este sistema y su substitución por una nueva escala de valores.

- 110 Las teorías de la reacción social proponen de manera positiva la necesidad de situar al delito o al comportamiento desviado en su contexto de interacciones sociales. Difícil resulta, por el contrario, aceptar sus propuestas de abandonar las investigaciones realizadas por la criminología tradicional y renunciar al sistema penal. Si es verdad que el delincuente y el delito sólo pueden ser determinados mediante los hechos y las normas legales, es inaceptable la afirmación de que una persona sólo puede ser identificada como delincuente por la acción de las instancias de control social. El comportamiento desviado, desde una perspectiva formal, es efectivamente una creación social. Sin embargo, esta creación no es arbitraria; está basada en nociones tales como la de bien jurídico para la determinación de los comportamientos delictuosos.
- 111 Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la criminalidad, las "cifras negras de la criminalidad" serían inconcebibles. Los actos no descubiertos no merecerían la calificación de "delictuosos" y los autores desconocidos no deberían ser calificados de "criminales" si no han sido etiquetados por los órganos de control social. La concepción de la estigmatización tiende a anular el argumento crítico que ella misma expresó contra las teorías biológicas, psicológicas y sociológicas, consistente en denunciar la ausencia de un objeto preciso de análisis. Los estudios criminológicos deben comprender, con el apoyo del método comparativo, todos los aspectos de la delincuencia. Es decir, tanto las circunstancias sociales y personales que condicionan su surgimiento, como los medios penales utilizados para combatirla y los efectos de la utilización de estos medios sobre el sistema penal.
- 112 La delincuencia y el delincuente son fenómenos reales de difícil delimitación mediante criterios unívocos. Sin embargo, sería demasiado ingenuo ignorar el efecto estigmatizante del sistema penal. La elaboración de una política criminal eficaz y el desarrollo de un derecho penal conforme a la dignidad de la persona suponen tomar

en cuenta, de manera crítica y coherente, los resultados obtenidos en la criminología. Existe una relación estrecha y una integración recíproca entre el derecho penal y la criminología. Los resultados de los estudios criminológicos deben ser utilizados en la elaboración del derecho penal. Las leyes penales proporcionan el punto de partida de dichos estudios en la medida en que a partir de la aplicación de estas leyes los criminólogos pueden estudiar la delincuencia y los delincuentes. En el marco de la política criminal, se debe tratar de armonizar las exigencias del derecho penal y de la criminología. Una respuesta eficaz contra la delincuencia sólo es posible mediante su conocimiento serio. De acuerdo con Marc Ancel, es de afirmar que "el problema no consiste, como lo han creído algunos espíritus simples, en la supresión del derecho penal o en la subordinación absoluta del jurista al criminólogo, sino en una utilización racional en el ámbito jurídico de los diferentes aportes de la ciencia de la criminología".

§ 3. Dogmática penal

- 113 El carácter científico de la dogmática jurídica o "ciencia jurídica" es un problema que suscita aún viva discusión.
- 114 Los juristas están generalmente convencidos de que su actividad - estudiar el derecho para hacer más fácil su aplicación - es una actividad de carácter científico. En sus escritos, se refieren con frecuencia a la ciencia jurídica o dogmática jurídica y a la doctrina o jurisprudencia.
- 115 En Alemania Federal y en los países fuertemente influenciados por el pensamiento jurídico germánico (por ejemplo, España y la gran mayoría de países latinoamericanos), se emplea, con frecuencia, la expresión "dogmática jurídica" en un sentido positivo. Esta expresión es sinónimo de ciencia. En Francia, por tradición, se utiliza raramente el término "dogmática" para designar los trabajos consagrados a

exponer e interpretar el derecho. Suponiendo el carácter científico de dichos trabajos, se prefiere hablar de doctrina o ciencia.

- 116 Al término dogmática se le da igualmente una connotación peyorativa. Con este objeto y en base a los aportes hechos por las ciencias sociales, se niega el carácter científico al estudio del derecho por parte de los juristas. Se les reprocha su "dogmatismo", su incapacidad para elaborar un sistema susceptible de tener en cuenta los factores sociales e, igualmente, su ineptitud para evitar el formalismo tautológico. Su actividad se distinguiría por la elaboración de análisis extremadamente teóricos con pretensión de formular verdades absolutas. Calificar, como consecuencia, a un jurista o al resultado de su trabajo de dogmático constituye un juicio de valor negativo.
- 117 El empleo del término dogmática para aludir, a veces, al carácter científico de la actividad de los juristas y, otras veces, para negarle dicho carácter, no es siempre el resultado de una reflexión previa. Mediante esta palabra, se puede designar a una manera especial de razonar o al objeto materia del análisis: el dogma. Además, éste es comprendido ya sea como la expresión de una idea verdadera o ya sea como la declaración formulada por una autoridad.
- 118 El cuestionar la ciencia del derecho (dogmática jurídica) no es sin embargo de naturaleza puramente lingüística. Por esta vía, se llega a discutir los fundamentos mismos de la actividad de los juristas y la importancia de su función social. Esto permite comprender más fácilmente el aferramiento de los juristas en defender el carácter científico de sus trabajos.
- 119 Si se consideran las críticas expresadas, con más frecuencia, contra la dogmática, se observa que están dirigidas contra ciertos aspectos de la llamada dogmática tradicional. Esperando no caricaturizarla, señalemos resumidamente las notas que se le atribuyen.
- 120 Primero, concebir el derecho como un sistema perfecto que proporciona soluciones o respuestas a todos los casos jurídicos imaginables.

-
- 121 Segundo, admitir que la ley adquiere - una vez dictada - vida autónoma y que su significado evoluciona de acuerdo con los cambios sociales.
- 122 Tercero, considerar como función de los juristas - científicos del derecho - la de describir y fijar esta evolución.
- 123 Cuarto, reconocer que la misión del juez o del comentarista se limita a descubrir el sentido de la regla general que será aplicada al caso concreto.
- 124 Según esta concepción, los juristas realizan, mediante los métodos propios a su actividad científica, una abstracción de primer nivel; es decir, a partir del material de base - constituido por las normas legales - formulan conceptos jurídicos claros y ciertos. Luego, utilizan estos conceptos para elaborar abstracciones de un nivel superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, formado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Además y debido a la complejidad de la aplicación de la regla al caso concreto, deben proceder a la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos jurídicos que forman parte de todo el orden jurídico. Dicho de otra manera, el juez o el intérprete debe ser capaz de sintetizar los elementos ofrecidos por el orden jurídico.
- 125 El método dogmático es concebido como un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los "dogmas", punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción, con la ayuda del razonamiento "lógico-deductivo", de los conceptos y principios implícitos en los "dogmas" y, por último, formulación de un sistema completo y coherente.
- 126 La pregunta que se plantea es saber si la actividad intelectual de los penalistas que les ha permitido, por ejemplo, elaborar la teoría del delito (estimada como ejemplar) corresponde a la actividad que describimos, inicialmente, como "dogmática tradicional".
- 127 Para responder a esta interrogante se ha distinguido entre "buena dogmática" y "mala dogmática". Esta última estaría estrechamente

vinculada a las ideas conceptualistas que se caracterizan por su autoritarismo intelectual, su formalismo lógico y su pretendido neutralismo axiológico. La buena dogmática sería la "dogmática crítica", abierta a las ciencias sociales y a todo debate de naturaleza axiológica.

- 128 La tentativa de distinguir estas dos clases de dogmática no ha tenido éxito. Aceptar la definición de "buena dogmática" implicaría creer, según Meyer-Cording, que existe una "dogmática no dogmática". Y que deberíamos declarar sin tapujos que "la dogmática tradicional está muerta".
- 129 Sería ingenuo afirmar que todos los penalistas han aceptado o aceptan, incondicionalmente, la idea tradicional de la dogmática. Es posible sin embargo admitir que su herencia está aún presente. Asumiendo el riesgo de caer en una excesiva simplificación, podemos decir que es fácil percibir su supervivencia en las convicciones siguientes: primero, la doctrina jurídica no tiene otra función que la de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el derecho positivo. Segundo, los conceptos jurídicos tienen una significación "realista", es decir que corresponden a las estructuras de lo real. Tercero, los juristas describen el derecho positivo en vigor de modo objetivo y axiológicamente neutro.
- 130 El refinamiento alcanzado en la elaboración de "teorías" y la manera como son modificadas, permiten interrogarse nuevamente sobre la función de la ley. ¿Es ésta la fuente de donde emana la doctrina o, por el contrario, no es sino la fuente alimentada por la doctrina? Entre nosotros, como importadores de concepciones doctrinales extranjeras, se discute en primer lugar a nivel teórico sobre la corrección o inexactitud de las teorías o ideas y, luego, se dirige la mirada a la ley para encontrar los elementos que permiten justificar la opción teórica adoptada.
- 131 Esta no es, sin embargo, la idea que se tiene, generalmente, del proceder de los juristas dogmáticos. Este consistiría, primero, en revelar las concepciones y los criterios teóricos contenidos

implícitamente en las normas legales; en seguida, analizarlos y, por último, organizarlos en un sistema completo y jerarquizado. Según Zweigert, la idea implícita en esta imagen de la dogmática sería la de creer que es posible, a partir de los dogmas y mediante el auxilio de la lógica, deducir soluciones para los casos concretos. De un lado, la sistematización de las normas y de los dogmas y, del otro, la elaboración de conceptos y de teorías - cada vez más sutiles - permitirían hacer del derecho un sistema cuya aplicación sería más precisa y previsible.

- 132 Si se desea comprender bien esta concepción de la dogmática, no es de descuidar el problema de su carácter científico. Recordemos que éste ha sido negado desde un punto de vista racionalista (su objeto de estudio no es ni permanente ni universal y su método no es el deductivo) y desde una perspectiva positivista (su método no es el experimental).
- 133 Los juristas, al hacer depender tanto la importancia de sus trabajos del reconocimiento de su carácter científico, llegan al extremo de dar una nueva definición de la ciencia para que pueda comprender a la dogmática. Así, por ejemplo, Larenz estima que "la ciencia del derecho es, en efecto, una ciencia (y no sólo una tecnología, aunque también sea esto) porque ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racionalmente comprobable".
- 134 Sí tenemos en cuenta el carácter ambiguo del término ciencia y sí se admite que las diversas definiciones formuladas son definiciones persuasivas, no es difícil - considerada la importancia social que tiene la dogmática - reconocerle una dimensión científica.
- 135 Mucho más importante es, en nuestra opinión, determinar en qué consiste la real actividad de los juristas; es decir, establecer cuáles son las intenciones y los fines que se ocultan detrás de las declaraciones que hacen a propósito de su propia actividad.
- 136 Mediante la descripción de la actividad de los penalistas, hemos podido constatar que sus investigaciones jurídicas corresponden poco al pensamiento dogmático tradicional. Las normas jurídicas no son

más examinadas como dogmas. Los principios jurídicos son también discutidos.

- 137 En sus trabajos, los juristas se apoyan, cada vez con más frecuencia, en las ciencias humanas y sociales, cuando la ley misma lo requiere o cuando es necesario hacerlo para completarla o precisarla. Su quehacer no se limita pues a la simple elaboración, por abstracción y a partir de las normas legales, de conceptos y principios generales.
- 138 El sistema concebido de esta manera no es más un sistema hermético y completo. Se admite que este sistema no ofrece siempre, implícita o explícitamente, una solución normativa a todo problema jurídico. Las lagunas existen y es indispensable completarlas.
- 139 Para alcanzar estos objetivos, los teóricos recurren, consciente o inconscientemente, a criterios axiológicos. En derecho penal, esto se debe a que se trata de establecer las condiciones en las que el Estado puede ejercer su poder punitivo.
- 140 Para mejor abordar el debate sobre la dogmática, es de considerar, primero, la realidad de las normas jurídicas y el papel que desempeñan orientando y previendo el comportamiento de las personas. Segundo, aceptar que el método de abstracciones se ha impuesto progresivamente con el fin de racionalizar la actividad jurídica. Tercero, admitir el aspecto positivo de la dogmática - reconocido por todos, aún por sus críticos más severos - consistente en proporcionar a los jueces, los más interesados, un sistema de soluciones jurídicas más coherente que el establecido por el legislador.
- 141 Sin pretender presentar la solución ideal, se puede clarificar aún más el debate tomando conciencia del factor que permite cuestionar la dogmática. Este debe ser buscado en la ambigüedad de propósitos de los penalistas que dicen describir de manera objetiva y axiológica imparcial el derecho positivo (función oficial, confesada); pero que reconstruyen el sistema legal eliminando sus imprecisiones (función oficiosa, simulada). Este conflicto no puede ser superado, reconociendo la prioridad de una de las dos "funciones" en detrimento

de la otra. Se trata, por el contrario, de tomar conciencia de esta ambivalencia, lo que permitirá eliminar malentendidos y hacer transparente la actividad del jurista.

- 142 Así, una mayor fidelidad al derecho positivo se lograría si se presentaran los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley, en lugar de hacer pasar uno de estos como la única interpretación correcta o posible. De esta manera, se evitaría hablar de principios, conceptos y teorías como si fueran partes del sistema positivo; cuando no son, en realidad, sino elaboraciones de la misma dogmática.
- 143 La reconstrucción del sistema legal daría mayores satisfacciones sí, de un lado, no fuera concebida como una explicación del contenido implícito de las reglas jurídicas y sí, de otro lado, se reconociera que supone el análisis explícito de los criterios de valor en que se fundan las soluciones dogmáticas.
- 144 Así, se evitarían tres críticas a la dogmática: el de un excesivo "formalismo jurídico"; el disimular, al momento de interpretar el derecho positivo, los criterios axiológicos aplicados; y, por último, el ocultar frecuentemente, mediante la afirmación de que la dogmática facilita la aplicación de la ley, las ambigüedades e imprecisiones de las teorías y nociones, las mismas que dan lugar a soluciones concretas muy diferentes.
- 145 Esta manera de percibir la labor de los juristas exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros, los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a auxiliar a los legisladores, jueces e intérpretes para que encuentren la solución a los diversos problemas jurídicos que se les presenten. Así, haríamos la aplicación del derecho más fácil, justa e igualitaria; lograríamos también, con el objeto de crear un sistema jurídico racional y respetuoso de las personas, que las relaciones con las ciencias humanas y sociales fueran más eficaces. El análisis de estas relaciones - que hemos evitado y que

merecerían un estudio aparte - debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilezas doctrinarias.

- 146 No se trata de abandonar la "dogmática penal" en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo "dogmática penal" o "ciencia jurídico penal" (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar de manera distinta el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería "dogmática penal". En buena cuenta, es concebir, sin mitos ni ficciones, nuestra labor de juristas.

Capítulo 3

Evolución del Derecho penal y recepción del Derecho foráneo

§ 1. Conquista española

- 147 La conquista española "fue, apelando al vocabulario psicoanalítico: un trauma que significó a la vez desgarró y origen. La conjunción violenta y feroz de dos mundos". No sólo fue un choque físico, concretado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también un enfrentamiento desigual de orden social, cultural. Las estructuras socioeconómicas y las culturas que habían sido creadas por los pobladores originarios de América fueron violentadas por los conquistadores gracias a su superioridad tecnológica, formas de asociación más flexibles, mayor desarrollo de la autonomía individual, posesión - desde esta perspectiva - de una cultura más poderosa. Así lograron penetrar y dominar las sociedades autóctonas sin que se produjese una verdadera unión. La incorporación de la sociedad indígena al sistema social y económico europeo determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen.

merecerían un estudio aparte - debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilezas doctrinarias.

- 146 No se trata de abandonar la "dogmática penal" en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo "dogmática penal" o "ciencia jurídico penal" (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar de manera distinta el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería "dogmática penal". En buena cuenta, es concebir, sin mitos ni ficciones, nuestra labor de juristas.

Capítulo 3

Evolución del Derecho penal y recepción del Derecho foráneo

§ 1. Conquista española

- 147 La conquista española "fue, apelando al vocabulario psicoanalítico: un trauma que significó a la vez desgarró y origen. La conjunción violenta y feroz de dos mundos". No sólo fue un choque físico, concretado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también un enfrentamiento desigual de orden social, cultural. Las estructuras socioeconómicas y las culturas que habían sido creadas por los pobladores originarios de América fueron violentadas por los conquistadores gracias a su superioridad tecnológica, formas de asociación más flexibles, mayor desarrollo de la autonomía individual, posesión - desde esta perspectiva - de una cultura más poderosa. Así lograron penetrar y dominar las sociedades autóctonas sin que se produjese una verdadera unión. La incorporación de la sociedad indígena al sistema social y económico europeo determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen.

- 148 La "raza india" fue remodelada como "casta" perteneciente a la "sociedad hispánica", pero sometida a los "blancos" en condiciones discriminatorias y sin ninguna posibilidad de movilidad social para sus miembros. Esto fue el resultado del proceso de destrucción de las estructuras del mundo nativo, de desarticulación brutal de las relaciones sociales, económicas, políticas y religiosas, de desarraigo de la tierra y de la comunidad, de la sustitución de los dioses originarios por un dios ajeno, del reemplazo de los valores originarios por los valores individualistas, de la creación jurídica de una república de indios, de la conformación de una pirámide social en cuya cúspide estaba el pequeño y poderoso grupo de españoles.
- 149 El reconocimiento del *status* de humano de los aborígenes no fue inmediato y general. Se les consideró, en principio, como animales o seres sin alma; es decir como objetos y no sujetos de derecho. La naturaleza humana y racional del indio fue sancionada solemnemente por Paulo III, en la bula *Sublimis Deus*. A pesar de esta declaración, no se les reconoció en la legislación sino una personalidad jurídica restringida. Se les consideró, sobre todo, como sujetos de obligaciones y sus derechos fueron desconocidos o fuertemente limitados. Se les percibió como personas que tienen un cierto grado de incapacidad y, como consecuencia, necesitando de la tutela de parte de un tercero plenamente capaz.
- 150 Dentro de la nueva sociedad, los aborígenes fueron así definidos como "indios", y este mismo término indicaba de por sí una subordinación inalterable no menguada por el reconocimiento jurídico de la condición humana: eran ahora vasallos, tributarios de la Corona castellana; pero privados de los bienes culturales estratégicos de occidente: el idioma, la escritura, la tecnología.

§ 2. Recepción e imposición del derecho foráneo

- 151 La legislación que establecía los derechos de los "indios" lo hacía bajo la óptica de la diferencia y el control que la nueva situación exigía. El

derecho de la conquista se imponía y estableció rápidamente límites a la movilidad social, trayendo como consecuencia una sociedad de castas basada, en primer lugar, en la diferenciación étnica y, luego, en la diferenciación cultural. Se organiza un sistema social y estatal que inserta las masas indias en la estructura total del Imperio.

- 152 Las leyes elaboradas por España para gobernar sus vastos dominios estuvieron condicionadas por el contexto descrito. Muchas de las ordenanzas fueron estatuidas para proteger a los indios, regulando la conducta de los españoles. La concepción benévola de las Leyes de Indias, por ejemplo, suponía un tratamiento protector y discriminatorio de los indígenas, en la medida en que se les consideraba como personas disminuidas, niños o seres inferiores que debían permanecer sometidos a la tutela del colonizador para recibir los beneficios de la fe y de la civilización.
- 153 Si comprendemos por recepción el fenómeno consistente en el traspaso de las normas legales vigentes en un medio cultural determinado a otro, podríamos hablar, respecto al hecho histórico descrito, de recepción del derecho penal español. Este criterio amplio no nos parece correcto porque impide tanto comprender cabalmente el significado y la naturaleza de tal proceso histórico, como juzgarlo convenientemente. Se debe diferenciar la recepción, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado, del trasplante y de la imposición de un Derecho. El primero se da cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; y la imposición, cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación. La nota esencial del trasplante de un derecho es su unilateralidad. Así, sólo es posible cuando los emigrantes o colonizadores se establecen en una zona "inexplorada y casi deshabitada". La imposición de un derecho se caracteriza por el empleo de la coacción, de la fuerza. Es evidente que los procesos históricos de "importación" o "exportación" de derecho no presentan características tan nítidas que permitan su fácil clasificación en los casos planteados ahora esquemáticamente.

- 154 En el caso de la implantación del derecho español durante la colonización de América, no podemos decir que se trata de un simple trasplante de derecho, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo derecho tuvieron que tener en cuenta. Mas tampoco puede hablarse de una recepción, porque los aborígenes no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. De un lado, los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron y, de otro lado, la Corona dictó reglas, no siempre debidamente aplicadas, para regular la conquista y la colonización. Se trató, muy naturalmente, de la imposición - mediante la fuerza y la destrucción - de un derecho foráneo a los pueblos conquistados. Los miembros de la sociedad aborígen constituyeron sujetos pasivos de este proceso, fueron vistos como objetos de legislación. Lo que no significó que en la práctica produjeran medios de resistencia y de escape al nuevo orden; siendo uno de los más evidentes la rebelión y uno de los más eficaces la adaptación creativa de los moldes culturales y económicos aborígenes.

§ 3. Derecho de las nuevas Repúblicas

- 371 La independencia del dominio español no comportó la ruptura del sistema social y económico desarrollado y consolidado durante tres siglos de coloniaje. Las guerras emancipadoras produjeron la ruptura de los vínculos políticos con la metrópoli, sin que se operase una transformación profunda de las estructuras internas, situación que se mantuvo a todo lo largo del siglo XIX y sirvió para la introducción y asentamiento de la nueva metrópoli: Inglaterra.
- 155 La emancipación fue obra de los criollos (hijos del país nacidos en familia española). Estos aparecen como grupo social, cuando la población española de América llegó a constituir un sector social que se consideraba con derecho a dirigir o, al menos, a participar en el gobierno. Su diferenciación y relaciones con los demás grupos

sociales (españoles, mestizos, esclavos) no fueron regidas por criterios raciales, sino más bien culturales.

- 156 La emancipación fue una empresa apoyada por los mercaderes ingleses y realizada por los criollos (muchos de ellos grandes propietarios de tierras) imbuidos de los ideales de la revolución francesa: libertad e igualdad de las personas, libre comercio, reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos, la aceptación de que el poder emana de la voluntad de los ciudadanos.
- 157 Se atribuye a la ideología criolla el nacimiento de una conciencia nacional que abrió el camino a la independencia, generada así en un proceso ideológico tímido tal vez en la expresión dentro de un orden social establecido, pero firme en sus convicciones. La discusión prosiguió hasta después de la guerra de la independencia, y provocó durante las difíciles coyunturas previas a la misma - como ocurrió con las sublevaciones indígenas - acercamientos y actitudes en defensa del derecho de éstos, a los que los criollos buscaban incorporar al nuevo Estado. Cuestión aparte son los resultados finales. Las primeras Constituciones de los Estados independientes (1823) convirtieron a los indígenas en ciudadanos sin ejercicio de facultades políticas, como el derecho electoral, consagrando el voto de los poseedores de bienes y el de los educados en la cultura occidental.
- 158 Dentro del contexto contra España de los movimientos emancipadores, se dictaron diversos dispositivos legales tendientes a establecer la igualdad social y a romper los privilegios existentes que favorecían a los peninsulares. Estas medidas beneficiaron, principalmente, a los ladinos que tomaron el lugar privilegiado de los españoles.
- 159 Por esto es que la implantación de la República y la abolición de los títulos de nobleza no determinaron un cambio en la mentalidad de los criollos ya que, si bien juraban fidelidad a la patria y a la República en lugar de sumisión al soberano, continuaron usufructuando los privilegios y menospreciando a las otras clases y castas. Por su parte, los indios no se identificaron con la causa emancipadora y la nueva

República, dirigida por el nuevo grupo dominante, no logró integrarlos. No fueron ellos los que encabezaron y llevaron adelante la emancipación, sino más bien los ladinos.

- 160 La concepción liberal individualista imperante en el momento de la independencia e inspiradora de la organización del nuevo Estado, se reflejó directamente en la nueva legislación. Muchas fueron las disposiciones legales que se dictaron desde la declaración de la independencia. Pero, así mismo, tuvieron importancia las diversas leyes de la colonia que se mantuvieron en vigencia hasta bien avanzado el siglo XIX. En repetidas ocasiones, se estatuyó que se reconocía vigencia a todas las leyes, ordenanzas y reglamentos españoles que no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados y que no hubieran sido derogados por autoridad competente.
- 161 El objetivo del nuevo sistema no era, como sucedió con la legislación indiana, la de conservar la población indígena como tal, bajo un régimen de libertad tutelada y un sistema político y económico subordinado; se trataba, por el contrario, de asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales. Así, San Martín decretó en 1821 que "en el futuro, los aborígenes no serán llamados indios ni nativos, son hijos y ciudadanos del Perú". De conformidad con estas ideas, Simón Bolívar, en 1824, inició el desmantelamiento del sistema comunitario indígena estatuyendo la propiedad individual de la tierra y autorizando el reparto de los bienes comunales entre sus miembros. Durante todo el siglo XIX, continuó buscándose, en armonía con los principios ideológicos liberales, la transformación de los indios en ciudadanos de cada una de las nuevas repúblicas. Sin embargo, las condiciones estructurales en que éstas emergían hicieron posible que la herencia colonial se impusiera sobre los designios ideológicos de los liberales.
- 162 Veamos algunos ejemplos tomados de la legislación republicana. Así, en las Disposiciones generales de la Constitución venezolana de 1811, art. 200, se estatuyó: "Como la parte de los ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios no ha conseguido el fruto apreciable de

algunas leyes que la monarquía española dictó a su favor, porque los encargados del gobierno de estos países tenían olvidada su ejecución; y como las bases del sistema de gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela no son otras que la de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los gobiernos provinciales que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de la religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes ... permitiéndoles el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión, para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan de ellas como verdaderos señores, según los términos y reglamentos que formen los gobiernos provinciales".

- 163 Al elaborarse la nuevas leyes republicanas, es interesante observar las concepciones que inspiraron a los legisladores. El peruano, en la exposición de motivos del primer Código Penal (1853), afirmó - olvidando la numerosa población indígena - que se había seguido muy de cerca al Código Penal español, porque estando las costumbres de los peruanos "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla" no era posible alejar el proyecto de Código Penal del modelo español.
- 164 En Bolivia, país mayoritariamente indígena, en 1834, se adoptó integralmente el Código Penal español de 1822 como Código provisional. En los debates, sus defensores sostuvieron que se trataba de una ley redactada "por los hombres más sabios de España que en sus trabajos habían sido guiados por la filosofía y merecido la aprobación de los mayores publicistas ..." y sus críticos señalaron que "aunque éste fuese enteramente perfecto había sido formado para los españoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus costumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos, que insistir en querer aprobar el Código en cuestión sería lo mismo que ponerle a un pigmeo un vestido muy bien hecho para un gigante".

§ 4. Siglo XX

- 165 En las décadas posteriores y aun cuando se consideraron las diferencias étnicas de las poblaciones, los sistemas republicanos consolidados no llegan a plantear y solucionar el problema siempre presente de las poblaciones nativas. Se nota, en buena cuenta, una vuelta al criterio civilizador, paternalista y discriminatorio del derecho indiano. Un buen ejemplo, lo constituye la concepción consagrada en el Código Penal peruano de 1924. En sus disposiciones, se distinguen tres grupos de peruanos: primero, los civilizados; segundo, los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo y, por último, los salvajes. La condición personal de los segundos hizo que se les considerase como incapaces relativos y se les sometiera a una represión prudente o se les aplicara una medida de seguridad, de acuerdo a su "desarrollo mental", "grado de cultura" y "costumbres". En cuanto a los "salvajes", nativos de la amazonía, se disponía que si fueran sancionados con pena privativa de la libertad, ésta fuera sustituida con una medida de seguridad consistente en la "colocación en una colonia penal agrícola" con la finalidad de lograr su "asimilación a la vida civilizada" y hacerles adquirir una "moralidad" que los haga aptos para "conducirse" bien.
- 166 En el proyecto de Código Penal colombiano de 1927, redactado por técnicos italianos, se estableció (art. 26): "los indígenas que aún no han sido reducidos a la vida civilizada, se asimilan cuando delincan, a los menores de edad que deben ser juzgados con arreglo a penas y procedimientos especiales para ellos. Los indígenas menores de dieciocho años no son punibles". En el Paraguay, se llegó realmente a someter a los indígenas a los tribunales de menores.
- 167 En 1940, en el Segundo Congreso de Criminología, se acordó "recomendar a los países americanos que al emprender la reforma de sus legislaciones penales, tengan muy en cuenta el factor indígena, sobre todo en aquellas naciones en que este elemento étnico es numeroso, procurando la adopción de una legislación tutelar que tienda perfectamente a su incorporación a la vida civilizada".

- 168 El boliviano José Medrano Ossio, en una ponencia presentada en el Segundo Congreso de Criminología (1940), sostuvo que "el estancamiento o paralización del desarrollo normal de las facultades mentales del indígena" se debía a la "ausencia de medios educacionales esenciales, medios de los que se rodea a todos los individuos que no sean de esta clase", y que debido a sus "antecedentes psicológicos", a la "inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases" y a su "realidad social" debe ser "considerado inimputable por el delito cometido, y la pena infecunda debe ser sustituida por medios psicopedagógicos, psiquiátricos y otros que hagan del indígena un ser inocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual sociedad civilizada".
- 169 Este criterio fue preconizado por intelectuales y políticos, preponderantemente de origen y cultura ladinos, que consideraron la integración de los indígenas como indispensable para la constitución y el desarrollo económico y social.

§ 5. Orientación actual

- 170 A partir de la década de los años setenta comienza a imponerse una nueva corriente que ha sido denominada indianista. En la reunión de Barbados (1971) de los representantes de diversas poblaciones indígenas, se declaró: "la liberación de las poblaciones aborígenes debe ser realizada por ellas mismas, o no es liberación". Al Estado corresponde "garantizar a todas las poblaciones indígenas el derecho de ser y permanecer ellas mismas, viviendo según sus costumbres y desarrollando su propia cultura por el hecho de constituir entidades étnicas específicas". De acuerdo con esta noción de indianidad, no se considera al individuo en el centro de su análisis, como lo hace el liberalismo, ni tampoco a la clase social, como el marxismo, sino a la comunidad. La comunidad es, por tanto, el fundamento de los pueblos autóctonos y la base de proyectos futuros. Desde el punto de vista político busca la autodeterminación.

- 171 En el I Congreso de Movimientos Indios de Sudamérica (Cuzco 1980), se afirmó en una de sus conclusiones: "Nos llamamos indios, con este nombre nos han sojuzgado por cinco siglos y con este nombre hemos de liberarnos. Ser indio es nuestro orgullo y el Indianismo es nuestra bandera de lucha y una consigna de liberación continental. Los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este continente; tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida y el universo y, como herederos de una cultura milenaria, al cabo de cinco siglos de separación, estamos nuevamente unidos para propiciar nuestra liberación del sistema colonialista occidental".
- 172 Sin que signifique la aceptación plena de la ideología implícita en las declaraciones precedentes, se nota en la legislación de los últimos años la influencia de esta nueva corriente de ideas.
- 173 En el art. 58 de la Constitución guatemalteca de 1985, "se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres". Además, en su art. 66, se declara que "Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos".
- 174 De manera más amplia, en la Constitución panameña se establece: "El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, adquiriendo la responsabilidad de realizar programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de las culturas y a crear una institución para su estudio, conservación y divulgación de las mismas y de sus lenguas, promoviendo la enseñanza bilingüe en las comunidades indígenas, así como para el desarrollo integral de dichos grupos humanos. Igualmente, se establece la promoción de la participación económica, social y política de las comunidades en la vida nacional, garantizando la reserva de tierras necesarias y la

propiedad de las mismas para el logro del bienestar económico y social".

- 175 Sin embargo, entre lo dispuesto en la ley y la realidad sigue existiendo una separación abismal. Como consecuencia se puede afirmar que para los indígenas, ser iguales ante la ley significa muchas veces ser reprimidos por el simple hecho de practicar algunas de sus costumbres, de reclamar que se respeten sus derechos humanos, perder sus propiedades y, sobre todo, su propia cultura por ser considerada como un obstáculo para el progreso e integración en los valores oficiales.
- 176 Con miras a mejorar esta situación, en los Acuerdos de paz entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional, se sugiere en el numeral 4, literal (A), definir al Estado de Guatemala como una unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe. Así mismo, en el Proyecto gubernamental de reformas constitucionales destinado a concretar dichos Acuerdos se propone que el art. 2, sea modificado de la siguiente manera: "Son deberes del Estado garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; así como reconocer el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de su población".

Capítulo 4

El principio de legalidad

§ 1. Orígenes

- 177 Contra el irregular y arbitrario sistema represivo de las monarquías absolutas, a mediados del siglo XVIII, filósofos, juristas, magistrados, políticos, protestan y exigen su modificación. Sus objetivos eran someter a un control más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y limitar el poder punitivo. Para lograrlo propusieron,

propiedad de las mismas para el logro del bienestar económico y social".

- 175 Sin embargo, entre lo dispuesto en la ley y la realidad sigue existiendo una separación abismal. Como consecuencia se puede afirmar que para los indígenas, ser iguales ante la ley significa muchas veces ser reprimidos por el simple hecho de practicar algunas de sus costumbres, de reclamar que se respeten sus derechos humanos, perder sus propiedades y, sobre todo, su propia cultura por ser considerada como un obstáculo para el progreso e integración en los valores oficiales.
- 176 Con miras a mejorar esta situación, en los Acuerdos de paz entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional, se sugiere en el numeral 4, literal (A), definir al Estado de Guatemala como una unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe. Así mismo, en el Proyecto gubernamental de reformas constitucionales destinado a concretar dichos Acuerdos se propone que el art. 2, sea modificado de la siguiente manera: "Son deberes del Estado garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; así como reconocer el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de su población".

Capítulo 4

El principio de legalidad

§ 1. Orígenes

- 177 Contra el irregular y arbitrario sistema represivo de las monarquías absolutas, a mediados del siglo XVIII, filósofos, juristas, magistrados, políticos, protestan y exigen su modificación. Sus objetivos eran someter a un control más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y limitar el poder punitivo. Para lograrlo propusieron,

entre otras medidas, que las disposiciones legales fueran más precisas. Los delitos deberían ser descritos y las penas deberían ser fijadas con mayor precisión. Así, se establecería claramente que cada crimen y las ventajas que se espera obtener del delincuente se hallan, fatalmente, vinculados con el castigo y los inconvenientes ciertos que éste acarrea. Se trató, como consecuencia, de una corriente política muy fuerte dirigida a establecer una nueva manera de ejercer el poder punitivo.

- 178 El fundamento ideológico de esta política fue la teoría del Contrato Social. El ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, aun aquellas de acuerdo con las cuales se le puede castigar. Si no respeta el pacto actúa como enemigo de toda la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone. La sanción penal constituye una función general, inherente al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. Para la justicia penal, la principal consecuencia que se deriva de tales principios es que, en las leyes penales, se debe establecer las conductas prohibidas y fijar las penas que les corresponden. El único titular de este poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida por el contrato social.

§ 2. Evolución legislativa

- 179 La consagración legislativa de tal principio se realizó en la Constitución Americana de 1787 y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el art. 8 de esta última se dice: "La ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada". Esta regla fue reproducida en el art. 4 del Código Penal de Napoleón.
- 180 El triunfo de las nuevas ideas políticas y sociales, así como su propagación determinaron que el principio de legalidad, como garantía

fundamental de la libertad civil, sea incorporado a las legislaciones de los demás países.

- 181 La Constitución Política de Guatemala prevé este principio en su art. 17. Según esta norma, "no hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración". Principio que es retomado, con redacción diferente, en el Código Penal. En el art. 1 de este Código, se dice "nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley". La diferencia está en la inclusión del término "expresamente" en relación con la calificación de las acciones; así mismo en el desarrollo de la parte referente a la pena. Esta diferencia no es fundamental en cuanto al fondo. Además, sin mayor necesidad, se repite parcialmente el principio de la legalidad en el art. 1 del Código Procesal Penal. Sólo se prevé la regla "no hay pena sin ley" (*nullum poena sine lege*): "No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado sin anterioridad". Como correspondía más a la ley procesal, se establece, en el art. 2, la dimensión procesal del principio de la legalidad: no hay proceso sin ley (*nullum proceso sine lege*); es decir "no podrá iniciarse ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal".
- 182 En la legislación penal extranjera, a nivel constitucional o de la ley, se reconoce el principio de legalidad y los especialistas están de acuerdo sobre su necesidad. Lo mismo sucede en los Convenios internacionales sobre derechos humanos. El artículo V de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone que "la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas a la Sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley, no puede ser impedido, y a nadie se puede obligar a hacer lo que la ley no ordena". A nivel latinoamericano, el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica establece que "nadie puede ser condenado por

acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...".

§ 3. No hay delito, no hay pena sin ley escrita

A. Ley fuente del derecho penal

- 183 La primera exigencia del art. 1 del Código Penal consiste en que se califiquen las conductas como delitos o faltas y se fijen las sanciones en una ley. Es decir, que considera a la ley como única fuente del derecho penal.
- 184 Siendo el derecho penal guatemalteco, como todo sistema moderno, un derecho escrito, se puede decir "*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*"; lo que prohíbe al juez recurrir al derecho consuetudinario para determinar si una acción es delictuosa, para fundamentar la imposición o agravación de una sanción establecida en la ley.

B. Gobiernos de facto y los decreto-leyes

- 185 Por sus orígenes, el principio de legalidad constituye un elemento básico del Estado de Derecho. Este tipo de Estado supone que el poder estatal emana del pueblo, y que la división de poderes es la base de la organización estatal. El poder legislativo es el único facultado para dictar leyes, por ser el representante de la voluntad popular. Las diversas constituciones que han regido en Guatemala fueron elaboradas sobre la base de esta concepción.
- 186 De acuerdo con el art. 157 de la Constitución, "la potestad legislativa corresponde al Congreso de la República". De manera más concreta, el art. 171 dispone que "corresponde también al Congreso: a) Decretar, reformar y derogar las leyes".

-
- 187 En países en que el régimen democrático parlamentario se ha hecho realidad en gran parte, se sostiene con razón que basta comprender el término "ley" en sentido material. Es decir, como norma de carácter general dictada por cualquier autoridad constitucionalmente competente y que tiene fuerza obligatoria.
- 188 En países en los que el Estado de Derecho no se ha consolidado y donde se suceden regímenes constitucionales y de facto, no puede sostenerse tal criterio. Su aceptación significaría limitarse a analizar, de una manera puramente formal, la vigencia y el carácter del sistema normativo. Así, se negaría el hecho tangible de que las normas generales dictadas por gobiernos no constitucionales han constituido y constituyen fuentes del derecho penal.
- 189 El poder de legislar de los gobiernos de facto ha sido siempre aceptado o soportado; lo que se ha discutido es la validez de los decretos mediante los cuales se ejerce ese poder. Para reconocerles valor de fuentes de derecho penal, no creemos que sea correcto recurrir a criterios como el de "situación de urgencia" o del "asentimiento expreso o tácito de los gobernados". Nos parece conveniente recordar con Kelsen que el principio de legitimidad ("las normas jurídicas permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine") únicamente vale en determinadas circunstancias. Deja de valer en el caso de una revolución, entendida esta palabra en su sentido más general; de tal manera que abarque el llamado "golpe de Estado". En una revolución, en este sentido amplio, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es anulado y substituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la substitución no se hace en forma prevista por el orden anterior. Esta substitución se da aun cuando el régimen legal reconozca vigencia a las normas anteriores, ya que por este hecho éstas no pueden seguir siendo consideradas como las mismas.

C. Noción de delito

- 190 La técnica especial del derecho penal, tendiente a controlar la sociedad, consiste en establecer tipos de comportamiento con el fin de dirigir a los miembros de la comunidad. A estos tipos de comportamiento se refieren las fórmulas "acciones u omisiones" (art. 17 de la Constitución) y "hechos" (art. 1 del Código Penal) calificados como "delitos o faltas". Al hablar de tipo de comportamiento no nos referimos al tipo legal sistemático, que consiste en la descripción esquemática que el legislador hace de la acción delictuosa en el precepto de las normas penales. Sino más bien, de lo que los alemanes llaman "tipo legal & garantía" (*Garantietatbestand*); es decir, el conjunto de elementos que debe reunir una conducta para que su autor sea punible (adecuación a la descripción formal, el desvalor jurídico: antijuricidad, la reprochabilidad a su autor: culpabilidad) y también las condiciones procesales necesarias.
- 191 El principio de legalidad cubre todo el ámbito del Código Penal. Las normas de la parte general del Código Penal (donde se regulan los presupuestos antes mencionados) sólo están separadas de las normas de la parte especial por razones de técnica legislativa. Por esto, atenta contra el principio de legalidad tanto el juez que imponga una pena al agente que no ha actuado culpablemente, como el legislador que dicte una norma estableciendo un delito calificado por el simple resultado; es decir, imponiendo una pena por lo que ocurre y no por lo que se hace u omite. Es estos casos, "se termina castigando como si fuera el mismo delito distintas clases de acciones, sólo porque han resultado vinculadas - a veces con bastante laxitud - con la misma consecuencia".
- 192 Teniendo en cuenta las concepciones penales predominantes en Guatemala en el época en que elaborado y promulgado el Código Penal de 1973, se desprende de la lectura de sus disposiciones que se admitió, implícitamente, el principio de culpabilidad ("no hay pena sin culpabilidad"). Sus autores regularon el delito doloso como el culposo presuponiendo el dolo y la culpa como especies de culpabilidad. Además, creyeron necesario regular el caso fortuito (art. 22),

declarando que "no incurre en responsabilidad penal quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas poniendo en ellas la debida diligencia produzca un resultado dañoso por mero accidente". El legislador se encuentra impedido de estatuir penas por la mera producción de un resultado. Cuando lo hace, viola, en última instancia, el principio de legalidad.

§ 4. No hay delito, no hay pena sin ley cierta

A. Noción de certeza

- 193 El principio de legalidad implica, igualmente, exigencias en relación con la manera cómo deben ser redactadas las disposiciones legales. Se puede decir con corrección: *"hullum crimen nulla poena sine lege certa"*. En este sentido, el art. 1 del Código Penal dice "expresamente". El empleo de este término, dirigido a establecer una reserva de carácter absoluto; recuerda la concepción original del principio y la convicción predominante en esa época, sobre la necesidad y virtudes de la legislación.
- 194 Entonces se creía que las leyes podían ser escritas en el lenguaje propio del pueblo, para que constituyeran un "libro familiar". Consultándolo, todos podrían saber qué acciones son prohibidas y qué sanciones se imponen a sus autores. De esta manera aparece la ficción *"ignorantia juris criminalis nocet"*.
- 195 Exigir una total claridad y certeza de la ley significa no tener presente, en primer lugar, que el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla. En segundo lugar, no se tiene en cuenta la peculiar naturaleza de las normas jurídicas que no son sino fórmulas generales, elaboradas a través de un complicado proceso de abstracción y concreción. Estas normas permiten reconocer con relativa facilidad los casos concretos típicos, pero están circundadas por una considerable zona de penumbra en la que tienen cabida los casos dudosos.

- 196 La realidad misma obliga pues a reconocer un carácter relativo a la reserva que impone el principio de legalidad. El legislador mismo reconoce que las leyes pueden presentar "pasajes oscuros" (art. 10 de la Ley del Organismo Judicial) o que pueden ser oscuras, ambiguas o insuficientes (art. 15 de la misma ley).

B. Incertidumbre en que incurre el legislador: no descripción de la "infracción"

- 197 A pesar de su declaración principista, el mismo legislador no ha podido respetar los límites que señaló a la actividad legislativa en materia penal. Así ocurre cuando no precisa los elementos de la infracción, limitándose a nombrarla, por ejemplo, "aborto" (art. 134), "incendio" (art. 282).

C. Empleo de cláusulas generales

- 198 El empleo de términos o expresiones demasiado generales, extensas, da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al campo de aplicación de la norma. En doctrina se conoce a esta clase de normas con el nombre de cláusulas generales. Los especialistas las consideran, junto al excesivo empleo de elementos normativos en la elaboración de los tipos legales, como el peligro más importante para el principio de legalidad.
- 199 Como ejemplo, podríamos citar el art. 360 que regula el delito de atentados contra la integridad e independencia del Estado, de la manera siguiente: "el guatemalteco que ejecute actos que directamente tiendan a menoscabar la integridad del territorio de la República, someterla total o parcialmente al dominio extranjero, comprometer su soberanía o atentar contra la unidad nacional será sancionado con prisión de diez a veinte años". Así mismo, la definición del delito de violación de la Constitución, prevista en el art. 381. En su inciso 1, se dice "quien ejecutare actos que tiendan directamente a variar, reformar o sustituir, total o parcialmente, la

Constitución de la República por medios no autorizados por el ordenamiento Constitucional". Al decirse únicamente "actos que directamente tiendan a ..." no se individualizan suficientemente las acciones que pueden ser consideradas como formando parte de esta clase de delitos. Esta expresión es tan amplia que comprende incluso los actos preparatorios. Si se tiene en cuenta la pena prevista, se comprenderá aún más fácilmente la insuficiencia con que ha sido descrita la infracción.

- 200 Es igualmente vaga y general la disposición del art. 274, en la que se decía: "Quien violare los derechos de propiedad industrial o intelectual de otro, será sancionado ...", por lo que debió ser reformado mediante Decreto n. 48-95. En esta ocasión, se ha preferido enumerar una serie de actos en que consistiría la violación de los indicados derechos.

D. Uso de términos vagos

- 201 Como ejemplos de términos vagos utilizados por el legislador, podemos señalar: "despoblado" (art. 27, inc. 15 y 252 inc. 1), "actos distintos al acceso carnal" (art. 179 C.P.); "quien tomare, sin la debida autorización" (art. 246); [objeto] "destinado al culto" (art. 255 *bis*); "enfermedad peligrosa o contagiosa" (art. 301); "ejecutare actos encaminados a" (art. 391); "sitio público", "obsceno" (art. 195, 196); "perversidad brutal" (art. 132, inc. 6).
- 202 Estos ejemplos muestran que se está relativamente lejos de cumplir la exigencia establecida tanto en el art. 17 de la Constitución como en el artículo primero del Código penal. El lenguaje no constituye un instrumento "increíblemente delicado y preciso" que permite "retratar con exactitud la experiencia". Cada uno de los términos o conceptos empleados para hacer una descripción da lugar a dudas en cuanto a su significación. Para eliminarlas sería indispensable recurrir a otros términos y conceptos, los que a su vez deberían, nuevamente, ser explicados. Es el caso de las definiciones de "cuadrilla" (art. 27, inc.

14), "vago" (art. 87, inc. 5), "delitos políticos" (Ley de reconciliación nacional).

- 203 Es una pretensión excesiva el tratar de describir exhaustivamente los comportamientos incriminados. Lo más que se puede hacer es establecer modelos de acción (elaboración del tipo legal) mediante criterios de generalización y diferenciación, o establecer conceptos cuya claridad depende del acuerdo que existe en cuanto a su contenido y límites. Las disposiciones legales serán consideradas cada vez más precisas en la medida en que se disponga de un lenguaje ampliamente homogéneo. En este aspecto la dogmática penal tiene un papel importante.

E. Defectos de técnica legislativa

- 204 Las deficiencias de comprensión de los textos legales están, muchas veces, relacionadas con el empleo de una técnica legislativa insuficiente. De modo que en la exigencia de una certeza de la ley penal, radica una limitación al poder del legislador y a la actividad del juez.
- 205 Las técnicas empleadas son diversas. Si la más frecuente es la de recurrir a fórmulas generales, también se emplea la de enumerar una serie de casos con la finalidad de individualizar la acción. En este segundo caso, se completa la disposición mediante la adición de una fórmula general que constituye una especie de correctivo de los inconvenientes propios a la fórmula casuística. Un ejemplo claro es la regulación del delito de estafa: primero, en el art. 263, se le describe de manera general; luego, en el art. 264, se enumeran 22 casos especiales de estafa. Enumeración que es clausurada con un inciso 23, en el que se establece "quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores". Surge entonces la cuestión de saber si esta disposición modifica, completa o sólo reitera lo establecido en la fórmula general del art. 263: "quien, induciendo a error a otro,

mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno".

F. Certeza en la determinación de la pena

- 206 La segunda parte del principio de la legalidad establece que también la pena debe ser fijada con precisión, y el juez debe sólo imponer la pena fijada para el caso particular. En sus orígenes, se consideró a las penas absolutamente determinadas como el mejor sistema para cumplir esta exigencia. Sin embargo, este criterio predominó muy poco tiempo debido a la desmesurada injusticia que implicaba su aplicación. El predominio alcanzado por el criterio de la individualización de la pena ha determinado que en los códigos se adopte un sistema flexible.
- 207 En el código vigente se ha establecido un sistema de penas "relativamente indeterminadas": consistente en fijar un mínimo y un máximo de la pena, pudiendo el juez escoger libremente dentro de estos márgenes, la pena adecuada al delincuente individual. Así lo establece expresamente el art. 65, relativo a la fijación de la pena. La única pena fija prevista en la legislación penal es la de muerte (arts 43, 131, 132, 175, 201, 383).

§ 5. Medidas de seguridad y el principio de legalidad

- 208 Aun cuando la Constitución se refiera sólo a las penas (art. 17), en el Código penal, art. 84, se ha establecido correctamente que "no se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos por la ley". Esta disposición no evita sin embargo el carácter bastante discutible de este tipo de sanciones. El problema principal radica en que su aplicación se basa en el denominado estado peligroso (art. 87). Noción imprecisa y factible de manipulaciones ideológicas que abre

las puertas a graves violaciones de los derechos de las personas involucradas. Además, como el art. 85 lo establece, estas medidas se "aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley".

- 209 El problema en países como Guatemala permanece a nivel teórico, debido a que las disposiciones del Código Penal que regulan las medidas de seguridad, no son generalmente aplicadas, sobre todo, por razones prácticas (por ejemplo, falta de condiciones materiales indispensables).
- 210 Del texto del art. 84 no se deduce claramente si la disposición relativas a las medidas de seguridad son de aplicación inmediata o si también están sometidas al criterio de la irretroactividad. En la doctrina se acepta, generalmente, que las medidas de seguridad son de aplicación inmediata, pues son establecidas o modificadas teniendo en cuenta el avance de las disciplinas que se ocupan de las circunstancias que causan el estado de peligrosidad personal. Además, se afirma, que las medidas de seguridad no tienen carácter retributivo y son, por el contrario, aplicadas siempre en favor del sometido a una de estas medidas. Este razonamiento debe ser rechazado porque se basa en una separación artificial entre penas y medidas de seguridad. Ambas constituyen privación o restricción de derechos fundamentales y son percibidas, por tanto, como sanciones por las personas a quienes se les aplica. Por esto debe sostenerse la no retroactividad de las disposiciones que prevén las medidas de seguridad.

Capítulo 5

Interpretación

§ 1. Introducción

- 211 De acuerdo con el principio de la legalidad, el derecho penal es, sobre todo, un derecho penal escrito. El legislador, previamente a la realización del acto, debe establecer las prohibiciones y las sanciones mediante normas legales. Estas normas están dirigidas a todos y, como consecuencia, deben ser lo suficientemente claras para que puedan ser obedecidas. El lenguaje utilizado en su redacción es el lenguaje del común de las personas, aun cuando a veces deba recurrirse a los diversos lenguajes técnicos, en particular al jurídico. De allí que, en la Ley del Organismo Judicial, se diga, en primer lugar, que "las normas se interpretarán conforme a su texto" (art. 10). El texto debe ser redactado en el idioma oficial, el español. En segundo lugar, se estatuye (art. 11) que las palabras deben ser entendidas en su "sentido propio" y, más precisamente, en "la acepción correspondiente" de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, "salvo que el legislador las haya definido expresamente". Lo mismo debe hacerse con las palabras técnicas, "a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto". Si la palabra no figura en el mencionado Diccionario, "se les dará la acepción usual en el país, lugar o región de que se trate".
- 212 Esta manera de concebir el uso del "idioma" supone que las palabras de la ley son clasificadas en tres grandes grupos: el mayoritario está constituido por las palabras pertenecientes al idioma oficial; el especializado, por las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, tecnología y en el arte. Todas estas palabras deben ser entendidas, en principio, de acuerdo a su "sentido propio". El tercer grupo está conformado por palabras, poco numerosas pero no menos importantes, que son usadas de un modo peculiar en una zona

determinada. Estas palabras pueden formar parte del lenguaje oficial pero deben ser entendidas según "su acepción usual".

- 213 El primer problema que se plantea es el de saber qué se entiende por "sentido propio" de las palabras. En un primer momento, se tiene la impresión de que se está admitiendo la idea que cada una de las palabras tiene un significado que por serle propio es inequívoco. Sin embargo, el hecho que se aluda, al mismo tiempo, a la "acepción correspondiente", permite comprender que se tiene en cuenta que, con frecuencia y según el Diccionario, las palabras poseen diversas significaciones. Entre éstas, debe escogerse la acepción que corresponda al mandato que el legislador ha buscado establecer en el texto legal. La dificultad consiste, muchas veces, en que no se sabe claramente cuál es la acepción con que se utilizó la palabra.
- 214 El segundo problema surge cuando se trata de fijar la "acepción usual". Si bien se trata, generalmente, de palabras pertenecientes al idioma oficial, también pueden ser palabras creadas y utilizadas en un sentido determinado a nivel nacional (país), regional o local. El legislador las utiliza en este sentido y, por tanto, deben ser comprendidas de esta manera. La dificultad consiste en determinar si el legislador ha empleado una palabra del idioma oficial en la acepción peculiar que las personas le han atribuido en el "uso" cotidiano.
- 215 La idea del sentido propio de las palabras que implicaría reconocer que las normas son, generalmente, transparentes, se ve reforzada cuando, en la Ley del Organismo Judicial (art. 15), se habla de "los pasajes oscuros" de la ley. Los mismos que deben ser aclarados atendiendo a los criterios fijados en el art. 10 y siguiendo el orden allí establecido. La claridad de las normas se constataría, según esta disposición, en la medida en que sean comprendidas "conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales". Sólo si luego de proceder de esta manera, quedan "pasajes oscuros" es de recurrir (a) a la finalidad y al espíritu de la misma, (b) a la historia fidedigna de su institución (c) a las disposiciones de otras leyes sobre cosas o

situaciones análogas, (d) al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

- 216 Estas distinciones son bastante artificiales y no permiten comprender cabalmente en qué consiste la interpretación. Si permanecemos dentro del marco establecido por los criterios de la Ley del Organismo Judicial, podemos destacar algunas incongruencias. Así, cuando se comparan los criterios señalados, en primer lugar, para interpretar las normas en general y aquellos establecidos para esclarecer los pasajes oscuros que permanecen aún después del primer esfuerzo hecho para comprender la norma. ¿El "contexto" de la norma no comprende acaso "las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas"? ¿la "finalidad" de la norma no está estrechamente vinculada a lo establecido en las "disposiciones constitucionales"? ¿Es de comprender que los orígenes de la norma, la idea de equidad y los principios generales del derecho no deben tomarse en cuenta sino cuando se trata de un pasaje obscuro" de la norma ? Del mismo modo, cabe preguntarse ¿qué debe entenderse por "espíritu" de la norma, teniendo en cuenta que ya se menciona la finalidad de la misma. Será la equidad, los principios generales del derecho, las disposiciones constitucionales?
- 217 Para tratar de explicar esta problemática debe procederse a analizar los diversos aspectos de la denominada interpretación. Existe casi unanimidad respecto a que el punto de partida es el lenguaje (escrito), mediante el cual se prohíbe u ordena la realización de ciertos comportamientos. El lenguaje de las leyes, como todo lenguaje, es convencional y se caracteriza por su carácter abstracto y general. Las palabras que lo conforman no poseen significados intrínsecos relacionados directamente con las características de lo que se nombra (cosa, hecho, sentimientos, etc.).

§ 2. Noción

- 218 El término interpretación no es claro. Se le emplea para designar una serie de actividades o el resultado obtenido. Es en el primer sentido con el que se le emplea en la Ley del Organismo Judicial. En su art. 10, se dice "las normas se interpretarán" y luego se establecen las pautas que el intérprete debe seguir. De esta manera, se trata de regular el procedimiento que debe usarse para precisar el sentido del texto legal. Estas directivas se refieren a toda actividad de interpretar, aun la realizada para aplicar estas mismas disposiciones que tienen por objeto la interpretación.
- 219 Si se observa la manera cómo se ha tratado de definir la interpretación, se constata que la diversidad se debe a las diferentes perspectivas adoptadas por sus autores con respecto a ciertos aspectos particulares de la interpretación: por ejemplo, el objeto materia de la interpretación, los fines que se le atribuyen o los métodos a utilizar.
- 220 Como punto de partida, nos parece conveniente describir la interpretación como el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, atribuye un sentido a la disposición legal aplicable. Esta noción no concuerda, evidentemente, con la contenida en las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial. Un aspecto relevante es que en esta ley la tarea del intérprete aparece más como consistente en descubrir el sentido propio de las palabras de la ley. Dicho de otra manera, en determinar cuál de los sentidos, propios a las palabras, ha sido empleado por el legislador. La noción que adoptamos, por el contrario, parte de la negación de que las palabras tengan "un sentido" apropiado y que, por tanto, el intérprete atribuye al texto legal el sentido que, en base a las palabras de la ley y de criterios de valor impuestos por el ordenamiento jurídico, aparece como el más justo al caso concreto que debe ser juzgado. Es decir que "sólo en la interpretación se concreta y se realiza el sentido que se trata de comprender; pero,

este acto de interpretación permanece, así mismo, enteramente ligado al sentido del texto".

§ 3. Teorías

A. Teoría subjetiva

- 221 Esta concepción se basa en el criterio de que la ley es un acto de voluntad soberano que se impone al juez. Como miembro del Estado, éste no tendría sino la tarea de determinar dicha voluntad. De esta manera, precisa la significación de los términos de la disposición que debe aplicar al conflicto que le es sometido. Por tanto, el fin de la interpretación consiste en determinar la voluntad real del legislador a la época de la elaboración de la ley, tal como los trabajos prelegislativos y legislativos pueden revelarla más allá del texto.
- 222 El mayor problema que enfrenta esta concepción es el de precisar quién debe ser considerado como legislador. Dificultad que está íntimamente vinculada con la individualización de la voluntad real que es de determinar como contenido de la ley. Si bien esta tarea se revela muy difícil cuando se trata de un legislador individual, resulta casi imposible cuando se trata de un legislador colegiado (Parlamento). La búsqueda de la voluntad real del legislador constituye un procedimiento que sirve, frecuentemente, para velar una realidad compleja y contradictoria. Esta búsqueda consiste muchas veces en atribuir a la regla un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real, cuando sólo se trata del sentido considerado, por el intérprete, como el correcto. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando - para lograr su aceptación - la autoridad del legislador.
- 223 A pesar de estas dificultades y considerando la real importancia de los trabajos preparatorios, es de rechazar la idea de que la voluntad del legislador es una mera ficción. Dichos trabajos son fuentes útiles

para indagar lo que quisieron plasmar en el texto legal sus autores. Sin embargo, no es de exagerar su importancia.

B. Teoría objetiva

- 224 Los partidarios de esta concepción afirman, en primer lugar, que la ley, una vez promulgada, adquiere existencia autónoma. Por esto, niegan que su sentido permanezca inalterado respecto al que le dio el legislador real. Su sentido es más bien determinado a medida que se le aplica. Con este objeto se debe apreciar y adoptar el texto legal, en el marco de los cambios sociales, teniendo en cuenta su *ratio legis*. La ley va así adoptándose a las nuevas situaciones. La debilidad de los defensores de la teoría objetiva es la manera absoluta en que niegan el hecho evidente de que la ley obtiene su fuerza del acto legislativo fundador y que éste no es ajeno a una cierta manifestación de voluntad. Además, su admisión sin restricciones implica el peligro de que la adaptación constante de la ley a las necesidades de cada momento "sea librada al azar de los casos sometidos al juez y culmine en resultados indeseados".

C. Cuestionamiento

- 225 La oposición radical entre las dos concepciones expuestas se basa en la separación artificial de la voluntad con que se estatuyó la norma y el mensaje que se quiso transmitir. La voluntad es un fenómeno del "mundo interno" del "legislador". Para conocerla hay que recurrir necesariamente a las palabras que constituyen el medio por el que se expresa el pensamiento. Por su parte, el mensaje comunicado no tiene un sentido objetivo independiente del medio por el que es manifestado. Comprender el mensaje no consiste en descubrirlo. Esta comprensión varía según los elementos tomados en cuenta: tanto aquellos presentes en el momento en que fue expresado como los existentes en el momento en que es comprendido. Voluntad y comunicación constituyen dos aspectos de un mismo fenómeno: de

una parte, la primera se concreta en la comunicación y, de otra parte, ésta expresa y hace conocer la intención.

- 226 Para mejor entender esta situación es preciso recordar que toda interpretación está precedida de una comprensión previa del texto (precomprensión), la misma que supone el conocimiento - entre otros factores - de las circunstancias sociales y de las concepciones jurídicas y políticas que han condicionado el nacimiento" del texto en cuestión. Lo que permite poner en evidencia la manera como le parece que la idea del legislador se impone "según la situación concreta" en el que se trata de comprender la norma para su aplicación. En esta perspectiva, la actividad del intérprete no puede ser concebida como el descubrimiento de un sentido que se le impondría, sino como la producción de un sentido determinado por la situación del intérprete.
- 227 No existe, como consecuencia, perspectiva puramente subjetiva u objetiva. Si se quiere seguir oponiendo una interpretación subjetiva a otra de índole objetiva es indispensable cambiar de parámetros. Cuando el intérprete recurre sobre todo a las circunstancias relativas a la elaboración y promulgación (comunicación de la ley), la interpretación que practica tiene una orientación subjetiva. Por el contrario, su perspectiva es más bien objetiva cuando tiene en consideración esencialmente los elementos actuales.

§ 4. Procedimientos de interpretación

- 228 En derecho penal, todo método de interpretación es, en principio, admitido. Si es de hacer una distinción entre la interpretación en el derecho penal y en las demás ramas jurídicas, ésta se refiere sobre todo a los límites de la interpretación, no a sus métodos.

A. Método literal o gramatical

- 229 Frecuentemente y de manera simple, se afirma que este método consiste en la búsqueda del significado de los términos y del texto como un todo. Es el primer paso que, según el art. 10 de la Ley del Organismo Judicial, debe darse para interpretar las normas ("conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras"). Esta afirmación no pasa de ser la repetición de una evidencia. Su aspecto positivo consiste en reafirmar que el texto legal no puede ser dejado de lado y que sus palabras no deben ser desvirtuadas. Es decir, que deben ser comprendidas en el sentido que las personas, generalmente, les reconocen. Pero el análisis lingüístico también es percibido como la determinación del sentido natural de las palabras en tanto límite de la interpretación. En este segundo caso debe definirse, previamente, qué se comprende por sentido natural (o sentido propio).
- 230 En ambas hipótesis, se plantea, ante todo, el problema de saber si el elemento literal (enunciado que prescribe) constituye un elemento independiente de los demás factores (histórico, sistemático y funcional) o si el elemento literal no es sino el resultado obtenido recurriendo a todos estos factores. Si esto último fuera cierto, el enunciado legal no puede constituir un límite absoluto de la interpretación.
- 231 De la manera como ha sido redactado el art. 10 de la Ley del Organismo Judicial, aparece que el "sentido propio de las palabras" debe ser considerado como el sentido de la expresión lingüística aislada de todo contexto. Este último es mencionado, en la misma disposición, como un segundo elemento conforme al cual se interpretarán las normas. La naturaleza del lenguaje, señalada precedentemente, excluye que el sentido del enunciado pueda ser establecido sin referencia al contexto en que es formulado o sólo considerando un supuesto sentido natural u ordinario. El significado pleno de un texto no sólo está expresado en el texto mismo. Todo enunciado, todo término no adquiere pleno significado sino en un contexto determinado.

- 232 A veces, se ha considerado que el sentido literal es el sentido comprendido *prima facie*. Esta idea ha sido utilizada para sostener que si el enunciado es claro no es necesario interpretarlo. La vaguedad congénita del lenguaje hace inadmisibile esta concepción. No hay pues texto que no requiera ser interpretado. El mismo hecho de decir que es claro "implica siempre una interpretación al menos implícita" y supone que ya ha sido comprendido en un sentido determinado, el mismo que ha sido reconocido como el "verdadero sentido" de la disposición. La interpretación no puede ser comprendida como la simple comprensión literal del texto, ya que toda comprensión literal implica una comprensión previa que debe ser confirmada, modificada o completada por el procedimiento de la interpretación.
- 233 La idea del "texto claro" no sólo revela las insuficiencias del método gramatical, sino también los esfuerzos hechos para disimular estas insuficiencias. De esta manera, se busca ocultar "el ejercicio dogmático de un poder que tiende a ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlos a todo control verdaderamente racional así como a toda discusión".
- 234 Todo lo dicho, no implica sin embargo negar la existencia de las reglas, supuesto indispensable de la interpretación. Reglas que en tanto formulaciones lingüísticas constituyen el punto de partida de la interpretación. Este aspecto de las reglas es un factor esencial tanto en la determinación de los límites de la interpretación como también en la creación de problemas de interpretación.
- 235 Por último, en este dominio, se olvida con frecuencia que muchas veces (por ejemplo, en los casos de defectuosa redacción o de error material) la determinación del texto se efectúa mediante la interpretación. En estos casos resulta bastante arduo aceptar que el texto es el que condiciona o limita la interpretación. Cuando estas diversas versiones difieren, la declaración de cuál es el texto que debe ser aplicado es el resultado de la interpretación. Es decir, se precisa críticamente el texto legal.

B. Método sistemático

- 236 Según este método, la disposición legal es interpretada de acuerdo con el lugar que ocupa en el sistema legal y en relación con las otras normas legales. Dicho de otra manera, se trata de precisar el sentido de la ley tomando en consideración el contexto jurídico de la regla. El primer y fundamental problema que se presenta es, precisamente, la delimitación de este contexto jurídico que puede ser circunscrito a las disposiciones cercanas a la norma en cuestión o ampliado a normas pertenecientes a otros dominios del derecho y aún a los principios generales. Esto es lo que, en buena cuenta, se ha hecho en la Ley del Organismo Judicial. En la medida, en que se entienda por "contexto" el jurídico. De acuerdo con la jerarquía normativa (art. 9), se mencionan (art. 10) las disposiciones constitucionales, el conjunto de la ley de la cual forma parte la norma que se interpreta, las disposiciones de otras leyes que regulen casos análogos (art. 10, letra c).
- 237 El punto de partida del análisis sistemático es la idea de que el sistema jurídico es un todo coherente. Sistema que comprende tanto la ley escrita y la costumbre como los principios y los valores que pueden ser deducidos de las mismas. El postulado de la plenitud del sistema jurídico reemplaza al de la plenitud de la ley escrita, cara a los partidarios del positivismo formal y de la exégesis. Frente a las lagunas, insuficiencias, obscuridades de las leyes o de las disposiciones legales (art. 15 de la Ley del Organismo Judicial), el juez no puede "suspender, retardar ni denegar la administración de justicia". Es decir debe establecer la norma que le permita resolver el caso *sub iudice*. En este caso, se comporta como si el derecho fuera coherente, completo, carente de ambigüedades, justo y susceptible de conducir a una sola solución. Atribuyendo al legislador la solución que él escoge como justa para el caso particular, el juez la presenta como compatible con el conjunto del sistema jurídico. Aun cuando luego deba poner en conocimiento de la Corte Suprema las insuficiencias encontradas para que, si es el caso, ejercite su iniciativa de ley.

- 238 Sin embargo tampoco es de caer en el extremo de sostener, confrontándolo con los hechos, que el derecho es desordenado y contradictorio. De lo que se trata más bien es de poner en evidencia que afirmar su coherencia y plenitud absoluta significa admitir una ficción que sólo resulta útil para ignorar la complejidad de la realidad social, su permanente cambio y el conflicto de intereses o valores sociales. Es necesario, por el contrario, tener en cuenta la tensión existente entre las reglas y la realidad social. Y, por último, que las relaciones innegables que tienen entre sí las reglas constituyen un elemento decisivo para la interpretación.

C. Método histórico

- 239 Los que atribuyen a la interpretación un carácter subjetivo, no hacen sino privilegiar el método histórico. Es decir, tratan de buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador histórico). Las fuentes de información son todos los documentos escritos donde se encuentran datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios ...). En el art. 10, letra b, de la Ley del Organismo Judicial se estatuye que para esclarecer los pasajes oscuros de la ley se considerará "la historia fidedigna de su institución", de la manera como fue establecida.
- 240 Al respecto es de señalar que los trabajos preparatorios no informan de manera certera sobre la voluntad real del legislador. El recurso a las diferentes fuentes de información sobre la formación del texto legal pueden servir para esclarecer un texto oscuro, "como medio auxiliar de interpretación, pero son sobre todo utilizados para aportar argumentos en favor de la decisión tomada a la luz de un texto presumido claro".
- 241 No es pues obligatorio para el juez tener en cuenta los trabajos preparatorios. Dispone, por el contrario, de una gran autonomía en la utilización de las informaciones jurídicas y axiológicas contenidas en

esos trabajos. Los emplea tanto para mejor determinar el sentido aplicable al caso concreto como para ordenar correctamente los motivos justificantes de la decisión.

D. Método teleológico

- 242 A este método alude la Ley del Organismo Judicial cuando se refiere "a la finalidad y al espíritu" de la norma. Según este método, para determinar el sentido de una disposición, es indispensable esclarecer la finalidad actual de la ley o de la disposición legal. Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal. El intérprete puede así encontrar la solución del caso concreto de acuerdo con la escala de valores consagrada por el orden jurídico.
- 243 Toda esta problemática está, en realidad, influenciada por la manera tanto de distinguir entre "finalidad" y "espíritu", como de tratar la dualidad entre la letra y el espíritu. Así, se parte de la idea de "que una oposición puede existir entre la 'letra' y el 'espíritu' de la ley, entre el sentido literal y el pensamiento que debía ser expresado". El intérprete dispondría así de dos puntos de apoyo: primero, el sentido que se confiere a la ley respetando la letra y, segundo, el sentido que es conforme al espíritu de la regla.
- 244 El término espíritu en sí mismo es bastante ambiguo. La confusión aumenta porque se habla a veces de espíritu del legislador o de espíritu de la época en que la ley fue establecida o es aplicada.
- 245 El espíritu de la ley o el "sentido verdadero conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión", es aquel que corresponde implícitamente al contenido de la norma y resulta necesariamente de la interpretación. No puede ser concebido como un elemento diferenciado del resultado de la interpretación.
- 246 Estas imprecisiones, que hacen dudar de una noción tan frecuentemente utilizada como la del "espíritu de la ley", ocultan, en buena cuenta, tanto los problemas relativos de manera general al

derecho, a la actividad de los juristas y a la significación de sus funciones como las cuestiones más concretas relacionadas con la interpretación y el método teleológico. Entre estas últimas es de considerar, por ejemplo, la referente a la jerarquía de los denominados métodos de interpretación y la concerniente a los límites de la interpretación.

- 247 El sentido conforme al espíritu sería el sentido resultante luego de ordenar y precisar los datos proporcionados por el significado literal del texto. Labor influenciada por consideraciones económicas, morales, sociales, de principio, de coherencia, de justicia formal o material. Esto supone necesariamente que, así concebido, el espíritu es siempre un elemento variable. En la práctica, se recurre frecuentemente al espíritu de la regla cuando se considera que la solución o las soluciones planteadas son inadecuadas o que conducirían a resultados absurdos o inaceptables socialmente.

E. Jerarquía de los métodos

- 248 Si se hace referencia a las concepciones tradicionales de la interpretación (como es el caso de la Ley del Organismo Judicial) y a la presentación convencional de los métodos de interpretación, podría creerse que se está ante un procedimiento constituido en etapas herméticas cuyo recorrido conduciría lógica y seguramente a la fijación del verdadero sentido de la ley.
- 249 Sin embargo y como lo destacamos inicialmente, no es posible de distinguir, como se hace en el art. 10 de la Ley del Organismo Judicial, entre la interpretación general de las normas (practicada de acuerdo con las pautas establecidas en el primer párrafo de esa disposición) y la interpretación de los "pasajes oscuros" de la ley (la misma que se hará según los criterios enunciados en la última parte del art. 10). Tampoco es correcto establecer que, en cuanto a esta segunda interpretación, los criterios enumerados deben ser empleados en el orden determinado por el legislador ("atendiendo al orden siguiente"). Los diversos métodos no pueden ser ordenados según

una jerarquía establecida previa y rígidamente, ya que su aplicación depende de las circunstancias particulares del caso concreto. La prioridad reconocida a uno de los métodos en detrimento de los demás es el resultado de una decisión ideológica determinada. Quien cree que la finalidad de la interpretación es la búsqueda de la voluntad del legislador, dará la prioridad al método histórico. Por el contrario, quien estima que el fin de la interpretación es la de precisar el sentido objetivo de la regla privilegiará el método teleológico. Es el caso de la mayoría de los penalistas: a partir de la idea de que el derecho penal está orientado hacia la protección de bienes jurídicos, afirman que la interpretación propia del derecho penal es la interpretación teleológica. Todas las demás no serían sino medios auxiliares.

- 250 El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger entre los posibles sentidos del texto legal, el que le parece más conforme al caso a resolver. Este resultado no es el único "verdadero sentido de la ley", culminación inevitable de la interpretación. Los cambios de jurisprudencia prueban la inexactitud de esta concepción, a pesar de las afirmaciones de los interesados en el sentido que se limitan a deducir el "verdadero sentido". Este no es "verdadero" sino en relación al contexto jurídico y axiológico en el que la ley es aplicada.

§ 5. Límites de la interpretación

A. Interpretación restrictiva o interpretación extensiva

- 251 En razón al resultado de la interpretación, se distingue entre interpretación restrictiva e interpretación extensiva. Sin embargo, esta distinción, se relaciona con problemas esenciales de la interpretación, a la manera como se define esta actividad y a la fijación de sus límites. Algunos la rechazan, afirmando que "la interpretación debe ser declarativa, es decir limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y todo su sentido, sin agregar ni recortar nada".

- 252 Si el fondo del problema concierne a la naturaleza, el fin y los límites de la interpretación, el criterio utilizado para distinguir entre estas dos formas de interpretación no constituye la mejor manera de abordar esta problemática. El carácter artificial de la distinción se comprende fácilmente cuando se reflexiona sobre la manera tradicional como se ha practicado esta distinción. Así, se ha considerado que el límite a tener en cuenta es el texto legal. Cuando el intérprete no lo sobrepasa, se dice que es restrictiva y, por el contrario, se habla de extensiva cuando va más allá del texto. Pero como lo hemos indicado anteriormente, el texto, punto de referencia escogido, no es un límite neto y seguro. El texto no es siempre en sí claro y preciso. Se trata más bien de un elemento variable y ambiguo que necesita ser precisado y éste es precisamente el papel de la interpretación.
- 253 El reconocimiento de que el lenguaje es impreciso no permite, sin embargo, negar la realidad de la disposición legal. Ya que desde el momento en que una regla estatuida posee, como tal, un valor apremiante e indisoluble, el juez - aun cuando aporta un elemento creador de derecho, está sometido a la ley como cualquier persona. Esto es, a pesar de que el texto sea impreciso, ofrece el punto de partida y el marco que el intérprete no puede ignorar. De acuerdo con la peculiar manera de ser del lenguaje, se puede calificar de restrictiva la interpretación que reconoce como sentido de la ley el núcleo de su significación; y extensiva, la que comprende además los casos situados en la zona marginal de la significación. De modo que el intérprete permanece ya sea en los límites del núcleo que permite identificar las situaciones típicas (interpretación restrictiva) o va más allá para tomar en consideración las "situaciones límites" mediante la determinación semántica necesaria (interpretación extensiva).
- 254 Como la decisión del intérprete no es completamente ajena al contexto, tanto jurídico como social, en el que determina el sentido de la norma, el problema consiste en saber cómo se concibe la interpretación y el papel que juega el intérprete. Si la interpretación no es considerada como un procedimiento rígido que culmina necesariamente en un resultado único (el verdadero sentido), es de

reconocer que el intérprete dispone de un margen de libertad, dentro del cual puede inclinarse en favor de uno de los sentidos posibles del texto legal y escoger tanto los argumentos a invocar como la manera de presentarlos. El intérprete participa así directamente en la creación del derecho.

- 255 Desde esta perspectiva, el intérprete precisa los alcances de la interpretación en la medida en que el legislador no logra hacerlo en razón de la naturaleza particular del medio (lenguaje) que debe utilizar para comunicar sus mandatos. Sin embargo, esto no significa que goce de una libertad absoluta. En primer lugar, los casos límites en que se presenta este dilema de manera aguda no constituyen la mayor parte de los casos. En segundo lugar, su decisión debe ser integrada siempre en el orden jurídico en general y considerar, en particular, los logros teóricos y prácticos en el dominio de la interpretación. El intérprete, vinculado a la ley como cualquier otro destinatario, debe reconocer las disposiciones legales y justificar siempre sus decisiones que no pueden ser arbitrarias. Una cierta posibilidad de prever las decisiones judiciales es así asegurada. Como la experiencia enseña "debe existir, al menos en los hechos, una vinculación del juez; pues la jurisprudencia no resuelve, de ninguna manera, los casos de modo versátil y según las reglas que descubre de caso en caso. La 'dirección de la jurisprudencia' puede ser reconocida en su orientación y marcadas sus estaciones".

B. La analogía en derecho penal

- 256 La determinación de la noción de interpretación extensiva es así mismo importante para establecer diferencias con la denominada libre búsqueda del derecho. Mediante este procedimiento se trata de completar lagunas de la ley a fin de regular situaciones para las que el derecho positivo no contiene ninguna norma aplicable. Según lo que hemos expuesto, se trataría de casos que no caen ni en el núcleo de significación del texto ni en el de la zona marginal. Dicho de otra

manera, son casos sin relación con el texto legal, punto de referencia y marco de toda interpretación

- 257 Sin embargo, es de tener en cuenta que toda disposición legal constituye un esquema, un tipo abierto, no una descripción precisa y cerrada. La aplicación de una disposición implica necesariamente que sea precisada en relación al caso *sub iudice*. Esto se efectúa más fácilmente en los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto, que en los comprendidos en la zona marginal. Estos últimos son comparados con los casos típicos y la posibilidad de aplicarles la misma disposición está condicionada por la existencia de caracteres similares comunes. Como consecuencia la adecuación del hecho a la norma (tipo legal) no puede ser comprendido como la material correspondencia del hecho al "molde legal" (plena identidad). Se trata más bien de un juicio de apreciación analógica, pues basta sólo cierto grado de coincidencia para admitir la correspondencia. Esta similitud no sólo es de orden lógico o material. Se trata, sobre todo, de constatar la equivalencia a nivel normativo: juicio de valor que justifica someter el caso en cuestión al imperio de la norma aplicable al otro caso. Este razonamiento por analogía es propio de la interpretación. Constituye uno de sus medios. Esto es particularmente evidente si se piensa en los casos de "interpretación extensiva". En esta óptica, se puede afirmar que el hecho de prohibir la analogía implica la prohibición de la interpretación.
- 258 El texto legal en sí no puede servir para distinguir la analogía de la interpretación (más precisamente de la interpretación extensiva). Tampoco puede serlo el procedimiento o el medio utilizado. Entre lo que se denomina interpretación (extensiva) y lo que se llama analogía sólo existe una diferencia de graduación: el problema reside en determinar si la regla prevé o no el caso concreto. La respuesta es de buscarla en la manera como se recurre al razonamiento por analogía. En la medida en que éste es utilizado para determinar - mediante el juicio de valor propio al razonamiento analógico - que el caso concreto reúne las características señaladas por el tipo legal, estamos aún el campo de la "interpretación". Por el contrario, se trata de

"analogía" si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace en base a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión.

- 259 A pesar de estas explicaciones, no se logra despejar la duda sobre los esfuerzos hechos para distinguir la interpretación extensiva de la analogía. Los criterios utilizados se basan en elementos metajurídicos o político - ideológicos y no en convincentes razones teóricas. Pero esto no significa que el intérprete (principalmente el juez) obre necesariamente de manera arbitraria. La ley, no está demás reiterarlo, no es simplemente una especie de proposición (de diversas soluciones) que el intérprete puede ignorar a su antojo. La aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios establecidos por la jurisprudencia.
- 260 Un ejemplo puede permitirnos ver mejor el problema. Matar dolosamente a una persona viva, según el art. 123, constituye un homicidio simple. Si la víctima se encuentra en estado comatoso profundo y el autor la priva de la vida vegetativa que le queda, se podría preguntar si su acto está o no comprendido por el art. 123. La noción de muerte clínica permite responder negativamente, pero se puede admitir que este caso está comprendido en la zona marginal del vocablo persona y, como consecuencia, de la disposición legal citada. Por el contrario, no se podría considerar la disolución arbitraria de una persona jurídica como un caso límite comprendido en esa zona marginal.
- 261 Frente a esta realidad, la prohibición de la analogía en derecho penal puede ser percibida de diferentes maneras. Si se trata aún de afirmar, en la perspectiva del positivismo formal, que el texto legal constituye el límite para separar la analogía de la interpretación, es de admitir que esta prohibición es una leyenda. En la doctrina, el criterio mayoritario considera que la prohibición de la analogía, en derecho penal, no puede ser respetado de manera absoluta. Por el contrario, si se acepta que la interpretación es un procedimiento condicionado por la comprensión y el conocimiento previos del intérprete, llevado a cabo

mediante los diversos medios entre los que figura la analogía, se debe reconocer la idea que la prohibición de la analogía permanece como pilar fundamental del derecho penal. Se trata de un argumento esencial para obligar al juez a justificar de manera especial toda extensión de la ley desfavorable al procesado, sin refugiarse en la cómoda afirmación de que se trata sólo de una interpretación. Obligación complementaria a aquella impuesta al legislador para que describa, en la ley, el acto incriminado de la manera más precisa y menos ambigua. En esta perspectiva el juez deberá tener, particularmente, en consideración los criterios de "subsidiariedad y de proporcionalidad que rigen la protección del orden social mediante el medio radical del derecho penal".

§ 6. Un problema de interpretación: la noción de delito político

- 262 El problema central de la Ley de Reconciliación es la definición de delito político. La amplitud de la impunidad dependerá de la interpretación extensiva o restrictiva que se dé a las disposiciones de la ley.
- 263 Delito político es una noción que puede comprenderse de diversas maneras. Una de las razones está constituida por las dificultades para definirlos mediante la técnica del "género próximo y la diferencia específica". El problema está, justamente, en determinar cuál es esta diferencia específica, elemento *sui generis* que transforma un acto típico y culpable en "delito político".
- 264 La noción de delito político es muy discutida. Por esto, en las leyes nacionales y los convenios internacionales se ha omitido definirlo. En los tratados referentes a la extradición o de manera más general, en los relativos a la colaboración internacional en materia penal, se constatan claramente dos orientaciones. La primera, en oposición a los criterios clásicos, concierne la restricción cada vez mayor de la prohibición de la extradición en caso de delitos políticos y conexos.

La segunda consiste en dejar en manos del país requerido, en razón a que la amnistía es una cuestión de soberanía, la decisión de calificar los hechos como políticos o no. Un ejemplo claro es la Convención europea sobre extradición. Esta Convención confiere una gran libertad para decidir cuando se trata de un delito político. El texto mismo dice expresamente que hay delito político si la infracción por la cual se pide la extradición, "es considerada por la Parte requerida como una infracción política o como un hecho conexo a una infracción de ese tipo".

- 265 Siguiendo los criterios predominantes en la doctrina, se puede afirmar esquemáticamente: Son delitos políticos puros las infracciones que atacan un bien jurídico de orden político (Estado, sus órganos, su funcionamiento ...). Por ejemplo, sedición, traición a la patria, alzamiento en armas, organización o reconstrucción de movimientos políticos prohibidos. Los delitos políticos relativos comprenden dos categorías: la primera, está constituida por los delitos que mediante un solo acto dañan tanto un bien jurídico de naturaleza política como un bien jurídico privado. Ejemplo, homicidio del jefe de Estado. Son delitos pluriofensivos. La segunda comprende dos subcategorías: de un lado, los delitos comunes que sirven para preparar o consumir un delito político. Entre ambos delitos debe existir una relación de prioridad lógica, causa a efecto o viceversa. Ejemplo, robo de armas para utilizarlas en la rebelión contra el Estado. De otro lado, los delitos comunes motivados por un fin político. Ejemplo, incendiar las plantaciones para provocar escasez y desestabilizar el régimen.
- 266 En la Ley de Reconciliación no se ha definido los delitos políticos utilizando la tradicional técnica del género próximo y la diferencia específica. La técnica legislativa utilizada es la de recurrir a ejemplos. No se dice qué es un delito político, sino qué comportamientos son delitos políticos.
- 267 En los arts. 2, 3 y 4, se percibe más claramente esta técnica: se señalan las condiciones que deben comprobarse y, al mismo tiempo, se indican exhaustivamente los delitos considerados mediante la citación de las disposiciones legales que los prevén. En el art. 5, la

técnica escogida es empleada de modo menos estricto: no se limitan expresamente los delitos comunes que entran en consideración y tampoco se define claramente la relación que une el delito común al delito político que estaban por cometer la víctima del delito común cometido por el funcionario o representante del Estado. En el art. 6, la descripción deviene más difusa respecto a la caracterización de los actos penales considerados políticos. No se habla de delitos sino de actos ejecutados o dejados de ejecutar, ordenados o realizados, actividades asumidas o disposiciones dictadas. Y sólo se señala en cuanto al móvil del agente que haya actuado para evitar riesgos mayores, así como para propiciar, celebrar, implementar ... y culminar las negociaciones y suscribir los acuerdos de paz. En el art. 7, se vuelve a utilizar la técnica de enumerar ciertos delitos comunes y sólo señala que se hayan cometido o se cometieran en el proceso de desmovilización de los rebeldes.

- 268 Una lectura rápida de la ley nos permite percibir que el legislador ha distinguido dos grandes grupos teniendo en cuenta la calidad personal de los autores y partícipes en los delitos comprendidos en la ley. De un lado, los rebeldes y, del otro, los funcionarios o representantes del Estado.
- 269 La manera como ha sido regulada la situación de estos dos grupos de personas no es la misma. En cuanto a los rebeldes se distinguen:
- 270 Primero, en el art. 2, los delitos políticos que son caracterizados sobre todo haciendo referencia al bien jurídico tutelado: la seguridad del Estado, el orden institucional, la administración pública, pero considerando sólo los taxativamente enumerados en dicho artículo. De esta manera, parecería que se trata de delitos políticos puros en la medida en que además del bien jurídico político, se tiene en cuenta, implícitamente, el móvil político, dado por su ejecución "en el enfrentamiento armado" que es un suceso político. La dificultad para admitir plenamente este criterio (es decir que se trata de delitos políticos puros) consiste en el hecho de que en la misma disposición, se consideran ciertos delitos previstos en la ley de armas y municiones (por ejemplo, la importación, fabricación, exportación,

posesión, transporte de armas y municiones). De la manera como estos delitos han sido tipificados se deduce que no constituyen necesariamente ataques contra bienes jurídicos políticos. De lo contrario, tendría que admitirse que el tráfico de armas cometido sin finalidad política y sólo con fin de lucro, es un delito político y que respecto a su autor debería plantearse si se le aplica o no el art. 2 de la ley de reconciliación.

- 271 Segundo, en los arts. 3 y 4, se regulan los delitos comunes conexos con los delitos políticos, los que son caracterizados por la conexión que de manera especial vincula el delito común (enumerados taxativamente en el art. 4). Dicha conexión debe ser, en su aspecto objetivo, directa, objetiva y causal. Lo que significa que física y temporalmente el delito común debe estar vinculado con uno de los delitos políticos mencionados en el art. 2. En su aspecto subjetivo, la vinculación debe ser intencional. Según el art. 3, estas notas son acumulativas como lo señala el uso de la conjunción "y". Lo que exige plantearse la conveniencia de interpretar extensivamente el art. 3 para poder comprender los delitos denominados políticos relativos, comprendiendo los complejos y conexos.
- 272 Tercero, en el art. 5, no se habla directamente de delitos políticos cometidos por las autoridades del Estado, miembros de sus instituciones, sino se dice textualmente que "se conceptúan también de naturaleza política" los delitos comprendidos en esta disposición. No se enumeran taxativamente los delitos de que se trata. Al referirse a "los delitos" se debe considerar todo delito, tanto contra el Estado como contra los bienes jurídicos privados.
- 273 Se establecen sin embargo dos límites a este ámbito aparentemente tan amplio. El primero es de orden subjetivo: la finalidad con la que el agente ha actuado. Esta finalidad es la de prevenir, impedir, perseguir o reprimir uno de los delitos enumerados en los arts. 2 y 4. Finalidad que supone una base fáctica consistente en la existencia de que la víctima del delito común cometido por el funcionario debe haber estado cometiendo, planeando, preparando o consumando un delito político o un delito común conexo a un delito político. Es, justamente,

la finalidad política la que va a colorear el delito común cometido por el funcionario de un matiz político, reafirmado por el hecho de que el agente actúa para defender al Estado y al orden público. Por esto, se conceptúan como políticos.

- 274 El segundo límite consiste en la exigencia de que la relación que acabamos de señalar, entre el delito cometido por el funcionario o representante del Estado y el delito político o común conexo, debe ser racional y objetiva. El criterio objetivo debe ser interpretado teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 3; como consecuencia, la relación debe ser directa, objetiva y causal.
- 275 El criterio racional, supone la proporcionalidad entre el delito cometido y la gravedad del delito político y del delito común. En el caso de la patrulla armada que sorprende a un rebelde colocando una bomba y que éste, en su huida, penetre en una casa y tome como rehenes a sus ocupantes, los miembros de la patrulla no pueden entrar a sangre y fuego, matando tanto al rebelde como a terceros inocentes. Respecto a éstos, el delito cometido no puede ser considerado como uno de los previstos en el art. 5.
- 276 Cuarto, en el art. 6, se dispone que "se consideran de naturaleza política" los actos ejecutados o dejados de ejecutar, ordenados o realizados, actitudes asumidas o disposiciones dictadas por dignatarios, funcionarios o autoridades del Estado. Sin embargo, no se señalan los delitos de que se trata. Tampoco se dice que deben haber sido cometidos "en enfrentamiento". La finalidad política es mencionada haciéndose referencia a "propiciar, celebrar, implementar, realizar y culminar las negociaciones y suscribir los acuerdos del proceso de paz firme y duradera ...".
- 277 Quinto, en el art. 7 se hace referencia a delitos políticos y delitos referentes a armas y explosivos, de acuerdo a lo previsto en la ley de reconciliación, pero que deben ser cometidos durante el periodo de la desmovilización de las fuerzas rebeldes. El fin político sería el de garantizar la inserción de los miembros de esas fuerzas, pues mientras ésta no se produce subsiste la subversión contra el Estado.

Segunda parte: La teoría de la infracción

Capítulo 1

Introducción

- 278 El término teoría es utilizado por los juristas con mucha frecuencia y de manera diversa. A pesar de que algunas veces se tiene la impresión de que es empleado pensando que sirve para designar un proceso de explicación de la realidad, es de reconocer que se trata, muchas veces, de una idea o de un conjunto de ideas sistematizadas que tienen la finalidad de mejor interpretar y aplicar el derecho. Labor que resulta indispensable para lograr una mayor seguridad jurídica.
- 279 Un ejemplo por excelencia de teoría jurídica es la denominada teoría del delito. De la manera como es presentada, frecuentemente, aparece como la descripción de la infracción penal. Descripción que sería general y aplicable a todo derecho positivo. Dentro de esta teoría del delito se plantean otras teorías o subteorías. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad, del dolo, de la acción finalista, ... Hoy en día, se tiende a elaborar teorías parciales referentes a las diversas clases de delitos (dolosos, culposos, de omisión o de comisión). De esta manera, se abandona la pretensión a concebir una teoría general concerniente a toda forma de infracción. Este hecho constituye un avance hacia el abandono de criterios demasiado abstractos con lo que se trataba de comprender regulaciones diferentes y, a veces, hasta incompatibles.

§ 1 Teoría clásica

- 280 La expresión teoría del delito encubre una problemática bastante compleja y diversa. En tanto sistematización conceptual de las

condiciones legales para imponer una pena, la teoría del delito es el resultado de una larga evolución teórica. Puede considerarse que sus inicios datan de fines del siglo XIX. Los juristas, bajo la influencia de las ideas científicas predominantes entonces, se esforzaron en descubrir los "elementos naturales" de la infracción. Las nociones utilizadas procedían de la física o de la biología. Los trabajos pioneros, son sin duda, los de Franz von Liszt. Apoyándose en las ideas de Ihering, von Liszt distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. Luego, Ernst von Beling propuso un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, la infracción es concebida como una acción humana (controlada por la voluntad), típica, ilícita y culpable. Mediante la expresión "típica", se hace referencia a la conformidad de la acción con el tipo legal (descripción de dicha acción en la norma penal: *Tatbestand*). Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario. A la culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento (suceso físico exterior), se le concibió como la relación psicológica existente entre el autor y su acción. La antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, para cuyos representantes el derecho era el conjunto de normas legales promulgadas por el legislador. El comportamiento fue considerado ilícito, como consecuencia, por violar el derecho positivo.

- 281 Conforme al sistema conceptual del positivismo jurídico, la descripción naturalista del delito ocupó el centro de las investigaciones de los juristas. Su esquema (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora con ciertas modificaciones en cuanto al contenido de las nociones empleadas. Se puede decir que esta concepción clásica del delito proviene de la idea del positivismo jurídico que se caracteriza, respecto al análisis de los problemas jurídicos, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas (*Begriffsjurisprudenz*). La concepción "Liszt-Beling" fue cuestionada a fines del siglo pasado e inicios del presente. Poco a poco fue abandonada. Esto se debió, en primer lugar, a las críticas formuladas contra sus fundamentos filosóficos. Estas objeciones estaban inspiradas en la llamada "teoría neokantiana del conocimiento", cuya idea básica era la separación radical de la

realidad y del mundo normativo. La primera conclusión extraída a partir de este criterio fue la constatación de que no se podía, de un análisis empírico de la realidad, establecer una medida normativa idónea para apreciar axiológicamente dicha realidad. La noción de infracción fue, de esta manera, analizada en consideración a los fines axiológicos del derecho penal. Fines que no están plenamente previstos en la ley, contrariamente a lo que pensaban los partidarios del positivismo jurídico.

§ 2. Teoría neoclásica y teoría finalista

- 282 La teoría clásica fue progresivamente substituida por una corriente de pensamiento a la que se llamó neoclásica o teleológica. Esta nueva concepción se fundó en tres "descubrimientos" esenciales. Primero, en el dominio de la "tipicidad", la determinación de los elementos normativos del tipo legal. Segundo, la constatación de los elementos subjetivos de la antijuricidad (violación de bienes jurídicos y violación de normas). Tercero, el reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad. Esta fue definida como un reproche formulado a quien libremente actúa contra el orden jurídico.
- 283 Los defectos de esta concepción fueron criticados por los sostenedores de la teoría finalista. A la distinción radical entre el mundo normativo y la realidad concreta defendida por el neokantismo, Hans Welzel opone dos ideas básicas: primero, la de las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y, segundo, la de la naturaleza de las cosas. Según Welzel, el comportamiento humano debe ser tomado en cuenta por el legislador al elaborar las normas legales. La idea clave de esta concepción es la referente a la acción humana. Esta es caracterizada esencialmente por su estructura finalista. Esto significa que su autor tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en relación con ellos. La capacidad del autor está en relación con sus posibilidades de prever las consecuencias de su acto y con el conocimiento que tiene de la causalidad.

- 284 Los criterios de Welzel implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no puede ser más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado. Debe también comprender su finalidad para llegar a integrar sus aspectos esenciales. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.
- 285 Así, en los delitos dolosos, la finalidad de la acción, la intención o dolo y los otros elementos de naturaleza subjetiva (por ejemplo, el móvil con que actúa el agente) devienen partes integrantes de la tipicidad.
- 286 Las modificaciones en el dominio de los delitos culposos han sido igualmente importantes. La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga claramente entre las infracciones dolosas y las culposas. La naturaleza ilícita de estas últimas no puede ser reducida al hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero. Para completar este vacío, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás.
- 287 Los partidarios de la concepción finalista logran, de esta manera, eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados según la concepción neokantiana y cuyo origen se encuentra en las tesis positivistas. La culpabilidad es, como consecuencia, concebida como un puro juicio de reproche formulado contra el autor del acto típico.
- 288 Además, el finalismo obligó a explicar, separadamente, las infracciones de omisión; pues, su naturaleza especial exigía un análisis específico. Así, se afirma la diferencia substancial que existe entre los delitos de comisión y los de omisión. Estas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento omisivo impone la revisión de cada uno de los elementos del delito. Los "descubrimientos" del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias a la concepción neoclásica.

§ 3. Corrientes actuales

- 289 En los trabajos de estos últimos años, se percibe una renovación de la teoría del delito. La confrontación radical y estéril de ambas concepciones ha sido superada. A partir de la convicción de que ninguna de ellas tomada unilateralmente es suficiente para fundamentar todos los aspectos de la teoría del delito, se buscan nuevas perspectivas que tengan en cuenta los aportes positivos de ambas corrientes. En esta dirección, han desempeñado un papel decisivo, primero, los partidarios de la teoría de la acción social y, segundo, los autores que, como Roxin, tratan de renovar la noción del delito recurriendo a criterios que presuntamente se encuentran en la base de todo sistema penal racional y liberal. Esta nueva orientación se inspira en los progresos incontestables efectuados en el dominio de la política criminal y de la criminología.
- 290 La recepción de las ideas alemanas ha tenido lugar mediante los libros o artículos traducidos al español. Uno de los principales agentes de esta labor de difusión fue Jiménez de Asúa. Junto a este autor, es de mencionar a Sebastián Soler como introductor de las ideas penales en América Latina. Entre las obras alemanas traducidas al español que fueron ampliamente difundidas, destacan las de Edmund Mezger, Reinhart Maurach y Welzel.
- 291 En Guatemala y si nos limitamos a las obras más frecuentemente consultadas, podemos constatar que las explicaciones teóricas siguen, en relación a la teoría del delito, sobre todo las concepciones afiliadas al movimiento neoclásico. Así, por ejemplo, Mata Vela y León de Velasco, en su obra *Curso de Derecho Penal Guatemalteco*, afirman: "En nuestro medio de cultura jurídica, el criterio que mayor trascendencia ha tenido para la definición del delito, por considerarse el más aceptable dentro del campo penal, aún en nuestros días, ha sido el aportado por el movimiento técnico-jurídico, en la primera mitad del presente siglo".
- 292 Sin aceptar las tesis fundamentales de la teoría finalista, adoptamos la sistemática de análisis planteada por sus defensores. Al mismo

tiempo, tenemos en cuenta muchas de las ideas con que se ha enriquecido, en las últimas décadas, la discusión teórica sobre las diferentes condiciones de la punibilidad. De acuerdo con los alcances y fines de la presente obra, no entramos a los detalles de la disputa dogmática. Nos limitamos a tratar de presentar, en base al derecho guatemalteco, sus aspectos esenciales. Abordaremos, en primer lugar, el estudio del delito de comisión intencional y, luego, estudiaremos las demás formas de delito.

Capítulo 2

Delitos de comisión dolosos

§ 1. Acción

A. Introducción

- 293 La reacción punitiva tiene como referencia inicial una acción humana: hecho que se describe en el tipo legal, objeto del ilícito penal y base de la declaración de responsabilidad del autor. El derecho penal, en este sentido, es un derecho de actos.
- 294 La noción de acción cumple tres funciones esenciales. Primero, comprender todas las formas en que se presenta el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa). La diferencia específica debería encontrarse entonces en cada uno de los tipos de acción. Segundo, servir de elemento vinculante de los demás aspectos del delito. Debe ser independiente de cada uno de éstos y, al mismo tiempo, ser punto de referencia constante. La acción debe ser una acción típica, ilícita y culpable. Tercero, permitir la exclusión de los simples sentimientos o ideas, de los sucesos provocados por animales, actos reflejos o automáticos, etc.
- 295 Los esfuerzos efectuados para elaborar la noción de acción se han concretado en las denominadas teorías de la acción.

tiempo, tenemos en cuenta muchas de las ideas con que se ha enriquecido, en las últimas décadas, la discusión teórica sobre las diferentes condiciones de la punibilidad. De acuerdo con los alcances y fines de la presente obra, no entramos a los detalles de la disputa dogmática. Nos limitamos a tratar de presentar, en base al derecho guatemalteco, sus aspectos esenciales. Abordaremos, en primer lugar, el estudio del delito de comisión intencional y, luego, estudiaremos las demás formas de delito.

Capítulo 2

Delitos de comisión dolosos

§ 1. Acción

A. Introducción

- 293 La reacción punitiva tiene como referencia inicial una acción humana: hecho que se describe en el tipo legal, objeto del ilícito penal y base de la declaración de responsabilidad del autor. El derecho penal, en este sentido, es un derecho de actos.
- 294 La noción de acción cumple tres funciones esenciales. Primero, comprender todas las formas en que se presenta el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa). La diferencia específica debería encontrarse entonces en cada uno de los tipos de acción. Segundo, servir de elemento vinculante de los demás aspectos del delito. Debe ser independiente de cada uno de éstos y, al mismo tiempo, ser punto de referencia constante. La acción debe ser una acción típica, ilícita y culpable. Tercero, permitir la exclusión de los simples sentimientos o ideas, de los sucesos provocados por animales, actos reflejos o automáticos, etc.
- 295 Los esfuerzos efectuados para elaborar la noción de acción se han concretado en las denominadas teorías de la acción.

B. Teorías

a. Acción causal o natural

- 296 Según esta concepción, la acción es un comportamiento corporal voluntario que causa o no impide la modificación del mundo exterior (resultado). La fase externa u objetiva de la acción implica el dominio sobre el cuerpo: activación o retención de los nervios motores. La fase interna o subjetiva de la acción está constituida por la "voluntariedad". El contenido de esta voluntad (lo querido) no es decisivo para admitir que el hecho de que se trata es una acción. Lo es, por el contrario, para determinar la forma de culpabilidad: dolosa o culposa.
- 297 Ante las críticas expresadas en su contra, fue precisada diciéndose que era "conducta humana guiada por la voluntad", siendo superfluo que esté dirigida a un objetivo. Así, la calificación de causal se justificaba, en opinión de sus defensores, si se considera que "la voluntad tiene que ser la causa de la conducta corporal". En esta perspectiva, se ha definido, igualmente, la acción como un "comportamiento humano generalmente factible de ser controlado por la voluntad".
- 298 Estos argumentos no superaron las críticas. La teoría causal no explica de manera conveniente las acciones de omisión que no provocan un cambio en el mundo exterior. Tampoco los casos en que no existe un impulso de voluntad (las omisiones inconscientes o los olvidos). Por ejemplo, el chofer que se duerme conduciendo su vehículo y produce la muerte de su acompañante. La noción causal no cumple, en consecuencia, con la función de servir de base de todos los tipos legales.
- 299 El hecho de considerar a la voluntariedad, en tanto causa, como el factor decisivo impide delimitar suficientemente la acción en el caso de los actos reflejos o reacciones automáticas. Y en la medida en que tratan de presentar una noción acromática, neutra, concluyen elaborando una noción espectral, diferenciada y, por tanto, inútil como elemento vinculante de los demás elementos del delito.

300 La noción causal es demasiado amplia. Permite, por ejemplo, considerar al hecho de lesionar a una persona como una acción de matar debido a que la víctima muere tiempo después. A pesar del nombre que se le da, "causal o natural", este criterio no describe la "naturaleza" de la acción. Se trata más bien de una noción normativa: la voluntariedad causal es elegida como diferencia específica a pesar que no es una característica propia únicamente del comportamiento humano.

b. Acción finalista

301 Welzel, creador de esta concepción, parte de la idea de que la fusión de elementos ónticos y axiológicos se encuentra en las "estructuras lógico-objetivas" del mundo (impregnado de sentido por la vida comunitaria). Describe las "estructuras lógico-objetivas" como constantes antropológicas que preceden al derecho y que el legislador no puede, por tanto, modificar y a las cuales debe atenerse estrictamente. En su opinión, la estructura lógico-objetiva fundamental es, en derecho penal, la acción humana caracterizada, en particular, por estar orientada hacia un fin determinado.

302 Según esta concepción, la acción humana es la realización de una actividad orientada a un fin determinado. Toda persona es considerada capaz, gracias a su consciencia de la causalidad, de prever - en cierta medida - los efectos posibles de su actividad, de proponerse el logro de diversos fines y de dirigir, según un plan, su actividad hacia un objetivo determinado.

303 La dirección final de una acción presenta dos fases. La primera se da en la mente del autor y comprende, de un lado, la selección del fin que quiere alcanzar y, de otro, tanto la elección (en base de su saber causal) de los medios necesarios para realizar dicho objetivo como el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda se desarrolla en el mundo exterior y consiste en que el agente, después de haber efectuado las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios (factores

causales) elegidos con anterioridad. El resultado es el fin y los efectos concomitantes comprendidos en el complejo total.

- 304 La finalidad no es lo mismo que la voluntariedad destacada por la tesis causal. En oposición a esta tesis, el contenido de la voluntad, dirigida a la meta escogida y rectora del suceso causal, constituye la columna vertebral de la acción.
- 305 En los casos de los delitos dolosos, la voluntad de actuar con un fin y fundamento de la acción (finalidad), es identificada con el dolo (despojada de todo contenido ético), ya sea que se agote en éste o lo comprenda como parte de sí misma. Por lo tanto, el dolo no es una forma de culpabilidad, sino un elemento subjetivo de la acción descrita en el tipo legal y, por tanto, del injusto.
- 306 La idea esencial del finalismo es criticada afirmándose que la finalidad del comportamiento humano depende del sistema normativo. Son los objetivos de éste los que permiten caracterizar la finalidad de la acción. La noción de acción del finalismo no sería, contrariamente a sus afirmaciones, una noción óptica y prejurídica, sino más bien de carácter normativo. De modo que no se debería seguir recurriendo a la noción de "estructuras lógico-objetivas" para justificar el análisis de la infracción.
- 307 Respecto a esta manera de concebir la acción, se puede decir que las personas, aunque capaces de proponerse fines y de orientarse hacia ellos, no siempre actúan de esta manera. Por lo que es exacto afirmar que "la acción final no es sino un tipo", un "modelo" de conducta humana, "una forma excepcional de acción".
- 308 En los delitos de comisión (particularmente, en los de tránsito), la noción de finalidad no explica suficientemente los casos de los actos automáticos que constituyen un factor esencial en la conducción de vehículos de motor. Por ejemplo, cuando ante un suceso imprevisto se frena o gira el timón, bruscamente, falta el control consciente del acto. Para salvar esta dificultad, se habla de "finalidad inconsciente", debido a que falta el momento voluntario en el sentido tradicional de la teoría de la acción y "no obstante su carácter inconsciente, se les

considera acciones dirigidas de tal modo que pueden resultar conscientes". De esta manera, se trata de explicar qué actos inconscientes pueden ser dirigidos hacia un fin, "y que, sólo en la medida en que lo sean, deberían ser comprendidos como objeto posible de la valoración jurídico - penal". Esta explicación supone, en realidad, el abandono de la premisa fundamental del finalismo.

- 309 El concepto finalista de acción no explica cabalmente la acción culposa. La meta del autor en estos casos constituye un real proceso psicológico referido a un resultado no previsto en un tipo legal (generalmente, sin importancia penal). En los casos de los delitos dolosos se trataría de una finalidad real; mientras que en los culposos será una finalidad posible (potencial). Conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado sería una acción "realmente finalista; y el atropello sobrevenido, a causa de una imprudencia del conductor, implicaría una "finalidad potencial"; que condiciona la valoración jurídico - penal. Pero una finalidad potencial no es más una finalidad presente. La finalidad no es, en consecuencia, el elemento específico común a los dos tipos de acción.
- 310 A fin de superar estas críticas, Welzel, creador de esta concepción, se refirió a la noción de acción cibernética, por cuanto este término se conforma más con la peculiaridad determinante de la acción: esto es, su dirección y encauzamiento. La acción sería un suceso controlado por la voluntad. El factor control sería, como consecuencia, común a las diferentes formas de acción (dolosas o culposas, de omisión o de comisión) en la medida en que el comportamiento resulta así identificado con la capacidad de actuar o permanecer pasivo corporalmente bajo la dirección voluntaria orientada a un fin.
- 311 La "historia de la teoría finalista es la historia de sus diversos y cambiantes intentos para explicar los delitos culposos". Es cierto que la acción, en un comportamiento culposo, es también una acción final; pero es, igualmente, cierto que su finalidad es penalmente sin importancia (por no estar prevista en un tipo legal) y que las valoraciones penales (antijuricidad y culpabilidad) no se refieren a ella. Así mismo,

si la omisión no es causa del resultado, quien se abstiene no tiene ninguna relación de causalidad que controlar y, por tanto, no puede actuar con una finalidad determinada.

- 312 La teoría finalista de la acción, en la actualidad, ha sido generalmente abandonada. Por el contrario, han sido conservados, en lo fundamental, su sistemática y diversos criterios propugnados por sus defensores. Por ejemplo, el análisis del dolo a nivel de la tipicidad en oposición a la teoría causalista que lo consideraba como una forma de culpabilidad. Así mismo, la afirmación de que lo ilícito está también determinado por la valoración negativa de la acción y, no como consideraban los causalistas, sólo por la valoración negativa del resultado.

c. Acción social

- 313 Por comportamiento, según esta concepción, se entiende cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo con su libertad, se encuentran a su disposición. Esta respuesta puede consistir en la ejecución de una actividad final (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (abstención) de un acto ordenado (no necesariamente por la ley); o, en ciertos límites, en la producción de un resultado mediante un hecho en principio controlable (causalidad). El carácter socialmente relevante de la acción implica la relación del individuo con el mundo circundante, que es afectado por los efectos de su comportamiento. Por lo que es necesario que éste sea eficaz hacia el exterior. En caso de omisión, es suficiente la no producción de los efectos que hubiese ocasionado la acción que debió ejecutarse. De esta manera, los partidarios de la acción social tratan, evitando los errores de los causalistas, de comprender las diversas formas de comportamiento.
- 314 La tesis de la acción social - continuadora de la causalista - es también un criterio normativo que está obligado, para constituir una noción unitaria y general, a dejar de lado el substrato fáctico del

comportamiento. Así, determinar la importancia de la acción supone un punto de referencia que es de naturaleza normativa. Un ejemplo claro es el de los actos omisivos. Esta forma de acción se explica sólo con referencia al comportamiento omitido; es decir se espera que alguien realice una acción determinada. La expectativa respecto a la ejecución de esta "acción esperada" está condicionada por una norma.

- 315 Este criterio no permite sin embargo excluir del campo penal sucesos que, generalmente, se estima deben quedar fuera del derecho penal. Lo mismo se puede afirmar con relación a los actos automáticos y otros actos que no son controlables en el sentido definido por la concepción finalista.
- 316 Además, la definición de lo que es "socialmente relevante" está en gran parte fundada o muy influenciada por la constatación de si el acto corresponde al tipo legal. Esto determina una relación de dependencia estrecha entre la noción de acción y la de tipicidad. Como una acción puede ser típica o no, socialmente importante o insignificante, el criterio escogido por los defensores de la teoría de la acción social es una calidad propia a algunas acciones humanas pero no el elemento común a todas ellas.
- 317 La buena aceptación que tuvo esta concepción se ha debido, principalmente, al hecho de que respondía mejor a la búsqueda de un concepto que comprendiera las diversas formas de acción. Sobre todo cuando sus defensores afirmaban que la nota específica de la acción era el hecho que constituía una respuesta a las posibilidades de actuar.

d. Concepto personal de acción

- 318 Este concepto está basado en la afirmación de que el elemento específico a toda acción humana es el hecho de que ésta constituye siempre "una expresión de la personalidad". La acción es todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en tanto centro síquico y espiritual de actividad. No lo son, por el contrario, aquellos que escapan al control de la instancia síquica y que corresponden más

bien a la esfera puramente somática, instintiva, material del individuo (actos reflejos, hechos realizados en estado de *delirium* o inconsciencia...). Tampoco constituyen acciones las ideas o los deseos, aunque pertenecen a la esfera psíquica - espiritual de una persona, en cuanto no se concretan en el mundo exterior.

- 319 Según Roxin, esta noción de acción satisface plenamente la función de elemento básico de la noción de delito, así como también la de límite respecto a otros sucesos y de vínculo de los demás elementos del delito. Respecto a la primera, el criterio de "expresión de la personalidad" no sólo permite identificar todos los tipos de acción penalmente significativos (omisión, comisión, dolosa, culposa), sino también los que se hayan fuera del ámbito del derecho penal. En relación con la función de límite, además de los casos ya señalados de las ideas y deseos, las actividades de las personas jurídicas no podrían ser consideradas como acciones cometidas por éstas (las mismas que carecen de instancia psíquico - espiritual) sino sólo por sus "órganos", es decir personas que actúan en nombre de las primeras. En relación con la función de elemento vinculante, el criterio personal la cumple debidamente en razón de que es conforme a la comprensión de acción en un nivel previo al del derecho penal; lo que determina que la noción propuesta no se oriente hacia el naturalismo o el normativismo.

C. Situación actual

- 320 Mucho tiempo, las discusiones dogmáticas han girado en torno del problema de la acción. En los últimos años, la intensidad del debate amaina y se adoptan nuevas perspectivas. Estas han ido concentrándose en preocupaciones de política criminal. Un ejemplo claro es el planteamiento hecho por Roxin. El mismo que se explica por el esfuerzo que hace este autor al revisar los conceptos tradicionales del derecho penal en la perspectiva de criterios de política criminal.

- 321 De la sucinta exposición hecha de las diferentes concepciones sobre la acción es posible constatar que se trata, en el fondo, de nociones elaboradas con la intervención decisiva de un elemento normativo. Es decir, los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son aquellos considerados por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. De la noción de acción causal (voluntario accionar) o de la noción de la acción finalista (consideración óptica de la acción dirigida a una meta) no se pueden deducir, sin más, las características y los alcances de dichos elementos de la infracción. Es con la ayuda de éstos, más bien, que se logra determinar lo que para el derecho penal constituye una acción; ya sea una actividad dirigida a un fin, la producción causal de un resultado o el simple no hacer algo.
- 322 Si no ha sido "encontrado" un concepto unitario, a pesar de los esfuerzos realizados durante décadas, esto se debe a que las diversas maneras que reviste la actividad humana no pueden ser definidas globalmente y de modo neutro, salvo que se recurra a una fórmula vacua. La elaboración de un tal concepto resulta superflua. Esto se deduce, igualmente, del hecho de que el legislador no fundamenta siempre la consecuencia penal en el mismo factor. Lo decisivo es saber cuándo un hecho es imputado normativamente a una persona determinada.
- 323 Aun cuando de esta afirmación aparezca que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con una sanción penal, esto no significa que su proceder sea siempre correcto y justo. Aquí entran en juego criterios tanto axiológicos como de política criminal que deben ser discutidos abiertamente.
- 324 De lo afirmado se deducen dos consecuencias: la primera es de índole general, la caracterización de la infracción no está condicionada en definitiva por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera como se precisen las nociones de tipicidad y de injusto. La segunda está más en relación con la problemática de la acción. La función que desempeña la noción de

acción, cualquiera que sea su orientación, es de carácter negativo. Sirve para eliminar - a partir de los tipos legales, en buena cuenta - los hechos sin importancia para el derecho penal. Sin embargo, aun en este aspecto debe tomarse en consideración, cuando un acto reflejo o automático no es considerado como acción (por no ser mínimamente controlable), si existe o no un comportamiento precedente que sea relevante para el derecho penal (omisión por parte de la persona obligada a tomar las medidas necesarias para descartar el daño resultante del acto incontrolable).

- 325 Para los efectos del derecho penal, conviene más señalar los diferentes casos que, a pesar de su diversidad, pueden ser designados como acciones humanas. Con este objeto es de recurrir en principio a los modelos de acción descritos en los diversos tipos legales.

D. Legislación nacional

- 326 La terminología utilizada, en el Código Penal, para designar el comportamiento penalmente relevante es variada e imprecisa. Si bien la redacción de la ley no debe ser ocasión para resolver cuestiones dogmáticas, se pudo lograr una cierta uniformidad en los vocablos utilizados. Lo que hubiera redundado en favor de la claridad del texto legal.
- 327 Al consagrar el principio de legalidad, en el art. 17 de la Constitución, se habla de "acciones u omisiones". Se emplea el término "hechos", en el art. 1 del Código Penal, así como en su art. 3. Tanto en la Constitución como en el Código Penal, se trata de los comportamientos humanos que deben ser calificados como delitos o faltas. El término hecho es más amplio que las palabras acción u omisión. Estas últimas suponen necesariamente que son obra de una persona, ya que a éstas están dirigidas las normas legales. Por hecho puede entenderse igualmente un fenómeno de la naturaleza; pero es evidente que el legislador ha utilizado este vocablo con la finalidad de abarcar las dos formas de acción (acciones y omisiones). Siendo disposiciones referidas al principio de la legalidad, es de entender que

se hace alusión al comportamiento en tanto delito completo. Por el contrario, el término "hechos" es empleado en un sentido más restringido en el art. 10 referente a la relación de causalidad. En este caso, se alude al resultado previsto en las "figuras delictivas", que deben ser consecuencias de una "acción u omisión". Esta misma ambigüedad se encuentra en el art. 12, donde se dice que el "delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal ...". Así, se distingue entre acciones y resultado (mal), para luego afirmar que "los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley". Aquí "hechos culposos" es sinónimo de "delitos culposos". En el art. 25, se ha preferido utilizar la palabra hecho y en el art. 27 se emplea indistintamente delito y hecho (inc. 2: "ejecutar el hecho con alevosía"; inc. 4: "ejecutar el hecho por medio de explosivos; inc. 8: "ejecutar el hecho empleando vehículo; pero, inc. 5 aprovechar para la ejecución del delito"). Sin duda, a ambas palabras se les da el mismo contenido. Por último, señalemos que a veces se ha empleado el término "acto", es el caso del art. 24, inc. 3: "quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley ...".

E. Capacidad de realizar acciones

- 328 Cualquiera sea la teoría de la acción que se acepte, sólo la persona humana es considerada como sujeto activo de los delitos. Así, no sólo se excluyen los comportamientos de los animales, sino también de las personas jurídicas (sociedad anónima, fundación, ...). La culpabilidad o responsabilidad, base de la sanción penal, es personal e individual y supone la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto y la de determinarse según esta apreciación.
- 329 Estos argumentos parecen decisivos, en principio, para descalificar a las personas jurídicas como sujetos activos de delitos en razón a supuestos criterios ontológicos. Es verdad que no puede admitirse que una sociedad anónima quiere un hecho de la misma manera que una persona física. También es inimaginable que una persona moral sea encerrada en la celda de una prisión. Sin embargo, desde esta

perspectiva no puede comprenderse por qué, por ejemplo, en las legislaciones de Inglaterra, E.E.U.U. y Francia se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas. Salvo que se considere estas regulaciones legislativas como irracionales.

- 330 En la actualidad, la tendencia es más bien favorable a reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas. El objetivo es luchar más eficazmente contra determinado tipo de criminalidad: criminalidad organizada, delitos contra el medio ambiente, delitos económicos. En Alemania, se ha propuesto, por ejemplo, que las personas jurídicas sean sancionadas directamente. El fundamento sería que ellas actúan igual que las personas físicas mediante sus órganos administrativos y que el juicio de culpabilidad recae directamente sobre ellas ("modelo de imputación simple", "*schlichtes Zurechnungsmodell*"). También se ha propuesto que se considere que las personas jurídicas colectivas tienen una culpabilidad propia en razón de su organización ("*eigenes Organization Verschulden*"). No está demás recordar que, en base a la teoría de Gierke de la personalidad real de la persona jurídica, se propugnó la responsabilidad penal de las personas jurídicas afirmando que "quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios" y que "el derecho dice quién es la referencia final de imputación de una conducta y a quién debe hacerse responsable de una conducta contraria a las normas". En el último proyecto de Código Penal de Guatemala, se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como una forma diferente y alternativa a la responsabilidad personal, individual.
- 331 Este último criterio es el establecido en el art. 38 del Código Penal: "En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales". El mismo sentido tiene la disposición reguladora del delito económico especial,

art. 1 del Decreto N. 28-86, en cuanto considera como posibles responsables a "las personas individuales y los representantes de las personas jurídicas". Por tanto, éstas en cuanto tales no son consideradas sujetos activos de delitos.

- 332 La aceptación o el rechazo de propuestas como la del Proyecto de Código Penal no depende de factores materiales como los señalados anteriormente, sino de "si es justo, conveniente y coherente con los principios de la teoría de la responsabilidad que se acepte". Es un problema de política criminal, ya que siendo la responsabilidad penal una cuestión de orden normativo bien puede convenirse bajo qué condiciones puede considerarse penalmente responsables a las personas jurídicas. La enorme influencia que éstas ejercen en el ámbito social y económico, así como el hecho que sean frecuentemente el ámbito y el medio adecuado para la ejecución, especialmente, de la criminalidad económica, hacen que la negación de la capacidad de las personas jurídicas para cometer delitos sea más bien artificiosa. Atribuirles esta responsabilidad comporta, al mismo tiempo, un reto y una tarea urgente para los estudiosos de la dogmática penal. De esta manera, se lograrían además mayores garantías para todos los que serían afectados indirectamente en sus derechos por la aplicación de medidas represivas a las personas jurídicas, como es el caso de las leyes que prevén las denominadas "consecuencias accesorias de la represión" (por ejemplo, multas, anulación de la inscripción en el registro de las personas jurídicas, suspensión de actividades...).

F. Ausencia de acción

- 333 No pueden ser calificados de acción los movimientos reflejos que se presentan como reacción inmediata, involuntaria, a un estímulo interno o externo; por ejemplo, convulsiones, vómitos y, en ciertas circunstancias, los movimientos instintivos de defensa. En estos casos, es necesario que el movimiento sea de índole puramente somática y producido fuera de toda influencia de la voluntad.

- 334 Un acto automático interiorizado mediante el aprendizaje y constante ejercicio constituye una acción a pesar de que sea efectuado sin ninguna o casi ninguna reflexión. El efecto penal se presenta cuando falta la reacción automatizada o la reacción es inadecuada. Este tipo de actos es común a diversas actividades, particularmente en la utilización de aparatos o vehículos (en caso de la conducción de automóviles, la reacción brusca ante un obstáculo inesperado).
- 335 El suceso realizado bajo la influencia de una "fuerza material exterior irresistible, directamente empleada" sobre una persona (art. 25, inc. 2), tampoco puede ser considerado como acción. El violentado carece de voluntad; en buena cuenta, es un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. El resultado causado no es producto de la actividad del violentado. En realidad, la acción no le pertenece. Así, si Pedro, a empujones, hace que Juana con su cuerpo rompa una vitrina, quien produce el daño al patrimonio ajeno es Pedro, y tanto da que se sirva del cuerpo de Juana o de una piedra. En consecuencia, la simple coacción (*vis compulsiva*) no es suficiente; pues, el coaccionado - a diferencia del sometido a fuerza física irresistible - actúa voluntariamente, aun cuando su voluntad padezca una deformación que la afecta profundamente. Es el caso del miedo invencible, previsto en el art. 25, inc. 1: "ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias". A pesar que estos casos de falta de acción están considerados, en el Código Penal, como causas de inculpabilidad, constituyen - según la doctrina mayoritaria - circunstancias que impiden ya considerar los hechos como acciones penalmente significativas.
- 336 De la misma manera, no son acciones los movimientos llevados a cabo en estado inconsciente; por ejemplo, el sueño profundo producido por narcóticos, la embriaguez extrema debida al alcohol. Estos últimos casos deben ser analizados de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular. Lo decisivo es que el suceso aparezca como resultado de un acción sin relación consciente con el mundo. De modo que resulta imposible imputársela a la persona

involucrada. Si son estados en que la falta de conciencia no es total, sino que el agente sólo sufre de un trastorno mental transitorio, no puede decirse que no haya acción. Este estado puede afectar sólo la imputabilidad del agente, quien es capaz de actuar (art. 23). En relación con los actos realizados en estado hipnótico, se discute mucho. Algunos autores consideran que no existe acción y que el hipnotizado se convierte en un instrumento sin voluntad en poder del hipnotizador. Y, este último, se hace responsable, a título de autor mediato, de los actos delictivos cometidos por el hipnotizado.

- 337 Cuando se trate de constatar una circunstancia excluyente de la acción, deberá verificarse si la acción inmediatamente anterior tiene importancia para el derecho penal. En el conocido ejemplo de la madre que causa, por asfixia, la muerte de su hijo recién nacido mientras duerme junto a él, no se puede decir que haya realizado una acción. Sin embargo, puede imputársele el acto de haber conservado, conscientemente, el niño junto a ella sin tomar las precauciones necesarias para evitar causarle un daño.

G. Relación de causalidad

- 338 Según las disposiciones de la parte especial, la imposición de una sanción puede fundarse en la simple realización de una acción (comisión u omisión) o además en el resultado externo e independiente a la acción misma. La calumnia, por ejemplo, es una infracción que se consuma cuando el agente imputa falsamente a otro un delito perseguible de oficio (art. 159). Aquí, "la propia acción constituye el punto final del tipo legal". Por el contrario, en el caso de homicidio o de lesiones corporales, es necesario que se produzca un resultado (muerte o lesión). En los denominados delitos de simple actividad no se presenta un problema de causalidad. Lo mismo puede afirmarse en relación con los delitos de peligro abstracto y los delitos de omisión simple. En los llamados delitos de lesión, sí es decisiva la constatación de la presencia de nexo causal; en la práctica, sobre

todo, en relación con los delitos de homicidio, lesiones, estafa y los delitos culposos cometidos en el tránsito automotriz.

- 339 El hecho de que el arsénico sea letal, que la explosión de un cartucho de dinamita sea destructor o que el fuego provoque incendios, constituye una cuestión empírica, no jurídica. Lo es, por el contrario, la interrogante sobre lo que es relevante para el derecho penal. Es decir, se trata de fijar el criterio útil para determinar si la acción y/o el resultado (previsto en la ley como efecto externo y diferente de la acción) puede ser imputado al autor como si fuera su obra.
- 340 Diversas han sido las respuestas dadas a este problema. Nos limitaremos a describir, esquemáticamente, las más importantes.

a. Teoría de la equivalencia de las condiciones

- 341 Vinculada estrechamente a la concepción naturalista de la acción, se encuentra la denominada teoría de la equivalencia de las condiciones. Conforme a este criterio, una acción es causa de un resultado cuando no puede ser hipotéticamente eliminada sin que desaparezca al mismo tiempo el resultado. Debido a que no busca distinguir entre las condiciones según su importancia, se le llama también teoría de la "*conditio sine qua non*" o de la "equivalencia de las condiciones".
- 342 Según esta teoría, no se produce una interrupción del proceso causal a pesar de que en su desarrollo se presenten circunstancias extraordinarias: por ejemplo, una deficiencia corporal del agente (hemofilia, hígado hipertrofiado por el alcoholismo), concurrencia simultánea e independiente de la acción de un tercero (Rosa y Juana dan, separadamente, sendas porciones de veneno a la víctima), acción de la propia víctima (la víctima de una agresión rechaza la intervención médica que puede salvarla).
- 343 En derecho penal, no se puede aceptar pura y simplemente esta teoría, que extiende demasiado la noción de causalidad e impide su diferenciación con la imputación al autor, dando así lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. En la mayor parte de los casos, se puede reconocer y sólo en relación con los delitos de comisión llamados materiales o de lesión, que los principios de la teoría de la

equivalencia de las condiciones bastan sobradamente para aplicar, en el marco de un actuar típico, la producción de un resultado conforme al tipo legal.

- 344 Esto es así porque, de acuerdo con el sistema de razonamiento de las ciencias naturales, aparece como "natural" reputar, por ejemplo, como causa de la muerte o de las lesiones el hecho de tirar sobre la víctima con un arma de fuego. Dicho de otra manera, para admitir la existencia de la relación de causalidad es necesario saber de antemano que el hecho o el medio utilizado es propio a causar el resultado. Si este no es el caso, la teoría de la equivalencia de condiciones es incapaz de dar una respuesta válida. Un ejemplo muy citado es el de la determinación de la causalidad entre la ingestión de cierto medicamento dañino (talidomida o contergan) por una gestante y las deformaciones biológicas con que nace el niño.
- 345 Resulta igualmente insuficiente el criterio analizado en relación con el concurso simultáneo de varias acciones en la realización de un resultado. Por ejemplo, tres individuos apuñalan, al mismo tiempo, a una persona, la misma que fallece por el efecto conjugado de las lesiones que sufrió. Si hipotéticamente se suprime, aisladamente, la intervención de cada uno de ellos, el resultado no desaparecerá. De modo que debería admitirse el absurdo de que ninguno de ellos ha causado la muerte de la víctima.
- 346 Para responder a estas objeciones, sus defensores han precisado que: "para la teoría de la condición solamente importa averiguar si han seguido a una acción modificaciones del mundo exterior cronológicamente posteriores que se hallasen unidas a la acción con arreglo a las leyes de la naturaleza y aparezcan como resultado típico (fórmula de la condición adecuada a las leyes de la naturaleza)". Esta propuesta resulta sin embargo insuficiente, en la medida en que no fija los criterios aplicables para determinar la adecuación de las condiciones a las leyes de la naturaleza. Su aspecto positivo radica en que admite el hecho de que "a tales efectos nada puede auxiliar la fórmula de la *conditio sine qua non*, sino sólo el juicio técnico del especialista".

b. Teoría de la causalidad adecuada

- 347 Mediante esta teoría, se ha tratado de resolver el problema en el dominio mismo de la causalidad. Conservando el proceso hipotético propio de la teoría de la *conditio sine qua non*, sus partidarios no admiten como causa a toda condición de producción del resultado, sino únicamente a aquella que, conforme a la experiencia o el curso ordinario de las cosas, es adecuada para producir el resultado prohibido. No existirá causalidad cuando el desarrollo del nexo causal es atípico, anormal; en otras palabras, si tiene lugar de manera no habitual. Para apreciar la adecuación de la condición deben tenerse en cuenta todas las circunstancias de tiempo y de lugar que eran conocidas u objetivamente cognoscibles, de modo que el resultado podía ser previsible (pronóstico posterior objetivo). Además, se considerará el hecho de que el agente poseía conocimientos especiales (médicos, técnicos,...).
- 348 Sin embargo, los criterios empleados se han revelado demasiado imprecisos. Resulta casi imposible de precisar lo que significa "el curso ordinario de la vida", "el desarrollo normal de las cosas" o "el carácter más o menos excepcional de la cadena causal".
- 349 Con el objeto de esclarecer su planteamiento, los partidarios de este criterio afirman que el juez debe, para apreciar el desarrollo de los hechos, colocarse en el lugar de un observador neutro experimentado. Pero, la imprecisión surge nuevamente cuando se tienen que fijar los conocimientos y calidades que debe reunir dicho observador. En la aplicación de estos criterios, se ha ido tan lejos que resulta difícil distinguir la tesis de la causalidad adecuada del criterio de la equivalencia de las condiciones.
- 350 El aspecto positivo de la teoría de la causalidad adecuada, es el hecho de que, pese a la opinión de sus sostenedores, no constituye una respuesta empírica al problema de la causalidad. No se trata de una explicación relativa a la causalidad propiamente dicha, sino más bien de un criterio normativo. Esto fue puesto en evidencia cuando se consideró que no basta la idea de la adecuación para determinar cuál

es la relación de causalidad relevante y que, dentro del marco del tipo legal, debería determinarse si el nexo así circunscrito debe ser apropiado para causar el resultado perjudicial. De esta manera, eran excluidos los nexos causales inadecuados por imprevisibles, y en consecuencia sin importancia. Este criterio, denominado teoría de la relevancia, debe ser considerado como un antecedente de la teoría de la imputación objetiva.

c. Teoría de la imputación objetiva

- 351 La concepción de la imputación objetiva parte de la afirmación de que el resultado penalmente significativo es el que el agente puede prever y realizar mediante un acto de comisión o de omisión.
- 352 La producción del resultado y la constatación de la causalidad (mediante la equivalencia de las condiciones) no bastan para afirmar que el tipo legal ha sido realizado. Así, en el caso de quien, durante una tormenta, envía al bosque a una persona esperando que ésta sea muerta por un rayo y este hecho se produce, el nexo causal natural existe; pero el tipo legal del homicidio simple no ha sido concretado (art. 123). Lo mismo sucede en el caso de la muerte de un herido en el incendio del hospital a donde había sido trasladado luego de que fuera atropellado culposamente por un conductor. El comportamiento de éste es, naturalmente, causa del deceso de la víctima; mas resulta imposible sostener que haya cometido un homicidio (art. 127). En el marco de las teorías tradicionales, se recurrió al aspecto subjetivo del comportamiento para excluir la represión en estos casos. Tratándose de actos dolosos, se exigía que el agente debía tener conciencia del desarrollo causal y, en los culposos, la constatación de la previsibilidad del resultado. Como consecuencia, en los ejemplos citados, las personas en cuestión no eran punibles por falta de dolo o de culpa.
- 353 De acuerdo con el criterio de la imputación objetiva, por el contrario, la solución se halla en la constatación de que el resultado fatal no puede ser, en realidad, considerado como obra de la persona involucrada. De modo que para admitir la materialización del tipo

legal es insuficiente la producción del resultado mediante una acción, sino que es necesario además constatar que dicho resultado le sea imputable, precisamente, dentro del marco del tipo legal.

- 354 El principio general de imputación objetiva es que el agente, mediante su acción, **ha creado** un riesgo jurídicamente desvalorado y que éste se haya realizado en el resultado. En el caso de enviar una persona al bosque durante una tormenta, este hecho no crea un peligro de muerte jurídicamente relevante. Mientras que en el caso del incendio del hospital, la acción culposa del chofer crea un peligro de muerte jurídicamente significativo, pero la muerte por incineración no es la materialización de dicho peligro.
- 355 Los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si se debe imputar al agente el resultado son diversos. Señalemos, primero, el de la **disminución del riesgo**. No es imputable el resultado (lesión corporal) a quien lo provocó y, así, evitó que la víctima sufriera una lesión más grave o muriera por la piedra lanzada por un tercero. No se trata de una causa de justificación porque el acto salvador no constituye una infracción debido a que, justamente, el resultado no puede ser imputado a su autor. Caso diferente es cuando éste substituye el daño inminente por otro (privación de libertad de una persona para evitar que sea secuestrada). Tampoco se da la causalidad cuando no se aumenta, en la perspectiva del derecho, o no se evita un riesgo socialmente permitido (paseo en el bosque durante una tormenta, trepar escaleras, conducir un coche...).
- 356 El **aumento del riesgo** permite imputar el resultado a quien, mediante una acción incorrecta, lo causa y esto a pesar de que el resultado se hubiera igualmente producido si el agente hubiera actuado como es debido. Así, a quien tala un árbol que su propietario no quería conservar o mata una vaca que según la autoridad sanitaria debía ser muerta, se le imputará el daño en el patrimonio ajeno, aun cuando el árbol iba ser talado o la vaca, sacrificada en un plazo más o menos corto.

- 357 La imputación objetiva del resultado no procede cuando el agente provoca un resultado mediante una acción que no sobrepasa el límite del riesgo permitido. Un ejemplo típico, es el de la lesión o muerte causada a un peatón a pesar de que el conductor manejaba su vehículo de acuerdo con las reglas de tránsito.
- 358 Tampoco se da la imputación objetiva si produce un resultado mediante la violación del riesgo permitido, a condición de que el resultado no constituya la realización de dicho riesgo. Es el caso del automovilista que conduce a velocidad excesiva y luego disminuye la velocidad al límite autorizado, ocasión en la que atropella y lesiona un peatón. El exceso de velocidad es causa del resultado en la medida en que condiciona el hecho de que el vehículo se encuentre en el lugar del accidente justo en el momento en que el peatón cruza la calzada. Sin embargo, el accidente y las lesiones no constituyen la materialización del riesgo que implica el exceso de velocidad.
- 359 La imputación objetiva de un resultado no es posible cuando éste no está comprendido en la **esfera de protección de la norma** que es violada. Por ejemplo, dos automovilistas que circulan, uno detrás del otro, en la noche sin los faros encendidos y, por esta circunstancia, el primero choca contra un tercero que transita en sentido contrario. El accidente hubiera sido evitado si, al menos, el segundo conductor hubiera tenido los faros encendidos. De esta manera, éste aumentó sensiblemente el riesgo de que se produjera el accidente. Sin embargo, no se le puede imputar el resultado porque la finalidad del mandato de circular en la noche con las luces encendidas es el de evitar que el conductor en cuestión no provoque o sea víctima de un accidente, pero no el de evitar que otros conductores no causen accidentes. No constituye, como consecuencia, el objetivo que protege el tipo legal.
- 360 Procede imputar objetivamente el resultado cuando éste hubiera podido ser evitado mediante una **acción conforme a derecho**. El ejemplo típico es el del camionero que al sobrepasar a un ciclista no respeta la distancia reglamentaria. Circunstancia en la que el ciclista, en estado de ebriedad, realiza una falsa maniobra que da lugar a que

la llanta trasera del camión lo aplaste. Este resultado se hubiera producido, muy probablemente, aun si el chofer hubiera respetado la distancia reglamentaria. La razón es que el agente en lugar de respetar el riesgo permitido lo ha aumentado y que el resultado es la concreción del aumento del riesgo (teoría del riesgo). Esta tesis es muy discutida, aunque ha sido también aceptada por un buen número de autores. La jurisprudencia alemana y algunos autores sostienen que la causalidad sólo puede admitirse en esos casos cuando existe la plena seguridad de que el resultado hubiera sido evitado mediante la realización de la acción reglamentaria. También se afirma que, en todo caso, sería de invocar el principio *in dubio pro reo*. Roxin responde a estas objeciones afirmando que lo decisivo es el hecho de que el agente ha aumentado realmente el riesgo de manera prohibida.

- 361 Por último, la imputación no puede hacerse en razón de que el alcance del tipo penal, la finalidad protectora de la norma penal (prohibición de matar, de lesionar, de dañar ...) no comprende la clase de resultado causado: el tipo legal no tiende a evitar la producción de tal resultado. Se trata de comportamientos consistentes ya sea en contribuir a que una persona se exponga intencionalmente a peligros (los motociclistas que, en estado de relativa ebriedad, se desafían en una carrera y, debido al exceso de velocidad, uno de ellos se accidenta y fallece) o que, consciente del riesgo, permita que la expongan a un peligro (mantener relaciones sexuales a sabiendas con un seropositivo) y, por último, impedir que el resultado sea de la responsabilidad de un tercero (el policía o el bombero que, en función de su cargo, asume la responsabilidad de evitar un resultado impide que éste pueda ser imputado a la persona que, en primer lugar, creó el riesgo).
- 362 La teoría de la imputación objetiva gana constantemente más adeptos; en especial, por sus notorias ventajas en el dominio de las infracciones culposas y las de omisión impropia. Sin embargo, las dificultades subsisten debido a que los criterios desarrollados no son del todo precisos y, así mismo, en razón del desacuerdo existente respecto tanto de los elementos del delito como de la misma

imputación objetiva. Si Roxin estima que su lugar se halla en la tipicidad, pues para afirmar que una acción es típica se necesita que, previamente, se constate la imputación objetiva del resultado; para Bustos, su ubicación sistemática se encuentra en la antijuricidad, ya que "es en este plano en el que se consideran todas las valoraciones (o desvaloraciones que surgen de todo el ordenamiento jurídico, de todas la reglas jurídicas, y no sólo desde la norma prohibitiva o de mandato)".

d. Delitos de peligro concreto

- 363 Estos criterios de imputación deben también tenerse en cuenta respecto de los **delitos de peligro concreto**. Estos delitos son **delitos materiales**, ya que su consumación supone la realización de una modificación del mundo exterior física y temporalmente diferente de la acción misma en que consiste la infracción. Dicha modificación, a diferencia de los **delitos de lesión**, no comporta un perjuicio material del objeto del delito (persona, cosa, documento, feto ...), sino la creación de una situación de la que puede derivarse la realización de un tal perjuicio. Según el art. 157, constituye delito contra la seguridad del tránsito el hecho de conducir un vehículo de motor "con temeridad ..., poniendo en riesgo o peligro la vida de las personas, su integridad ...". De modo que el autor debe ejecutar una acción (conducir de una manera determinada) con el propósito de poner en peligro, por ejemplo, la vida de las personas. Este peligro constituye el resultado de la acción y debe ser imputado al agente para que se pueda considerar que el tipo legal ha sido realizado.
- 364 Determinar si este peligro ha existido no es una cuestión a resolver de acuerdo con criterios materiales. Así, resulta impreciso y poco práctico proceder a medir en porcentaje el grado de probabilidad de que el daño se produzca. De modo que no se puede afirmar que el peligro concreto existe, en el ejemplo citado, sosteniendo que en la situación concreta existía el 51 % de probabilidades de que alguna persona fallezca o sea lesionada. El criterio aplicable es más bien de orden normativo. El punto de partida es la constatación de que el peligro concreto supone que sólo por azar el perjuicio no se produce.

En el contexto creado por la acción del agente, el peligro ya no puede ser impedido con certidumbre mediante un medio normal al alcance de la víctima o de un tercero. No se puede confiar en la presencia de tal circunstancia debido a que depende de la extraordinaria habilidad que posee la persona amenazada o de un encadenamiento de circunstancias incontrolables.

- 365 Por el contrario, en caso de los denominados **delitos de peligro abstracto**, por tratarse de **delitos formales**, no se da el problema ni de la causalidad ni de la imputación de un resultado. Este resultado no es elemento constitutivo del delito. Este se reduce a la realización de una acción que el legislador busca evitar por considerarla peligrosa en sí misma para el bien jurídico protegido. Por ejemplo, el abandono de un niño menor de diez años o a una persona incapaz de valerse por sí misma, que estuviere bajo el cuidado o la custodia del agente (art. 154). El autor será reprimido sin que sea necesario que se constate si, realmente, la víctima fue expuesta a sufrir un daño en su vida o salud. Un caso bastante frecuente en la vida diaria es la conducción de vehículos de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas o fermentadas, fármacos, drogas tóxicas o estupefacientes (art. 157, inc. 1).
- 366 La represión de este tipo de comportamientos es cuestionada señalando que es contraria al principio según el cual sólo deben reprimirse penalmente los comportamientos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. Como consecuencia, faltaría una base para fundamentar la represión cuando nadie fue expuesto verdaderamente a peligro. Lo cierto es que, mediante la represión de quien comete una acción apropiada para dañar a terceros se busca garantizar una mayor seguridad de los bienes jurídicos. La importancia de la represión de este tipo de acciones con respecto a dicha protección es generalmente admitida por sus efectos positivos de prevención general. Sin embargo, dudas subsisten en cuanto al respeto del principio de culpabilidad. La respuesta parece encontrarse en el hecho que, mediante la realización intencional de la acción

considerada en sí misma peligrosa, el agente viola un deber de cuidado en el sentido aceptado con relación a los delitos culposos.

e. Apreciación global

- 367 Cada una de las teorías sobre la causalidad, a pesar de las pretensiones de sus sostenedores, no constituye sino un esfuerzo destinado a fijar los límites en los cuales es factible imputar objetivamente a una persona las consecuencias de su comportamiento.
- 368 De acuerdo con la técnica legislativa moderna, el punto primario y esencial es el de preguntarse si el acto que da lugar al resultado es uno de los previstos en el tipo legal. De esta manera y en base a consideraciones normativas, se establecerá el criterio de imputación objetiva. La respuesta no deberá dejar de tener en cuenta los objetivos de la represión penal. Objetivos determinados, a su vez, por el conjunto de valores en que se basa el mismo derecho penal. La discusión sobre la causalidad no debe pues ocultar el debate esencial sobre los criterios axiológicos que orientan el uso del poder punitivo por parte del Estado.

f. Legislación nacional

- 369 A diferencia de la mayor parte de otros códigos penales, el Código guatemalteco contiene una disposición sobre la relación de causalidad. Según el art. 10, "los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley lo establece como consecuencia de determinada conducta".
- 370 Resulta bastante difícil saber cuáles son las ventajas de regular de esta manera el problema de la relación causal. Las dudas surgen en razón de que, por su naturaleza, la noción de relación de causalidad no puede ser establecida para comprender las peculiaridades de todas las formas de acción. Como lo hemos visto, el criterio de la causalidad natural puede bastar para responder a la mayor parte de

hipótesis planteadas por los delitos de comisión. Cuando se trata de delitos culposos, aparece más conveniente recurrir a la concepción de la causalidad adecuada. En cuanto a los delitos de omisión impropia, resulta más oportuno aplicar el criterio, claramente normativo, de la causalidad hipotética. Razón por la que cabe preguntarse cómo se pueden prever, en una fórmula sincrética, todos estos criterios.

- 371 En la regla del art. 10, se ha hecho bien de no definir la causalidad. Se limita, suponiendo el carácter normativo de la misma, a señalar bajo qué condiciones se debe atribuir "los hechos previstos [el resultado] en las figuras delictivas [tipos]". El carácter convencional de la regulación se destaca, sobre todo, en la última parte de la disposición. En ésta se dice "o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta". Es decir, el legislador prevé la posibilidad de decretar en ciertos casos que una determinada conducta debe ser considerada necesariamente como causa de un resultado.
- 372 La **primera condición** consiste en que la acción u omisión cometida por el autor debe ser "normalmente idónea para producirlos [los hechos]". De esta manera, parece que el criterio escogido es el de la **causalidad adecuada**. No basta cualquier comportamiento que "naturalmente" sea la causa de un resultado para que éste sea atribuido al autor. Es indispensable que sea propio, adecuado para producirlo. La idoneidad debe ser determinada de conformidad, primero, "a la naturaleza del respectivo delito". De modo que el tipo legal resulta siendo decisivo para saber si la acción cometida es la que ha sido tomada en cuenta por el legislador al incriminar un hecho determinado. Esta condición hace pensar en la exigencia establecida por el criterio de la imputación objetiva en el sentido que el comportamiento y el resultado deben ser comprendidos por la prohibición de la norma legal. Segundo, la idoneidad debe ser apreciada según "las circunstancias concretas del caso". Los partidarios de la causalidad adecuada dirían "de acuerdo a la manera como se desarrollaron los hechos y a la experiencia de la vida".

- 373 Con esta interpretación del art. 10 no se afirma que se haya concretado en esta norma uno de los diversos criterios elaborados por la doctrina. Menos aún que constituya una norma pionera en la dirección del moderno criterio de la imputación objetiva. Nuestro análisis revela, por el contrario, que la disposición en cuestión puede ser interpretada de modo tal que puedan resolverse los diferentes problemas planteados por la atribución de ciertos hechos a una determinada persona. Si se hiciera abstracción del art. 10, la situación sería la misma. De allí que sea mejor no regular en los Códigos la polivalente categoría de la relación de causalidad.
- 374 Como lo hemos visto, el problema de la causalidad constituye un problema de imputación en el que los elementos normativos son esenciales. Cualquier fórmula legal que trate de establecer estos criterios no dejará de ser simplemente declarativa y su interpretación dará lugar a los mismos problemas que hemos analizado.

§ 2. Tipicidad

A. Tipo legal

- 375 En el precepto de la disposición penal, el legislador señala las notas esenciales referentes al comportamiento, al autor, a la víctima, a los factores subjetivos y a la situación de hecho. De esta manera, determina el contenido ilícito material del acto incriminado. En este sentido restringido, se habla de "tipo legal" para designar dicha descripción.
- 376 Concebido de manera amplia, el tipo legal comprende el conjunto de presupuestos necesarios para aplicar, de modo concreto, una sanción penal. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, ...) que fundamentan la consecuencia jurídica. Se trata del denominado **tipo de garantía** (*Garantietatbestand*), estudiado ampliamente a través del análisis del principio de legalidad.

- 373 Con esta interpretación del art. 10 no se afirma que se haya concretado en esta norma uno de los diversos criterios elaborados por la doctrina. Menos aún que constituya una norma pionera en la dirección del moderno criterio de la imputación objetiva. Nuestro análisis revela, por el contrario, que la disposición en cuestión puede ser interpretada de modo tal que puedan resolverse los diferentes problemas planteados por la atribución de ciertos hechos a una determinada persona. Si se hiciera abstracción del art. 10, la situación sería la misma. De allí que sea mejor no regular en los Códigos la polivalente categoría de la relación de causalidad.
- 374 Como lo hemos visto, el problema de la causalidad constituye un problema de imputación en el que los elementos normativos son esenciales. Cualquier fórmula legal que trate de establecer estos criterios no dejará de ser simplemente declarativa y su interpretación dará lugar a los mismos problemas que hemos analizado.

§ 2. Tipicidad

A. Tipo legal

- 375 En el precepto de la disposición penal, el legislador señala las notas esenciales referentes al comportamiento, al autor, a la víctima, a los factores subjetivos y a la situación de hecho. De esta manera, determina el contenido ilícito material del acto incriminado. En este sentido restringido, se habla de "tipo legal" para designar dicha descripción.
- 376 Concebido de manera amplia, el tipo legal comprende el conjunto de presupuestos necesarios para aplicar, de modo concreto, una sanción penal. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, ...) que fundamentan la consecuencia jurídica. Se trata del denominado **tipo de garantía** (*Garantietatbestand*), estudiado ampliamente a través del análisis del principio de legalidad.

- 377 Originalmente, el tipo legal, en cuanto elemento del delito, fue concebido como la mera descripción objetiva de una conducta determinada. De la misma manera, se consideró a la antijuricidad de índole puramente objetiva. La culpabilidad y la imputabilidad fueron calificadas de elementos subjetivos.
- 378 Esta concepción fue criticada porque dividía de manera arbitraria y radical el delito en dos partes contrapuestas. La tipicidad y la antijuricidad no pueden ser, en realidad, caracterizadas sin considerar ciertos elementos subjetivos. Por ejemplo, el despojo de la posesión, elemento del tipo legal previsto en el art. 256, sólo puede ser descrito cabalmente con la ayuda del fin de apoderamiento que debe inspirar al usurpador. La antijuricidad de un comportamiento tampoco puede ser determinada sin tener en cuenta bajo qué impulso actuó el agente (por ejemplo, ánimo de defenderse).
- 379 El reconocimiento de la complejidad del comportamiento delictuoso condujo a plantearse de manera diferente la comprensión de la acción. Partiendo de la afirmación de que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado, ellos consideraron a la intención como un elemento de la acción y por tanto del tipo legal. Por esta razón, los finalistas distinguen, de un lado, el **tipo legal objetivo** (referido a la acción, resultado, sujetos activo y pasivo, ...) y, del otro, el **tipo legal subjetivo** (referido al dolo, móviles, ...).
- 380 Además de elementos subjetivos, el legislador emplea otros de índole normativa para describir el comportamiento incriminado. Estos elementos no sólo permiten describir mejor el comportamiento, sino que fundamentan su carácter ilícito. Por ejemplo, en el caso del hurto, la exigencia de que la cosa sea ajena ya expresa un juicio de valor negativo respecto al acto de apropiación cometido por el agente.
- 381 De modo que el tipo legal no puede ser concebido como puramente objetivo. Se trata más bien de una entidad normativa conformada por elementos de índole tanto material como axiológica.

B. Tipo legal, bien jurídico y norma

- 382 El bien jurídico sirve de punto de partida e idea rectora de la elaboración del tipo legal. Esto se debe a que el legislador para elaborar el tipo legal recurre a elementos que están siempre relacionados con dicho bien. La determinación y el análisis del bien jurídico protegido constituyen excelentes medios de interpretación. El bien jurídico facilita, igualmente, la clasificación de los delitos en la parte especial del Código penal.
- 383 Los bienes jurídicos no deben ser confundidos con las cosas o personas sobre las cuales recae la acción delictuosa; por ejemplo, en el tipo legal del delito de robo, el bien jurídico es el patrimonio y el "objeto", la cosa mueble ajena.

C. Tipicidad y antijuricidad

- 384 Cuando en una acción concreta se dan las características comprendidas en un tipo legal, se dice que es una **acción típica**, conforme al tipo legal. La calidad de una acción de adecuarse a un tipo legal constituye la **tipicidad**. A la acción de elaborar un tipo legal, se le designa con el término **tipificar**.
- 385 La elaboración de los tipos legales (*stricto sensu*) implica distinguir las acciones penalmente relevantes de las que no lo son. Como consecuencia por ser categoría de la teoría del delito y grado de valoración, el tipo legal cumple una función discriminatoria.
- 386 El hecho de que la acción corresponda a la descripción legal implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Sin embargo, esto no permite afirmar que dicho acto sea antijurídico. Es posible que este acto esté permitido, excepcionalmente, por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la muerte intencional de un hombre causada en legítima defensa, corresponde al tipo legal del art. 123; pero no es ilícita porque la norma del art. 24, inc. 1, la justifica. Teniendo en cuenta que la conducta típica supone la violación de una norma y que,

generalmente, comporta la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico importante, se debe afirmar que el tipo legal constituye una valoración penal independiente, la cual representa una señal que indica dónde se encuentra el límite de una acción prohibitiva sancionada penalmente. Del tipo legal se deduce, en todo caso de manera provisional, el específico carácter prohibido de un comportamiento determinado. El tipo legal proporciona de este modo un indicio, una presunción *juris tantum* de la antijuricidad.

D. Elementos negativos del tipo legal

- 387 En contra de este criterio, se ha sostenido que el tipo legal es "fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuricidad" y que el delito es un acto "típicamente antijurídico...". Una de las fuertes corrientes de opinión en este sentido es la teoría de los denominados "elementos negativos del tipo penal".
- 388 Son considerados elementos negativos del tipo legal aquellos que, a diferencia de los elementos positivos (tomar, cosa, mueble, ajena, intención), no deben presentarse (ausencia de un estado de necesidad al hurtar la cosa). De modo que si una de estas circunstancias concurre, el acto no corresponde al tipo legal. Si la falta de estos elementos no ha sido establecida en cada uno de los tipos legales, se ha debido, únicamente, a una cuestión de técnica legislativa. En caso de darse, según el ejemplo dado, el estado de necesidad la acción no sólo estaría justificada, sino que debería ser considerada no típica. De este modo, los defensores del criterio de los elementos negativos del tipo legal concluyen proponiendo una sistemática de dos niveles: ilícito típico y culpabilidad, en oposición a la sistemática a tres niveles: tipicidad, ilícito y culpabilidad.
- 389 Muchos son los juristas que aceptan la idea de la teoría del delito a dos niveles. Esta concepción es sostenible tanto desde una perspectiva lógica como axiológica. Los factores que fundamentan el ilícito y aquellos que lo excluyen, en consideración a su índole y finalidad, pueden ser considerados como parte de una sola categoría.

Además, la referencia a estos factores en los tipos legales no es siempre uniforme ni constante. Aparecen, muchas veces, indistintamente como relativos a la tipicidad o al ilícito. El procurarse un "lucro injusto", necesario en caso de extorsión (art. 261) constituye una alusión directa al ilícito, pero su ausencia determina ya la exclusión de la tipicidad. En caso de coacción (art. 214), el actuar "legítimamente autorizado" no sólo justifica el acto sino que impide que corresponda al tipo legal.

- 390 Sin embargo, es de tener en cuenta que la tipicidad y la antijuricidad tienen funciones diferentes, además de la que las une y que consiste en la determinación del carácter ilícito del comportamiento en cuestión. La tipicidad, derivada directamente del principio de la legalidad, indica, en general, cuáles son los actos incriminados. Constituye así un instrumento eficaz para influenciar la conciencia de las personas y desempeña un papel importante en la prevención general. Las causas de justificación se hallan en relación negativa con el ilícito, ya que su presencia determina la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico. Su efecto decisivo se da, por tanto, en relación con el caso concreto y no con el acto descrito esquemáticamente en el tipo legal. Las circunstancias excepcionales en que consisten las causas de justificación no son reguladas en relación con cada uno de los tipos legales, son más bien apreciadas conforme a criterios generales de equidad, justicia y proporcionalidad. Su fuente es todo el ordenamiento jurídico y no sólo la ley penal. Estas constataciones justifican que se mantenga separada la tipicidad de la antijuricidad y se prefiera, por tanto, el análisis del delito en tres niveles (tipicidad, ilícito y culpabilidad). Por esto debe afirmarse que la tipicidad es la *ratio essendi* del ilícito, pero sólo la *ratio cognoscendi* de la antijuricidad en el caso concreto.

E. Tipo legal objetivo

- 391 La distinción entre tipo legal objetivo y tipo legal subjetivo se hace en relación al autor de la acción. Constituyen el aspecto objetivo todas

aquellas referencias que se hacen a lo que se encuentra situado fuera de su esfera psíquica, a lo que no forma parte de su mundo interno. Esto significa que el aspecto objetivo del tipo legal no sólo se refiere a las circunstancias del mundo exterior que pueden ser aprehendidas directamente por la simple observación, sino también aquellas, por ejemplo, que forman parte de la esfera interna de la víctima (la falta de razón en la persona objeto de violación: art. 173) o aquellas cuya apreciación exige una valoración jurídica, ética o social (el ser ajena y mueble la cosa objeto de un hurto: art. 246; la obscenidad de los actos en caso del delito previsto en el art. 195).

a. Acción típica

- 392 El elemento esencial del aspecto objetivo del tipo legal consiste en un acto designado por el **verbo principal** de la descripción legal (por ejemplo: matar, apropiarse, no prestar ayuda, falsificar, ...) y sus modalidades (ser ejecutado en "territorio guatemalteco": art. 371), los medios utilizados (violencia o engaño: art. 181, ardid o engaño: art. 263), el objeto del delito sobre el que recae la acción ("otro", persona: art. 144; persona menor, art. 188; el aire, el suelo o las aguas, art. 347 A; moneda: art. 314; documento público: art. 321).

b. Sujeto activo

- 393 Mención aparte merecen las referencias al sujeto activo del delito. La mayor parte de las disposiciones de la parte especial del Código comienzan por la expresión: "Quien ..." para indicar al autor del delito (sujeto activo). Algunos designan un autor determinado: en este caso, se trata de los llamados **delitos especiales**; por ejemplo, el abuso de autoridad que sólo puede ser cometido más que por "el funcionario o empleado público" (art. 418); la quiebra fraudulenta cuyo autor es "el comerciante declarado en quiebra fraudulenta" (art. 348); la "madre" de la víctima en caso de infanticidio (art. 129); "el testigo, intérprete, traductor o perito" respecto al delito de falso testimonio (art. 450).

c. Sujeto pasivo

394 En general, las disposiciones no prevén condiciones particulares en relación al sujeto pasivo del delito, por ejemplo dar "muerte a alguna persona" en el homicidio (art. 123). Existen sin embargo disposiciones que indican un sujeto pasivo determinado; por ejemplo, "producto de la concepción" en el aborto (art. 133); "niño menor de diez años o persona incapaz de valerse por sí misma" en el abandono de niños o de personas desválidas (art. 154); "mujer honesta, mayor de doce y menor de catorce" en el estupro mediante inexperiencia o confianza (art. 176); "Presidentes de los organismos del Estado" en el desacato (art. 411).

d. Resultado

395 Cuando se describe un delito previendo que para su consumación es necesaria la producción de un resultado, constituyen elementos del aspecto objetivo del tipo legal tanto el resultado como la imputación objetiva de éste al autor. El resultado puede consistir en la destrucción del objeto del delito (la persona viva en el homicidio, art. 123; el bien mueble o inmueble ajeno en los daños contra la propiedad, art. 205) o en la creación de una situación de peligro concreta (poner en riesgo o peligro la vida de las personas, art. 157, inc. 2; la creación de un peligro común para la vida, la integridad corporal o el patrimonio de otro, art. 282, pf. 2). La imputación objetiva comprende la relación de causalidad entre el acto y el resultado, pero toma además en consideración las circunstancias que - de conformidad a criterios de valor del orden jurídico - permiten considerar el resultado como obra propia del autor.

e. Elementos objetivos

396 Entre los elementos del aspecto objetivo del tipo legal, se distingue, en la doctrina, los **elementos descriptivos** de los **normativos**. Esta distinción es de importancia en relación con la separación entre tipicidad e ilícito, así como con referencia al contenido del dolo. Los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje común que se refieren a "determinados estados y procesos corporales o

ánimicos [ajenos al autor]" y que, caso por caso, deben ser "comprobados por el juez cognoscitivamente. Por ejemplo, "matar" (art. 123); "bien" (art. 205).

f. Elementos normativos

- 397 Los elementos normativos se refieren, por el contrario, a aquellos factores que sólo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor. Dicha apreciación puede tener un fundamento jurídico: así, la noción de "total o parcialmente ajeno" (art. 251), o de "funcionario o empleado público" (art. 418). En ciertos casos, su base es la experiencia o los criterios morales y culturales, como el concepto de "obsceno" (art. 196).
- 398 En otros casos, ciertos tipos legales contienen elementos estrechamente ligados a la noción de antijuricidad. Para apreciarlos, el juez formula un verdadero juicio normativo. En razón a la naturaleza del lenguaje y a la calificación incriminadora del comportamiento, resulta inevitable recurrir a este tipo de elementos valorativos. Esto da a la descripción del comportamiento una gran flexibilidad y, como consecuencia, deja al juez un amplio poder en su determinación. Los elementos normativos están indicados en las disposiciones legales por términos como: "sin autorización" (art. 206), "sin estar legítimamente autorizado" (art. 214), "indebidamente" (art. 218), "obligado legalmente" (art. 242), "ilícitamente" (art. 256), "injusto" (art. 261).
- 399 En relación a la antijuricidad, elemento del delito, es de tener en cuenta si el adjetivo "ilícito" o "antijurídico" se refiere a algún elemento singular del tipo legal o al comportamiento descrito en su totalidad. Por ejemplo, cuando, en el art. 201, se dice "con el objeto de lograr ... cualquier otro propósito ilícito"), se trata de un verdadero elemento del tipo. Si el propósito es lícito, el comportamiento no será típico respecto a la mencionada disposición.
- 400 La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga y muy discutida. En buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos preponderantemente descriptivos o normativos. El

elemento "cosa" del art. 246, no es puramente descriptivo, ya que el intérprete debe desarrollar una actividad valorativa para fijar su amplitud. Al respecto, es de tener en cuenta que si por elementos descriptivos se entienden sólo los hechos accesibles a la percepción, y por normativos los predicados de valor, se excluirían tanto el sentido inteligible de las acciones humanas y de las declaraciones, como las relaciones jurídicas. En buena cuenta, todos los elementos del tipo legal son, en un sentido amplio, normativos, ya que como elementos del supuesto de hecho están referidos al sentido de la norma jurídica.

F. Tipo legal subjetivo

401 El aspecto subjetivo del tipo legal está constituido por las referencias al mundo interno o anímico del autor, utilizadas para describir el acto incriminado. El elemento central del tipo legal subjetivo es el dolo. Junto a éste, en determinados tipos legales, aparecen otros elementos subjetivos que permiten describir mejor la acción incriminada (por ejemplo, el móvil que impulsa al agente).

a. Dolo

402 En el art. 11 del Código Penal, se define implícitamente el dolo. Así, se señala que el autor debe haber previsto el resultado o, al menos, "cuando sin perseguir ese resultado", se lo "representa como posible y ejecuta el acto". Lo que significa, primero, que, en caso de dolo, el autor debe perseguir el resultado que se ha representado y, segundo, que pasa a la realización del acto a pesar que se ha representado el resultado como posible, aun cuando no se haya propuesto realizarlo directamente. Esta idea del dolo no es ajena a la noción dada en la doctrina y que se resume diciendo que actúa con **dolo** quien con consciencia y voluntad realiza todos los elementos constitutivos del aspecto objetivo del tipo legal.

403 Si bien ciertos juristas rechazan aún que el dolo deba ser tratado como parte del tipo legal, existen razones suficientes para convenir en que el dolo es un elemento, casi siempre, determinante para saber si

una acción corresponde a uno de los tipos legales. Por ejemplo, el término tomar (art. 246) implica una finalidad que sólo puede ser comprendida por un comportamiento doloso. El comportamiento del estafador es entendido como el obrar descrito en el art. 263, sólo si se considera el *animus* fraudulento con que es realizado. Muchas veces, el acto mismo es descrito como una acción orientada a una meta determinada; por ejemplo, "quien mediante procedimiento violento, intimidatorio o que en cualquier forma compele a otro, obligue a éste para que haga o deje de hacer lo que la ley no prohíbe ..." (art. 214).

- 404 Un caso particular que debe ser mencionado es el de la tentativa. Este tipo legal ampliado sólo puede ser comprendido si se tiene en cuenta, desde el momento en que se determina la tipicidad, la voluntad con que el agente ha actuado. De lo contrario, resulta imposible saber, por ejemplo, si se trata de una tentativa de lesión grave (art. 145) o de una tentativa de homicidio (art. 123). De manera que es insuficiente afirmar que la sola diferencia entre el delito consumado y la tentativa es la no realización del resultado.
- 405 La aceptación del tipo legal subjetivo y, en particular, de la ubicación del dolo en la tipicidad no depende de la noción finalista de la acción. Los partidarios de ésta perfeccionaron la nueva concepción del tipo legal desde el momento que, en sus inicios, identificaron la finalidad de la acción con el dolo. Este criterio ha sido abandonado o rechazado por la mayor parte de la doctrina. El dolo no puede ser percibido únicamente como el control del desarrollo causal orientado a la realización del tipo legal. Es de considerar además que supone la comprensión del sentido normativo de todos sus elementos.

b. Elementos subjetivos

- 406 En la doctrina penal, se discute bastante sobre los criterios que permiten determinar cuáles son los **elementos subjetivos del tipo legal** que se orientan hacia la culpabilidad o la antijuricidad del acto. Las dificultades resultan insuperables cuando se pretende encontrar un criterio único e inequívoco para clasificar de una vez por todas ciertos factores en uno solo de los grupos. La respuesta debe

encontrarse analizando cada uno de los tipos legales en que figura un elemento subjetivo.

- 407 Se considera que el elemento subjetivo concierne al ilícito cuando sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el *animus* del agente. El propósito de lucro (art. 449, inc. 2), el fin de inducir a la instrucción de un proceso (art. 454), el hecho de matar para facilitar u ocultar otro delito (art.132, inc. 7), el de emplear violencia contra un funcionario para impedir la ejecución de un acto legal (art. 409) son elementos subjetivos que caracterizan al tipo legal respectivo y fundamentan como consecuencia el carácter ilícito del acto.
- 408 Por el contrario, cuando el elemento subjetivo se refiere a motivos, sentimientos, convicciones considerados de manera independiente, es de afirmar que se trata de factores condicionantes de la culpabilidad. Es el caso del motivo de lucro mencionado en la descripción del asesinato (art. 132, inc. 2), de cualquier propósito ilícito o lucrativo en relación con el secuestro (art. 201), del saber que el producto que se comercializa es nocivo a la salud (art. 303, pf. 2).
- 409 Esta distinción difícil es de importancia práctica y no sólo de naturaleza teórica. En caso de participación, las circunstancias personales que afectan la responsabilidad (culpabilidad) de uno de los participante no modifican la de los demás. Ahora bien, estas circunstancias personales son únicamente los elementos subjetivos referidos a la culpabilidad. Por tanto, quien, sin afán de obtener un provecho ilícito, instiga una persona a cometer un hurto será reprimido de acuerdo con el art. 246. Por el contrario, al cómplice de quien trafica ilegalmente fármacos, drogas o estupefacientes, sin saber que el autor entrega dicho producto a un menor, no puede agravársele la pena (art. 308).

c. Conciencia

- 410 El contenido de la conciencia del delincuente, en el momento de cometer el delito, no se desprende plenamente del art. 11, que define

el delito doloso. En esta disposición, sólo se dice "cuando el resultado ha sido previsto". El agente no debe únicamente tener conciencia del resultado. Sin embargo, de la alusión que se hace, en seguida, al hecho de "perseguir ese resultado" y a la decisión de ejecutar de todas maneras el acto, se deduce que el agente debe saber lo que es necesario hacer para la producción del resultado.

- 411 Como consecuencia, el autor debe estar consciente de ejecutar el acto y de conocer los demás elementos del aspecto objetivo del tipo (por ejemplo, la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o de los medios a emplear, las circunstancias del acto típico). Se trata tanto de los elementos descriptivos del tipo legal que por estar referidos al mundo externo son fácilmente apprehendidos, como de los elementos normativos respecto de los cuales el autor debe comprender, en sentido lego, la valoración o la calidad a la cual hacen referencia (cosa mueble ajena, documento público, funcionario público).
- 412 En el caso de los delitos materiales o de lesión, el agente debe conocer el resultado y las condiciones materiales relevantes para la imputación objetiva. El resultado será considerado doloso cuando, de acuerdo con una apreciación objetiva, corresponde al previsto en el "plan" del delincuente.
- 413 La conciencia debe comprender, según los casos, las circunstancias que el legislador ha establecido como agravantes de la represión.
- 414 No es necesario, por el contrario, que el agente sepa que es imputable o conozca el grado de realización de su acto, las condiciones objetivas de punibilidad (art. 125) o el carácter punible de su acción.

d. Voluntad

- 415 El autor debe querer ejecutar el acto descrito por el verbo típico y todos los elementos o circunstancias que lo caracterizan de acuerdo con el tipo legal objetivo. Es decir, la voluntad se extiende a todos los elementos del tipo que el agente debe conocer. No basta como

consecuencia que el autor haya tenido simples deseos o esperanzas respecto a la realización del tipo legal.

e. Dolo directo o intención

- 416 Existe casi unanimidad en definir la intención como la aspiración o propensión orientada a alcanzar un resultado determinado. El agente "persigue" alcanzar el resultado. Pero, éste es querido y buscado cuando constituye la meta final, a pesar de que su realización sea insegura. El ejemplo típico es el de quien, para matar a una persona, dispara contra ella desde una distancia que no permite asegurar la producción del resultado. Es irrelevante que el agente, por ejemplo, intente matar a la víctima por venganza o por lucro. En los casos en que el tipo legal prevé como elemento subjetivo una finalidad especial (por ejemplo, enriquecimiento ilícito), surgen dificultades de interpretación debido a los diversos sentidos que el legislador le ha atribuido. Si se trata de un elemento subjetivo del tipo, no es necesario que, en el ejemplo dado, el enriquecimiento sea comprendido por el dolo directo, basta el dolo eventual.

f. Dolo indirecto

- 417 En este caso, el autor sabe que una circunstancia del hecho o el resultado están estrechamente vinculados con la acción delictiva que consciente y voluntariamente realiza. No basta que se represente el resultado "como posible". Lo tiene, por el contrario, por seguro aunque no lo desee o prefiera evitar la realización de esa consecuencia necesaria, pero persiste en realizar el hecho previsto en primer lugar. Se cita como ejemplo, con frecuencia, el caso de la persona que, con el fin de cobrar un seguro de vida establecido en relación con la víctima, le causa la muerte provocando el naufragio del barco donde ésta se encuentra y a sabiendas de que otras personas perecerán necesariamente. Este último resultado también es doloso aun cuando el agente afirme que hubiese preferido evitarlo. En la primera parte del art. 11, están previstas estas dos formas de dolo. La poca trascendencia de la diferencia entre dolo directo e indirecto justifica

que muchos autores la rechacen y estimen que se trata de una sola clase de dolo.

g. Dolo eventual

- 418 El punto de partida es que, aun en este caso, el agente actúa con miras a la "realización de un plan" (*Planverwirklichung*). Quien actúa de esta manera y está consciente de la posibilidad de cometer un delito, debe hacer lo necesario para descartar dicha eventualidad. Si no lo hace, se puede afirmar que él ha contado o calculado con su realización. Por esto, es incorrecto denominarlo "dolo condicionado" (*bedingter Vorsatz*): el dolo como voluntad de actuar conforme a un plan no puede estar "condicionado". El agente está dispuesto, cueste lo que cueste, a llevar a cabo su comportamiento. En esta perspectiva, se comprende lo dispuesto en la segunda parte del art. 11. En una situación concreta, el agente está dispuesto a actuar y, entonces, se representa como probable la producción del resultado. A pesar de esta eventualidad, en lugar de abstenerse como lo espera el ordenamiento jurídico, "ejecuta el acto". Procediendo de esta manera, él hace suyo el resultado probable.
- 419 Esta forma de dolo resulta difícil de distinguir de la llamada **culpa consciente**. En este caso, la realización del tipo legal (en particular del resultado) es percibida por el agente como probable. Sin embargo, conforme a las circunstancias del caso concreto no se puede sostener que, según los cálculos del agente, formaba parte del plan según el cual obraba. Este confía a la ligera en que el resultado previsto - pero no calculado en su plan de actuación - no se producirá.
- 420 Formular el criterio que permita distinguir ambos casos es bastante problemático. No se trata evidentemente de fijar un cartabón de orden psicológico, sino más bien de precisar un criterio normativo. Con estas limitaciones, se puede sostener que actúa con **dolo eventual** quien, considerando seriamente la posibilidad de que se realice un tipo legal o uno de sus elementos, decide continuar adelante con la ejecución de su comportamiento y, de esta manera, se conforma con su realización o la acepta. Cuando se trata de culpa

consciente, fuera de que el agente no haya calculado la realización del tipo legal o de uno de sus elementos como formando parte de su plan de acción, él confía imprudentemente en que no se realizará lo que se había representado como posible (resultado muerte o minoría de edad de la víctima).

- 421 En la doctrina, se proponen diversas maneras para precisar esta distinción y la terminología utilizada no es homogénea. El criterio explicado anteriormente y conforme al cual el dolo eventual supone que el agente se conforme o acepte el resultado probable, es denominado teoría del consentimiento (*Einwilligungstheorie*). Por el contrario, la teoría de la probabilidad (*Wahrscheinlichkeitstheorie*) considera como determinante el hecho de que el autor se haya representado como altamente probable la realización del resultado. De esta manera, se olvida que lo esencial en el dolo es la voluntad de realizar una acción conforme a un plan determinado. Además, se crea confusión respecto a la noción de dolo directo. En este último, el agente puede también representarse sólo como posible el resultado; mas esto no basta para que se admita el dolo directo. Por el contrario, hay ocasiones en que el resultado es percibido como muy probable y que su realización no sea aceptada (por ejemplo, intervención quirúrgica de alto riesgo).

h. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión

- 422 El dolo implica, en principio, que el autor, antes de comenzar a actuar, se decide a ejecutar el acto y conserva su decisión durante todo el desarrollo de su actuación. Es insuficiente que con posterioridad manifieste su satisfacción (*dolus subsequens*) con la infracción que ha realizado sin dolo previo. Por ejemplo, el testigo que de buena fe declara contra la verdad no comete, con dolo, falso testimonio (art. 460) y permanece impune a pesar de que, después de conocer la verdad, manifiesta su satisfacción por haber realizado objetivamente un falso testimonio.
- 423 No comete hurto quien sustrae un bien mueble (abrigo, paraguas, libro) creyendo que es suyo y luego de darse cuenta de su error

decide conservar dicho bien en su poder. Tampoco es suficiente que el agente se haya decidido con anterioridad a cometer un delito para que, en caso que se produzca el resultado, se le considere, sin más, responsable a título de dolo. Así, a pesar de que el marido haya adquirido un arma de fuego para matar a su mujer, no se le reprimirá a título de homicidio doloso si la muerte de la víctima se produce por el manejo imprudente del arma.

- 424 Por último, se presenta el problema de saber, principalmente en los llamados delitos permanentes, qué pasa si el dolo surge en el espíritu del autor durante la ejecución de la acción. Por ejemplo, quien por descuido encierra con llave a una persona en un cuarto y, después de darse cuenta del perjuicio involuntario que causa, decide no liberar a la víctima (*dolo superveniens*). Su responsabilidad a título de dolo comenzará desde el momento en que decide secuestrar a la persona encerrada, inicialmente, por error.

G. Error de tipo

- 425 El **error** constituye una falsa representación de la realidad o su ignorancia. Tradicionalmente, en la legislación y en la doctrina, se consideran dos clases de error. De acuerdo con la terminología tradicional, se hablaba de error de hecho (*error facti*) y error de derecho (*error juris*). Actualmente, se prefiere hablar de error de tipo (*Tatbestandsirrtum*) y de error de prohibición (*Verbotsirrtum*).
- 426 El **error de tipo** se presenta cuando el agente tiene una equivocada representación de una circunstancia a la que se hace referencia en el tipo legal mediante los denominados "elementos descriptivos o normativos". Se trata, como consecuencia, de una circunstancia que afecta el aspecto intelectual del dolo: la conciencia. El agente no está consciente de todos los elementos del tipo legal objetivo. De esta manera, no sabe que su comportamiento puede adecuarse a un tipo legal.

- 427 Conciencia o conocimiento de los elementos del tipo no significa certeza, ni que el agente haya reflexionado sobre las circunstancias típicas. Basta con que el agente, por ejemplo, crea que tira con un fusil sobre una persona para que se considere que tuvo conciencia de los elementos del tipo legal del art. 123.
- 428 Dado que el tipo legal objetivo está conformado por elementos descriptivos y elementos normativos, conocimiento significa tanto la percepción material de los primeros como la comprensión de los segundos. Si debido a la oscuridad de la noche, el autor no sabe que dispara su revólver contra una persona y la mata, no se puede decir que lo ha hecho conscientemente. De acuerdo con las circunstancias, podría ser responsable de homicidio culposo. Quien toma un abrigo ajeno del guardarropa creyendo que es el suyo, no comete hurto porque no tiene conciencia de que el bien mueble que sustrae no le pertenece.
- 429 Teniendo en consideración la naturaleza de los elementos normativos, los mismos que exigen se formule un juicio de valor, resulta más complicada la determinación del conocimiento que el autor debe tener respecto de ellos. Ante todo, debe señalarse que su comprensión no supone que se tenga una idea justa de la significación que se les atribuye en el derecho. Se trata más bien del sentido que se les da socialmente. Se habla del significado de tales elementos como "**valoración paralela en la esfera del profano**" (*Parallelwertung in der Laiensphäre*). De modo que el agente debe estar consciente del aspecto fáctico de dichos elementos y de su significación social. Poco importa, por ejemplo, que el agente afirme no haber cometido con dolo el delito de daños contra el patrimonio debido a que ignoraba que desinflar las llantas de un coche constituye un daño material. Este daño existe, según la noción jurídica, aun cuando la substancia de la cosa no sea modificada. Este es un caso de **error de subsumir** que no excluye el dolo; pero que puede dar lugar a un error de prohibición.
- 430 El análisis deviene complicado en relación con los elementos normativos que exigen una valoración de orden jurídico: por ejemplo,

en caso de hurto, el carácter ajeno del bien objeto del delito. Si el desconocimiento de este elemento se basa en una confusión del bien con el que le pertenece, es evidente que no lo supo de acuerdo con la apreciación social del hecho. Por el contrario, si una equivocada comprensión del derecho hace creer al agente que puede apoderarse de una cosa mueble de la cual es copropietario, pues en su opinión sólo existe hurto cuando el bien pertenece totalmente a un tercero, su error no excluye el dolo de hurto. El estaba consciente de la circunstancia que el tipo legal objetivo contiene. Cabe sin embargo preguntarse si ha incurrido en un error de prohibición.

- 431 Un caso particular se presenta cuando el tipo legal contiene un elemento que determina globalmente su carácter antijurídico. Por ejemplo, el art. 206 describe el allanamiento de morada como el hecho de, "sin autorización", penetrar en morada ajena. El que comete este acto creyéndose autorizado a hacerlo, no ignora que entra en casa ajena sino que se equivoca sobre el carácter ilícito de su comportamiento. Estamos entonces, nuevamente, frente a un error de prohibición.
- 432 Existe desacuerdo en relación con las denominadas **leyes en blanco**. Según la opinión predominante, si el error recae sobre la existencia de la norma no penal que completa el tipo legal o sobre la existencia de una circunstancia de justificación, se trata de un error de prohibición. El error de tipo sólo existe cuando el desconocimiento o la ignorancia se refieren a elementos objetivos o normativos contenidos en la norma que completa la ley penal en blanco.

H. Arts. 21 y 25, inc. 3 CP

- 433 En el Código guatemalteco no se ha regulado expresamente el error de tipo (error de hecho). El legislador sólo ha creído conveniente estatuir sobre el **error in personam** y el **error en caso de legítima defensa**. Sin embargo, tanto de estas disposiciones como del art. 11, donde se define el delito doloso, se puede deducir que si el acto es

cometido bajo la influencia de un error de tipo no puede ser considerado doloso.

- 434 En caso de que el agente desconozca un elemento del tipo objetivo (fundamento de la ilicitud del acto), actúa sin dolo en razón de que carece de conciencia respecto al acto que realiza. Pero no basta que se trate de cualquier error. Es indispensable que sea inevitable. Para determinar si este es el caso, es de recurrir a los criterios utilizados para determinar sí se da un delito culposo. Lo decisivo es, como consecuencia, que se compruebe si el agente tomó las precauciones necesarias, de acuerdo con las circunstancias personales y materiales en que actuó, para evitar el error.
- 435 En cuanto a las circunstancias agravantes, es decisivo que sea una circunstancia que agrava la represión debido a que acentúa el carácter ilícito del acto y no la culpabilidad del agente (por ejemplo: hurto agravado por tratarse de dinero de viajeros, art. 246, inc. 6). Respecto al asesinato, es de considerar diferentemente, por tanto, el caso de quien mata usando veneno y de quien lo hace con alevosía. En el primer caso, el agente debe saber que emplea una substancia venenosa para que se le agrave la pena a título de asesinato. Si lo ignora, sólo es responsable de homicidio. Por el contrario, la alevosía no debe ser comprendida por el dolo debido a que implica una mayor severidad de la pena porque la culpabilidad es mayor. De modo que, si no se da cuenta que actúa alevosamente, el agente será de todas maneras sancionado por asesinato.
- 436 Un caso bastante discutible es la hipótesis de que una circunstancia atenuante existe objetivamente pero el agente no lo sabe. A *contrario* de la regla referente a las circunstancias agravantes, debe reprimirse al autor como responsable del delito privilegiado (realmente ejecutado), en concurso ideal con tentativa del delito básico (no consumado como tal). Así, se respeta la regla de que la responsabilidad por el ilícito concretado mediante la realización del tipo legal sólo debe extenderse a lo que se ha realizado en realidad

I. Conciencia de la relación de causalidad

- 437 Según la doctrina generalmente aceptada, en los delitos materiales o de resultado, la relación de causalidad constituye un elemento del tipo objetivo y, por tanto, el autor debe estar consciente de su presencia. Sin embargo, esta conciencia sólo debe comprender la relación causal en sus aspectos esenciales. Por el contrario, si no estaba consciente de un aspecto fundamental, en razón de una variación del curso causal, no procede considerar que ha actuado dolosamente porque ha incurrido en un error de tipo inevitable. Por ejemplo, si con *animus necandi* sólo se lesiona levemente a la víctima, la misma que es conducida a un hospital para curarla y muere a causa del incendio que destruye el sector del hospital donde había sido internada. El dolo homicida no abarca las circunstancias en las cuales se produce realmente el deceso. El agente sólo es responsable de tentativa de homicidio.
- 438 A pesar de los resultados positivos que se obtienen mediante la aplicación de este criterio, en doctrina se considera, actualmente, que la fundamentación es incorrecta. En el ejemplo dado, la admisión de tentativa en lugar de homicidio consumado no se debe a la falta de conciencia del cambio producido en la relación de causalidad, sino más bien a la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado al agente. No existe desde el comienzo una acción propia dirigida a causar la muerte (ya que sólo ocasiona lesión leve) y, entonces, no se realiza completamente el tipo legal previsto en el art. 123. Falta la imputación objetiva del resultado al agente. Los criterios sobre el error de tipo objetivo no son aplicables.
- 439 Dicho criterio tampoco resulta del todo satisfactorio respecto de los cambios no esenciales de la relación de causalidad. Así, por ejemplo, quien para matar a una persona la arroja desde un puente pensando que fallecerá ahogada, pero la muerte se produce por traumatismos debidos a la caída de la víctima sobre las rocas ubicadas en medio del río. En este caso, el tipo legal objetivo del art. 123 (homicidio) ha sido realizado debido a que el resultado muerte corresponde al peligro creado por el autor y puede ser considerado como su obra. Desde el

punto de vista subjetivo, sin embargo, éste no había contado con que la víctima caería sobre las rocas: resulta artificial afirmar, considerando que se había representado lo esencial, que haya tenido la conciencia necesaria para admitir el dolo. El elemento síquico no permite justificar que en casos no esenciales se admita el dolo. Lo decisivo es el aspecto normativo: en qué medida, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, cambios en la relación de causalidad pueden ser imputados a nivel del dolo.

- 440 El agente debe estar consciente de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva; es decir, debe saber que, mediante su comportamiento ha creado un peligro no permitido para el bien jurídico. Se trata entonces de un problema de imputación objetiva, respecto de la cual es de determinar el criterio normativo de apreciación. Este criterio es el de la realización del plan de acción. El resultado debe aparecer, a pesar de la modificación de la relación de causalidad, como la realización del plan del agente. En el caso del puente, el hecho que la víctima se estrelle en las rocas y muera, en lugar de ahogarse, es indiferente de acuerdo a la apreciación normativa. El plan del agente se ha realizado. El resultado puede ser, como consecuencia, no sólo imputado objetivamente al autor sino también puede serle atribuido subjetivamente (respecto al dolo).

J. *Aberratio ictus*

- 441 Entre los casos de error de tipo objetivo es de distinguir la llamada *aberratio ictus*. Esta no constituye, en realidad, un error. El ejemplo clásico es el de quien quiere matar a Pedro, tira contra él, pero alcanza a Pablo que está a su lado. El cambio en el resultado es debido a una alteración inesperada de los hechos, es decir, de la relación de causalidad entre el acto y el resultado.
- 442 De acuerdo con el art. 21, *in fine*, "quien comete un delito será responsable ... aunque ... el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar". De esta manera, se da una respuesta general a diferentes tipos de casos. Sin embargo, la solución es técnicamente

incorrecta e inoportuna desde una perspectiva de política criminal. Los casos de *aberratio ictus* deben ser tratados como formas de variación de la relación de causalidad y en vinculación con el aspecto intelectual del dolo.

- 443 Si se considera que el dolo supone su concreción respecto al objeto de un delito determinado (en el ejemplo citado, Pedro) y ésta se produce sobre otro (Pablo), no puede afirmarse su existencia respecto a éste. En cuanto a la muerte de Pablo, según las circunstancias, puede considerarse un homicidio culposo; con relación a Pedro, sólo se da una tentativa de homicidio doloso. Este es el criterio llamado de la concreción, mayoritariamente aceptado en la doctrina. Los defensores de la denominada teoría de la igualdad sostienen una opinión diferente. Según este criterio, el dolo comprende el resultado típico sólo en sus aspectos generales. De modo que, en el ejemplo, el cambio de resultado no tiene ningún efecto respecto al dolo: el agente quería causar la muerte de una persona (Pedro) y ha producido la muerte de Pablo (resultado de igual valor que el querido y no realizado). El autor es responsable, por tanto, sólo de homicidio doloso.
- 444 Lo cierto es que aplicando ambos criterios se llega a la misma conclusión cuando se trata de resultados típicamente diferentes o, cuando siendo iguales, el primer resultado está cubierto por una causa de justificación. Así, quien trata de dañar un bien perteneciente a un tercero y, en su lugar causa la muerte de una persona, responderá por tentativa de daños y tal vez por homicidio culposo. Lo mismo sucede con quien ejerciendo su derecho a la legítima defensa trata de lesionar al agresor, pero sólo logra golpear al amigo que lo acompaña. La *aberratio ictus* da lugar a que sólo se plantee la cuestión de saber si el agente ha cometido o no lesiones corporales por negligencia.
- 445 Además, la *aberratio ictus* excluye el dolo cuando la modificación del resultado escapa del marco de la relación de causalidad: por ejemplo, cuando el agente que dispara su revólver sobre una persona no logra alcanzarla y el proyectil impacta contra un muro de concreto

causando la muerte de un peatón. Aquí se da nuevamente tentativa respecto a la primera persona y posible homicidio culposo en cuanto a la segunda.

- 446 El dolo es admitido, por el contrario, cuando el agente actúa con dolo eventual respecto al segundo resultado. Es el caso de quien dispara contra un grupo de personas con la intención de matar a una de ellas y, en razón de las circunstancias particulares en que obra, se representa como posible que puede causar la muerte de otra. Si a pesar de este riesgo no renuncia a su acción y, por el contrario, asume o acepta este posible resultado, no puede alegar que no ha causado la muerte dolosamente.
- 447 La discusión subsiste sin embargo para el caso objetivamente igual al ejemplo anterior, pero en el cual no existe dolo eventual respecto al segundo resultado. Es respecto a este caso que Roxin plantea una solución mixta con referencia a las dos teorías antes mencionadas. En su opinión, debe tomarse en consideración el plan de acción del agente. Cuando se busca matar a una persona y se causa la muerte de otra (cambio de resultado), el deceso de la segunda persona no corresponde al proyecto delictivo del autor, tanto en el nivel objetivo como subjetivo. Con respecto a la segunda persona, el agente ha creado un peligro de muerte para ella (imputación objetiva respecto al homicidio), dando pie para que se analice si es responsable a título de culpa. Al mismo tiempo, resulta imposible considerar el fracaso de su plan de acción para imputarle subjetivamente a título de dolo el primer resultado no producido. Sólo se puede hablar de tentativa.
- 448 La exclusión del dolo resulta inconveniente, por el contrario, cuando el agente no busca causar la muerte de una persona determinada: disparar con ánimo homicida contra una de las personas que transita en una calle concurrida y causar la muerte de otro peatón. Este resultado constituye, aun para el autor, la realización de su plan de acción.
- 449 En resumen, la *aberratio ictus* no constituye una figura jurídica autónoma. Es un caso de modificación de la relación de causalidad y

debe ser tratada de acuerdo con los criterios aplicables a ésta. Una variación del resultado que permanece en el marco de la relación de causalidad modificada, generalmente, no tiene importancia para el dolo; en cambio la *aberratio ictus* excluye en principio la comprensión del resultado por el dolo.

K. Dolus generalis

- 450 Bajo esta denominación incorrecta, se analizan los casos en que, por ejemplo, el agente trata de matar a una persona y, creyéndola fallecida, la arroja al agua para ocultar su crimen. En realidad, como lo demuestra luego la autopsia, la víctima fallece sólo por ahogamiento. El problema es de saber si el agente es responsable por homicidio doloso o por un concurso ideal de tentativa de homicidio y homicidio culposo.
- 451 Para admitir la primera hipótesis se ha recurrido, frecuentemente, al llamado *dolus generalis*: existe un sólo comportamiento doloso y en el cual el segundo resultado es comprendido sin más por el dolo inicial. También se ha afirmado que el dolo existe porque no se trata sino de una modificación poco significativa de la relación de causalidad. La noción de *dolus generalis* es inaceptable por constituir una ficción, ya que el agente, en realidad, no está consciente del resultado provocado por su segunda acción.
- 452 En cuanto al segundo criterio, deben formularse algunas precisiones. Así, por ejemplo, es de considerar que el cambio en la causalidad no siempre es insignificante y que a veces el proceso causal concreto puede resultar imprevisible. Por ejemplo, el autor, en su automóvil, traslada a la persona que ha atropellado a un hospital y ésta muere, en realidad, el grave accidente lo ocasiona la velocidad excesiva con que conduce el agente. Según las circunstancias, éste puede ser responsable de tentativa de homicidio y homicidio culposo.
- 453 En relación al primer ejemplo, es de tener en cuenta, igualmente, si el autor actuó pensando ya en la segunda posibilidad o si la consideró

probable y la aceptó. En estas circunstancias, el dolo existe a pesar de la modificación de la relación de causalidad. El plan de acción del agente se ha realizado.

- 454 En todo caso, debe rechazarse la idea de considerar que los casos agrupados bajo la denominación *dolus generalis* suponen una tentativa respecto a la primera acción y delito culposo en cuanto a la segunda. Si bien es cierto que el dolo debe existir en el momento del acto, también es acertado afirmar que el dolo no necesita existir durante todo el desarrollo del suceso sino en el momento en que el agente desencadena el desarrollo causal. El primer acto es propio para causar el resultado (muerte en el ejemplo dado) y esto basta para que sea imputado subjetivamente al nivel del dolo, en la medida en que el resultado se presenta también como realización del plan del autor.

L. Error in obiecto / in personam

- 455 El autor confunde el objeto que quiere lesionar o poner en peligro con otro. Se presenta frecuentemente en la forma de un *error in personam*. Este caso es regulado, en la primera parte, del art. 21. Según esta disposición, "quien comete un delito será responsable de él, aunque su acción recaiga en persona distinta de aquella a quien se proponía ofender". Así, conforme a la doctrina dominante, se declara que este error es irrelevante. Se considera como fundamento de este criterio la regla de que el dolo sólo requiere comprender las circunstancias en sus aspectos esenciales. El asaltante de un banco, al momento de escapar, dispara contra uno de sus cómplices creyendo que es uno de los policías que los persigue. El delincuente quería matar a una persona y produce este resultado, por tanto él es responsable de homicidio doloso.
- 456 Este argumento no es satisfactorio, en la medida en que, de un lado, supone una distinción radical entre error *in obiecto* y *aberratio ictus* y, de otro, se le presenta como consecuencia lógica. Si bien en ambos casos el agente tiene conciencia y voluntad de matar a una persona,

en caso del error *in obiecto* el resultado se produce en el objeto sobre el cual el agente había dirigido su acto: en el ejemplo dado, el cómplice confundido con un policía. En la *aberratio ictus*, el resultado afecta a un tercero. Sin embargo, el error *in obiecto*, en su estructura, se presenta como un tipo de *aberratio ictus*.

- 457 Decidir si ambos casos deben ser tratados de la misma manera no es cuestión que dependa de las diferencias específicas a nivel de la representación que tuvo el agente. Se trata más bien de un criterio normativo: respecto al error *in personam* (un caso de error *in obiecto*), la identidad de la víctima aparece valorativamente insignificante debido a que la representación que el agente tiene del resultado y del objeto del delito resulta decisiva para la imputación subjetiva del resultado al autor en el nivel del dolo.
- 458 Se discute en doctrina, si el error *in personam* excluye el dolo cuando la lesión del bien jurídico (altamente personal) no puede ser concretada materialmente en el objeto sobre el que recae la acción sino que queda en la esfera ideal. Por ejemplo, las expresiones injuriosas formuladas por teléfono contra una persona determinada, pero que son escuchadas por otra que responde fortuitamente la llamada. Si se aplica el criterio de la individualización del lugar y del momento del hecho, debería considerarse que el acto injurioso es doloso respecto al tercero pues el agente quería injuriar a una persona y esto ha sucedido aunque sea otra la víctima. Sin embargo, el principio de la individualización no puede ser aplicado sin más en razón que, dado el carácter personal del bien jurídico, el tercero no puede sentirse lesionado. Esta apreciación normativa, basada en la falta de coincidencia entre la identidad de quien recibe el mensaje y el destinatario según la representación del acto que tiene el agente, impide afirmar que se haya realizado el plan de acción del autor y que por esto no puede imputársele subjetivamente la lesión del bien jurídico a título de dolo.

M. Clases de tipos legales

- 459 Según como el legislador ha elaborado los tipos legales de la parte especial del Código Penal, se distinguen diferentes clases, las cuales tienen una gran importancia para la interpretación de las disposiciones legales y para la clasificación de las infracciones.
- 460 De acuerdo con las relaciones entre la acción y el objeto sobre el que recae esa acción, se distinguen: a) *delito material*: la producción de un resultado externo, física y cronológicamente separado de la acción, constituye un elemento del tipo legal. Este resultado puede consistir en dañar el objeto del delito (muerte de una persona en caso de homicidio culposo: art. 127) o en ponerlo efectivamente en peligro (inutilización de defensas: art. 266; atentados contra servicios públicos: art. 291); b) *delito formal*: el tipo está constituido por la descripción de la acción del autor, sin prever que un resultado tenga lugar. Por esto, se le denomina también delito de pura actividad. Ejemplos: el allanamiento de morada (art. 206), el falso testimonio (art. 460). Esta distinción tiene cierta significación en relación con la determinación del lugar de comisión para los efectos de la aplicación de la ley en cuanto al espacio (art. 4). Así mismo, en relación con la tentativa: la tentativa acabada sólo es posible en caso de delito material.
- 461 En cuanto al daño causado al objeto de la acción, se diferencia entre: a) *delito de lesión*: en el tipo legal, se prevé que sobre el objeto de la infracción se produzca un daño real; ejemplo: la muerte de la víctima en el homicidio (art. 123); b) *delito de peligro*: la acción descrita está en relación con un peligro (situación singular, que de acuerdo a las circunstancias concretas presentes, hace temer la producción de un evento dañoso). Se distingue entre *delito de peligro abstracto* y *delito de peligro concreto*. En cuanto al primero, el peligro es considerado como connatural a ciertas situaciones o acciones y, sobre todo, al empleo de ciertos medios. El legislador no incorpora, por lo tanto, dicho peligro como un elemento constitutivo del tipo legal; por ejemplo, la omisión de prestar auxilio necesario (art. 156), la conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad o

drogadicción (art. 157, inc. 1). En el *delito de peligro concreto*, la situación de peligro forma parte del tipo legal y su existencia concreta debe ser comprobada por el juzgador en cada caso particular. Esta situación de peligro constituye el resultado de la acción cometida. Por esto, es igualmente un delito material.

- 462 Si se consideran las formas fundamentales de conducta humana, se distingue entre *delitos de comisión y de omisión*; según que la realización del tipo legal consista en la ejecución de un acto material que viola una norma prohibitiva o en la no ejecución de un comportamiento esperado. Se distingue entre los delitos de omisión y los *delitos de omisión impropia* (art. 18). Los primeros son delitos formales, ya que en el tipo legal no se hace referencia a la "consecuencia" de la omisión. Los segundos son delitos materiales que consisten en no evitar la producción de un resultado (mediante la violación de una norma preceptiva se infringe una norma prohibitiva). Por ejemplo, la madre que mata a su hijo recién nacido mediante inanición.
- 463 De índole substancial es también la distinción que se hace entre *delitos dolosos y culposos*. Antes diferenciados en razón de la culpabilidad, ahora son considerados como dos formas específicas de comportamientos delictuosos. Por regla general, sólo se reprimen los delitos cometidos con conciencia y voluntad. En los casos excepcionales, cuando la ley lo declara expresamente, se pena a quien actuó culposamente (art. 12).
- 464 Al lado de estas formas básicas, se ha considerado los denominados *delitos preterintencionales*. Estos se caracterizan porque están constituidos por un acto doloso seguido por la producción culposa de un resultado más grave. Estas formas sobrevivientes de la responsabilidad objetiva deben ser derogadas, pues en la práctica sirven para desvirtuar el principio *in dubio pro reo*. En razón a considerar que no basta imponer una pena sólo por el delito que se quiso cometer y no poder sancionar por el resultado más grave, debido a la falta de pruebas fehacientes, se prefiere, en la práctica,

agravar la pena por una supuesta culpa respecto al resultado causado pero no querido.

465 En el art. 26, inc. 6, del Código guatemalteco, la preterintencionalidad está regulada como circunstancia atenuante. Según dicha disposición, esta circunstancia consiste en que el agente no ha "tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo". La insuficiencia de la definición radica en que no dice nada sobre la responsabilidad del agente respecto al resultado más grave. En la noción generalmente admitida, este daño debe ser imputado al agente a título de culpa. Esta circunstancia justifica que se agrave la pena porque la culpabilidad sería más intensa. Si no existe dolo ni culpa en relación al resultado más grave, se trataría de una consecuencia debida al azar y que, por tanto, el agente ni siquiera pudo prever. En caso de haber sido esta la hipótesis considerada por el legislador, sería de admitir que el inciso 6 del art. 26 constituiría la contrapartida del art. 22 (denominado en la sumilla del artículo, caso fortuito). En este último, se declara la no responsabilidad de "quien en ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia [ausencia de culpa], produzca un resultado dañoso por mero accidente". En el artículo 26, inc. 6, la acción u omisión sería ilícita (querer producir un resultado menos grave que el realmente producido). Dos situaciones diferentes serían reprimidas de la misma manera, debido a que respecto al resultado grave el agente no es culpable y, por tanto, no hay pena sin culpabilidad.

466 De ser correcta esta interpretación, es de concluir que, en buena cuenta y a pesar de la nota marginal, el art. 26, inc. 6, no prevé la preterintencionalidad sino otro caso de no responsabilidad por las consecuencias fortuitas de un comportamiento (en este caso ilícito). Pero, resta abierta aún la posibilidad de constatar si descartado el azar, dicho resultado no ha sido, producido por imprudencia, impericia o negligencia. De ser esta la situación, estaríamos frente a un caso de concurso ideal de delitos: por ejemplo, entre lesiones leves dolosas y lesiones graves u homicidio culposos. De modo que el art. 26, inc. 6, expresaría la declaración general siguiente: el agente sólo responde

por el mal que quiso causar. Declaración que aparecía, con cierta frecuencia, en viejos códigos penales. Sin embargo, el criterio tradicional de la mixtura dolo y culpa parece haber sido tomado en consideración en la previsión del homicidio preterintencional (art. 126), pues de lo contrario hubiese sido suficiente la aplicación del inc. 6 del art. 26. En esta perspectiva, hubiera sido posible no prever el art. 126. Lo mismo puede decirse respecto al art. 40 que dispone : Si el delito cometido fuere más grave que el concertado ... responderán por el delito concertado y cometido y sólo por el cometido sin concierto, en cuanto hubiere podido ser previsto ...".

- 467 Según la calidad del sujeto activo, al lado del gran número de delitos que pueden ser cometidos por toda persona (delitos comunes), hay que considerar los delitos especiales (*delictum proprium*) y los delitos de propia mano. En los *delitos especiales* la autoría está limitada a un determinado grupo de personas (militares, funcionarios, eclesiásticos, etc.); por ejemplo, los delitos cometidos por los funcionarios o empleados públicos: abuso de autoridad (art. 418 ss.), concusión (art. 449), cohecho pasivo (art. 439), peculado (art. 445). Los *delitos de propia mano* sólo pueden ser cometidos por el autor del delito en persona, y no, por tanto, sirviéndose de la intervención de otro sujeto; por ejemplo, el delito de infanticidio (art. 129).
- 468 Se distingue también entre *delito instantáneo* y delito permanente. Mientras que el primero es consumado con la simple realización de la acción y la creación de la situación ilícita. El *delito permanente* consiste en que el agente no sólo crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosiga realizando la acción. Ejemplo típico del primero es el homicidio, art. 123 (consumado con la muerte de la víctima); el matrimonio ilegal, art. 226 (consumado al momento de contraerse el segundo matrimonio). Constituye un delito permanente, por ejemplo, el plagio o secuestro (art. 201) y el allanamiento de morada (art. 206, segunda hipótesis). El secuestro dura tanto tiempo como el agente mantiene a la víctima privada de su libertad y la violación de domicilio todo el tiempo que el agente permanece en el domicilio de la víctima en contra de la demanda de

ésta para que se retire. La participación criminal es posible mientras continúa la acción delictuosa y el plazo de prescripción de la acción penal comienza a contarse a partir del momento en que el agente termina de obrar.

- 469 De acuerdo al número de bienes jurídicos protegidos con el tipo legal, hay *delitos simples* en los que un solo bien jurídico es tomado en consideración; ejemplo, la vida en caso del homicidio (art. 123) y *delitos complejos* (varios bienes jurídicos, a niveles diferentes, son objeto de la protección penal; por ejemplo, el patrimonio, la libertad, la vida o la salud: robo, art. 251).
- 470 En relación al número de acciones descritas en el tipo legal, se habla, primero, de *tipos simples*: en ellos se describe una sola acción, como sucede por ejemplo con el hurto (art. 246) y el matrimonio ilegal (art. 226). Segundo, de *tipos alternativos*: en cada uno de ellos se describen diversas acciones. La sanción es impuesta al autor por cualesquiera de esas acciones. Gramaticalmente, esos tipos quedan caracterizados casi siempre por el empleo de la conjunción ‘o’ que aparece entre los verbos rectores o las diferentes conductas; ejemplo, el delito de daños (art. 278, destruir, inutilizar, hacer desaparecer o deteriorar). Tercero, de *tipos acumulativos*: en éstos se describe la acción delictuosa como constituida por varias conductas que deben ser cometidas cumulativamente para que la sanción se imponga. Es el caso del delito de robo previsto en el art. 251. El agente debe, por ejemplo, lesionar a la víctima (violencia), atentar contra su libertad individual (obligándola a hacer algo) y despojarla de parte de su patrimonio (tomar la cosa mueble).

N. Sistemática de los tipos legales en la ley

- 471 Las disposiciones penales de la parte especial del Código no son independientes unas de otras; ellas tienen entre sí, por el contrario, determinadas relaciones internas.

- 472 Existe la relación entre *tipos básicos*, calificados y privilegiados. Los primeros contienen la descripción que sirve de base a otros tipos derivados, como sucede con el homicidio simple (art. 123). Los *tipos calificados* agregan al tipo básico otros elementos que fundan la agravación de la pena (por ejemplo, el parricidio, art. 131) y los *tipos privilegiados* añaden al tipo básico circunstancias que determinan la atenuación de la pena (por ejemplo, el infanticidio, art. 129). Además, se debe distinguir los denominados *tipos legales sui generis*. Son, también, elaborados a partir de un tipo básico; pero tienen autonomía debido a la manera cómo han sido concebidos (por ejemplo, la inducción o ayuda al suicidio, art. 128).

§ 3. Tipo legal ampliado: proceso ejecutivo del delito

A. Nociones generales

- 473 En los tipos legales, el legislador describe una fracción de la actividad de una persona determinada. Con este objeto, señala las características que debe reunir dicha acción para ser calificada de delictuosa y para que su autor se haga merecedor a una pena. Así, por ejemplo, el art. 123, prevé: "comete homicidio quien diere muerte a alguna persona". La realización de esta infracción es instantánea, pero su ejecución implica, en la mayor parte de los casos, todo un proceso que se inicia con la toma de decisión por parte del agente y que culmina, finalmente, con la muerte de la víctima. A este proceso ejecutivo se le denomina *iter criminis*. A las dos etapas extremas, señaladas anteriormente y denominadas *deliberativa* y *consumativa*, respectivamente, debemos agregar dos fases intermedias: la de los *actos preparatorios* y la de la *tentativa*.
- 474 La primera etapa, que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno del agente. Los actos preparatorios son la primera manifestación exterior de tal resolución criminal y cuya culminación será la consumación de la infracción.

- 472 Existe la relación entre *tipos básicos*, calificados y privilegiados. Los primeros contienen la descripción que sirve de base a otros tipos derivados, como sucede con el homicidio simple (art. 123). Los *tipos calificados* agregan al tipo básico otros elementos que fundan la agravación de la pena (por ejemplo, el parricidio, art. 131) y los *tipos privilegiados* añaden al tipo básico circunstancias que determinan la atenuación de la pena (por ejemplo, el infanticidio, art. 129). Además, se debe distinguir los denominados *tipos legales sui generis*. Son, también, elaborados a partir de un tipo básico; pero tienen autonomía debido a la manera cómo han sido concebidos (por ejemplo, la inducción o ayuda al suicidio, art. 128).

§ 3. Tipo legal ampliado: proceso ejecutivo del delito

A. Nociones generales

- 473 En los tipos legales, el legislador describe una fracción de la actividad de una persona determinada. Con este objeto, señala las características que debe reunir dicha acción para ser calificada de delictuosa y para que su autor se haga merecedor a una pena. Así, por ejemplo, el art. 123, prevé: "comete homicidio quien diere muerte a alguna persona". La realización de esta infracción es instantánea, pero su ejecución implica, en la mayor parte de los casos, todo un proceso que se inicia con la toma de decisión por parte del agente y que culmina, finalmente, con la muerte de la víctima. A este proceso ejecutivo se le denomina *iter criminis*. A las dos etapas extremas, señaladas anteriormente y denominadas *deliberativa* y *consumativa*, respectivamente, debemos agregar dos fases intermedias: la de los *actos preparatorios* y la de la *tentativa*.
- 474 La primera etapa, que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno del agente. Los actos preparatorios son la primera manifestación exterior de tal resolución criminal y cuya culminación será la consumación de la infracción.

- 475 No se discute la imposición de una pena al agente responsable de todo este proceso. Tampoco, la impunidad de quien sólo se limitó a deliberar sobre las posibilidades de cometer un delito, aun cuando haya tomado la decisión de ejecutarlo y lo haya comunicado a terceros, pero sin llegar a materializarla mediante actos concretos. Sólo recurriendo a métodos inquisitivos puede reprimirse la pura idea o voluntad criminal. El debate se ha intensificado, por el contrario, respecto a la conveniencia de reprimir los actos preparatorios. Esta situación ha sido provocada por la necesidad de combatir eficazmente ciertas formas peligrosas de criminalidad, por ejemplo, terrorismo, tráfico de drogas, delitos económicos.
- 476 En la actualidad, existe unanimidad respecto a la represión penal por actos que no culminan en la consumación del delito planeado y, asimismo, a que es indispensable que la resolución criminal se exteriorice a través de actos que permitan su constatación. La discusión surge cuando se trata de señalar desde qué momento procede la intervención penal. En dos aspectos esenciales se centra el debate. El primero, es el fundamento de la punibilidad de los actos anteriores a la fase consumativa. Y, el segundo, el criterio para distinguir entre tentativa y actos preparatorios.

B. Fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos

- 477 En la doctrina se dan dos criterios opuestos sobre el fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos. Se trata de la teoría objetiva y de la teoría subjetiva. Su consecuencia inmediata es, justamente, extender o restringir el número de casos que deben ser considerados como tentativa.
- 478 De acuerdo con la *teoría objetiva*, sólo los hechos materiales que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, pueden ser sancionados. De modo que los actos que exteriorizan una resolución delictiva no deben ser reprimidos sino desde el momento en que constituyen un peligro para el bien jurídico.

- 479 Los defensores de la *teoría subjetiva* sostienen que la voluntad criminal es la base de la represión penal. Los actos exteriores no son sino una manifestación de tal resolución, y, por tanto, de la peligrosidad personal del agente o de su voluntad. Que los actos exteriores sean o no peligrosos, en relación al bien jurídico protegido, no es relevante para fundamentar la represión penal.
- 480 Demás está señalar que estas teorías opuestas conducen a soluciones extremas. La objetiva, a una restricción exagerada de la represión penal, y, la subjetiva, a una peligrosa ampliación. La primera, pone en peligro la seguridad jurídica porque deja de lado actos que deberían ser reprimidos; la segunda, porque su consecuente aplicación comportaría la represión de la pura voluntad criminal, que hemos rechazado.
- 481 Para evitar los efectos extremos de ambas teorías, se sostiene, con más frecuencia, un criterio intermedio, conforme al cual se tiene en cuenta el elemento objetivo para limitar los alcances del puro concepto subjetivo.
- 482 La voluntad es considerada propiamente como la base de la represión; mas debe concretarse en el mundo externo. La actividad externa no determina su sentido o calificación delictiva, sino que, justamente, a través de ella se expresa la voluntad. De esta manera, la consumación y la tentativa tendrían que ser reprimidas en base al elemento subjetivo, que se encuentra en el centro del derecho penal: no hay pena sin culpabilidad. Al estudiar las diferencias entre tentativa y actos preparatorios, veremos en detalle los elementos de carácter objetivo empleados para limitar la concepción subjetiva.
- 483 El hecho de admitirse la llamada tentativa imposible (art. 15), implica reconocer que el fundamento de la represión de la tentativa es, en primer lugar, el elemento subjetivo. Según dicha disposición se sanciona, aunque con una medida de seguridad, al agente que, "con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza", hubiera intentado cometer un delito cuya consumación "resulta absolutamente imposible". Por no existir en este caso una

real puesta en peligro del bien jurídico, los partidarios de la concepción objetiva lo excluyen del dominio de la represión penal.

- 484 Si bien es cierto que el legislador adopta la concepción subjetiva como punto de partida, base de la represión, no la considera el único criterio para reglamentar la sanción o para distinguir entre los actos preparatorios y la tentativa.

C. Tentativa en la legislación

a. Introducción

- 485 En el Título II del Libro Primero del Código Penal, primero, se define la tentativa (art. 14) y, segundo, se regulan diversas formas de tentativa. Se parte, sin embargo, de la noción de *delito consumado*. Según el art. 13, la consumación se presenta "cuando concurren todos los elementos de [la] tipificación [del delito]". Luego, se definen, de un lado, la *tentativa imposible* (art. 15) y el *desistimiento* (art. 16) y, de otro lado, la *conspiración* y la *proposición* (art. 17).
- 486 Según el art. 14, existe tentativa "cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes a la voluntad del agente". De esta noción se deduce que debe constatarse, primero, la voluntad del agente tendiente a la realización de una infracción; segundo, la exteriorización de esa voluntad en actos materiales que deben consistir, al menos, en el comienzo de la ejecución de los "actos idóneos" y, por último, que no se consuma la infracción por causas ajenas a la voluntad del agente.

b. Elemento subjetivo

- 487 El elemento subjetivo de la tentativa consiste en la intención dirigida a la realización de un tipo legal. Como en el delito consumado doloso, el agente debe tener la representación de la infracción a cometer y la voluntad de ejecutarla. Como consecuencia, subjetivamente, la tentativa es idéntica al delito doloso consumado. La mayor parte de los

autores identifican el dolo como el elemento subjetivo de la tentativa, sean partidarios o no de la teoría finalista de la acción

488 Se hace referencia a este elemento subjetivo, cuando se alude expresamente, en el art. 14, al "fin de cometer un delito" o se dice, en el art. 16, que "el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos". Sólo puede desistirse de algo, quien tiene la voluntad de realizarlo. Intentar no implica otra cosa que tener la intención de hacer algo.

489 En razón de que, justamente, el agente debe proponerse como fin la producción de un tipo legal, sólo puede darse la tentativa en los delitos dolosos; lo que es imposible en el caso de delitos culposos. Por el contrario, es suficiente que el agente actúe con dolo eventual, en tanto que el tipo legal no exija más para su realización.

c. Elemento objetivo: comienzo de ejecución

490 El elemento objetivo de la tentativa es indicado mediante la siguiente fórmula: "se comienza su ejecución por actos exteriores idóneos" (art. 14). De este modo, se excluye, en primer lugar, una concepción puramente subjetiva de la tentativa; luego, se subraya la necesidad de que la voluntad criminal se exteriorice mediante ciertos actos; y, por último, se trata de señalar un criterio que permita determinar en qué deben consistir tales actos.

d. Criterio formal objetivo

491 Lo que debe comprenderse por comienzo de ejecución es una cuestión muy discutida. Del criterio que se adopte respecto al fundamento de la punibilidad de la tentativa dependerá en mucho los alcances que se reconozcan a tal fórmula. La decisión que se tome no depende solamente de criterios lógico - sistemáticos, sino también de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal, de la pena, y de la política criminal que se sostenga.

492 Desde un punto de vista objetivo, se ha afirmado, primero, que existe comienzo de la ejecución del delito cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal; es decir, que inicia la actividad mencionada

por el verbo rector del tipo legal. En el delito de hurto (art. 246), por ejemplo, se daría tentativa cuando el agente comienza a "tomar" la cosa mueble ajena, pero no logra disponer de ella (apoderarse); en el delito de estafa (art. 263), cuando el agente ejecuta el ardid o engaño, sin lograr inducir a error a la víctima o que se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; en el delito de violación (art. 173), cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin lograr yacer con ella.

- 493 La fórmula empleada por el legislador se vincula estrechamente con esta concepción, cuyas ventajas son su completa adecuación al principio de legalidad (debido a su directa referencia al tipo legal), su aparente claridad y simplicidad en la aplicación. Sin embargo, es de observarse que esta concepción conduce a una interpretación demasiado formal de la ley y a una restricción excesiva de la represión, que desde un punto de vista de política criminal es inaceptable. Así, por ejemplo, no sería de reprimir al agente que, con la intención de robar, se introduce al domicilio de la víctima, pero, sin llegar a tomar la cosa mueble por haber sido descubierto. Además, se debe destacar, en relación con la técnica legislativa, que la elaboración de los tipos legales es frecuentemente hecha sin tener en cuenta las consecuencias respecto a la tentativa. Razón por la cual, es inconveniente hacer depender, totalmente, del tipo legal lo que debe comprenderse por "comienzo de la ejecución por actos exteriores". El legislador no indica, con frecuencia, cuál es el inicio de la acción. En el tipo legal de homicidio se limita a decir, por ejemplo, quien diere muerte a alguna persona. ¿Cuándo debe reputarse que comienza el agente a dar muerte? ¿Cuándo dispara con el revólver hacia la víctima; cuándo apunta, o ya desde que la esperaba para atentar contra ella?

e. Fórmula de Frank y ensayos para precisarla

- 494 En la doctrina y con el fin de superar las desventajas de la teoría formal objetiva, se han buscado nuevos criterios. A modo de comprender como tentativa actos que se encuentran fuera del tipo legal; que no pueden ser considerados, propiamente, como una parte

de la acción típica. Un paso decisivo en este sentido lo constituye la tesis de Frank, según la cual es de considerar que existe ya un "principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural". Contra este criterio se ha destacado su amplitud e indeterminación: la noción de *concepción natural* es considerada vaga y la de *necesaria conexión* produce consecuencias diversas en la medida en que sea determinada según un criterio objetivo o subjetivo. Para concretar la fórmula de Frank, algunos autores han considerado que debe afirmarse que se inicia la ejecución del delito, cuando el acto realizado representa un peligro directo para el bien jurídico protegido. Si tal es el caso, será determinado conforme al plan de acción del agente, quien es el único que decide como será ejecutado el acto (teoría formal-objetiva individual). Así, la instalación de un mecanismo para provocar un incendio será considerado acto preparatorio o tentativa, según si el agente planeó que su puesta en marcha sería la obra de un tercero (*intermediario de buena fe*) o la suya propia o la de un coautor. En este último sólo deberían considerarse actos preparatorios.

- 495 Con el fin de evitar las imprecisiones que implica el recurrir al concepto de peligro, diversos autores admiten que se comienza la ejecución de un delito cuando el agente realiza una acción inmediatamente anterior a la plena realización de todos o algunos de los elementos del tipo legal. Dicha acción debe, según la experiencia general, aparecer como formando parte del comportamiento típico. Esta concepción de la tentativa ha sido incorporada en el Código Penal alemán (§ 22).
- 496 Este último criterio es, en principio, el más conveniente para distinguir los actos preparatorios de la tentativa. El texto de la ley no se opone a su admisión; por el contrario, el recurrir a los elementos objetivos y subjetivos que implica tal criterio, concuerda con la orientación de la que partió el legislador. Además, conserva la indispensable referencia al tipo legal, factor esencial de nuestro derecho penal.

497 El indicado criterio no tiene, evidentemente, un valor absoluto; ni debe ser tomado como una fórmula en la que bastará subsumir el caso a juzgar para saber si se trata de una tentativa y no de un acto preparatorio. Cada caso debe ser analizado en la perspectiva del tipo legal que el agente se propuso realizar.

f. Criterio subjetivo

498 Los defensores de la denominada **teoría subjetiva pura** sólo tienen en cuenta la voluntad del agente, lo que los conduce a ampliar excesivamente la tentativa. Una variación de esta concepción la constituye el criterio defendido por algunos autores, según los cuales se dará "comienzo de ejecución, es decir tentativa, cuando el acto ejecutado por el agente, en lo que le concierne y de acuerdo con su representación, constituye el paso decisivo en la ejecución de su resolución criminal". No se tiene en cuenta, pues, el acto en sí, sino lo que significa para su autor en el proceso de realización de la infracción.

499 En todo caso, no olvidemos lo afirmado por Stratenwerth: "los esfuerzos para precisar en una fórmula los límites entre la preparación y la tentativa parecen ser vanos, como lo demuestra la historia dogmática del último siglo y medio".

g. Idoneidad de la acción

500 Según el art. 14, los actos exteriores deben ser idóneos. Esta regulación recuerda al art. 56, pf. 1, del Código italiano, en el que se habla de "actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito". Si los actos no son idóneos, se da la tentativa imposible (art. 15). Pero en el art. 15, se exige, igualmente, la realización de actos exteriores, inidóneos (sea por los medios normalmente inadecuados o por el objeto inapropiado) para definir la tentativa imposible. De esta manera, en ambos casos es indispensable una acción exterior sea o no idónea.

501 Considerar la idoneidad de la acción en tanto elemento de la tentativa, es debido, en parte, a que se acepta la concepción objetiva de la

tentativa. De allí que se sostenga que "si el sujeto activo desarrolla una actividad inocua desde el punto de vista de su posibilidad de culminar con un hecho típico, de una manera general podría afirmarse que no ha nacido, para los efectos jurídicos, sino una intención de consumir un acto típico, porque el propósito interno no ha sido seguido por una exteriorización material en relación con aquel. Habría una desconexión entre la intención del sujeto y la manera como obra, lo que haría a aquella irrelevante para el derecho". En esta argumentación, si bien se tiene en cuenta el elemento subjetivo, se le hace depender de la naturaleza de los actos exteriores ejecutados. De ser éstos no idóneos, la voluntad delictiva devendría sin importancia para el derecho penal.

- 502 Este criterio no concuerda con la regulación de la tentativa imposible. Como lo veremos más adelante, en este caso a pesar de la no idoneidad de los actos cometidos, se tiene en cuenta la voluntad expresada mediante tales actos. Dicha voluntad sirve de fundamento de la medida de seguridad a la que deberá ser sometido el agente. El elemento subjetivo es el que predomina.

h. No realización de la consumación

- 503 El tercer elemento de la tentativa es de carácter negativo y consiste en la no consumación de la infracción, ya sea debido a causas independientes de la voluntad del agente o a su desistimiento voluntario.
- 504 Se dice que un delito se ha consumado "cuando concurren todos los elementos de su tipificación"; es decir, cuando se han realizado todos los elementos constitutivos del tipo objetivo y del tipo subjetivo. Se trata, pues, de un criterio puramente formal, ya que lo determinante es la manera como ha sido concebida legalmente la infracción. Para que se dé tentativa debe, justamente, permanecer incompleto el aspecto objetivo de la infracción. Esto sucede cuando no se realiza toda la acción delictuosa o cuando efectuada ésta, no se produce el resultado criminal (lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico).

505 De ahí que con toda corrección se diga que la tentativa y el delito consumado son iguales en lo que concierne al aspecto subjetivo (intención dirigida a producir la infracción), pero que son diferentes en cuanto al aspecto objetivo, ya que éste se da imperfectamente en la tentativa. De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, podemos decir que tentativa es una acción, que si al menos constituye un "comienzo de ejecución" (aun con medios o contra un objeto no idóneo) no llega a realizar el tipo legal perseguido.

i. Causas que impiden la consumación

506 La imperfección objetiva de la tentativa puede deberse tanto a la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del agente, como al desistimiento voluntario de éste. Cuando un obstáculo o impedimento, ajenos a la voluntad del agente, detienen el curso de los acontecimientos que éste ha puesto en marcha, no puede haber tentativa (propriadamente dicha), pues la ausencia de tales obstáculos o impedimentos significa que el agente eligió una actividad inadecuada para su propósito o que no mantuvo su resolución inicial, casos en los cuales nos encontraríamos con una tentativa imposible o un desistimiento (caso especial de tentativa), respectivamente.

507 Como consecuencia, si el agente desiste de continuar cometiendo su acción criminal o cuando interviene espontáneamente, luego de haber ejecutado la acción delictuosa, para evitar que se produzca el resultado de esta su acción, también comete tentativa. Es decir, una acción tendiente a la consumación de un tipo legal. El desistimiento o el arrepentimiento, no determinan la desaparición de la tentativa, sino que influyen de manera determinada en su penalidad.

508 La interpretación sistemática de las disposiciones del Código impide considerar como tentativa sólo los casos en que la no consumación de la infracción sea debida a causas independientes de la voluntad del agente. La opinión contraria contradice el texto mismo de las disposiciones legales.

509 Admitir el criterio por nosotros expuesto, no significa que se contradiga la afirmación de que el elemento subjetivo de la tentativa

debe ser completo. Justamente, se trata de lo contrario. El desistimiento y el arrepentimiento comportan, precisamente, el abandono de la voluntad criminal. En el caso del *agente provocador*, que no busca la consumación de la infracción, no puede hablarse de desistimiento ni de arrepentimiento.

j. Tentativa y delito agotado

- 510 Como en el elemento subjetivo de la tentativa, la referencia a un tipo legal es también un factor esencial en la determinación del elemento objetivo. Ya hemos visto que la consumación es un concepto formal, pues consiste en saber si el tipo legal ha sido realizado de manera completa. Debe ser distinguida de la noción de *agotamiento* del delito, que es de carácter material e interviene cuando el agente alcanza el fin último que se había propuesto (por ejemplo, en el caso del chantajista que disponga del dinero obtenido ilícitamente).

k. Delito imperfecto

- 511 Comparada la tentativa con el delito doloso consumado aparece, objetivamente, como un *delito imperfecto*. Imperfección consistente en la falta de uno de los elementos objetivos del tipo legal. Esta realidad hace posible que el legislador establezca, en disposiciones generales, la represión de la tentativa, sin tener que hacerlo en cada una de las disposiciones de la parte especial. Tales normas genéricas son, debido a la técnica legislativa empleada, subordinadas, dependientes de las prescripciones que contienen los tipos legales. Sin embargo, esto no significa que la tentativa, considerada en sí misma, sea una forma delictiva accesoria o secundaria. Una vez cometida, el agente se hace acreedor a una sanción. Con razón se afirma de que no se trata de una parte de un hecho penal, sino de un hecho penal en sí, que consiste en la ejecución parcial de un delito. Por lo que no es de decir: "comete tentativa de un hecho punible quien...", sino "comete hecho punible, quien trata de realizar un delito...".
- 512 A pesar de que el legislador fija la pena de la tentativa en relación con la que corresponde al delito consumado, generalmente en grado menor, no se puede sostener que estemos frente a una "circunstancia

atenuante". Sólo es un problema de técnica legislativa.

D. Actos preparatorios

a. Noción

- 513 Luego de haber fijado en qué consiste la tentativa, estamos en condición de referirnos a los actos preparatorios. Deben ser considerados como tales todos aquellos actos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas y adecuadas. Un tercer observador, y/o conocedor del plan del agente, no estará en situación de afirmar, al observarlas, que se hallan, física y temporalmente, en la inmediatez de la realización típica. Aunque no es posible considerar a ciertas formas de actuar como propiamente actos preparatorios, ya que es de tener en cuenta el tipo legal de que se trata y el plan de acción del autor, cabe señalar, en principio, como tales, a la fabricación o adquisición de instrumentos para cometer un delito, la elaboración de un plan de acción, la inspección del lugar de comisión de la infracción, el espiar a la futura víctima, etc.

b. Fundamentos de su impunidad

- 514 Generalmente, la doctrina y la legislación reconocen la impunidad de los actos preparatorios; en particular, debido a que no constituyen una manifestación suficiente de la intensidad de la voluntad criminal y del fin que ésta tiene. Mediante su realización, el agente ha sobrepasado el límite de la fase interna del *iter criminis* (etapa deliberativa), pero no alcanza un nivel tal que permita observar que su accionar se halla en estrecha e inmediata conexión con la realización típica.
- 515 La impunidad de los actos preparatorios es una exigencia de la seguridad jurídica. Por esto, hemos considerado inadmisibles la pura concepción subjetiva al momento de definir la tentativa.
- 516 En el Código Penal, no se ha hecho referencia a los actos preparatorios, ni establecido expresamente su impunidad. Pero esto se desprende de manera implícita del hecho que se haya establecido como límite genérico para la intervención penal el simple comienzo de

la ejecución de un delito.

c. Excepciones a la regla de la impunidad

- 517 Por la manera como han sido reguladas, en el art. 17 del Código Penal, es de considerar que la conspiración y la proposición son casos de actos preparatorios. Consciente de la necesidad de que la punibilidad de estos casos siga siendo excepcional, el legislador ha previsto, aunque de manera confusa, que "sólo son punibles en los casos en los que la ley lo determine expresamente". La imperfección de la disposición citada radica en el hecho de que, junto a la conspiración y proposición, se mencionan la instigación y la inducción. Respecto a estas últimas, el art. 36 dispone que son autores, inc. 2, "quienes fueren o induzcan directamente a otro a ejecutarlo". Lo que podría hacer pensar que en art. 17, párrafo tercero, se trata de otro tipo de instigación o inducción: por ejemplo, mediata o indirecta. Esta defectuosa técnica legislativa sólo es fuente de inseguridad e imprecisión. Así, por ejemplo, se ha afirmado que "en rigor de verdad, la provocación, la instigación y la inducción resultan sinónimos". Por el contrario, se trata de conceptos que deben ser distinguidos, en particular el de instigación que constituye una forma importante de participación criminal.
- 518 Tanto en el caso de la conspiración como en el de la proposición, el agente tiene la voluntad de cometer un delito determinado ; es decir, un comportamiento tipificado como tal. Esta voluntad debe manifestarse mediante actos externos. Tratándose de la conspiración, dos o más personas deben concertarse para cometer dicho delito y resolver ejecutarlo. Allí, se detiene su comportamiento ; pues si hicieran algún acto que constituya el comienzo de la ejecución de los actos exteriores idóneos para la consumación, se trataría de una tentativa en caso de no consumarse la infracción.
- 519 En cuanto a la proposición, el agente debe haber "resuelto cometer un delito". Con este fin, "invita a una u otras personas a ejecutarlo". Esta invitación representa el acto exterior que pone de manifiesto la voluntad criminal del autor. Tampoco este acto constituye el inicio de

la ejecución del delito que el agente ha resuelto cometer. No es sino un acto tendiente a lograr la participación de un tercero en la empresa criminal proyectada por el autor. Un ejemplo claro de represión de estas acciones es el de la "proposición y la conspiración para cometer el delito de rebelión", reguladas en el art. 386.

- 520 Constituyen casos de actos preparatorios elevados a la condición de delitos *sui generis*. Por ejemplo, el concierto con fines de guerra (art. 362). El delito consiste, en uno de los supuestos de la disposición, en el hecho que un guatemalteco "se concierte con el gobierno de un Estado extranjero o con sus agentes, proponiéndose provocar una guerra o que se realicen actos de hostilidad contra la República". Basta el concierto, sin que sea necesario que el acto a ejecutarse constituya necesariamente un delito determinado. Lo mismo sucede con la siembra, cultivo de plantas productoras de sustancias estupefacientes (art. 306). Comportamiento indispensable para procurar la materia prima para producir drogas que luego serán comercializadas; así mismo con el hecho de facilitación de estupefacientes (art. 309). Aquí es suficiente, por ejemplo, que el agente haya, a título gratuito, facilitado locales para el tráfico de estupefacientes. La introducción de moneda falsa o alterada (art. 315) es un acto preparatorio para la comisión del delito de circulación de moneda falsa (art. 319). La misma afirmación puede hacerse con respecto de lo establecido en el art. 404 (tráfico de explosivos), segundo párrafo. Según esta disposición, quien poseyendo legítimamente, por ejemplo, explosivos, los "expendiere o facilitare a sabiendas que se destinarán para atentar o ejecutar cualquiera de los delitos comprendidos en el presente título [De los delitos contra la seguridad pública]". Por el contrario, la instigación al suicidio (art. 128) no constituye un acto preparatorio para la comisión de un delito, puesto que ni el suicidio es un delito, ni la instigación constituye propiamente un acto preparatorio.
- 521 Además debe tenerse en cuenta que ciertos actos que, tomados independientemente pueden ser calificados de preparatorios, son generalmente reprimidos a título de actos de complicidad; por

ejemplo, entregar el arma al homicida.

- 522 En doctrina, se afirma con frecuencia que en estos casos excepcionales el legislador reprime los actos preparatorios a título de delitos *sui generis*. Nos parece inconveniente esta terminología, pues nos hace pensar en que todavía es posible reprimir la tentativa de realizar tales formas de actuar. Es de rechazar este criterio y más bien afirmar la inadmisibilidad de la tentativa en tales casos.
- 523 Un ejemplo interesante referente a la definición legal de los actos preparatorios y de su represión excepcional lo ofrece el Código Penal suizo. Concebidos como un delito especial y sólo en relación a delitos bastante graves, se le define como el hecho de haber adoptado, conforme a un plan preconcebido, medidas concretas de orden técnico o de organización; las mismas que indican, por su naturaleza y amplitud, que el agente se disponía a la ejecución del acto delictivo. Según esta fórmula no basta un acuerdo puramente intelectual entre delincuentes para delinquir. Es necesaria la existencia de un plan y que el agente realice algo; por ejemplo, la adquisición progresiva de armas o de fondos, el recabar información sobre el lugar de la infracción o la ejecución. El objetivo buscado es el de adelantar la intervención represiva antes que se comience a ejecutar la infracción y, de esta manera, evitar que se cree una situación que implica ya un daño irreparable. Así, no sería indispensable esperar que los malhechores - listos para pasar a la acción - inicien su accionar delictivo. Estas razones y, además, la restricción de la represión a los actos preparatorios de los delitos de homicidio simple, asesinato, lesiones corporales graves, robo o rapiña, secuestro, raptó, toma de rehenes o incendio intencional, no justifican plenamente la ampliación de la represión. En nuestra opinión, se trata de un ejemplo que no debe ser seguido en nuestros países por los abusos a que puede dar lugar su aplicación.

E. Tentativa acabada e inacabada

- 524 Cuando el delincuente realizó la acción delictuosa sin llegar a

completarla, se habla de que existe una *tentativa inacabada*. De manera negativa, se puede decir que "no ha puesto de su parte todo lo necesario para la consumación". Para saber si éste es el caso, es indispensable tener en cuenta el plan de acción del agente; es decir, el contenido de su voluntad criminal. La interrupción de la acción puede deberse a una decisión espontánea del agente o a la presencia de causas extrañas (el arma se le descompone, un tercero le sorprende, se le amenaza para que no continúe, etc.). En el caso de que el agente decida voluntariamente abstenerse de continuar ejecutando la acción, se habla de *desistimiento voluntario*.

- 525 En la *tentativa acabada*, el autor lleva a cabo todos los actos que, de acuerdo a su representación, son indispensables para la producción del resultado. Como en la tentativa inacabada, la consumación de la infracción no se produce; ya sea debido a una intervención voluntaria del delincuente o "a circunstancias accidentales". En el primer caso, se trata del llamado *arrepentimiento activo*; el segundo es el denominado *delito frustrado*.
- 526 Objetivamente, en la *tentativa acabada*, la acción criminal ha llegado a un desarrollo mayor que en la tentativa inacabada. Sin embargo, no se debe olvidar que en la determinación de su existencia es capital tener en cuenta el plan del agente y el tipo legal que pretende consumir.

F. El desistimiento espontáneo

- 527 El art. 16, declara que "cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo, sólo se aplicará sanción por los actos ejecutados, si constituyen delito por sí mismos".
- 528 La forma de tentativa que aquí se trata es la de la tentativa inacabada porque el agente no realiza "todos los actos necesarios" para consumir el delito. Esto significa que el abandono de la voluntad

criminal, por parte del agente, debe producirse mientras esté ejecutando la acción; mientras se "halle dentro de la progresión del hecho". El desistimiento debe ser espontáneo; es decir, realizado por el delincuente de manera voluntaria y de propia iniciativa.

- 529 El saber si el agente desistió espontáneamente es un problema que debe solucionarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, ya que no pueden ser elaboradas reglas fijas generales; a lo más es factible fijar algunas directivas generales. Se trata, comúnmente, de un desistimiento espontáneo cuando el agente lo hace sin que se haya producido un cambio esencial en la situación. Si surge un obstáculo físico que le impide proseguir su acción delictuosa, no podrá concebirse que el agente desistió espontáneamente. Esta calidad de desistimiento, exigida por la ley, es particularmente excluida por el descubrimiento de la acción delictuosa por parte de un tercero; pero no por la ausencia de motivos éticos. El desistimiento es espontáneo aunque fuera provocado por el súbito temor de ser severamente penado, de ser sorprendido *in fraganti*, a las consecuencias de su acto o por simple desagrado. La resistencia de la víctima o de un tercero, impiden que el desistimiento del agente cumpla con este requisito legal.
- 530 El descubrimiento del delincuente durante su accionar, por parte de un tercero, puede, algunas veces, no ser considerado como factor que excluye la espontaneidad del desistimiento. Sería el caso cuando el tercero sea una persona por la cual el agente, debido a sus relaciones personales, no tema ser denunciado; por ejemplo, su madre o esposa.
- 531 En relación con el por qué se declara impune la tentativa en caso de desistimiento espontáneo, se ha sostenido, tradicionalmente, que se trata de un puente de oro tendido al delincuente a fin de evitar que consuma su infracción. Este criterio defendido por Franz von Liszt, a partir de una concepción de política criminal individual, es ahora fuertemente criticado, porque no concuerda con la realidad; en la medida en que esta disposición permanece desconocida, no influye en el agente en el momento de actuar. En reemplazo de la concepción de von Liszt, se afirma ahora que se trata de un premio y/o gracia

concedido al delincuente, y este criterio tampoco es satisfactorio. Es preferible la opinión de quienes sostienen, a partir de una concepción de política criminal general y considerando los fines de la pena, que el agente al desistir pone en evidencia una voluntad insuficientemente intensa para realizar la infracción, por lo que resulta innecesario reprimirlo. El agente no se revela como peligroso y la perturbación del orden jurídico es suprimida por su enmienda espontánea. Esta manera de fundamentar la impunidad de quien desiste de su tentativa, es el fruto de la consideración de diferentes ideas, entre las que predominan las concernientes a la prevención general y especial. Y, aquí también debemos considerar la de facilitar o, al menos, no dificultar que el agente dé marcha atrás en su acción delictuosa.

- 532 El desistimiento es una circunstancia personal de impunidad que sólo favorece a quien lo practica. Vale decir, cuando sólo uno de los participantes en la acción delictuosa se decide espontáneamente a no continuar actuando, sólo él será favorecido con la exención de pena, no así los otros.
- 533 El hecho de que el agente haya desistido espontáneamente no significa todavía que se halle exento de toda sanción penal por lo que se había propuesto cometer. El art. 16, *in fine*, estatuye que "sólo se aplicará sanción por los actos ejecutados, si éstos constituyen delito por sí mismos". Esto es, que si los actos cometidos constituyen ya una infracción autónoma, el agente será perseguido y sancionado por dicha infracción. Así, por ejemplo, quien con el fin de matar a otro lo agrede con arma blanca y luego de inferirle algunas heridas leves, desiste espontáneamente de proseguir su acción, no podrá ser reprimido por tentativa de homicidio, pero sí como autor del delito de lesiones dolosas. Otro caso sería, el de quien ingresa a casa ajena, con el objeto de violar a la propietaria, luego de amenazarla se desanima y sale de la casa. Este agente será sancionado penalmente en relación al delito de allanamiento de morada y/o amenaza, mas no como autor de tentativa de violación.

G. El arrepentimiento activo

a. Definición

- 534 El mal denominado arrepentimiento activo, conforme a la doctrina dominante, se origina cuando el agente ha realizado todo lo que, según su representación, dependía de él para consumir la infracción; pero, interviene para evitar la producción del resultado. A estas alturas del desarrollo de la acción, ya no es posible un desistimiento. En el Código Penal, no se ha insertado una disposición expresa para regularlo. No está comprendido en el art. 14 porque, en esta disposición, se estipula que el delito "no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente". En el arrepentimiento activo, el abandono del comportamiento delictuoso depende de la iniciativa del agente. Tampoco lo está en el art. 16, pues el desistimiento supone, como lo hemos visto, que el delincuente no realice todos los actos necesarios para consumir el delito. Quien envenena a una persona o dispara con una arma de fuego contra ella ha realizado los actos necesarios y lo único que le queda es esperar que la muerte de la víctima se produzca. El agente ha ido así hasta las últimas consecuencias en su accionar. No es indispensable que haga algo más para consumir el delito. Sin embargo, éste no se consuma porque el autor hace lo necesario para evitarlo.
- 535 La tentativa a que se hace referencia en esta disposición es la tentativa acabada; pero no en cualquier caso, sino sólo cuando el resultado delictuoso se halla en suspenso. Por ejemplo, el delincuente ha hecho, mediante engaño, ingerir a la víctima una poción envenenada, de efecto mortal no fulminante, lo que daría tiempo para la aplicación de un antídoto. No es posible, por el contrario, el *arrepentimiento activo* cuando por diferentes circunstancias es ya evidente que el resultado no tendrá lugar. En doctrina, se denomina a este último caso *delito frustrado*.
- 536 Como lo dispone la ley, es necesario que el agente haga algo; esto es, desarrolle una actividad determinada con el fin de impedir la consumación de la infracción, lo que no implica que la acción decisiva

sea realizada personalmente por el agente. Es suficiente que él haya advertido a un tercero y pedido su intervención; por ejemplo, a un galeno para que salve a la víctima envenenada, mediante la aplicación de un antídoto u otro medio adecuado. El agente debe haber impedido o contribuido a impedir que el resultado se produzca. De modo que si el agente fracasa en su intento de evitar la producción de aquel, provocado por su actividad delictuosa completa, será reprimido como autor de delito consumado, sin interesar las circunstancias que determinaron el fracaso. Sin embargo, el juez tendrá en cuenta estas circunstancias en el momento de individualizar la sanción, conforme lo prevé el art. 65.

b. Reparación espontánea del daño

537 Una vez acaecido el resultado delictuoso no puede darse el *arrepentimiento activo*; lo cual no debe ser confundido con el proceder del agente, posterior a la consumación de la infracción, consistente, por ejemplo, en la entrega de una suma de dinero en retribución del daño material provocado delictuosamente en la propiedad ajena. Esto no es sino una de las circunstancias atenuantes previstas en el art. 26. Según el inciso 4 de esta norma, se da *arrepentimiento eficaz* cuando "el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias". No se trata más de una tentativa porque el agente ha tenido éxito en su acción delictuosa: el resultado se ha producido y, por tanto, el delito ha sido consumado. El arrepentimiento posterior a esta consumación no puede variar la tipificación del comportamiento, su efecto será sólo en la fijación de la pena dentro de los márgenes penales previstos en la disposición pertinente.

c. Espontaneidad del arrepentimiento

538 Como lo señalamos al iniciar este capítulo, la denominación de arrepentimiento es incorrecta. El vocablo da a entender que el agente se pesa de haber realizado su acción". Es decir que sienta aflicción o dolor interior; o que sienta remordimiento. Ahora bien, lo cierto es que, de la misma manera como en el desistimiento, no son relevantes

los móviles a los que el delincuente haya obedecido. Puede, muy bien haberlo hecho por temor al castigo o por no estar satisfecho con las ventajas que pueda lograr.

- 539 Lo que interesa, de igual modo que en el desistimiento, es que el agente se decida a evitar el resultado de manera espontánea, de *motu proprio*, lo que significa lo mismo que espontaneidad. Es decir, que obre por sí mismo, sin haber sufrido una coacción exterior.

d. Fijación de la pena

- 540 A falta de disposición expresa sobre el arrepentimiento activo, es de considerar su represión teniendo en cuenta el afán del legislador en guardar la sanción de acuerdo a una combinación prudente de los factores subjetivos y de los objetivos de la tentativa. Objetivamente, va más allá del desistimiento (los actos necesarios para la consumación han sido realizados), pero subjetivamente se da cierta semejanza, en la medida en que el agente, voluntariamente, interrumpe el desarrollo causal que ha generado: en el desistimiento, luego de comenzar a ejecutar el delito; mientras que en el arrepentimiento, lo hace después de haber completado su accionar.
- 541 El arrepentimiento activo debe ser analizado en la perspectiva del desistimiento (art. 16), de modo que el agente debe ser reprimido sólo por los actos que ejecutó y siempre que constituyan delito por sí mismos. Esta última condición se comprende más fácilmente con relación al desistimiento puesto que la acción sólo está en sus inicios. En caso del arrepentimiento, la represión constituirá la regla porque la acción ha sido completada por parte del agente. Dicho de otra manera, esta acción constituirá, normalmente, un comportamiento delictuoso.
- 542 El arrepentimiento activo no puede ser tratado como tentativa, conforme al art. 14, porque esta disposición exige, expresamente, que el delito no sea consumado por "causas independientes a la voluntad del agente". Este no es el caso del arrepentimiento activo, de modo que considerarlo como tentativa comportaría una violación del principio de legalidad; en la medida en que se podría, sin base legal,

reprimir más severamente al agente que si se le aplicase el art. 16. El que incendia una casa para causar la muerte de otro (*acción criminal completa*) y evita que se produzca el resultado letal (*arrepentimiento activo*), sería juzgado por delito de incendio consumado y no por tentativa de homicidio.

- 543 Las razones de política criminal general y especial que explican y justifican el tratamiento del desistimiento, son igualmente aplicables al caso del arrepentimiento activo. Si no se dejara de lado el hecho de que el agente, voluntariamente, hizo lo necesario para evitar se produzca el resultado, éste no tendría interés alguno en intervenir, ya que sería reprimido de la misma manera. El tratamiento preferente puede ser una de las causas que conduzca al delincuente a neutralizar la relación de causalidad que ha desencadenado realizando todos los actos exteriores necesarios para impedir el resultado. El interés del Estado es muy concreto y práctico: evitar que los bienes jurídicos sean dañados.

H. Tentativa imposible

a. Noción

- 544 De conformidad con el criterio que nosotros hemos adoptado, la denominada *tentativa imposible* es tentativa, entendida *in extensu*. El agente tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal y realiza actos encaminados a tal fin; pero, la consumación de la infracción es imposible por la naturaleza de los medios empleados o del objeto hacia el que se dirige la acción. Con las palabras de la ley: es cuando se trata de consumir un delito "con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de naturaleza tal que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible".

b. Aspectos subjetivo y objetivo

- 545 Como lo hemos afirmado anteriormente, la incorporación en el Código de la regla referente al delito imposible significa la aceptación del criterio subjetivo, como punto de partida para la represión penal

de la tentativa. Así, se sanciona al agente de un delito de imposible consumación, fundamentalmente, porque es titular de una voluntad criminal. Al llegar a este nivel no existe diferencia alguna con la tentativa (*stricto sensu*) o con el delito frustrado.

- 546 Es necesario anotar que esta voluntad delictuosa del agente se manifiesta, igualmente, mediante actos externos: el hacer tomar a la víctima una poción considerada venenosa; hacer uso de un arma de fuego que se cree cargada o, ejercer presión con una almohada sobre la cara del recién nacido con el fin de matarlo, cuando en realidad éste nació muerto.
- 547 No es correcto, por tanto, negar la factibilidad - en estos casos - del comienzo de la ejecución de la acción delictuosa. Esta es obviamente, factible de realizarse; lo que es imposible es la producción del resultado querido.
- 548 Por otro lado debemos tener presente que para la determinación del *comienzo de la ejecución* es de importancia la representación que se hace el agente de su forma de actuar. En la *tentativa imposible*, el agente quiere producir el resultado delictuoso y está convencido de poder lograrlo de la manera como lo ha planeado. Por esta razón Welzel afirma, correctamente, que también en este caso "debe existir objetivamente un principio de ejecución; esto es, la acción tiene que representar, si fuere idónea, un principio de ejecución.
- 549 La exigencia de que el agente lleve a cabo tales actos externos, aspecto objetivo de la tentativa, determina que no se castigue por la simple voluntad criminal, aun cuando ésta es la base de la represión. También debemos recordar que al definir la tentativa (*lato sensu*) rechazamos la opinión de que para admitir su existencia, los actos realizados por el agente deberían ser propios para conducir a la producción del resultado. Así mismo afirmamos que tal criterio contradecía la concepción mixta adoptada por el legislador. Sólo desde un criterio puramente objetivo, es posible negar que la llamada *tentativa imposible* no deba ser reprimida como una forma de tentativa (*lato sensu*).

c. Causas que determinan la no consumación

550 La no producción del resultado es consecuencia de circunstancias accidentales; no dependientes de la voluntad del agente. A diferencia de lo que sucede en algunos casos de tentativa acabada o inacabada, las circunstancias accidentales en el caso del delito imposible consisten en que los medios empleados por el delincuente o el objeto contra el que dirige su acción son de naturaleza tal que la realización de este delito es absolutamente imposible. Por esto sería mejor no referirse a estas circunstancias como "accidentales", ya que su presencia hace de la acción una empresa "intrínsecamente" inadecuada para consumir la infracción.

d. Imposibilidad absoluta y relativa

551 El legislador al referirse a la realización absolutamente imposible, presupone la existencia de otros casos, en los cuales la no consumación del delito es "relativamente imposible". Se dice que la *imposibilidad* es *absoluta* cuando la acción es en sí misma inapropiada, en razón de la naturaleza de los medios o del objeto, para culminar en la consumación del delito. Por ejemplo, emplear azúcar en polvo en lugar de arsénico (inidoneidad del medio) o practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta (inidoneidad del objeto). Así, la *imposibilidad* es calificada de *relativa*, cuando realizada la acción en otras circunstancias de tiempo, de lugar o de medios, la producción del resultado sería factible. Por ejemplo, el empleo de una cantidad insuficiente de veneno (inidoneidad del medio), el disparar contra el lecho donde reposaba la víctima, y del cual se había alejado (inidoneidad del objeto).

552 El art. 15 es de aplicación en caso de imposibilidad absoluta. Y los casos de imposibilidad relativa serán reprimidos, según las circunstancias, a título de tentativa (*stricto sensu*, art. 14).

553 La distinción entre imposibilidad absoluta y relativa ha sido criticada fuertemente en doctrina. Quienes la practicaron por primera vez fueron los defensores de la idea de que sólo la tentativa peligrosa es punible; y que la peligrosidad debería ser determinada por el juez (*ex*

post). Para ellos, únicamente los casos de imposibilidad relativa constituían un peligro para el bien jurídico, y sólo éstos debían ser reprimidos. Por el contrario, la imposibilidad absoluta no era peligrosa, ya que el delito no podía ejecutarse en ningún caso, y menos podía ser empezada su ejecución. Es evidente que el legislador no ha aceptado este criterio; tampoco sigue el de los sostenedores de la nueva teoría objetiva, conforme la cual la peligrosidad no se debe establecer "*ex post*" sino "*ex ante*". Lo que significa que el juez debe apreciar la acción en el momento del acto y comprobar si el resultado era posible. El legislador no ha tenido en cuenta la peligrosidad de la acción, sino, en primer lugar, la de la voluntad criminal del agente. Por lo que es conveniente tomar como punto de partida este criterio subjetivo. El factor objetivo de la inidoneidad absoluta de los medios o del objeto, es tomada en consideración para determinar la sanción que merece el agente. Pero, en ningún momento, para fundamentar la represión.

e. Tentativa irreal o supersticiosa

- 554 Debido a la amplitud del texto legal, parece, a primera vista, muy difícil excluir de la represión los casos extremos de la denominada tentativa irreal o supersticiosa (el pretender causar la muerte de un tercero recurriendo a medios mágicos).
- 555 Con el fin de fundamentar la no represión de la tentativa irreal, se recurre en Alemania a un criterio objetivo. En estos casos, se afirma que no se perturba "la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico", lo que se produciría si se deja impune a quien, de manera seria, se propone un hecho penalmente relevante y ha comenzado su ejecución.
- 556 De acuerdo con Bacigalupo, nosotros pensamos que los casos generalmente calificados de tentativa irreal o supersticiosa, no son, en buena cuenta, tentativa, ya que no puede considerarse comenzada la ejecución del delito, "pues según la experiencia general no es parte de la acción típica", el acto realizado por el agente. Por ejemplo, realizar sesiones de magia para hacer que un espíritu haga daño a un tercero

o lanzar con una honda piedras contra un avión con el fin de derribarlo. Por no darse un comienzo de la ejecución, en estos casos, no se produce un acto penalmente relevante y, por lo tanto, sin efecto en la comunidad.

f. Fijación de la pena

- 557 La orientación subjetiva del criterio admitido para regular la tentativa imposible se ve confirmada por la reacción penal establecida en relación con el agente. Como se reconoce la prioridad de la voluntad del agente frente a la acción inapropiada, se tiene en cuenta entonces sobre todo la peligrosidad manifestada por éste. Esta peligrosidad subjetiva implica el riesgo de que el autor vuelva a comenzar y esta vez de manera apropiada para consumir el delito. En esta perspectiva, se ha considerado inútil recurrir a la pena para evitar la reiteración; prefiriéndose someterlo a una medida de seguridad.
- 558 Según el art. 87, inc. 4, la comisión de una tentativa imposible constituye un índice de peligrosidad del agente. Según el grado de peligrosidad del autor, se le someterá, de acuerdo con el art. 92, a "régimen especial de trabajo" en un "establecimiento educativo o de tratamiento especial" (art. 88, inc. 3).

I. Delito putativo

- 559 Del delito imposible se debe diferenciar el llamado delito putativo. Este existe, cuando el agente comete un acto suponiendo que se trata de un delito. Es decir, que obra bajo la influencia de un "error de prohibición al contrario". El, aprecia correctamente las circunstancias de hecho de su acción; pero cree, equivocadamente, que se halla prevista en un tipo legal (realmente no existente). El delito imposible se caracteriza, al contrario, porque el agente actúa suponiendo, erróneamente, un elemento del tipo legal (medio u objeto); pero la acción que el agente se ha propuesto cometer se halla calificada como delito en una disposición legal.
- 560 Se trata de un delito putativo, cuando el agente mayor de edad, por

ejemplo, práctica libremente el acto contra natura con otro mayor de edad, creyendo que la ley penal reprime esta práctica homosexual; o cuando el preso piensa que comete delito, al fugarse sin violencia del centro penitenciario, donde se hallaba recluso.

- 561 La represión del agente en tales casos no procede; pues la aceptación equivocada de que tales conductas son delictuosas (debido a un error sobre la existencia de una disposición legal o sobre los extremos de su aplicación) no revela una voluntad criminal, y porque sería contrario al principio de legalidad. El carácter delictuoso del acto no puede depender de la opinión personal de los individuos.
- 562 Un caso particular de delito putativo es el error positivo de subsunción. Tal error está en relación con uno de los elementos del tipo legal. El caso más importante se da en los delitos especiales propios, caracterizados porque la ley dispone que sólo pueden ser cometidos por agentes que reúnen cierta calificación; por ejemplo, funcionarios, militares, etc. Este problema es tratado, generalmente, como inidoneidad del sujeto del delito y considerado como un caso de delito imposible. Para este criterio no hay cabida, ya que el Código Penal expresa y únicamente se refiere a la inidoneidad del medio y del objeto.
- 563 Es correcto tratarlo como un caso de delito putativo, ya que los tipos legales de los delitos especiales propios suponen que el agente es titular de un deber especial, cuya violación caracteriza, justamente, esta clase de delitos. Debido a esto, quien cree infringir un deber, al que erróneamente se vinculado, comete una acción que realmente no es delictuosa. Por el contrario, en el caso de delitos especiales impropios, se dará tentativa imposible cuando se trate de un agente que no sea el indicado por el tipo legal. Por ejemplo, prácticas abortivas a que se somete personalmente la mujer no embarazada. Aquí, se trata de una especial relación entre el agente y el objeto sobre el que recae la acción delictuosa.

J. Regulación de la pena en caso de tentativa

- 564 De manera general, se puede clasificar a las legislaciones en tres grandes grupos, con relación a la manera como es castigada la tentativa. En un grupo consideramos aquellas legislaciones que asimilan la tentativa al delito consumado, imponiendo al autor la misma pena. La igualdad en la pena del delito consumado y de la tentativa fue sostenida por los partidarios de la escuela positivista italiana, preocupados fundamentalmente por la peligrosidad del delincuente. La no producción del resultado, muchas veces debido al azar, no modifica en nada, según ellos, el carácter peligroso de la personalidad del agente. Entre los códigos modernos, el austríaco estatuye la igualdad en la punición del delito consumado y de la tentativa.
- 565 El segundo grupo está constituido por aquellas legislaciones en las que, tomándose en cuenta, sobre todo, la imperfección objetiva de la tentativa, se estatuye una pena inferior a la del delito consumado. Es el sistema predominante en los códigos promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX (Código belga de 1867, alemán de 1870, italiano de 1889). A este grupo pertenece el Código guatemalteco. De acuerdo con el art. 63, al autor de tentativa se le impondrá la pena señalada en la ley para los autores del delito consumado, rebajada en una tercera parte.
- 566 En el tercer grupo, consideraremos a las legislaciones que adoptan una solución intermedia, consistente en dejar en manos del juez la decisión de saber si, en el caso concreto, el autor de una tentativa merece ser reprimido con la misma pena prevista para el delito consumado, o si debe ser favorecido con una atenuación. Este es el caso de varios códigos modernos, por ejemplo, el suizo (arts. 21 y 22), el alemán (§ 23, pf. 2).
- 567 Resumiendo, digamos que, en sus diferentes variantes, la tentativa será reprimida como sigue:
- 568 Comienza el agente la ejecución de la acción delictuosa, pero emplea medios inidóneos o la dirige contra un objeto inidóneo: se le impondrá

una medida de seguridad.

- 569 Comienza la ejecución, sin que se presente ninguno de estos factores; pero, no realiza todos los actos necesarios para la consumación: la pena será atenuada (tentativa simple).
- 570 Ejecuta el agente de manera completa su acción, pero el resultado no se produce por circunstancias accidentales; la pena será atenuada como en caso de tentativa *stricto sensu* (delito frustrado).
- 571 Desiste espontáneamente el autor de continuar ejecutando su acción; no será castigado por tentativa, sino por los actos ejecutados que constituyen delito (desistimiento espontáneo).
- 572 La pena será la prevista para la tentativa (*stricto sensu*), si el delincuente, que ha hecho todo lo necesario para que se consume la infracción, interviene de *motu proprio* para impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo).

§ 4. Tipo legal ampliado: participación delictiva

A. Introducción

- 573 En principio el legislador parte de la idea de que las conductas descritas en los tipos legales son ejecutadas de manera individual. Esto se desprende del hecho de que utilice la fórmula: quien hiciere tal cosa será reprimido con tal pena. Aun en los casos en que recurre a una fórmula en plural, está pensando en que se trata de la comisión individual de la acción delictuosa.
- 574 En algunos casos, el legislador establece, por la naturaleza de la conducta a reprimir, el concurso de dos o más personas. Como en el delito de riña (art. 125, pf. 2), ya que para que se dé esta infracción es necesario que participen varias personas (según la doctrina 3 ó más), en el de rebelión (art. 385, "quienes se alzaren en armas ...") o sedición (art. 387, "quienes, sin desconocer la autoridad del gobierno constituido, se alzaren pública y tumultuariamente ..."), en el de

una medida de seguridad.

- 569 Comienza la ejecución, sin que se presente ninguno de estos factores; pero, no realiza todos los actos necesarios para la consumación: la pena será atenuada (tentativa simple).
- 570 Ejecuta el agente de manera completa su acción, pero el resultado no se produce por circunstancias accidentales; la pena será atenuada como en caso de tentativa *stricto sensu* (delito frustrado).
- 571 Desiste espontáneamente el autor de continuar ejecutando su acción; no será castigado por tentativa, sino por los actos ejecutados que constituyen delito (desistimiento espontáneo).
- 572 La pena será la prevista para la tentativa (*stricto sensu*), si el delincuente, que ha hecho todo lo necesario para que se consume la infracción, interviene de *motu proprio* para impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo).

§ 4. Tipo legal ampliado: participación delictiva

A. Introducción

- 573 En principio el legislador parte de la idea de que las conductas descritas en los tipos legales son ejecutadas de manera individual. Esto se desprende del hecho de que utilice la fórmula: quien hiciere tal cosa será reprimido con tal pena. Aun en los casos en que recurre a una fórmula en plural, está pensando en que se trata de la comisión individual de la acción delictuosa.
- 574 En algunos casos, el legislador establece, por la naturaleza de la conducta a reprimir, el concurso de dos o más personas. Como en el delito de riña (art. 125, pf. 2), ya que para que se dé esta infracción es necesario que participen varias personas (según la doctrina 3 ó más), en el de rebelión (art. 385, "quienes se alzaren en armas ...") o sedición (art. 387, "quienes, sin desconocer la autoridad del gobierno constituido, se alzaren pública y tumultuariamente ..."), en el de

desorden público (art. 415, "quienes ..."), en el de motín de presos (art. 473, "Los detenidos o condenados que se amotinaren ...").

575 Fuera de estos casos, los demás delitos pueden ser y son, frecuentemente, cometidos por varias personas en conjunto. La regulación de las formas de intervención y de la responsabilidad de cada una de las personas, ha sido establecida en el Capítulo I del Título V del Libro primero del Código Penal, bajo la denominación De la participación en el delito; y el estudio de los problemas que este fenómeno conlleva se denomina en la dogmática penal, teoría de la participación delictiva.

B. Participación y sus formas

576 El término participación es empleado en la ley en un sentido amplio. El art. 35 estatuye que son responsables penalmente del delito: los autores y los cómplices.

577 La expresión utilizada por el legislador, en el art. 36, "son autores ..." no debe conducirnos a error. En realidad, no pretende señalar quiénes son autores, sino indicar quiénes de los participantes en la comisión de un hecho punible deben ser castigados como si fueran autores.

578 En este artículo, han sido expresamente reguladas cuatro formas de participación: la coautoría ("quienes tomaren parte directa en la ejecución"), la instigación ("quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo"), la complicidad primaria ("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") y la coautoría intelectual ("quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación").

579 En el art. 37, se prevén, primero, una forma de complicidad que puede ser calificada de síquica (animar o alentar a otro en su resolución de cometer un delito y prometer ayuda o cooperación para después de cometido el delito). Segundo, otra que puede ser

considerada de orden material (proporcionar informes o suministrar medios adecuados para realizar el delito y servir de enlace o actuar como intermediario entre los partícipes para obtener concurrencia de éstos en el delito).

C. Maneras de regular la participación

- 580 En general se parte de la constatación de que es necesario y justo, desde un punto de vista de política criminal, la represión de todos aquellos que concurren de diferente manera en la comisión del acto delictuoso, cualquiera que haya sido su intervención. Se distinguen dos sistemas básicos en el tratamiento de la participación.
- 581 El primero, llamado **sistema unitario**, consiste en considerar como autores a todos los que, de una u otra manera, contribuyen a la ejecución del delito. Lo esencial es que la intervención de cada uno sea causa del resultado. Distinguir la importancia de cada una de estas intervenciones sólo es determinante para fijar la pena.
- 582 Esta concepción ha sido criticada, sobre todo, porque no concuerda con la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de la legalidad. Este principio sería desvirtuado si se considerara como autor a todo aquel que contribuye causalmente a la producción del resultado, para sólo más tarde practicar algunas distinciones. Además, su aceptación conduciría a una ampliación desmedida de la función represiva. Por último, resulta contraproducente ya que, en la práctica, no se puede evitar hacer distinciones al momento de imponer la pena.
- 583 El segundo sistema denominado **sistema diferenciador**, consiste en distinguir las diversas formas de intervención de las personas que cometen un hecho delictuoso. Esta es la orientación tradicional y preponderante, en la doctrina y en la legislación. Sus defensores si bien están de acuerdo en la necesidad y factibilidad de distinguir entre los partícipes, no son contestes sobre el criterio a ser utilizado con tal objeto.

- 584 La diversidad de teorías elaboradas, en el interior de estos parámetros generales, y la pluralidad de matices que las caracterizan impiden, prácticamente, clasificarlas de una manera conveniente.
- 585 El criterio unitario no ha sido incorporado al Código Penal. Por el contrario, se ha distinguido de manera expresa entre autores y cómplices. El criterio utilizado es, fundamentalmente, causalista, pero admite la posibilidad de distinguir entre las distintas contribuciones de los participantes. Esto es notorio, sobre todo, en la caracterización que se hace de los cómplices primarios y secundarios.
- 586 La técnica empleada para practicar tal distinción será apreciada al momento de analizar cada una de las formas de participación, y, en particular, al estudiar la potestad dada al juez para sancionar a ciertos partícipes con la misma pena que al autor, lo que aparentemente significaría la admisión del tratamiento único y de la inutilidad de realizar una distinción entre ellos.

D. Autoría y participación: criterios diferenciadores

a. Generalidades

- 587 Antes de estudiar las disposiciones del Código Penal, creemos conveniente presentar una visión general de la situación del estudio de la participación en la doctrina. Los esfuerzos doctrinales realizados se dirigen, en particular, a establecer criterios seguros para diferenciar entre autoría y participación. Estos términos, debemos comprenderlos en el sentido de "ejecutores del hecho delictuoso principal".

b. Criterio subjetivo

- 588 Partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la relación de causalidad, algunos autores han negado la posibilidad de distinguir objetivamente entre los diversos partícipes. Para ellos, todo el que contribuye causalmente en la comisión de la infracción es considerado como autor; de allí que se denomina a esta

corriente: **concepto extensivo de autor**. La imposibilidad de distinguir materialmente a los partícipes no los lleva a exigir un tratamiento igual para todos (concepto unitario de autoría); sino que tratan de establecer la distinción recurriendo a un criterio subjetivo. La calidad de autor (coautores, autor mediato) o de participación *stricto sensu* (instigación, complicidad) está determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona en cuestión.

- 589 Si tuvo un *animus auctoris* será considerado autor (*lato sensu*), aun cuando haya objetivamente contribuido de manera secundaria en la comisión de la infracción. Por el contrario, será calificado de partícipe (*stricto sensu*) quien haya actuado con *animus socii*, a pesar de que su contribución haya sido importante o haya realizado la acción típica.
- 590 Esta concepción impera en la jurisprudencia alemana, no obstante ser rechazada por la mayor parte de los juristas y haber recibido diversas críticas. Así, se niega la corrección de su criterio básico referente a la equivalencia de las condiciones; se afirma que los conceptos de *animus auctoris* y *animus socii*, no tienen en si realidad psíquica, ni normativa. Se afirma que, mediante la aplicación de tal criterio, se hace depender el problema de la participación de consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar si el agente realiza o no una acción típica; lo que contradice el principio de legalidad base del derecho moderno.
- 591 Con el fin de limitar la vaguedad del criterio subjetivo y de evitar tal clase de críticas, los sostenedores de esta concepción han buscado elementos que sirvan para concretar el contenido de la voluntad del agente.
- 592 Se ha recurrido con frecuencia al concepto de interés. El saber si alguien actúa con *animus auctoris*, queriendo el acto como propio, depende de la intensidad de su interés en el resultado. Junto a este interés, Baumann señala como otro indicio del contenido de la voluntad del agente, su querer dominar el desarrollo del acto. Según este autor, quien desea dominar el "sí" y el "cómo" del hecho, sobrepasa el simple querer apoyar su comisión y no puede re-

conocersele, a pesar de su desinterés, como un mero participante secundario. También, se ha afirmado que el partícipe "somete" su voluntad a la del autor (agente principal), del que depende que se consuma o no la infracción. De modo que el *animus socii* consistiría en "abandonar al criterio del autor" la fase decisiva de la acción delictuosa. Estos intentos de limitar el criterio subjetivo no han tenido resultados satisfactorios, por lo que continúan siendo rechazados en la doctrina.

c. Criterio objetivo

- 593 En oposición al criterio subjetivo, algunos autores parten de la idea de que sí es posible distinguir entre los participantes teniendo en cuenta si sus contribuciones caen dentro de los alcances del tipo legal o considerando su importancia en el engranaje de la cadena causal. A diferencia de los defensores de la teoría subjetiva, los partidarios de esta corriente ubican la línea fronteriza entre autoría (autor individual, coautor y autor mediato) y participación (cómplice e instigador) en el plano objetivo. Dos subgrupos se distinguen entre ellos. Primero, los que defienden un criterio formal - objetivo; y, segundo, quienes sustentan un criterio material - objetivo. De acuerdo con el primero, es autor quien realiza total o parcialmente la acción descrita en el tipo legal; y es partícipe quien se limita a ayudar o cooperar en la ejecución del acto. Su intervención podría ser considerada como un acto preparatorio o de apoyo a la acción ejecutiva.
- 594 De conformidad con el segundo criterio (material - objetivo), es de partir del concepto restrictivo de autor, expuesto por los partidarios de la teoría formal - objetiva, y superar sus limitaciones recurriendo a un "principio material común a todas las formas de autoría dolosa". Crean hallar este principio en el "dominio del hecho", que según Welzel - propugnador principal de esta concepción, "corresponde al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad". Maurach lo explica con más claridad diciendo que por "dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico", y agrega que "también este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no

es la simple "voluntad del dominio del hecho ..." sino "el voluntario moldeado del hecho". Gran parte de sus defensores creen encontrar en este criterio la clave para resolver los problemas de la participación, y estiman que constituye una superación de los puros criterios subjetivo y objetivo.

- 595 Se ha criticado tanto la indeterminación de la expresión "dominio del hecho", como su inaplicabilidad a ciertos casos de autoría mediata y de participación (*stricto sensu*). En la primera, no puede admitirse su existencia por la independencia con que actúa el ejecutor directo; y, en la segunda, tendría que admitirse, porque de acuerdo con las circunstancias, quien es calificado de cómplice, por ejemplo, tiene la posibilidad de evitar, de interrumpir la comisión del hecho punible.
- 596 Según Gimbernat, quien analiza esta doctrina en la perspectiva de la legislación española, el concepto de dominio del hecho "no constituye un aporte decisivo, ya que se encuentra ante la misma disyuntiva que agobia al intérprete español cuando trata de diferenciar entre cooperador necesario (cómplice primario) y mero cómplice (cómplice secundario)". Distinción que hace igualmente el legislador guatemalteco.

E. Autoría

a. Noción de autor

- 597 A pesar de que no forma parte, propiamente, de la teoría de la participación, es indispensable determinar, en primer lugar, la noción de autor. Esta noción está vinculada estrechamente con las diversas formas de participación.
- 598 El legislador guatemalteco, a pesar de referirse a los autores como responsables (art. 35) y de indicar quiénes deben ser considerados autores (art. 36), no ha señalado en una fórmula general, quién es autor individual. Lo que es correcto, ya que cada una de las disposiciones de la parte especial del Código, es una definición particular del autor.

- 599 La manera como han sido descritas las acciones delictivas permite definir al **autor** como la persona cuya acción sea subsumible en el tipo legal. Es autor, como consecuencia, quien realiza los elementos de la acción indicada por el verbo rector del tipo legal. Con las palabras de la ley (art. 36, inc. 1), se puede decir que es autor quien ejecuta de manera "directa" "los actos propios del delito".
- 600 El autor propiamente dicho no "toma parte en la ejecución" del hecho punible, sino que lo ejecuta completamente, con o sin la ayuda de terceros (partícipes *stricto sensu*). Es decir, que realiza el "todo" (hecho punible) y no sólo una "parte". En Alemania Federal, se ha consagrado legislativamente esta noción de autor. El § 25, n. 1, *ab initio*, estatuye que será castigado como autor quien cometa, personalmente, el hecho punible. De allí que los juristas germanos afirmen que autor es, en primer lugar, quien actúa típicamente de manera completa. Para ellos esta noción formal - objetiva es el punto de partida.
- 601 Desde esta perspectiva, es fácil comprender que en el art. 36 no se dice quiénes son autores, sino cuál de los partícipes (*lato sensu*) debe ser reprimido de la misma manera que los autores. Es decir, conforme a las penas previstas para quienes ejecutan la acción descrita en el tipo legal.
- 602 Con los criterios expuestos no es de creer que se puede resolver todas las dudas que se presentan. Esto es debido a la estructura de muchos de los tipos legales; en especial, de aquellos que describen un resultado causal sin especificar la acción que ha de producirlo. Así, por ejemplo, el art. 282 establece que "quien de propósito cause un incendio de bien ajeno, será sancionado...". En este caso, autor sería quien actúa de tal manera que su acción sea condición ("causa") del resultado prohibido.
- 603 Este tipo de dificultades propias de una concepción formal - objetiva deben ser constatadas, tratadas y resueltas mediante la aplicación complementaria de las reglas sobre la participación; en especial, las referentes a la coautoría y a la complicidad primaria. En el caso de

los delitos omisivos ha de tenerse muy en cuenta su peculiar naturaleza.

b. Autor inimputable

604 La existencia de un autor es presupuesto indispensable para la existencia de la participación (*stricto sensu*). No es posible imaginar esta última sin la presencia de un autor. En relación con este problema, algunos autores han hablado de una autoría limitada, que sería la de los inimputables e inculpables, que realizan una acción típica y antijurídica. Según ellos, la ley debe considerar a éstos como autores para poder castigar ciertas formas de participación. Esto se debe a que ellos consideran que el autor propiamente dicho debe cumplir con todos los elementos del delito.

605 Esta distinción no tiene mayor relevancia porque el inimputable debe cometer la acción u omisión delictuosa (art. 23, inc. 2). De modo que también es autor de un "hecho punible"; es decir de un acto típico y antijurídico, no culpable.

c. Autoría mediata

606 La realización del tipo legal puede ser llevada a cabo mediante un intermediario, cuya actuación el agente aprovecha o utiliza para alcanzar su fin delictuoso. En estos casos, se habla con cierta imprecisión de "autoría mediata", ya que parece suponer la existencia de un "autor inmediato" que participa (*stricto sensu*), lo que a su vez implicaría admitir que estamos frente a un caso de participación en sentido amplio. En realidad, se trata de un caso de autoría, en que el agente realiza el tipo legal sirviéndose de un intermediario. Este no es un partícipe (en el sentido técnico); pero tampoco puede ser calificado de mero "instrumento". Esta expresión, frecuentemente utilizada, hace pensar que sólo se daría la autoría mediata cuando el intermediario fuese un incapaz o alguien privado de toda voluntad. Por esto, se prefiere hablar actualmente de **intermediario material**.

607 El autor mediato se sirve o se aprovecha del actuar del intermediario material, empleando contra él la coacción, induciéndolo a error o

explotando el error en que incurre, o su incapacidad. De este modo, hace que el intermediario realice una acción atípica, tomada, independientemente (que se suicide, por ejemplo), o una acción típica; pero, sin que el agente tenga conciencia de su carácter delictuoso o sin que sea ilícita. Por ejemplo, introducir estupefacientes dentro de un objeto cuyo portador desconoce el verdadero contenido; o hacer que el agente de policía detenga a alguien haciéndole creer que es un delincuente. De esta manera el agente logra, mediante la actuación del pasajero inadvertido y del policía engañado, realizar el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y el delito contra la libertad individual (detención ilegal, art. 203).

- 608 En caso de inducción a error, el intermediario material puede ser considerado como agente no doloso; pero, es posible, de acuerdo con las circunstancias particulares, hacerlo responsable a título de culpa. Un ejemplo, bastante citado en doctrina, es el del médico que intencionalmente induce a error a la enfermera, entregándole en lugar del medicamento una dosis de veneno que ingerida por el enfermo le causa la muerte. En este caso el médico es responsable por homicidio y la enfermera puede serlo por homicidio culposo, si es que incurrió en imprevisión culpable.
- 609 Un caso particular de autoría mediata, por falta de culpabilidad del "intermediario material", es el que se presenta cuando éste comete una infracción por "obediencia debida". La no punibilidad que estatuye el inc. 4 del art. 25, tiene su fundamento en el error inevitable del inferior jerárquico sobre el carácter ilícito de su acto. No se trata, pues, de una causa de justificación. Por esto, merece ser reprimido el que mediante su orden hubiere "determinado" a otro a obrar y debe serlo a título de autor mediato. En ningún caso como instigador, ya que no se dan los elementos de la instigación.
- 610 En caso de que el autor mediato emplee coacción, también el intermediario es culpable. En todo caso, éste debe actuar aunque sea con voluntad limitada. Si se le ha privado totalmente de ella, mediante fuerza física irresistible, no se puede hablar de autoría mediata. El agente que recurre a este medio es autor directo, tiene un verdadero

instrumento en sus manos.

- 611 Mientras se aceptó la accesoriedad restringida en la participación (*stricto sensu*), la producción de una acción prohibida mediante un irresponsable (enfermo mental, niño, etc.), fue considerada sin discusión como un caso de autoría mediata. Hoy en día, se considera muchas veces que se da la instigación, por ejemplo, cuando el niño comprende la significación del acto que se le pide cometer. Esta opinión se fundamenta en la admisión de la noción de "autoría limitada" de la participación.
- 612 En la práctica, el tratamiento de estos casos como de autoría mediata o de instigación es de poca importancia por la identidad de tratamiento al que están sometidos. La autoría mediata no puede darse cuando el intermediario material actúa de manera plenamente responsable y dolosamente. En estos casos, se trata de participación.

d. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza de la infracción

- 613 En doctrina, se ha discutido con frecuencia sobre la posibilidad de que se cometan con autoría mediata, los denominados **delitos de propia mano** y especiales. La descripción típica de los primeros, exige que la acción prohibida sea ejecutada personalmente por el agente. Se trata, por ejemplo, del delito de matrimonio ilegal o bigamia (art. 226); de falso testimonio (art. 460). El juicio de desvalor que funda la represión de este tipo de comportamiento se basa en la manera misma en que son perpetrados. Por lo que no se debe pensar que es posible la autoría mediata.
- 614 En los denominados "**delitos especiales**", el círculo de personas que puede cometerlos se halla limitado, en razón de alguna calidad particular. Por ejemplo, la de ser funcionario público, juez, médico, etc. Entre estos delitos especiales, se distinguen los "**propios**" e "**impropios**". En los primeros, la calidad especial del sujeto activo sirve de fundamento a la represión, en los segundos, tiene la función de una circunstancia agravante o atenuante. El tipo legal básico, en estos últimos, puede ser cometido por cualquiera. La autoría mediata

está excluida en los "delitos especiales propios", cuando el agente que se sirve del intermediario carece de la "calidad particular exigida por el tipo legal". Si no es un "funcionario público" no podrá ser considerado como "autor mediato" del delito de abuso de autoridad. Según el art. 418, esta infracción consiste en que un funcionario o empleado público, abusando de su cargo o función, ordena o comete cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares. Si el agente no calificado hace (utilizando uno de los recursos con los que se comete autoría mediata) que un funcionario realice la acción tipificada en esta disposición, no significa que quede impune, por no ser posible de considerarlo autor mediato del delito de abuso de autoridad. Según las circunstancias, podrá ser sancionado, por ejemplo, como autor mediato de delito contra la libertad individual o como instigador o cómplice del funcionario en el delito de abuso de autoridad.

- 615 De lo expuesto, no debe deducirse automáticamente que el funcionario público, o cualquier otro que posea la calificación exigida por la ley, pueda servirse de un tercero para, mediante su actuación, realizar un delito especial (propio). Debe tenerse siempre en cuenta las peculiaridades del tipo legal. Ya que muchas veces la represión penal no se funda sólo en la calidad del agente, sino también en una "manera de actuar". Por ejemplo, el delito de prevaricato no podrá ser cometido por quien es juez sirviéndose de un tercero; ya que éste no puede "dictar resoluciones" (art. 462); la mayor parte de autores sostiene esta solución.
- 616 En el caso de **delitos culposos** no es posible la autoría mediata, debido a su misma naturaleza y, también, a que la actividad del autor mediato, consistente en servirse o aprovecharse del agente intermediario, es necesariamente dolosa. Los autores alemanes comparten generalmente esta opinión, basándose con frecuencia en que en los delitos culposos falta una voluntad directora del suceso causal (dominio de hecho).

F. Coautoría

a. Introducción

- 617 Debido a que, en el art. 36, se dice son autores y que los jueces, con relativa frecuencia, se refieren a la participación en calidad de autor cuando se trata de un autor individual, es de repetir que sólo deben ser calificados como tales los que ejecutan directamente una acción típica y los que la realizan mediante el actuar de un intermediario material (autoría mediata). Mientras que la determinación de los primeros ha sido realizada por el legislador al elaborar cada tipo legal, la de los segundos, es obra de la doctrina.
- 618 Cuando el art. 36, inc. 1, estatuye que son autores "los que tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito", está refiriéndose a los coautores; no al autor (*stricto sensu*), ya que éste no "toma parte de la ejecución", sino simplemente "efectúa el hecho punible".
- 619 Evidentemente, la fórmula legal no es la clave para resolver todos los problemas que se presenten, ya que ella misma debe ser interpretada. Pero, en esta operación, es necesario permanecer dentro de la orientación adoptada por el legislador, sin pretender forzarla a fin de hacerla concordar con alguna concepción doctrinal que le sea extraña.

b. Realización de un acto ejecutivo

- 620 Cuando el legislador habla de "tomar parte directa en la ejecución" está exigiendo que se considere como coautores sólo a quienes cometen "actos ejecutivos", cada uno de los cuales es parte de la ejecución del hecho punible. Con sus intervenciones, pues, los coautores no se limitan a ayudar o cooperar en la ejecución de la infracción, sino que ellos mismos la ejecutan. Por esto, se ha considerado que cada uno de ellos es un autor, y que no sólo debe ser considerado como tal. Nosotros preferimos no darles esa calificación que reservamos a los que realizan individualmente el tipo legal.
- 621 El punto central en el análisis de esta fórmula es determinar lo que

debe comprenderse por actos propios del delito. Aquí deben aplicarse los mismos criterios empleados para distinguir los actos preparatorios de la tentativa ya que ésta ha sido definida por la ley como "comienzo de la ejecución del delito".

- 622 Ha de partirse, igualmente, de la acción típica; es decir, la mencionada por el verbo rector de la descripción realizada por el legislador de la conducta prohibida. Esto es posible, aun en los casos en que la comisión del delito parece tener lugar instantáneamente, debido a la manera en que el legislador la ha descrito. Por ejemplo, el "matar a otro". En este caso cada una de las acciones individuales debe formar parte de la ejecución del delito de homicidio: uno dispara contra la víctima, otro la hiere con un machete y un tercero la ahorca. En los delitos contra el patrimonio es más frecuente este tipo de casos; así por ejemplo, la apropiación de una suma considerable de dinero por parte de empleados de una empresa, realizada mediante acciones individuales y parciales. Cada una de ellas constituye una parte del proceso ejecutivo del delito de apropiación indebida (art. 272).
- 623 Junto a estos actos ha de considerarse aquellos que se hallan indisolublemente vinculados con la acción típica, y cuya realización hemos calificado de tentativa, precisamente, de dicho comportamiento. De manera que debe tenerse como realizador de un acto ejecutivo a quien ejerce violencia sobre la mujer a fin de que otro la haga sufrir el acto sexual, o a quien realiza el "artificio, astucia o engaño" mediante el cual se logra que la víctima entregue un bien de su propiedad (art. 263, delito de estafa).
- 624 La realización de actos de tal naturaleza es suficiente para considerar a su realizador como coautor, y no tratarlo como mero cómplice.
- 625 Esta clase de delitos no se presenta casi discusión, debido a la estructura del tipo legal en que son previstos. Se trata de los **tipos legales compuestos**, denominados así, en razón a que hacen referencia a dos o más acciones, de las cuales una es la central y las otras, medios para su realización.

- 626 Las dificultades surgen en los llamados tipos simples, como el del homicidio (art. 123, "quien diere muerte a una persona") o el de falsificación de documentos (art. 321, "el que hiciere en todo o en parte un documento público falso o alterare uno verdadero..."). En estos casos han de considerarse como actos ejecutivos también actos que no caen dentro del tipo legal, ya que de lo contrario tendría que considerarse como tales únicamente a los que constituyen un inicio de la acción típica (causar lesión, por ejemplo, con la intención de matar). Este sentido estrecho lo hemos rechazado al estudiar la tentativa. De modo que debe calificarse de coautores a quienes sujetan las extremidades de la víctima a fin de que otro le torciera el cuello hasta conseguir su dislocamiento y muerte instantánea.
- 627 En la práctica, la importancia de estos problemas es poca debido a la manera como el legislador ha determinado quiénes deben ser considerados como "autores". Si se admitiese una interpretación restrictiva de "tomar parte directa en la ejecución" y se considerase que consiste en realizar un fragmento de la acción típica (indicada por el verbo rector del tipo legal), podrían ser considerados los demás actos que se hallan estrechamente vinculados a dicha acción típica como casos de cooperación necesaria, ya que quien ejecuta tales acciones coopera también. Desde el punto de vista de la represión, tampoco se presentarían dificultades por ser sancionados sus realizadores de la misma manera (como autores).
- 628 Teóricamente, creemos acertada la solución que hemos expuesto líneas arriba, porque es conforme a los alcances del texto legal y a la conclusiones a que hemos llegado respecto a la tentativa.

c. Autoría causal o accesoria

- 629 La simple realización de actos ejecutivos por parte de varios agentes y que ocasionen un sólo resultado prohibido, no es suficiente para que se hable de coautoría.
- 630 El concurso de tales acciones puede deberse al azar. Es el caso, por ejemplo, de dos personas que vierten separadamente veneno en la taza de café que ha de tomar la víctima. En doctrina, se denomina a

estos casos autoría causal o accesoria. Este concepto no tiene relevancia en dogmática debido a que se trata del concurso fortuito de varios casos de autoría individual (propriadamente dicha).

d. Intención común de cometer la infracción

- 631 Para que se dé la coautoría es indispensable que exista entre los que "toman parte en la ejecución" una intención común de realizar una infracción. Es suficiente con frecuencia el entendimiento alcanzado de manera tácita y espontánea. Muchas veces, puede tratarse de un acuerdo previo o de la puesta en marcha de un plan de acción.
- 632 La existencia de esta comunidad de intención o concertación es tomada en consideración para calificar un caso particular de coautoría. Según el último inciso del art. 36, serán reprimidos como autores "quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación". El simple hecho de concertarse no determina el carácter de coautores de todos los que participan. Es necesario, además y sobre todo, que sus intervenciones constituyan "actos ejecutivos", en el sentido que hemos explicado anteriormente. Y, en el caso especial que acaba de citarse, tanto la presencia de los que manifestaron su acuerdo en el momento de la ejecución del delito, como su actitud de hacer suya la empresa delictuosa (**coautores intelectuales**).
- 633 Admitir lo contrario, significaría dar por inexistentes las referencias de la ley a la cooperación necesaria y a la mera complicidad. En estas formas de participación existe, casi siempre, un entendimiento entre el autor principal y sus colaboradores. La aceptación del acuerdo previo como factor decisivo para determinar quiénes son autores tuvo mucha aceptación en España, donde ha sido frecuentemente aplicado en la jurisprudencia. En la doctrina, pocos son los que le combaten; entre ellos, Quintano Ripollés, le califica de peligroso y afirma de que su aplicación elimina casi totalmente la complicidad.
- 634 En Alemania Federal, donde predomina entre los autores la **teoría**

del dominio del hecho, se considera que existe este dominio en la coautoría, cuando cada agente, en base a la decisión de actuar en común, realiza un elemento de la actividad delictuosa. La ejecución de la infracción se presenta como la realización, mediante división del trabajo, de una resolución tomada en común. En el asalto de un banco, en el que el chofer espera con el motor encendido, otro desconecta el sistema de alarma, un tercero cuida la salida, un cuarto amenaza con arma de fuego al cajero y un quinto se apodera del botín, todos deben ser considerados como coautores, ya que todos actúan cumpliendo los papeles que previamente se habían asignado y como titulares de una parte del dominio del hecho.

- 635 Como ya hemos afirmado, el criterio puramente subjetivo no es aplicable de acuerdo con la ley. Este elemento subjetivo de la coautoría, entendimiento común, no puede primar sobre el elemento objetivo, que según el art. 36, inc. 1, consiste en "...tomar parte directa en la ejecución" (realizar un acto ejecutivo).

e. Tentativa e instigación en la coautoría

- 636 Si el proceso ejecutivo del delito es, por cualquier circunstancia, interrumpido, los coautores serán reprimidos a título de tentativa. El fundamento de reprimir a todos es la existencia del entendimiento común. Para individualizar la represión, se tendrá en cuenta todos los elementos de hecho presentes.
- 637 El simple acuerdo tendiente a la realización de un delito, sin que llegue a ponerse en práctica, no puede dar lugar a represión; salvo que se trate de una conspiración, que sólo es reprimida "en los casos en que la ley lo determina expresamente" (art. 17, inc. 3). Es el caso, por ejemplo, del delito de conspiración para cometer un delito de rebelión (art. 386).
- 638 Para terminar, no está demás señalar que los coautores pueden actuar instigados por un tercero o ser alguno de ellos un autor mediato.

G. Instigación

a. Noción

- 639 De acuerdo con el art. 36, inc. 2, son autores "quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo". Se trata en buena cuenta de los instigadores. Reciben esta calificación quienes persuaden a terceros para que tomen la decisión de cometer un delito. El instigado es, pues, determinado por el instigador para que ejecute una infracción; le hace tomar la resolución de cometerla.
- 640 El instigador no realiza la infracción ni "toma parte" en su ejecución. Se limita a ejercer una influencia sobre otro, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. No se trata, pues, de un caso de "autoría". Por el contrario, autor es el "instigado" y su presencia es indispensable para que se hable de "instigación". Esta es, en consecuencia, "una forma accesoria de participación".
- 641 Denominar al instigador "autor intelectual" o "moral no es correcto y provoca, más bien, confusión. La razón que parece conducir a algunos a calificar de "autores" a los "instigadores", es que el Código guatemalteco dice que "son autores".
- 642 La instigación es, junto con la complicidad, una forma de participación (*stricto sensu*); es decir, dependiente de la existencia de un autor.

b. Medios utilizados por el instigador

- 643 Los medios por los cuales el instigador logra determinar al instigado pueden ser diversos. En el art. 36, inc. 2, se emplean los términos "fuercen" e "induzcan", que implican, de un lado, el recurso de la fuerza (física o síquica) y, de otro lado, la utilización de la persuasión, la promesa, el engaño, etc. Esta técnica es criticable por las confusiones que puede originar; y en particular, hace suponer que una vez comprobada la utilización de uno de estos medios con el fin de hacer cometer una infracción, es de admitir necesariamente la existencia de la instigación. La realidad es distinta y una rigurosa interpretación excluirá la instigación y admitirá la autoría mediata en muchos de esos casos.

- 644 Es por estas razones que el legislador germano no ha conservado en el nuevo Código Penal tal enumeración y estatuye que es instigador "quien ha determinado intencionalmente a otro a cometer dolosamente un hecho antijurídico" (§ 26).
- 645 Con frecuencia, el instigador recurre, por ejemplo, a los ruegos, al ofrecimiento de recompensas, a la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivarse de la comisión de la infracción, a exigencias, al aprovechamiento de los sentimientos que lo vinculen al instigado. Mediante estos medios, debe inducir al tercero a ejecutar un delito.
- 646 También puede recurrir a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad. De esta manera, debe forzar a un tercero a ejecutar un delito. Pero, en estos casos, debe observarse que no sean estos medios de tal intensidad que transformen al tercero en el intermediario material de la autoría mediata. Si la violencia constituye el empleo de la fuerza física irresistible, se estará ante un caso de autoría directa (propiamente dicha). En caso de que constituya coacción (causa de inculpabilidad), debe admitirse la autoría mediata; lo mismo, cuando el agente se aproveche de un error esencial de hecho (de tipo) en que se halle el tercero.

c. Intención del instigador

- 647 Como lo estatuye expresamente nuestra ley, el instigador debe actuar dolosamente; es decir, que debe determinar al instigado con conciencia y voluntad. No puede admitirse pues una instigación culposa. El dolo del instigador ha de comprender tanto la actividad de crear en el instigado la voluntad de cometer la infracción, como la realización de ésta. Los alemanes hablan por esto del "doble dolo" del instigador.

d. Instigación de una o más personas

- 648 La actividad persuasiva del instigador puede dirigirse a una o más personas determinadas. Los casos más claros de instigación son aquellos en los que el instigado es un solo individuo; sin embargo no es raro que el instigador persuade, fuerce a varias personas para que

cometan un delito. Pero, en este último caso, debe tratarse de un círculo reducido, a fin de que sea posible y eficaz la acción del instigador; ello no significa, sin embargo, que deba conocerlos o tener estrechas relaciones con ellas. Si el agente desarrollase su actividad públicamente y ante un número indeterminado de personas, podrá ser reprimido como autor de un atentado contra el "orden público" (art. 394, "quien públicamente instigare a cometer un delito determinado") o contra "el orden público interno del Estado" (art. 389, "quienes, públicamente o por cualquier medio de difusión, incitaren formal y directamente a una rebelión o sedición"). En esta última disposición, se habla más apropiadamente de incitación. De esta manera, se distingue mejor los delitos singulares dados en ejemplo del acto de la instigación propiamente dicha.

e. Casos especiales

- 649 El instigador no debe, necesariamente, poseer las características que debe tener el instigado para la comisión de algunas infracciones; por ejemplo, ser funcionario, médico. Es decir que es posible la instigación a un delito especial por un "*extraneus*". También es factible la instigación a la comisión de un "delito de propia mano".
- 650 De acuerdo con el criterio de la autoría limitada, es de aceptar que, en ciertos casos, inimputables y menores sean capaces de ser instigados. Vale decir, cuando pueden comprender lo que se les pide que hagan. A este punto, justamente nos hemos referido, cuando tratamos de la autoría mediata.
- 651 En la instigación, lo determinante es que el instigador hace nacer en el instigado la voluntad de actuar delictuosamente. Esta resolución criminal no implica que el instigado no pueda ser declarado no culpable. Se trata de la intención, del "dolo natural" del que hablan los defensores de la teoría psicológica o normativa tradicional sobre la culpabilidad. Una persona que se haya decidida a cometer el delito no puede ser instigada. Es decir, no se le puede inducir puesto que ya está decidida a ejecutar el delito; tampoco se le puede forzar porque quiere cometerlo. Pero no es necesario que ella sea indiferente u

opuesta a su comisión. Puede muy bien tratarse de alguien dispuesto, en general, a actuar criminalmente (sicario profesional).

f. Límites de la responsabilidad del instigador

- 652 El instigador debe orientar su actividad a lograr que el instigado se decida a cometer una infracción determinada: un homicidio, un robo, un secuestro, etc. No es posible la instigación general a la producción de un "delito cualquiera" o a "comportarse delictuosamente".
- 653 De esta manera, la culpabilidad del instigador se halla limitada al hecho de que concretamente quiso que cometa el instigado. Si éste mata en lugar de sólo lesionar o comete robo en lugar de simple hurto, como lo había previsto el instigador, este último sólo será reprimido por lo que quiso que se cometa. Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente causado por el instigado, no hace variar la responsabilidad del primero. Entre esas variaciones debe considerarse el error *in obiecto*, la *aberratio ictus* o el error *in personam* (en caso de homicidio, por ejemplo).
- 654 En caso de delitos preterintencionales (lesiones seguidas de muerte, por ejemplo), el instigador será responsable por el resultado más grave, si de acuerdo a las circunstancias, se le puede imputar el resultado muerte a título de culpa.

g. Tentativa y consumación en la instigación

- 655 Mediante la sanción de la instigación no se pretende reprimir simplemente la persuasión o el forzamiento de una persona para que se decida a cometer un delito; es necesario que esta voluntad se manifieste y concrete. Por esto, sólo es punible el instigador cuando el instigado haya consumado la infracción o, por lo menos, haya intentado hacerlo; en este último caso, será reprimido como autor de tentativa de tal delito. De no reprimirse la tentativa, el instigador permanecerá impune.
- 656 La fórmula utilizada para identificar a los instigadores ("quienes fueren o induzcan directamente a otro a ejecutarlo"), no expresa suficientemente la necesidad de que el instigado haya materializado,

total o parcialmente, la decisión que se le ha inculcado. Parecería que fuera suficiente el acto de decidir a otro a cometer un delito. Lo contrario, debe deducirse, primero, del hecho de que se halla regulada junto a la coautoría ("tomar parte directa en la ejecución") y a la cooperación necesaria ("con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer"), ambas referidas a la comisión del delito; y, segundo, por la pena con que se reprime (igual que en el caso de autoría). La instigación se consuma con la realización de la tentativa.

h. Agente provocador

- 657 En doctrina, se discute el caso de quién determina a otro a cometer el delito; pero que sin querer lo consuma y sólo con el propósito de que se le detenga como delincuente. Es el llamado agente provocador, y, generalmente, se admite su impunidad en razón a que no quiere que se realice el delito. Actualmente, se tiende a considerar insuficiente dicho criterio, ya que el agente provocador crea un peligro para el bien jurídico protegido.

H. Complicidad

a. Noción

- 658 La complicidad puede ser definida, de manera amplia, como el apoyo intencional a un tercero para que realice un comportamiento previsto en un tipo legal. A diferencia del autor que ejecuta totalmente el tipo legal, de los coautores que toman parte en la ejecución y del instigador que determina al autor, el cómplice contribuye a la realización del delito mediante actos que no caen dentro del tipo legal, y que tomados independientemente podrían ser, generalmente, calificados de actos preparatorios. La realización de un acto ejecutivo perteneciente al tipo legal excluye la complicidad.
- 659 En el Código, se utilizan diferentes fórmulas para describir dos formas de complicidad. En el inciso tercero del art. 36, se habla de "quienes cooperen" para definir los cómplices primarios. Mientras que en el art. 37, se procede a enumerar diversos casos de colaboración

para determinar la complicidad secundaria. Así, se hace referencia al hecho de animar o alentar a otro, prometer ayuda o cooperación, proporcionar informes o suministrar medios adecuados y, por último, servir de enlace entre los partícipes.

- 660 Todos estos términos tienen en común el hecho de que aluden a actos tendientes a ayudar materialmente o reforzar síquicamente la acción delictuosa del autor o coautores del delito. No deben ser considerados cómplices quienes ayudan al homicida, por ejemplo, amarrando los brazos de la víctima. Ellos realizan así un acto ejecutivo y deben ser considerados, por tanto, por haber realizado un acto ejecutivo. La complicidad supone la realización de actos de simple auxilio o cooperación que no entran en la esfera de ejecución del delito.
- 661 Quienes coadyuvan "con un acto sin el cual no se hubiere podido" cometer el delito, también son cómplices y no autores. Tampoco la contribución de estos "cómplices primarios" es comprendida por el tipo legal correspondiente al hecho que el autor quiere cometer. La realización de un acto ejecutivo, repitámoslo, impide la configuración de la complicidad.

b. Complicidad técnica e intelectual

- 662 La contribución del cómplice es siempre causa del resultado. Y ella puede consistir ya en un acto material o intelectual. En el primer caso, se habla de complicidad técnica o física y, en el segundo, de complicidad intelectual o psíquica. El facilitar el arma al homicida, el actuar de vigía, el preparar la máquina para falsificar moneda, son casos de complicidad técnica. Por el contrario, el explicar el funcionamiento del arma o máquina o el proporcionar datos sobre la víctima, son casos de complicidad intelectual. Esta última presupone el conocimiento de parte del autor principal de la actividad del cómplice. La complicidad técnica puede, en cambio, intervenir sin que el autor principal sea consciente de la ayuda que se le brinda. Esta posible falta de entendimiento entre autor y cómplice, constituye una diferencia con la coautoría. En ésta, según el criterio que hemos

adoptado, es siempre necesario que exista un entendimiento común entre todos los que "toman parte en la ejecución".

- 663 El que conociendo la intención del violador y sin que éste lo sepa, pone a la mujer en una situación de incapacidad de resistir, debe ser considerado como cómplice primario en caso de que el autor consume su acción.

c. Momento de la intervención del cómplice

- 664 El acto de complicidad puede tener lugar desde los actos preparatorios del delito hasta su consumación. El legislador lo dice al definir la complicidad primaria o necesaria: "ya sea en su preparación o en su ejecución". Esto implica que la ayuda o contribución brindada al agente debe producirse antes de la consumación del delito. Puede aun acontecer que el autor en el momento de recibir la ayuda, no esté todavía decidido realmente a pasar a los actos.
- 665 No debe olvidarse que la posibilidad de que se dé la complicidad durante la ejecución de la infracción, implica la no comisión de actos ejecutivos de parte del cómplice. Sus actos pueden ser calificados, de ser observados independientemente, como actos preparatorios. Este hecho y el que la complicidad pueda también producirse durante la fase preparatoria de la infracción no debe llevar al error de creer que la diferencia entre coautoría y complicidad reside sólo en el momento en que se dan: complicidad durante los actos preparatorios y coautoría en la etapa ejecutiva. Durante esta última, también es posible (no está demás repetirlo), una participación en grado de complicidad.
- 666 En la complicidad tampoco es de aceptar, como en la instigación, la represión de la tentativa de complicidad. La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) y de delitos de propia mano es posible. En el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice.
- 667 Si bien de la definición misma de complicidad, se desprende que no puede ayudarse a la comisión de un hecho que ya ha sido ejecutado,

la situación es distinta en caso de existir promesa hecha al autor para ayudarlo, por ejemplo, a aprovecharse de los efectos del delito, hacer desaparecer las huellas o escapar de la justicia. El cómplice no es reprimido por el acto que ha cometido después de ejecutada la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo. Aquí estaríamos frente a un caso de complicidad intelectual que bien podría estar en concurso con el delito de encubrimiento real o personal. De esta manera se prevé, en el inciso segundo del art. 36, que son cómplices "quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito".

d. Intención del cómplice

668 Las diferentes acciones en que consiste la complicidad, por la manera como son mencionadas en la ley, suponen el dolo de parte del cómplice. Es decir que tampoco cabe una complicidad por culpa. En caso de que dos o más personas ocasionen la muerte o lesionen a un tercero, mediante un comportamiento negligente, serán consideradas como autores de homicidio o de lesiones culposas (autoría causal o accesoria). Quien colabora con otro en el transporte imprudente de explosivos que al estallar causan la muerte de alguien, no puede ser calificado de cómplice, ya que el otro no actúa con la intención de cometer una infracción, y porque mediante su ayuda a transportar los explosivos ya incurre en imprevisión culpable, por no haber "hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal".

669 El cómplice debe actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su intervención y del comportamiento delictuoso que ha de realizar o realiza el autor. De allí que en dogmática se hable también del doble dolo del cómplice.

e. Límites de la responsabilidad del cómplice

670 Para la fijación de la pena sólo se tendrá en cuenta, respecto del cómplice, los hechos que él haya facilitado o favorecido dolosamente. Esta regla constituye, en primer lugar, una ratificación del principio "no hay pena sin culpabilidad". Es decir, que se ha de imponer una

sanción, en las infracciones dolosas, teniendo en consideración lo que el agente quiso realmente cometer.

- 671 Al cómplice se le hará responsable únicamente por el hecho en el que quiso cooperar y que tuvo lugar. Esto quiere decir, que si entregó un arma de fuego con la finalidad o en la creencia de que el autor lesionaría a otro, no se le podrá responsabilizar por la muerte que se produzca. Esta podría ser imputada al autor, según el caso, a título de culpa (homicidio preterintencional).
- 672 Sin embargo, el alcance de esta regla no sólo se limita a regular la responsabilidad del cómplice respecto a las consecuencias del acto cometido por el autor, sino que parece tender a determinar la responsabilidad del cómplice por lo que él quiso favorecer, sin tener en cuenta el acto que realmente se comete. Esta amplia interpretación no puede ser admitida, ya que implicaría aceptar la situación absurda de que el cómplice debería ser reprimido por robo, aun cuando el autor cambie de criterio y sólo comete hurto.
- 673 Si el cómplice incurre en error o es inducido a éste por el autor, no podrá ser sancionado en realidad por el hecho que el autor realmente comete. Por ejemplo, quien entrega la llave de la casa de la víctima, creyendo que el agente quiere robar, pero, éste, en realidad, tiene la intención de matar y así lo hace, no podrá ser sancionado como cómplice de homicidio por más que objetivamente, su acción pueda ser considerada como una contribución a la ejecución de este delito.
- 674 La pregunta que todavía se mantiene vigente es si esta regla se aplica sólo a la complicidad secundaria o también a la complicidad primaria. Si tenemos en cuenta que ambos casos constituyen complicidad y se diferencian por la importancia que adquiere la contribución en el caso particular, creemos preferible comprender en sus alcances tanto a los cómplices secundarios como a los primarios. Más aún, cabría preguntarse si no debe también aplicarse a la instigación que es, junto a la complicidad, un caso de participación *stricto sensu*. De modo que sólo a los autores (comprendidos los autores mediatos) y coautores podría hacerseles responsables por las consecuencias no

queridas, pero previsibles, de los actos que ejecutan.

f. Represión de la complicidad, cómplice primario y secundario

- 675 Al equiparar los cómplices primarios a los autores para los efectos de la pena, el legislador ha trasladado la importancia práctica de la distinción entre coautores y cómplices a la distinción entre "cómplices primarios y secundarios".
- 676 Las fórmulas del Código Penal son imprecisas y esto está estrechamente relacionado con el criterio adoptado de diferenciar entre las dos formas de complicidad. Lo menos que podemos decir es que el optimismo de Pacheco no puede ser seguido. El jurista español decía: "Quién puede dudar, señores, que indicada esta división, el entendimiento se ve obligado necesariamente a aceptarlo. Es tan obvia y tan interesante a la vez, clasificar de un modo tan justo los actos de concurrencia...".
- 677 De acuerdo con las reglas del Código, el criterio de distinción es fundamentalmente objetivo. Depende de la importancia del aporte del cómplice en favor de la realización del hecho. Y la determinación de la importancia de tal contribución se realizará mediante un juicio valorativo no sólo en relación con la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular.
- 678 Dos extremos deben evitarse. Primero, el recurrir a un criterio hipotético consistente en la supresión *in mente* del aporte del cómplice y preguntarse qué hubiera sucedido en tal caso. Segundo, el reducir el problema a un asunto de pura causalidad, haciendo depender la distinción de que se determine la naturaleza de "condición" del acto de complicidad.
- 679 Tampoco puede adoptarse un criterio cronológico en relación al momento consumativo del delito (mediatas e inmediatas), ni a la manera "directa" o "indirecta" con que se lleva a cabo la complicidad.
- 680 Mediante el juicio valorativo que debe efectuar, el juez ha de concluir

afirmando el carácter indispensable o no de contribución del cómplice, para lo cual tendrá en consideración las posibilidades que tenía el autor. Esto no significa que él tenga que comprobar si no existía un tercero, también dispuesto a prestar la ayuda en que consistió la intervención del cómplice y/o si el mismo autor podía proveerse de los medios proporcionados por aquel. Imponer tal tarea al juez sería exigirle lo imposible.

- 681 Teóricamente, no se puede llegar a establecer una regla que sirva de clave para fijar en todos los casos quién debe ser calificado de "cómplice primario" o "cómplice secundario". Todo esfuerzo tendiente a ese fin se nos revela inútil y los resultados obtenidos son muy poco satisfactorios. Citemos por ejemplo, primero, el criterio de la "naturaleza intercambiable de las conductas". Su defensor, Rodríguez Devesa, dice que "circunscritos a los participantes efectivos en la comisión del delito, no resta más posibilidad que preguntarse si sus conductas son intercambiables o no". En el caso del que vigila mientras se comete el delito, concluye este autor, si los que actúan son dos, la complicidad será necesaria; si son varios, innecesaria. De acuerdo con derecho español y guatemalteco, esto implicaría castigar siempre "como autor" al partícipe único de la acción delictuosa de un agente; sin considerar la importancia de su contribución.
- 682 Un segundo ejemplo, es el de la denominada teoría de los bienes escasos, sostenida por Gimbernat. Según él, es de "acudir al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente". Y en éste, siempre según el mismo jurista, "se habla de aportaciones necesarias para un resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de los medios". El "mejor camino a seguir" para determinar la "escasez de los medios" (instrumentos o actos en que consiste la complicidad), sería "pronunciar un juicio general y provisional". Tal juicio se convertiría en definitivo "cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares" (circunstancias de tiempo y lugar).
- 683 Gimbernat da diversos ejemplos para mejor explicar su posición. Tomemos uno solamente: la entrega de 200,000 pesetas al autor del

delito. Al respecto, afirma la escasez de este medio para el caso normal ("persona de fortuna media que delinque en España"). Luego, señala que "las 200,000 pesetas ... dejan de ser una contribución de un bien escaso ... si se comprueba que tenía (el autor) una fortuna personal de muchos millones de pesetas". A esto se podría objetar que entre gente adinerada nunca podría darse una complicidad necesaria consistente en la entrega de dinero. También se puede criticar que la imprecisión es trasladada a otro nivel, como es el de saber cuánto de dinero debe tener el autor, "en su cuenta corriente", para estimar que las 200,000 pesetas son para él un bien escaso. Gimbernat indica que si el autor tiene 200,000 pesetas, todavía las 200,000 pesetas que se le entregan es un bien escaso para él, por cuanto no puede decir "a mi 200,000 pesetas me sobran, no me hacen falta". Para que no sea escaso, debería poseer "mucho más que una cuenta corriente de 200,000 pesetas. Pero, ¿cuánto más?.

684 Además, el autor citado sostiene que la conciencia del cómplice que entrega la cosa a un ejecutor que tiene "dificultades" para adquirirla o cuya obtención no le representaba un "serio problema", es lo único que decide sobre la mayor o menor responsabilidad de la conducta del partícipe y lo "único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad". La admisión de este criterio significa un retorno a la concepción subjetiva y al problema de cómo comprobar lo que realmente sabía el partícipe, sin hacer depender la solución de lo que él no diga o sin recurrir a un criterio formal. A esto último, parece conducir la tesis de Gimbernat, cuando sostiene que "por lo general, el juicio definitivo sobre la escasez del bien no hará sino confirmar el juicio provisional en el que sólo se tuvieron en cuenta los factores generales".

685 Todos estos intentos para encontrar una "fórmula clave", no tiene otro fin que limitar, mediante el señalamiento de pautas más o menos fijas, la libertad de criterio concedida al juez por el legislador. Este ha sido consciente de la imposibilidad de dictar reglas exhaustivas sobre el particular. Cuando se intenta establecerlas, se cae en un causalismo que nunca puede estar a la altura de la riqueza de variaciones de la

realidad, de modo que no quede sino estatuir reglas generales. Esta técnica ha sido igualmente preferida por el legislador al redactar las disposiciones de la parte especial; recuérdese tan sólo el caso de los elementos normativos del tipo legal.

- 686 Resumiendo, la distinción entre "complicidad primaria" y "complicidad secundaria" depende de la importancia del aporte del partícipe. Importancia que no se deduce de la naturaleza misma de tal contribución, sino que deberá apreciarla el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular. Una correcta apreciación de tal importancia, implicaría llegar al convencimiento de que el aporte ha sido imprescindible para el autor. Lo que, por último, no está determinado por lo que piensa el partícipe sobre el carácter indispensable o no de su acto.

g. Fijación de la pena para los cómplices

- 687 Los cómplices primarios son reprimidos, de acuerdo con el art. 36, inc. 3, como si fueran autores. En el art. 62, se dispone que "salvo determinación especial, toda pena señalada en la ley para un delito, se entenderá que debe imponerse al autor del delito consumado". Para fijar la pena al caso concreto, el juez deberá hacerlo "dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley" (art. 65). La importancia de la contribución del cómplice justifica este tratamiento.
- 688 En cuanto al cómplice secundario (en el sentido del art. 37), se le deberá rebajar el margen de la pena señalada en la ley para los autores del delito consumado en una tercera parte (art. 63). Si la comisión del delito quedó a nivel de tentativa, se impondrá al cómplice la pena establecida en la ley para los autores del delito consumado, rebajada en dos terceras partes. De esta manera, como en el caso de la complicidad primaria, el punto de referencia para la atenuación de la pena no es la pena que se impone al autor (de delito consumado o de tentativa) sino la establecida en la ley. Así, se puede tomar en consideración mejor las circunstancias personales que deben tenerse en cuenta al momento de individualizar la pena (art. 65).

h. Accesoriedad de la participación (stricto sensu)

- 689 Esta accesoriedad presupone la existencia de un hecho principal, sin cuya presencia no puede haber participación; ya que participar es tomar parte "en algo". De allí que sea correcto afirmar que la "participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia".
- 690 El carácter antijurídico de los actos de participación no procede de su misma naturaleza, sino que se deriva del contenido ilícito del hecho principal. El partícipe (instigador y cómplice) no atenta directamente contra la integridad del bien jurídico protegido, sino que lo hace a través del comportamiento del autor. Por esto, no será reprimido sino cuando el acto principal haya sido ejecutado o, al menos, el autor haya comenzado su ejecución (tentativa).
- 691 El acto principal, al que se haya vinculado la actividad de participación, debe ser un comportamiento sancionado como delito en la ley. Si el legislador considera necesario reprimir la participación en una acción atípica, deberá hacer de ella un delito independiente. El suicidio no es un comportamiento típico y, por tanto, no podría darse la participación. Por esto, el legislador ha previsto, expresamente, la represión de la inducción o ayuda al suicidio (art. 128). La represión depende del resultado que se produzca; en caso de muerte del suicida la pena es más grave que si éste sólo resulta con lesiones (graves o leves).
- 692 Esta dependencia de la participación secundaria del hecho principal se manifiesta en las reglas del Código. La instigación es decidir a otro a cometer un hecho punible; la complicidad es coadyuvar o prestar asistencia a otro para que cometa el hecho punible. Dependencia que no se da en el caso de la coautoría (participación principal), en la que es preferible hablar de interdependencia de las acciones equivalentes de los agentes. Sus acciones constituyen "la ejecución" del delito en la perspectiva normativa establecida por el legislador. De esta manera, éste ha considerado que quienes son calificados como autores (art. 36) no actúan en relación a un acto ajeno, sino que consideran

realizar el suyo propio.

- 693 El primer problema que se presenta en el análisis de esta relación de dependencia, estriba en saber en qué consiste el acto principal o "el delito", como dice legislador.
- 694 De la significación que se le reconozca dependerán los alcances de la accesoriedad. Así tenemos que algunos sostienen que es necesaria la dación de una acción típica, antijurídica y culpable. Ni más ni menos que el agente debe cometer un delito; de donde se deriva que para que sea el partícipe reprimido como instigador o cómplice, el agente del acto principal debe ser punible. A esta manera de comprender la relación de dependencia, se le denomina "accesoriedad rígida". En Alemania Federal, prevaleció este criterio hasta inicios de los años 40.
- 695 Cuando el legislador guatemalteco establece como base para fijar la pena del cómplice la que "la ley señala para los autores del delito consumado", se aleja del criterio de la "accesoriedad rígida". Se afilia más bien al criterio de la "accesoriedad limitada". Conforme al cual, el partícipe es punible cuando el autor principal actúa típica y antijurídicamente, aunque no actúe culpablemente. Este es el criterio predominante, hoy en día, en la doctrina.
- 696 En Alemania Federal, se sostiene, por influencia de la concepción finalista, que encontrándose el dolo en el núcleo del tipo, la acción del autor debe ser dolosa. En este caso, recuérdese, que dolo no significa culpabilidad (juicio de reproche). De allí que se dé una coincidencia con los defensores de la tesis del dolo como una especie de la culpabilidad. Estos no exigen en la participación "la culpabilidad en el autor principal, para que pueda ser penado el instigador o el cómplice, sino tan sólo que haya obrado con el elemento meramente psicológico de la intención, y no (reclaman) la existencia del *dolus*", el cual, según ellos, no es una mera noción psicológica sino normativa.
- 697 Sólo en caso de que el comportamiento del autor principal no sea antijurídico, por existir una causa de justificación, no se puede reprimir al partícipe; ya que la ilicitud del acto del partícipe deriva de

la del acto principal. Habrá tan sólo que tener en cuenta que el cómplice no haya creado las condiciones para que el agente se considere autorizado a lesionar el bien jurídico de la víctima. De suceder esto, estaríamos ante un caso de "autoría mediata".

i. Circunstancias materiales y personales

- 698 El juez deberá individualizar la pena para cada uno de los partícipes. Es decir, deberá sopesar todas las circunstancias materiales y personales en que han actuado.
- 699 De acuerdo con el principio de culpabilidad, fundamento del Código Penal, la pena debe fijarse teniendo en cuenta las circunstancias y cualidades personales de cada uno de participantes. Esto implica la incomunicabilidad de tales circunstancias entre los partícipes, en el hecho punible. La penalidad de éstos no podrá ser influenciada, favorable o desfavorablemente, por la presencia en otro de los partícipes de una circunstancia o calidad personal.
- 700 Son, por ejemplo de "circunstancias o calidades personales" la reincidencia (art. 27, inc. 23), la habitualidad (art. 27, inc. 24), la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta: exceso de legítima defensa (art. 26, incs. 1 y 2, 13), la minoría de edad (art. 23), los motivos íntimamente ligados al estado del agente (art. 129); la relación de parentesco en los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor (art. 174), la prescripción (art. 101 y 102) debido a que los actos de interrupción pueden tener efectos sólo contra alguno o algunos de los partícipes: por ejemplo, la comisión de un nuevo delito (art. 111); el error (art. 25, inc. 3). En buena cuenta se trata de todas aquellas calidades propias a los agentes, las relaciones especiales que tienen con la víctima o con el objeto del delito y cuya presencia determina un aumento, disminución o exclusión de la culpabilidad y, por tanto, de la pena.
- 701 La consecuencia más importante de la aplicación de esta regla es que la pena a imponerse no debe ser, necesariamente, igual o menor a la que se "imponga al autor"; ya que siendo incomunicables las cualidades y circunstancias personales de los partícipes; es muy

probable que el autor sea favorecido por una circunstancia atenuante (poseer la calidad de imputable relativo); y, en cambio, la situación del cómplice sea agravada, por ser reincidente. De modo que del proceso de individualización de la pena puede resultar el cómplice más severamente sancionado que el autor. Y esto se comprende fácilmente, si se tiene en cuenta que la sanción no se fija en razón de la naturaleza objetiva del comportamiento del agente; sino, y en primer lugar, de acuerdo a su persona. Esto se halla claramente admitido en el art. 65, cuando se establece que la pena se fijará teniendo en cuenta "la mayor o menor peligrosidad del culpable".

j. Participación en los delitos omisivos

- 702 Son autores en los delitos de omisión, quienes dejan de hacer la "acción esperada", a cuya realización están obligados y, de esta manera, cumplen con un tipo legal (pudiendo tratarse de un delito omisivo propio o impropio: comisión por omisión). Quien no tiene el deber de ejecutar la acción no podrá ser considerado como autor y sancionado. Sobre este deber de actuar tratamos al estudiar la omisión.
- 703 La coautoría se presenta cuando dos o más personas que tienen una obligación común de realizar la acción esperada, no cumplen con ejecutarla. La existencia de este deber es necesaria, así mismo, en caso de participación mediante omisión. Por ejemplo, el vigilante nocturno de una gran tienda que no pone en funcionamiento el sistema de alarma a fin de facilitar que otro robe. Si bien es posible la complicidad (primaria o secundaria) mediante omisión, no puede darse la instigación, ya que ésta consiste precisamente en inducir o forzar a otro a cometer la infracción, en crear en él la voluntad criminal, lo cual es prácticamente imposible hacer sin cierta actividad.

§ 5. La antijuricidad

A. Definición

704 De conformidad con lo explicado sobre la elaboración de los tipos legales, se puede afirmar que el legislador describe actos "que forman parte del bloque injusto del cual se talla una parte delimitándola, con el fin de que quede perfectamente encerrado en fronteras lo que por ser injusto se castiga". La determinación de cuáles acciones deben ser consideradas como socialmente negativas se hace tanto por la manera en que son realizadas como por el perjuicio que causan a terceros. A diferencia de lo que sucede en la práctica, es necesario precisar, primero, qué es lo injusto (*Unrecht*), luego, determinar el sentido de los tipos legales y, finalmente, determinar sus relaciones con la tipicidad.

B. Ilícito y antijuricidad

705 Siguiendo la dogmática alemana, se distingue entre injusto (*Unrecht*) y antijuricidad (*Rechtswidrigkeit*). Este último término es utilizado para señalar una característica de la acción delictuosa: la acción es antijurídica cuando no ha sido ejecutada bajo el amparo de una causa de justificación. El vocablo *injusto* es empleado como sustantivo para referirse a la acción típica y antijurídica. La antijuricidad tiene como objeto de valoración la acción típica. Lo injusto comprende esta última y su calificación valorativa de antijurídica.

706 El término injusto no es lo suficientemente claro en la medida que significa "no justo", expresión sobre todo de connotación moral. Tal vez hubiera sido mejor emplear la palabra ilícito, que debería comprenderse en el sentido de lo no permitido. Es decir, la acción que viola la prohibición establecida por el orden jurídico o que no cumple con lo ordenado por éste.

C. Antijuricidad formal y material

- 707 Se entiende por **antijuricidad formal** la violación de la norma prohibitiva o preceptiva por el comportamiento. Dicha norma se encuentra implícita en toda regla jurídico - penal (por ejemplo, "no matar" en relación al art. 123). Por **antijuricidad material** se comprende, por el contrario, el carácter dañino del acto, materializado en la lesión o en la puesta en peligro de un bien jurídico. Este perjuicio no debe ser comprendido "en sentido natural, como causa de un daño a determinado objeto de la acción (por ejemplo, muerte de una persona o daños a una cosa), sino como contradicción al valor ideal que debe proteger la norma jurídica (lesión del bien jurídico)".
- 708 La noción de antijuricidad material es de particular importancia en política criminal. Su influencia es importante, primero, para la interpretación de los tipos legales (la acción puede ser formalmente conforme con el tipo legal, pero no adecuarse al tipo de delito por su significación social: por ejemplo, injurias en el ámbito familiar); segundo, para la individualización de la pena debido a que, al hacer posible la graduación de lo injusto, permite determinar mejor la culpabilidad del agente; y, por último, para la comprensión de la índole y de la amplitud de las causas de justificación al facilitar la apreciación del conflicto de intereses.
- 709 Si lo injusto (o ilicitud) está constituido por el acto típico y la falta de causas de justificación (tipicidad más antijuricidad), se puede hablar de lo injusto específico en materia penal. Especificidad determinada por la singularidad de los tipos legales. La antijuricidad, por el contrario, no se limita al campo penal; pues las causas de justificación se encuentran en todos los dominios del derecho. La norma permisiva de naturaleza civil, administrativa o pública excluye la antijuricidad del acto típico y los efectos de las causas de justificación propiamente penales (por ejemplo, legítima defensa) son eficaces en relación con todo el ordenamiento jurídico. El acto es lícito con respecto a todo el ordenamiento jurídico.

D. Relación entre antijuricidad y tipicidad

- 710 Como acabamos de ver, la simple adecuación de una acción a un tipo legal no permite afirmar que sea también antijurídica. Es necesario comprobar la ausencia de toda causa de justificación. La conformidad del acto con un tipo legal permite pensar, por tanto, que puede ser antijurídico porque su tipicidad supone la violación de una norma y el cuestionamiento de un bien jurídico.
- 711 Sin embargo, no sólo debe tenerse en cuenta el papel de la tipicidad como indicio del carácter antijurídico del comportamiento típico. También debe ser apreciada como fundamento de lo injusto o ilicitud, porque un acto antijurídico es penalmente relevante sólo cuando se adecua a un tipo legal. Esto último no "prueba" el carácter antijurídico del acto, ya que puede presentarse alguna causa de justificación.
- 712 En base a esta situación, el legislador no ha definido de manera positiva la antijuricidad. Se limita a señalar las circunstancias que hacen lícitos los actos típicos. La descripción contenida en el tipo legal proporciona sólo "una tosca imagen del suceso"; lo que da lugar a que numerosos actos estén "en sí" sujetos al efecto del tipo legal y que se tenga que recurrir a las causas de justificación "para aportar una prueba de derecho positivo de la juridicidad de estas acciones".

E. Carácter objetivo de la antijuricidad

- 713 Tradicionalmente, la antijuricidad ha sido considerada en relación con la valoración negativa de la situación de hecho creada por la acción delictuosa. De esta manera, se afirmó su carácter objetivo en oposición al carácter puramente subjetivo atribuido a la culpabilidad. La apreciación de la acción, considerada como hecho causal, determinaba la antijuricidad. La culpabilidad era, por el contrario, referida al autor.
- 714 Sin embargo, como ya lo hemos señalado, la misma estructura de los tipos legales muestra, frecuentemente, que lo ilícito del comportamiento también está determinado por las modalidades con

que el acto es realizado o por elementos de naturaleza subjetiva, factores de carácter personal. Estos son, igualmente, objeto del juicio de valor en que consiste la antijuricidad. De modo que para formularla no sólo es decisivo el resultado (*lato sensu*) no valioso, sino también el desvalor de la acción misma. Los juristas son, en la actualidad, contestes en afirmar que para la determinación del carácter ilícito de la acción es indispensable tener en cuenta ciertos elementos personales.

- 715 Debe rechazarse la posición extrema que busca fundamentar lo injusto sólo en el desvalor de la acción, por considerar que el aspecto decisivo es la desobediencia del agente a la prohibición establecida por el ordenamiento jurídico. El desvalor del resultado sería así sin importancia para la determinación del injusto del acto.
- 716 Respecto al dolo (voluntad dirigida al resultado), se admite en la doctrina dominante su influencia en la determinación del carácter injusto del acto; igualmente, se reconoce este papel a la negligencia, impericia o imprudencia en las infracciones culposas. Intención y culpa tendrían una doble función: en el dominio de la ilicitud y en el de la culpabilidad. En cuanto a los delitos dolosos, se puede admitir que "se prohíbe aquella voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de voluntad que tiene lugar a sabiendas de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible".
- 717 La afirmación del aspecto personal de lo injusto no implica que se niegue el carácter objetivo de la antijuricidad. Esta característica no está determinada por el hecho de que el juicio de valor tenga sólo como objeto el aspecto exterior de la acción y con exclusión de todo aspecto personal del agente. Lo determinante es que dicha valoración se hace siempre con relación a la violación de las exigencias generales que la norma jurídica impone *erga omnes*. Así mismo porque "la lesión del Derecho se constata según un baremo general, sin tener en cuenta el valor o el desvalor de la estructura de la motivación del autor".

- 718 De acuerdo con lo explicado respecto a las relaciones entre la tipicidad y la antijuricidad, es de recordar que el fundamento de la antijuricidad no puede reducirse, de un lado, a la sola producción del resultado; ni agotarse, de otro lado, en el aspecto personal de la acción no valiosa. Ambos factores son determinantes; aunque es de remarcar que mientras se reconozca, en las disposiciones legales, un papel esencial a la producción de un resultado, éste constituye el factor primario del juicio jurídico de desaprobación de la acción.

F. Causas de justificación

- 719 Las normas que prevén causas de justificación son normas permisivas que describen casos excepcionales en los que una norma no puede ser respetada. El orden jurídico permite entonces su violación. Admite, como consecuencia, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.
- 720 En doctrina, siempre se ha tratado de sistematizar las causas de justificación. No sólo con el objeto de fundamentar debidamente cada una de éstas, sino para formular principios generales que permitan estatuir nuevas causas de justificación. Se puede distinguir dos clases de sistemas: el monista y el pluralista. De acuerdo con el primero, todas las causas de justificación tienen como fundamento un único principio. Pertenece a este grupo, la llamada teoría del fin (*Zwecktheorie*), conforme a la cual la acción no es ilícita si constituye el medio adecuado (justo) para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico. También debe considerarse monistas, los sistemas fundados ya sea en el criterio de la "confrontación de intereses" o en la idea de "más provechoso que dañino". En oposición a estos criterios, los partidarios del sistema pluralista fundamentan las diferentes causas de justificación en diversos principios. De esta manera, se habló de la "falta de interés" y del "interés preponderante". Igualmente, de la "confrontación de bienes" y de la teoría del fin.

- 721 En realidad, ambos tipos de sistemas no son contradictorios y sus diferencias se dan sólo en un nivel de acentuada abstracción. Los principios son formulados de manera tan general que pierden importancia tanto en la teoría como en la práctica. Así, dichas fórmulas no dicen, por ejemplo, cómo identificar el medio adecuado o el fin justo, de qué manera precisar cuál es el comportamiento menos dañino socialmente, mediante qué procedimiento detectar cuál es el valor, el interés o la pretensión más importante o predominante en un caso concreto. Ante las reales dificultades para sistematizar las causas de justificación de acuerdo con principios generales, se debe aplicar un criterio polivalente adecuado a las características y funciones de cada una de las causas de justificación en particular. Esta solución está igualmente condicionada por los constantes cambios de la vida social que influyen en la determinación de la jerarquía de los bienes jurídicos, de lo que es socialmente positivo o dañino. De todo esto resulta imposible establecer una lista exhaustiva de principios fundadores de las causas de justificación así como de elaborar un sistema completo de estas causas.
- 722 Habiendo admitido el carácter unitario de la antijuricidad, consideramos que las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico y no tan sólo la ley penal. La ley no constituye todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto ilícito puede ser buscada fuera de ella. Al respecto, la doctrina emplea la expresión "causas de justificación supralegales". Su necesidad se desprende del hecho que la enumeración que hace la ley de las causas de justificación no es exhaustiva. Y su admisión no significa una violación o un abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo.
- 723 En el Código Penal guatemalteco, se ha regulado separadamente las causas de justificación, de inimputabilidad y de no culpabilidad. Sin embargo, los criterios utilizados no son siempre los más convenientes. En cuanto a las causas de justificación señalemos, por ahora, que no se ha distinguido entre estado de necesidad causa de justificación y estado de necesidad causa de no culpabilidad.

G. Error sobre las circunstancias materiales de las causas de justificación

- 724 Se trata de los casos en que el agente ignora o incurre en un error de apreciación de una de las circunstancias externas de una causa de justificación. El ejemplo típico es el de la denominada legítima defensa putativa: una persona, creyéndose agredida, lesiona a quien sólo, en broma, quería asustarla. Caso previsto en el art. 25, inc. 3 del Código Penal, como causa de inculpabilidad.
- 725 En doctrina, diversas propuestas se han hecho para solucionar este problema. Un sector de la doctrina, inspirado sobre todo por la concepción finalista, sostiene que debe ser tratado como un caso de error de prohibición (teoría de la culpabilidad estricta, *strenge Schuldtheorie*). En la medida que sea evitable, excluye la culpabilidad; pero el dolo (núcleo del tipo legal subjetivo) subsiste siempre.
- 726 Por su parte, los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo legal, consecuentemente, consideran que dicho error constituye un error de tipo legal ya que, según ellos, forma parte de éstos la ausencia de causas de justificación. A las mismas consecuencias prácticas, con fundamentos diferentes, llegan los partidarios de la llamada teoría de la culpabilidad restringida (*eingeschränkte Schuldtheorie*). Su punto de partida es el hecho de que el agente debe sólo tener conciencia de los elementos constitutivos del tipo legal objetivo previsto por el legislador. Por tanto, el error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación no constituye un error de tipo legal. Sin embargo, por sus similitudes y por razones de política criminal, proponen que debe ser tratado como si fuera un error de tipo legal. El agente que actúa considerando circunstancias que de existir harían de su comportamiento un comportamiento lícito, lo hace creyéndose en plena conformidad con el ordenamiento jurídico. Como consecuencia, actúa sin dolo y, de acuerdo con las circunstancias y si la ley lo prevé, sólo podría ser responsabilizado a título de culpa.

- 727 La teoría de la culpabilidad estricta, al no admitir la exclusión del dolo, hace difusa la distinción entre dolo y culpa. Existe dolo cuando se comete una acción prohibida aun sin tener conciencia de su carácter prohibido. Quien se equivoca sobre una de las circunstancias materiales de una causa de justificación y por una imprudencia causa perjuicio a un tercero, sólo actúa culposamente. Para excluir esta solución, no basta con afirmar, como lo hacen los partidarios de la teoría de la culpabilidad estricta, que el autor obra conociendo el tipo y, por tanto, bajo la influencia del efecto de la tipicidad como indicio de la antijuricidad. En realidad, quien se equivoca sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación actúa, en cuanto a la representación de su comportamiento, como el que obra sin voluntad de realizar un tipo legal. El reproche que se le hace se refiere, por tanto, sólo a su falta de cuidado; es decir a título de culpa.
- 728 Esta argumentación es, igualmente, desarrollada por quienes defienden la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica. Para ellos, el error en cuestión no excluye el dolo; pero debe aplicársele los criterios admitidos con relación al error de tipo legal tanto porque dicho error representa una disminución (no la supresión) del desvalor de la acción, como porque la culpabilidad se reduce sensiblemente debido a que la motivación a la base de la formación del dolo no es la ausencia de una actitud jurídica sino la apreciación descuidada de la situación concreta. Esta propuesta también presenta dificultades a nivel de la diferenciación del dolo y la culpa. Además, con respecto a la teoría de la culpabilidad restringida, las consecuencias prácticas sólo difieren en el dominio de la participación delictuosa.
- 729 Si en el Código guatemalteco se consideró este tipo de error como causa de inculpabilidad, se debió quizás a que se admitía al dolo como una forma específica de culpabilidad. En la perspectiva que se admite mayoritariamente, hoy en día, se trata de una circunstancia que hace desaparecer la tipicidad porque excluye el dolo, núcleo del tipo legal subjetivo.

H. Elementos subjetivos de las causas de justificación

- 730 De acuerdo con la superada tesis de la antijuricidad objetiva (constitutiva de la parte objetiva del delito en contrapartida de la culpabilidad), carecía de importancia que el agente supiese o no que actuaba bajo el amparo de una causa de justificación. El acto era justificado por el simple hecho de su conformidad material con el ordenamiento jurídico. Así, quien, sin saber que era agredido, causaba una lesión al agresor y, de esta manera, salvaba su bien jurídico amenazado, debía permanecer impune porque su acto era conforme a derecho.
- 731 Aceptada la tesis de que la ausencia de antijuricidad depende de la inexistencia tanto del desvalor de la acción como del desvalor del resultado, resulta indispensable admitir que el agente debe estar consciente de que actúa para proteger su bien jurídico. Es decir, el agente debe considerar que hace algo permitido y, esto sucede cuando conoce las circunstancias materiales que condicionan y limitan la causa de justificación en cuestión. Poco importa que haya actuado motivado plenamente por el fin específico, en caso de la legítima defensa por ejemplo, de defenderse. Consciente de la agresión ilegítima, puede reaccionar empujado, sobre todo, por la cólera provocada por la agresión injusta. En caso de defensa de un tercero, el que reacciona contra la agresión puede hacerlo más motivado por castigar mercedamente al agresor que por defender a la víctima. Basta el "dolo" de actuar justificadamente, es decir con conocimiento de la situación excepcional en que consiste la causa de justificación.
- 732 Si el agente carece, al momento de actuar, de esta conciencia, debe considerarse que sólo incurre en tentativa; pero como las circunstancias determinan que falte el desvalor del resultado, se trata de un delito imposible (art. 15).
- 733 Las disposiciones del Código Penal pueden ser coherentemente interpretadas según los criterios expuestos. Por ejemplo, el inc. 2 del art. 24 que prevé la legítima defensa dice: "quien obra en defensa de

su persona, bienes o derechos, o en defensa ...". Esto permite suponer que el agente no debe actuar únicamente por el motivo particular de defenderse o defender a un tercero, sino que basta que esté consciente de las circunstancias que caracterizan la situación de legítima defensa: "agresión ilegítima", "necesidad racional del medio empleado" y "falta de provocación". Lo mismo puede decirse respecto del estado de necesidad - causa de justificación. El inc. 2 de la misma disposición establece: "quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros ...". Esto implica que el agente actúa con el propósito de proteger su bien jurídico o el de un tercero, pero no sólo necesariamente por esta razón.

I. Legítima defensa

a. Legítima defensa y sus fundamentos

- 734 A pesar del relativo consenso que existe respecto a sus aspectos esenciales, las discrepancias subsisten en relación con su fundamento así como en cuanto a su ámbito de aplicación. Esto se revela en la manera como ha sido regulada en los códigos penales. El legislador guatemalteco ha previsto la legítima defensa en el art. 24, inc. 1.
- 735 La legítima defensa sirve para proteger un bien jurídico individual mediante la realización de un comportamiento típico. No cabe la legítima defensa de bienes jurídicos colectivos o impersonales (orden público, salud pública, tranquilidad pública, integridad del Estado ...).
- 736 Dicha protección no puede ser garantizada plenamente por el Estado, aun cuando se trate de un Estado policiaco. De ahí el interés de reforzar el orden jurídico reconociendo, excepcionalmente, a cada persona el derecho de protegerse y de proteger a terceros. De esta manera, se refuerza la función preventiva del derecho penal para lograr la afirmación del Derecho.
- 737 De la importancia que se dé a una de estos factores respecto al otro depende cómo se fijen las condiciones que deben satisfacerse para

considerar que se trata de una defensa legítima y, como consecuencia, justificante del comportamiento típico realizado.

b. Agresión

- 738 Según el Código, la legítima defensa supone una agresión: comportamiento que lesiona o pone en peligro un bien (*lato sensu*) legalmente protegido. La agresión debe ser la obra de una persona física que actúa mediante comisión u omisión. No puede serlo de una persona jurídica o del Estado. Sólo puede hablarse de legítima defensa con relación a las personas que constituyen sus órganos (por ejemplo, gerente, funcionario, policía, militar ...) y que son autores de la agresión ilícita.
- 739 Siendo la agresión una acción, no puede darse la legítima defensa respecto al peligro que proviene de un animal (salvo que sea utilizado como instrumento por el agresor), ni de un evento no constitutivo de una acción (hecho producido en estado de inconsciencia debido al consumo de alcohol u otra droga). En estos casos, se trata más bien del estado de necesidad.
- 740 Como ya lo hemos señalado, la agresión puede estar constituida por un comportamiento omisivo. Si esto no se discute respecto a las acciones de omisión impropia, se pone en duda respecto a la omisión propia. En el caso de quien (art. 156) encuentra un herido en estado de grave e inminente peligro y no le presta asistencia, se plantea la cuestión de saber si se le puede obligar a hacerlo mediante violencia o privársele de su vehículo para auxiliar a la víctima. La respuesta debe ser afirmativa pues la omisión propia representa la violación de un deber sancionada jurídicamente.
- 741 El autor de la agresión puede ser un irresponsable o una persona no culpable. Las características personales del agresor deben ser consideradas al juzgarse la proporcionalidad de la defensa. El agredido, consciente de estas circunstancias, debe reaccionar mesuradamente.

c. Agresión ilícita

- 742 La agresión debe ser ilícita, es decir, contraria al derecho: tanto por el desvalor de la manera de actuar del agresor como por constituir un ataque contra un bien jurídico individual. No es suficiente, como consecuencia, constatar que el comportamiento en cuestión amenace la integridad de un bien jurídico; sino que debe comprobarse su carácter ilícito. Si éste ha sido cometido al amparo de una causa de justificación, no hay legítima defensa.
- 743 La acción agresiva puede o no ser culpable. Según la ley, basta que sea ilícita. Esto se explica porque mediante la legítima defensa se busca reafirmar el orden jurídico ante el acto ilícito y no sólo cuando se trate de un comportamiento culpable, sea de comisión o de omisión, doloso o culposo. Un acto ilícito no típico y respecto del cual el orden jurídico ofrece vías legales (demanda civil) es insuficiente. Así, contra el deudor incumplido, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia alegando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino moroso.

d. Agresión inminente, actual o presente

- 744 De acuerdo con el art. 24, inc. 1, el agente debe "obrar en defensa ...". Esta expresión supone, evidentemente, una situación que puede consistir tanto en la inminente realización del ataque, su real inicio o continuación de la agresión gracias a la acción del agresor. No basta que éste se encuentre en los inicios de sus preparativos para agredir sino que debe estar por pasar al acto. La defensa supone que un bien jurídico está en peligro, en una situación de peligro concreto. Este no es el caso cuando el futuro agresor compra un arma o se informa sobre los hábitos cotidianos de la futura víctima. Así mismo, una persona amenazada por un tercero de un peligro futuro y lejano no puede reaccionar invocando la legítima defensa. Una vez comenzada la agresión, la legítima defensa es posible mientras subsista aquella. Así, quien ejerce la defensa puede anular total o parcialmente los efectos de la agresión. Si ésta ha terminado, no cabe la legítima

defensa, pues el perjuicio ha sido consumado y, materialmente, es imposible impedir o repeler una agresión ya pasada. De modo que no se puede considerar como un acto de legítima defensa el ataque dirigido contra el delincuente que se fuga después de consumir su fechoría.

- 745 Sin embargo, está permitido tomar las medidas necesarias para garantizar cierta seguridad (defensas mecánicas). Estos medios de defensa deben ser instalados de manera que funcionen sólo en el momento en que se produzca el ataque. No deben representar en sí un peligro para las personas. Algunos juristas prefieren considerar que en estos casos se da el "ejercicio de un derecho" y de que no debe admitirse la legítima defensa (por ejemplo: ejercicio del derecho de propiedad).

e. Bienes o derechos protegidos

- 746 El objeto de la agresión puede ser todo bien o derecho individual protegido legalmente tanto por el derecho penal como por otras ramas del orden jurídico. Puede tratarse, por ejemplo, de los derechos inherentes a la personalidad protegidos por el derecho civil. El hecho de observar por la cerradura de la puerta del baño a una persona desnuda constituye un atentado contra su intimidad que, aun cuando no es punible, puede dar lugar a la legítima defensa. También es posible en caso del disfrute de bienes de uso común: el peatón que se ve obstaculizado al tratar de utilizar una vereda pública tiene derecho a desalojar a quien se lo impide. El bien atacado sería, en buena cuenta, la libertad de transitar.
- 747 No son objeto de protección los derechos derivados de un crédito o de un contrato. Así como los bienes cuyo titular es la colectividad, salvo que su protección requiera la protección simultánea de un bien individual. Nadie está, por ejemplo, autorizado a despojar al propietario de un kiosco de venta de las revistas pornográficas que exhibe, por más que se reclame defensor del pudor público (art. 196). Por el contrario, se puede defender legítimamente al menor de catorce años que es incitado a la práctica de un acto obsceno (art.

195). También se puede impedir que alguien conduzca su automóvil en estado de ebriedad cuando un tercero corre el peligro de sufrir un grave perjuicio para su vida o salud. Si esta condición no se presenta, no puede justificarse la intervención (atentado contra la libertad individual o la integridad física del conductor) alegando legítima defensa del bien jurídico colectivo seguridad del tránsito (art. 157, inc. 1).

748 Los ataques contra el Estado no pueden dar lugar a legítima defensa, salvo que se trate de bienes jurídicos que le pertenecen en su condición de persona jurídica; por ejemplo, el patrimonio. En caso de rebelión o sedición (arts. 385, 387), los particulares no pueden por propia iniciativa combatir con las armas a los rebeldes o sediciosos, salvo que sus bienes jurídicos personales (vida, salud) también se encuentren en peligro. La situación es diferente cuando se interviene en defensa de un policía o soldado atacado ilícitamente. Por medio de la legítima defensa no debe atribuirse a las personas privadas responsabilidades propias de la policía o de las fuerzas armadas. Sin embargo, es de tener en cuenta que el art. 45, segunda parte, de la Constitución, estipula que "es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignadas en la Constitución". Para evitar "consecuencias insostenibles", se debe más bien, según las circunstancias, recurrir al estado de necesidad para no reprimir a quien actúa en defensa de bienes colectivos.

f. Necesidad racional de la defensa

749 La defensa está determinada por el medio que el agredido utiliza para impedir o repeler la agresión. El término "medio", utilizado por el legislador, debe ser interpretado en sentido amplio. Comprende toda forma de comportamiento al que recurre quien se defiende y no sólo al objeto, instrumento o arma que pueda utilizar para mejor defenderse. Dicho de otra manera, el vocablo "medio" debe ser comprendido en su acepción de acción conveniente para conseguir un objetivo (la protección del bien jurídico).

- 750 Según esta interpretación, el medio constituye el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa. Este comportamiento debe ser el que, entre las diversas posibilidades que tiene el agredido, cause el daño menos grave al agresor. Esto no significa que quien se defiende deba asumir el riesgo de sufrir el daño que trata de evitar. Debe más bien optar por el comportamiento que objetivamente es el adecuado para descartar dicho peligro. Quien es atacado a golpe de puños no está obligado a defenderse de la misma manera si resulta probable que sea lesionado; pero tampoco puede disparar a matar inmediatamente con su arma de fuego contra el agresor. De acuerdo a las circunstancias del caso, en principio, la utilización del arma, sin previamente amenazar o advertir al atacante mediante un tiro al aire, constituye una defensa, pero es un medio innecesario para salvar el patrimonio en peligro matando al ladrón.
- 751 La necesidad de la defensa debe ser evaluada de acuerdo con criterios objetivos. Con este fin deben de tenerse en cuenta todas las circunstancias materiales y personales en que se desarrollan los hechos: tanto las circunstancias que se refieren a la persona del agresor y a su comportamiento, como las referentes a la persona del agredido; así mismo la naturaleza del instrumento o arma empleado por el atacante y las posibilidades de que dispone la víctima para defenderse.
- 752 Esta apreciación será realizada *ex ante*; es decir colocándose en el momento y en el lugar en que se produjo el acto de defensa. En caso de una toma de rehenes, en el que el delincuente amenaza al rehén con una arma de fuego, no puede exigirse a quien interviene en su defensa que compruebe si el arma era verdadera y si la víctima se encuentra o no realmente en peligro. Objetivamente, la defensa era necesaria a pesar que la vida o la integridad corporal del rehén no corría peligro realmente. En esta perspectiva, Jiménez de Asúa sostuvo: "para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese

instante y circunstancias se ve agredido". Si por culpa, temor u ofuscación, el agredido daña un bien jurídico del agresor netamente superior, no podrá alegar la legítima defensa para justificar su acción. Habrá obrado ilícitamente y será sancionado de manera atenuada en proporción a su culpabilidad de acuerdo al art. 26, incs. 13 y 14 o, según los casos, a título de culpa.

- 753 La referencia a la racionalidad de la defensa permite excluir la aplicación de la legítima defensa en los casos extremos de desproporción entre el bien salvado y el lesionado. Si bien en principio rige la regla que el derecho no debe ceder ante lo ilícito, su aplicación no debe conducir a fomentar la perversión de la mentalidad mortífera. No se trata de una defensa de necesidad racional, por ejemplo, la acción del campesino que tira contra niños para defender sus cultivos de cualquier daño. Quien no tiene a su disposición los medios apropiados para protegerse o preservar sus bienes de poco valor, debe renunciar a rechazar el ataque. La necesidad - como dice Jiménez de Asúa - "no se refiere a la mera proporción sino a la existencia misma de la legítima defensa y, si falta, la invalida".
- 754 La desproporción extrema entre el valor de los bienes jurídicos en conflicto, de la misma manera que la desproporción entre el ataque y la defensa, implica que la reacción del agredido era superflua y también irracional por no ser justa. Esto no acontece en los casos más frecuentes en los que todo bien jurídico individual puede ser defendido aún en detrimento de bienes jurídicos más importantes del agresor. Por ejemplo, la persona víctima de una tentativa de violación puede dañar la integridad corporal o la vida del violador para salvaguardar su libertad sexual. Así mismo, quien es víctima de un robo puede lesionar al ladrón para evitar la sustracción del bien que le pertenece.
- 755 Como ya lo hemos afirmado, la necesidad racional de la defensa supone igualmente una proporcionalidad entre los bienes en conflicto y una cierta equivalencia entre los medios que se emplean para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor. Sin embargo, la correspondencia no debe ser absoluta o determinada en forma

matemática. Será examinada en la concreta situación en que se realiza la defensa, evitando todo formalismo. Se tomarán en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de los medios que pueden ser utilizados (necesidad concreta de los medios por oposición a la necesidad abstracta referida a la defensa).

- 756 Quien está en legítima defensa no está obligado a inhibirse de impedir o repeler la agresión ilícita; por ejemplo, mediante la fuga o pidiendo socorro a la policía. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a actuar en legítima defensa no significa dar ocasión para que el agredido ponga en evidencia su fuerza y dé ejemplo de valentía. Si éste tiene la posibilidad de neutralizar a su agresor mediante la ayuda de la policía o de terceros que se encuentran en el lugar de los hechos, debe hacerlo. En caso contrario, su reacción resulta innecesaria, salvo que éstos se muestren renuentes a intervenir.

g. Falta de provocación suficiente

- 757 El párrafo c del inciso 1 del art. 24, prevé una tercera condición, la "falta de provocación suficiente por parte del defensor". No se trata de una característica de la agresión ilegítima; esta interpretación concluiría afirmando que esta tercera condición legal es superflua.
- 758 Falta de provocación significa que quien incita indebidamente a una persona para que lo agrede, no puede reaccionar en legítima defensa. La provocación puede consistir en cualquier proceder apropiado para excitar, aguijonear, empujar a una persona para que reaccione atacando uno de los bienes o derechos del provocador. Generalmente, éste recurre a las injurias, vías de hecho, daños a la propiedad; pero también a la mofa, burla. Mas no se trata de cualquier provocación; según el texto legal debe ser suficiente. Es decir, apta o idónea para que la persona involucrada pierda la tranquilidad, reaccione agresivamente.
- 759 Los casos considerados no son aquellos en que el comportamiento del provocador da lugar a que el provocado actúe en legítima defensa. Por ejemplo, si la provocación consiste en golpear repetidamente a la

víctima, la reacción de ésta representa el ejercicio del derecho a defenderse legítimamente. Como consecuencia, contra esta reacción justificada, por no ser una agresión ilícita, no procede la legítima defensa.

- 760 Se han tomado en consideración, más bien, los casos en que por su naturaleza resulta prácticamente imposible una reacción lícita debido a que la agresión, acto de provocación, es de consumación instantánea. Por ejemplo, una bofetada (vía de hecho), la destrucción de un libro (daño a la propiedad) o un insulto (injuria). La reacción constituye una agresión ilícita porque es imposible impedir o repeler una agresión ya consumada. Si la reacción consiste, por ejemplo, en un ataque a la integridad corporal del provocador, podría considerarse que éste tendría derecho a defenderse. Esto no es así porque ha habido provocación suficiente, cuya ausencia es necesaria para que se dé la legítima defensa.
- 761 Un ejemplo claro es el de quien provoca la reacción agresiva de una persona para encubrir la agresión ilícita que se ha propuesto cometer contra el provocado. El seudo atacado será reprimido como autor de un delito doloso. Sin embargo, la provocación puede también producirse mediante un comportamiento culposo. En este caso, la imprevisión culpable debe ser significativamente grave para considerar a la provocación como suficiente.
- 762 La apreciación del carácter suficiente de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor. No puede depender, por ejemplo, de la extremada susceptibilidad o irritabilidad de la persona en cuestión.

h. Legítima defensa presunta

- 763 Según el art. 24, "se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado 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". Mediante esta ficción, se trata de proteger más

eficazmente el dominio privado en el que las personas involucradas desarrollan sus actividades.

- 764 Los defectos de esta regulación son numerosos. Si sólo apreciamos el aspecto formal, podemos señalar, por ejemplo, que la expresión "morada ajena", por la manera como está redactada la norma, parece referirse a morada que no sea de quien repele la agresión. Lo que resultaría contradictorio con el fin perseguido. Por lo tanto, es de comprender que la norma concierne tanto al titular de la morada como a cualquier tercero. Esta interpretación es coherente con la previsión de la legítima defensa tanto personal como en favor de terceros.
- 765 De acuerdo, igualmente, con la figura de la defensa legal, se dispone que la agresión debe ser inminente ("pretenda entrar") o actual ("haya entrado"). La agresión no debe, en consecuencia haber terminado. Sin embargo, no basta que se haya dado una de esas dos situaciones, pues el objetivo no es privilegiar la protección del derecho a la inviolabilidad de la morada. Es indispensable que la actitud del agente (violador de domicilio) denote la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. La mención expresa de la vida, a pesar de que se menciona luego a los bienes o derechos en general, se explica por el afán de subrayar que debe tratarse de un peligro para un bien de importancia igual que la vida. Esta condición limita los efectos negativos propios a la admisión de ficciones de esta naturaleza en el derecho penal. Dichos efectos consisten generalmente en que se admita la defensa a pesar que la defensa, de acuerdo con las circunstancias concretas, no sea de necesidad racional, el medio utilizado no sea proporcional o exista provocación suficiente. El caso extremo es que el hecho de entrar en la morada no sea ilícito; pero como no es de probar esta circunstancia sino que basta suponerla, se pueden cometer injusticias graves. Parecería que, una vez dado el peligro indicado en la norma, se da carta blanca a quien esté en condiciones de repeler el allanamiento de morada. Desde la perspectiva de la política criminal es una regulación incorrecta.

- 766 Lo mismo se puede decir de lo dispuesto en el último párrafo del art. 24, inc. 1. Según esta norma, se declara que, en caso de que la víctima de la agresión sea pariente dentro de los grados de ley, cónyuge o concubinario del agente, basta comprobar que hubo agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Poco importa que la víctima haya provocado la agresión, salvo que el salvador haya tomado parte en la provocación. Difícil resulta justificar esta ampliación del campo de aplicación de la legítima defensa en favor de quien interviene para proteger a uno de sus parientes o concubino. Parece que se ha pensado que, en esa situación, el defensor se encuentra en situación que comprensiblemente lo lleva a intervenir aun cuando su protegido haya dado lugar a la agresión. Se trata así de una especie de no exigibilidad de otra conducta; es decir, resulta difícil demandar al defensor que se abstenga. Se considera pues que cualquier otro hubiera actuado de la misma manera. Si es así, no estamos ante una circunstancia de justificación sino más bien de no culpabilidad o de atenuación de la culpabilidad y, por tanto, de la pena. Circunstancia que podría ser vinculada a la atenuante de la "vindicación de ofensa" prevista en el inc. 12 del art. 26, en tanto circunstancia atenuante.
- 767 Cabe señalar, igualmente, que las ficciones que acabamos de analizar, en muchos casos, suponen una excepción a lo dispuesto sobre el "exceso en las causas de justificación", considerado como circunstancia atenuante (art. 26, inc. 2). La legítima defensa imperfecta, considerada perfecta ficticiamente, significa la impunidad y no una simple atenuación.

i. Legítima defensa imperfecta

- 768 En el art. 26 inc. 2, se dispone que constituye circunstancia atenuante: "El exceso de los límites en las causas de justificación". Esta disposición es deficiente; por cuanto, coloca a un mismo nivel todos los elementos que son necesarios para que se dé, por ejemplo, la legítima defensa. Así, no será de aplicación esta disposición si no existe una agresión ilegítima. La existencia misma de la legítima defensa depende de la presencia de este requisito. Por esto es que

esta situación ha debido ser, expresamente, regulada en el art. 25, inc. 3. De conformidad con esta disposición, constituye circunstancia de no culpabilidad el "ejecutar el hecho en la creencia racional de que existía una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto".

j. Legítima defensa de terceros

- 769 El art. 24, *ab initio*, se refiere expresamente a la defensa de bienes o derechos de otra persona. A diferencia de la legítima defensa propia, en este caso el agredido no es el que ejerce la defensa.
- 770 La víctima de la agresión no impide o repele el ataque ilícito; es decir, no reacciona. Sin embargo debe tener la voluntad de defenderse o de ser defendida. Si carece de esta voluntad, significa que consiente en sufrir el perjuicio. Por ejemplo, el propietario de un huerto que ve como un adolescente sustrae frutas de los árboles de su propiedad y no hace nada por impedirselo, acepta ser desposeído. Como consecuencia, no existe agresión ilícita y nadie está autorizado a intervenir alegando que lo hace para proteger al orden jurídico. La falta de interés en proteger el bien jurídico individual predomina. Otro ejemplo es el de la mujer o marido que acepta los maltratos de su pareja, un tercero no debe intervenir en su defensa. Un límite fundamental a esta regla está dado por la naturaleza del bien jurídico: la aceptación de que se le cause la muerte o lesiones no impide la legítima defensa.
- 771 Un caso peculiar se presenta cuando la víctima de la agresión está de acuerdo con el defensor, pero no con el medio que éste va a utilizar para rechazar la agresión. En el ejemplo del hurto de frutas, el propietario se opone a que el tercero utilice un arma de fuego. El tercero debe tener en cuenta la intención del agredido, pues la condición que éste establece supone, en ausencia de ésta, una renuncia a la protección de su bien jurídico. Situación que plantea, además, la cuestión relativa a la proporcionalidad del medio empleado. En la doctrina, se prefiere dejar de lado la voluntad de la víctima cuando ésta actúa de esa manera ante el temor de una futura

reacción del agresor. El ejemplo frecuentemente citado es el de un rehén que renuncia a protegerse por temor de una nueva agresión por parte de los delincuentes (terroristas).

- 772 Fuera de estas observaciones sobre aspectos singulares de la legítima defensa de terceros, ésta se haya sometida a las mismas condiciones que la legítima defensa propia. No existe si no se da una agresión ilícita, si no hay necesidad racional del medio empleado para rechazarla o si no hay provocación suficiente. Esta última circunstancia es suprimida en el caso de la defensa de parientes dentro de los grados de ley, del cónyuge o concubinario, de los padres e hijos adoptivos.

J. Estado de Necesidad

a. Regulación

- 773 El art. 24, inc. 2, estatuye "Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro". Así definido el estado de necesidad, figura como tanto causa de justificación. Esto implica no tener en cuenta que, en ciertos casos, constituye más bien una circunstancia de no culpabilidad. Fieles a las ideas de Jiménez de Asúa, los juristas latinoamericanos han admitido, generalmente, esta distinción. De origen teutón, este criterio discriminatorio fue consagrado en el Código alemán de 1975. El § 34 de este Código ha servido de modelo a diversos legisladores; no es el caso del de Guatemala.

b. Estado de necesidad y legítima defensa

- 774 El estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro, en la que la lesión de un bien o derecho protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente.
- 775 Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa; ésta no sería sino un caso especial del estado de necesidad. Sin embargo, entre ambas causas de justificación existen diferencias que

no sólo dependen de una relación lógica de especialidad. Baste, por ahora, señalar que en el estado de necesidad, el bien lesionado y el bien preservado son igualmente protegidos por la ley. El titular del bien jurídico que es lesionado no merece este daño. En la legítima defensa, por el contrario, el bien jurídico lesionado pertenece al autor de la agresión ilícita, quien da lugar a tal lesión.

- 776 El bien jurídico dañado pertenece a un tercero inocente. Estamos ante un caso de estado de necesidad, por ejemplo, cuando Ricardo amenaza de muerte, esgrimiendo un cuchillo, a su esposa quien huye de la cocina, donde tenía lugar la disputa. Desciende rápidamente la estrecha y empinada escalera que conduce al primer piso, por la cual su suegra comenzaba, precisamente, a subir agarrándose del pasamanos. Con el objeto de abrirse paso tira de un brazo a su suegra, la empuja a un lado y continúa su carrera. La anciana señora (madre de Ricardo) pierde el equilibrio y cae; muriendo horas después a causa de las lesiones que le ocasionara la caída.

c. Peligro

- 777 Cuando la ley se refiere a un peligro, se debe entender que el agente se encuentra en una situación de la cual puede producirse un perjuicio para su persona. Se trata de una situación real y no sólo imaginada por el titular del bien jurídico en cuestión. Para comprender esta noción, debe tenerse presente la definición del delito de peligro concreto. Pero a diferencia de lo que sucede en relación con éste, el peligro con referencia al estado de necesidad no debe comportar una particular intensidad. Cualquier peligro puede dar lugar al estado de necesidad. La intensidad del peligro, según la ley misma, sólo debe ser considerada para determinar la proporcionalidad del hecho.
- 778 Las circunstancias que rodean al bien jurídico deben apreciarse objetivamente y *ex ante* para determinar si éste se encuentra realmente en peligro. Es decir, el juicio de apreciación debe formularse de acuerdo a los conocimientos que, en el momento de la acción, se tiene de los factores presentes o con cuya producción debería contarse de acuerdo con la experiencia común.

- 779 El peligro puede ser originado por un fenómeno natural o por una actividad humana. Algunos autores han pretendido fundamentar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, considerando que mientras en la primera el peligro proviene del obrar humano, en el segundo tendría su origen en un suceso natural o, en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Este criterio no es correcto. El agente que lesiona a un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad que justifica su acto. Del texto legal, no se puede deducir una conclusión diferente. Sólo se exige que el agente no haya causado voluntariamente el peligro.

d. Actualidad del peligro

- 780 La fórmula “salvarse o salvar a otro” debe ser interpretada de manera amplia, como comprensiva, de un lado, del peligro inminente y, de otro lado, del peligro que perdura. Es actual el peligro que existe efectivamente, que está presente: las llamas consumen el departamento en que se encuentra una persona. Es inminente cuando el incendio está comenzando y la persona en cuestión no corre aún directamente el riesgo de lesión o muerte. La intervención debe tener lugar porque de lo contrario posteriormente resultaría altamente problemática. El peligro dura mientras que subsista una probabilidad de daño para dicha persona. En el caso de una persona que es agredida físicamente por un malhechor y éste permanece desafiante junto a la víctima, la legítima defensa no es factible respecto a las lesiones ya consumadas. Pero el peligro se mantiene tanto tiempo como subsiste la posibilidad de una nueva agresión. La víctima que, aprovechando un descuido, lesiona y neutraliza al malhechor puede alegar, de no darse las condiciones de la legítima defensa, haber actuado en estado de necesidad.

e. Imposibilidad de evitar el peligro de otra manera

- 781 El acto del autor debe ser necesario; constituir el único medio para alejar el peligro. Este peligro, como dice la ley, no puede ser superado sino realizando el acto típico que debe ser justificado.

782 Quien obra por necesidad está obligado, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, de determinar si no puede preservar su bien causando un perjuicio menor o alejándose del peligro en que se encuentra. Dicho de otra manera, de las diversas posibilidades que se le presentan para salvaguardarse del peligro que lo amenaza debe escoger aquella que constituya el mal menor. Esto se debe a que en el estado de necesidad prima el interés de descartar un peligro y no, como en la legítima defensa, el de hacer prevalecer el derecho ante el ilícito. El estado de necesidad tiene evidentemente un carácter subsidiario.

f. Proporcionalidad

783 El texto legal prevé, además del peligro y la imposibilidad de evitarlo de otra manera, que "el hecho sea en proporción al peligro". Esta condición se explica porque no se trata de una situación en que se debe hacer prevalecer el derecho frente a lo injusto. Los titulares de los bienes jurídicos en conflicto están igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, ninguno de ellos - en la situación concreta - se ha puesto fuera de dicha protección mediante la comisión de un acto ilícito (como hace el agresor en la legítima defensa). Mediante la admisión del estado de necesidad como justificante sólo se busca conservar el bien o derecho más valioso.

784 Como consecuencia, es correcto que se establezcan condiciones estrictas para que el estado de necesidad produzca el efecto de justificar un acto típico. Condiciones que son más restrictivas que las estatuidas con respecto a la legítima defensa, reconocida como un derecho de toda persona.

g. Bienes jurídicos

785 El texto legal es impreciso respecto a la determinación de los bienes que pueden ser protegidos en estado de necesidad. El agente debe obrar "obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros". Ciertamente, de un peligro, pero nada sobre lo que debe estar en peligro. Respecto a la legítima defensa se dice los "derechos o bienes". Es decir, como lo hemos señalado, todos los bienes y

derechos individuales. Este no es el caso respecto al estado de necesidad porque, en el segundo párrafo del art. 24, inc. 2, se establece una excepción restrictiva con relación al "patrimonio ajeno". De modo que el estado de necesidad concierne, primeramente, sólo a los derechos personalísimos: la vida y la integridad corporal (comprensión restrictiva del término salvarse a sí mismo), la libertad, el honor, la libertad sexual, etc. El fundamento de este criterio se encuentra en el hecho de que el estado de necesidad no está fundamentado en el principio de la protección del individuo (propio de la legítima defensa) y que, como ya lo hemos afirmado, sólo busca evitar la lesión de un bien protegido por el orden jurídico.

- 786 El texto del Código no permite que el estado de necesidad comprenda la protección de bienes colectivos. El término "otros" sólo puede ser comprendido como otras personas diferentes a la que interviene. Comprender también a la colectividad significaría desnaturalizar el lenguaje utilizado.
- 787 El Estado no tiene un derecho general al estado de necesidad y de imponer el deber correlativo a los particulares. Además, los órganos estatales no pueden justificar sus intervenciones invocando un estado de necesidad general, pues sus actuaciones siempre tienen que tener una base legal específica.

h. Preeminencia del bien salvado

- 788 La exigencia de que el hecho cometido por el agente "sea en proporción al peligro", supone la proporcionalidad de los bienes en conflicto. Sin tomar en cuenta este aspecto, no sería posible determinar si el hecho es acorde con la magnitud del peligro.
- 789 La importancia del bien jurídico salvado debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. Esto significa un rechazo neto del tradicional criterio de la comparación abstracta de los bienes en conflicto; pero asimismo la imposibilidad de establecer una regla absoluta aplicable a todos los casos particulares. Los diversos criterios que se establezcan serán siempre de aplicación parcial y nunca producirán las mismas consecuencias respecto a los

diversos casos. Además y como en toda apreciación valorativa, los criterios personales y las concepciones de política criminal que se acepten tienen un papel importante.

- 790 Entre los diversos criterios que pueden ser aplicados, la índole y la graduación de la pena fijadas en las disposiciones penales constituyen un punto de partida eficaz. Así la mayor severidad con que se reprimen los delitos de homicidio respecto a los delitos de aborto y de lesiones, muestra que, según el ordenamiento jurídico, el bien jurídico vida debe prevalecer frente a los bienes jurídicos vida embrionaria e integridad corporal o salud. La relatividad de este criterio está relacionada tanto con el hecho de que la amenaza penal no depende sólo de la importancia de los bienes jurídicos, sino también de la naturaleza del ataque. Además, es de considerar el carácter subsidiario del derecho penal: no todo bien jurídico debe ser protegido penalmente, sobre todo cuando hay otra posibilidad para impedir que sean lesionados. Tampoco es de olvidar que, sobre todo con respecto a los delitos de gravedad mediana, las penas previstas por la ley son casi de la misma severidad. En este contexto, se puede considerar que para salvar la vida de una persona todo otro bien jurídico puede ser dañado; mas no se puede excluir del todo el sacrificio de la vida de una persona (rehén en poder de terroristas) para salvar diversos e importantes intereses. Por el contrario, no se puede sostener de manera general, por ejemplo, que el honor siempre debe ser dañado para salvar el bien jurídico salud o integridad corporal. Bien puede suceder que se justifique la lesión leve causada a una persona para evitar un perjuicio muy importante al honor. Al lado de la importancia del bien es de tomar igualmente en cuenta la gravedad del ataque, ya que lo determinante es que el mal a evitar sea mayor que el mal que se infiere.

- 791 En la ley se dispone, expresamente, que debe tomarse en cuenta la intensidad del peligro que amenaza el bien jurídico protegido. El agente causa un mal menor con la convicción de que, si se abstiene de actuar, se producirá muy probablemente un resultado más grave. Así, el conductor que conduce su automóvil, ebrio (art. 157 C.P.) o a velocidad excesiva, con la finalidad de transportar un lesionado grave al hospital. También es el caso de quien, para alertar al chofer de un coche que lo precede del mal estado de una de sus ruedas, sobrepasa el límite de velocidad. La creación de un peligro abstracto para evitar un peligro concreto permite justificar el delito o la contravención cometido. No lo es el caso del marido que, presumiendo que su mujer va intentar suicidarse, viola diversas reglas de la circulación y pone en peligro inmediato la vida de las personas. Actúa lícitamente, por el contrario, tanto el médico que no respeta la luz roja repetidamente para llegar a tiempo hasta una persona herida gravemente, como quien quita las llaves de contacto al propietario de un coche para impedirle conducir en estado de embriaguez. La duda surge cuando se piensa que el conductor ebrio, por ejemplo, pudo haber escogido otro medio para neutralizar el peligro: solicitar auxilio a la policía o los servicios de un taxista.
- 792 Tratándose de bienes jurídicos individuales, el derecho a la autodeterminación juega un papel decisivo. Este debe pesar en favor del bien jurídico atacado y en contra del bien a salvarse. El titular del bien jurídico que va a ser perjudicado no sólo sufrirá la lesión de este bien, sino también de su libertad de decisión. Como consecuencia, no puede justificarse la operación quirúrgica de alto riesgo practicada contra la voluntad del paciente. En el mismo orden de ideas, no es justificado extraer, sin su consentimiento, un riñón a una persona para salvar a otra que se haya en peligro de muerte. Algunos autores, llegan a sostener que este criterio se aplica aun cuando el perjuicio causado sin consentimiento de la persona interesada no es de gran importancia: por ejemplo, extracción de sangre de un tipo determinado para salvar la vida de otra. El argumento consiste en decir que si se acepta el criterio opuesto, se admite la posibilidad de tratar una persona como un objeto, como un medio para alcanzar un

fin. Esto atenta contra su dignidad de persona a pesar de la finalidad valiosa del acto. Esta argumentación es rechazada afirmándose que la dignidad de la persona no es necesariamente lesionada por actos coercitivos de poca importancia que son realizados para proteger ciertos bienes jurídicos. Así, precisamente, el caso de la extracción de sangre es prevista como obligatoria por el mismo orden jurídico. Lo mismo sucede respecto a ciertas vacunas que son declaradas obligatorias como medidas sanitarias destinadas a proteger la vida o la salud de las demás personas. Esta opinión parece ser la más acertada. El derecho a la libertad de decidirse, consagrado en la Constitución, no es incompatible con las disposiciones referentes al derecho a la salud y a la política nacional de salud.

i. Estado de necesidad culpable

- 793 De manera general, el texto legal excluye el efecto justificante del estado de necesidad cuando el agente haya provocado "voluntariamente" el peligro. Esto significa, en primer lugar, que debe haber actuado con dolo de crear la situación peligrosa (conciencia y voluntad) y, en segundo lugar, que el estado de necesidad existe si el agente causó mediante culpa el peligro. Esta regulación general es deficiente, en la medida en que no se distinguen los casos en que el estado de necesidad justifica el acto cometido de los casos en que sólo excluye la culpabilidad del agente. En doctrina, se admite, de un lado, que el efecto justificante del estado de necesidad no es automáticamente excluido porque el agente haya, dolosa o culposamente, provocado la situación de emergencia. De otro lado, que la situación es diferente cuando se trata del estado de necesidad causa de exclusión de la culpabilidad. Este efecto no se admite cuando el agente "causó el peligro". Esta restricción, a diferencia de lo aceptado con referencia al estado de necesidad - causa de justificación, se explica porque el agente actúa ilícitamente.
- 794 Para responder mejor a los problemas que surgen es necesario distinguir, primero, entre los casos en que el agente crea una situación de peligro para alguno de sus bienes jurídicos de aquellos en que el peligro comprende otra persona. En la primera hipótesis, es indife-

rente si el agente creó el estado de emergencia dolosa o culposamente. Así, quien, luego de ingerir un veneno, abandona la idea de suicidarse y, para salvarse, obliga mediante amenaza a un taxista para que lo conduzca a la asistencia pública, podrá alegar que obró justificadamente. Su bien jurídico vida es más importante que el bien jurídico libertad individual del chofer coaccionado. Con mayor razón, debe aceptarse la misma solución si la situación de peligro fue creada imprudentemente: accidente de la circulación debido a exceso de velocidad.

- 795 En caso de que el agente haya creado un peligro para terceros, es de comprobar si previó o hubiese podido prever que tendría que dañar bienes jurídicos de éstos para salvaguardar los propios. Quien, mediante una falsa alarma de incendio, pone en peligro la vida y la integridad de las personas presentes en una sala de cine, no puede pretender justificar las lesiones corporales que infrinja a un tercero, para evitar sufrir un daño en su propia persona, y cuya realización pudo fácilmente prever.

j. Deber de soportar un peligro

- 796 De conformidad con el último párrafo del inciso 2 del artículo 24, "no puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse".
- 797 Las personas incluidas en por esta condición lo son en relación a un oficio, profesión o cargo. La obligación de soportar ciertos riesgos es de índole jurídica y no moral ni legal. Si fuera de carácter moral, significaría que el orden jurídico exigiría que las personas involucradas se comporten como héroes o santos. Esto mismo sucede si se aplica estrictamente la expresión "sacrificarse". Esto no es propio de un derecho penal liberal, ni conforme a una política racional y humanitaria. Sin embargo, no es necesario que dicha obligación sea siempre prevista en una ley. Esta interpretación formalista y limitativa conduciría a graves incoherencias.
- 798 Entre dichas personas cabe señalar a los militares, policías, bomberos, salvavidas, médicos, jueces ... El capitán no debe ser el primero en

abandonar su barco en caso de naufragio. El policía debe hacer frente a los maleantes que atacan a una persona y no abandonar a ésta alegando que de intervenir resultaría lesionado. El juez no puede justificar un prevaricato alegando simplemente haberlo cometido bajo la amenaza de muerte de los compinches de los maleantes que ha juzgado. En tal situación, debe informar a sus superiores competentes, solicitar protección y asumir su parte de riesgo. En todo caso, ante la certidumbre de ser muerto o dañado gravemente en sus intereses, por la indiferencia, ineficacia o corrupción de sus superiores o de la policía frente a su situación, el juez puede pretender que su acto típico (art. 462 C.P.) sea justificado por haber actuado en estado de necesidad.

k. Casos particulares

- 799 Como lo hemos indicado anteriormente, el Código prevé de manera especial el estado de necesidad en relación con la protección del patrimonio. Esta regulación implica que el bien jurídico patrimonio, en razón de su índole material, sólo merece una protección subsidiaria con respecto a los demás bienes o derechos individuales.
- 800 La deficiente técnica legislativa hace difícil distinguir claramente en qué medida las condiciones establecidas para este caso particular son más restrictivas que las fijadas para el estado de necesidad general.
- 801 La "realidad del mal que se trata de evitar" significa, igualmente, existencia de un peligro para el patrimonio ajeno. Es decir, de un peligro inminente o actual. Este peligro es el "mal" (perjuicio que puede sufrir el bien implicado). La "realidad" está dada por las circunstancias que hacen probable la producción del "mal". Esta regulación no debe llevar a ampliar el estado de necesidad en el sentido de que bastaría un peligro remoto, abstracto.
- 802 El "que no haya otro medio practicable y menos perjudicial" para impedir el mal constituye otra manera de exigir que el peligro no sea "evitable de otra manera". Esta última expresión, empleada para regular el estado de necesidad en general, no puede ser comprendida en el sentido de que el orden jurídico justifica sacrificar un bien

jurídico importante para salvar otro de menor significación. Si el único medio practicable era el utilizado por el agente, esto no significa otra cosa que el hecho realizado era inevitable.

- 803 "Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo" es la confirmación de que el estado de necesidad sólo puede tener efecto justificante cuando el bien protegido sea más importante que el bien dañado. Esta exigencia se comprende mejor tratándose del bien patrimonio; pero también resulta superfluo indicarla.
- 804 Un efecto no deseado de la regulación legal es la posibilidad de comprender la norma como una exclusión del estado de necesidad, circunstancia de no culpabilidad, respecto del patrimonio. Pues para su admisión parecería que siempre debe darse una diferencia de valor en favor del bien que se salva, lo que estaría en contra de la idea del estado de necesidad - causa de no culpabilidad, pues ésta es excluida cuando los bienes en conflicto son de igual valor.
- 805 Otro caso particular de estado de necesidad, no expresamente regulado, es el del conflicto de intereses pertenecientes a una misma persona. El caso más frecuentemente citado es el del bombero que se enfrenta a la disyuntiva de lanzar un niño sobre la lona de salvamento para evitarle una muerte segura, pero con el riesgo de causarle una lesión. Si esto último sucede, el bombero habrá actuado en estado de necesidad justificante.
- 806 En la mayor parte de las veces, se tratará sobre todo de casos concernientes a la causa justificante del consentimiento: el agente, en lugar de decidir sobre un conflicto de intereses, deberá actuar considerando cuál hubiera sido la decisión que hubiera adoptado el titular del bien jurídico en peligro. Por ejemplo, el médico que debe decidir si amputa una pierna al accidentado inconsciente y en peligro de muerte.
- 807 Un tercer caso particular es el siguiente: los órganos del Estado pueden pretender que alguno de sus actos sean justificados por el estado de necesidad. Sin embargo en los casos en que el conflicto entre la conservación de intereses públicos y la protección de in-

tereses particulares ha sido reglamentado especialmente, la aplicación del estado de necesidad no debe hacerse automáticamente en favor de los intereses públicos. El estado de necesidad puede tener efecto justificante, por ejemplo, cuando la autoridad competente libera detenidos para salvar la vida de rehenes. Así mismo, cuando debe interferir el teléfono de una persona para salvar la vida de terceros.

l. Elemento subjetivo

- 808 El agente debe estar consciente tanto de la situación de peligro como de la necesidad de proteger el interés preponderante. La protección de este interés debe constituir el fin decisivo de su comportamiento. Poco importa que obre, por ejemplo, por ambición personal o para obtener una ventaja pecuniaria. Esto se desprende del mismo texto de la disposición legal. El agente debe haber cometido el hecho "obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros". Si éste no ha sido su objetivo, habrá cometido únicamente una tentativa; pues falta en su comportamiento el desvalor del resultado. En este caso, resultan aplicables los mismos criterios establecidos con relación a la legítima defensa.

m. Conflicto de deberes jurídicos

- 809 Pueden citarse como ejemplos de este tipo de conflicto, primero, el caso del padre que sólo puede salvar a uno de sus hijos que están por ahogarse y, segundo, la del médico que, llamado al lugar donde se ha producido un grave accidente de tránsito, solamente puede asistir eficazmente a uno de los accidentados. En la doctrina, diversas son las respuestas que se dan a este problema.
- 810 Los deberes en conflicto son siempre de carácter legal. Si el conflicto se da entre un deber legal y otro moral o político, se debe cumplir el legal en detrimento de los otros.
- 811 Ante el dilema de actuar o de abstenerse, es de escoger la segunda alternativa, porque el cumplimiento de la primera implica siempre la violación de un bien jurídico. No es justificado que un médico desconecte el único corazón - pulmón de que dispone y que es

utilizado para salvar a un paciente, para cumplir su deber de salvar a otro paciente que viene de sufrir un grave accidente.

- 812 Si los deberes en conflicto imponen la realización de sendas acciones, el sacrificio de uno de los bienes en conflicto, siempre que sean de diferente valor, no impide que se justifique el acto del agente: por ejemplo, el hecho de que el padre, del caso citado anteriormente, haya preferido salvar precisamente a uno de sus hijos ante la imposibilidad de salvar a los dos. Poco importan las razones personales que determinaron su decisión de salvar a uno en lugar del otro. La justificación no se debe sin embargo a la aplicación del estado de necesidad, pues no puede admitirse que los intereses del salvado hayan sido preponderantes con respecto del "sacrificado". Se trata de un caso de estado de necesidad justificante suprallegal. La aplicación del art. 24, inc. 2, no presentaría dificultades, por el contrario, si el cumplimiento de uno de los deberes en conflicto significaría la salvación de un bien jurídico más importante que el lesionado.
- 813 Esta propuesta interpretativa es preferible a la que propone considerar que, en caso de bienes jurídicos equivalentes (dos vidas), estaríamos ante hechos que caen dentro de un "ámbito jurídicamente libre". Así, el ordenamiento jurídico reconocería la libertad de decidir y, en consecuencia, el acto del agente sería siempre justificado. Tampoco parece conveniente la idea de considerar que "el conflicto es sólo la inevitable consecuencia de un estado existencial de necesidad, y ello no puede alterar las valoraciones generales". Por lo que, de acuerdo con el principio de que nadie está obligado a lo imposible y debido a la equivalencia de los intereses en conflicto, sólo puede constituir una causa de exclusión de la culpabilidad.
- 814 Rechazadas estas propuestas, resulta conveniente concluir admitiendo como regla que ante un conflicto de deberes jurídicos de actuar obra justificadamente quien cumple el deber más importante o, al menos, de igual valor al otro deber.

n. Exceso en el estado de necesidad

- 815 Si las condiciones del estado de necesidad no se dan en el caso particular es de aplicación, como lo hemos propuesto con relación al estado de necesidad causa de justificación, el art. 26, inc. 13. Se tratará generalmente de los casos de "excesos". La responsabilidad del agente subsiste, pero el juez podrá disminuir la pena. Esta individualización se hará de acuerdo con su culpabilidad.

K. Otras causas de justificación

a. Disposición de la ley

- 816 Respecto a disposiciones extranjeras semejantes a la prevista en el art. 24, inc. 3, se ha afirmado que sólo constituyen una simple declaración general y una referencia a todas las demás reglas del orden jurídico. En los países donde los jueces no son siempre juristas, este tipo de disposición sirve para recordarles la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas expresamente en el Código Penal. Además, esta referencia general a la legalidad no es superflua en un país en el que se viola con frecuencia el principio de que toda restricción de los derechos de las personas, de parte de los representantes del poder estatal o de los particulares, requiere siempre una base legal.
- 817 La fórmula "ordenado o permitido por la ley" es bastante amplia. Puede ser comprendida en el sentido que estatuye deberes (impone acciones) y derechos (permite acciones).
- 818 Lo mismo se puede decir respecto de la mención a la profesión, al cargo y a la autoridad. Toda profesión debe ser autorizada o tolerada por la ley; es decir no prohibida, ya que la regla es la libertad de trabajo. El hecho de asumir un cargo o una autoridad y el ejercerlo suponen necesariamente una base legal. En la Constitución (art. 43) y en la legislación pertinente se regulan la libertad de trabajo y el ingreso a la carrera administrativa, así como los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

- 819 Lo mismo se puede decir del ejercicio legítimo de la autoridad ejercida. Menos precisa es la referencia que se hace al acto de ayuda que se preste a la justicia. No puede referirse a ninguno de los casos señalados anteriormente (funcionario, autoridad, profesional).
- 820 Por todo esto, las diversas circunstancias previstas en el inc. 3 del art. 24 pueden ser clasificadas en dos grupos: de un lado, los actos ordenados por la ley y, de otro, los actos permitidos o autorizados por la ley. Diferenciándose entre aquellos que constituyen el cumplimiento inmediato y directo de los dispuesto por la ley, de los que suponen un intermediario entre la ley y el que ejecuta directamente lo que ésta dispone.
- 821 En contra de lo que permitiría suponer una lectura superficial de la norma en estudio, el ser titular de un derecho, de un deber, de un cargo o profesión, no son factores suficientes para determinar la justificación de un acto típico. Esto depende de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto. Circunstancias que están determinadas por las disposiciones legales que las regulan. De allí que dicha norma puede ser considerada como ley en blanco o norma de reenvío. Su aplicación sólo es posible en la medida en que es completada por otras disposiciones que deben ser buscadas en todo el ordenamiento jurídico.

b. Cumplimiento de un deber

- 822 Conforme a lo explicado anteriormente, ejecutar un acto ordenado por la ley constituye el cumplimiento de un deber. Se trata, entonces, de un deber legal. Un deber moral no es suficiente. Si el autor se limita a cumplir con un deber legal y comete un acto que reúne las condiciones señaladas por una disposición de la parte especial del Código, su acto es lícito. Sería ilógico que el orden jurídico ordenare a una persona actuar de una manera determinada y la hiciera, al mismo tiempo, responsable penalmente de su comportamiento.
- 823 De acuerdo con el art. 207, inc. 1, del Código procesal penal, el testigo debe exponer la verdad de cuanto supiere y, según el art. 460 del Código Penal, será reprimido si comete falso testimonio. Así, el

ordenamiento jurídico impone a toda persona llamada a testimoniar en un proceso penal, la obligación de no faltar a la verdad. Por tanto, no puede pretender, al mismo tiempo, sancionarlo por difamación (art. 164) en razón de que imputa al procesado un comportamiento delictuoso.

- 824 De esta manera, se reconoce la primacía del buen funcionamiento de la administración de justicia, como interés preponderante frente al interés individual (el honor del procesado). Esto no significa empero que el cumplimiento del deber es ilimitado; su ejercicio está restringido tanto por la finalidad del deber como por la necesidad de realizar el acto típico. En el caso del testigo, éste no tiene por qué manifestar alegaciones contrarias al honor del procesado que sean innecesarias para el esclarecimiento de su responsabilidad. En la medida en que lo hace, sobrepasa los límites del deber que le impone la ley, no cumple con lo que ésta ordena. De modo que su comportamiento deja de ser el ejercicio legítimo de un deber legal.
- 825 En caso de conflicto de deberes, obra de manera lícita quien cumple el deber más importante o uno de ellos, si se trata de deberes de igual significación. Al respecto, es de tener en cuenta la primacía que tiene la dignidad de la persona y, por tanto, la trascendencia del cumplimiento de los deberes que la protegen.

c. Ejercicio legítimo de un derecho

- 826 El reconocimiento de un derecho en favor de una persona por parte del orden jurídico, implica que se le concedan igualmente los medios necesarios para ejercitarlo y para defenderlos. La fuente principal de estos derechos es, sin duda alguna, la Constitución en la medida en que consagra los derechos personales y sociales fundamentales. Pero quizás el mayor número de derechos reconocidos (llamados derechos subjetivos) se encuentra en las diversas leyes, pero también en los actos jurisdiccionales o administrativos, en los negocios jurídicos y en la costumbre.
- 827 De acuerdo con la terminología tradicional, debe tratarse de un derecho en el sentido de poder facultativo de obrar, sin interesar

como se le denomine (subjetivo, potestativo ...). Es decir de prerrogativas reconocidas por el derecho positivo (normas jurídicas) a una persona para hacer, no hacer o exigir algo. Su ejercicio, de eficacia *erga omnes*, implica generalmente la afectación de los derechos de las demás personas. Es en la determinación de los límites de estos derechos que se decide la fuerza justificante de su ejercicio.

- 828 Este ejercicio puede comportar la realización de un acto calificado de delito por la ley, posibilidad que ha sido prevista por el legislador y que, para evitar mayores contradicciones en el sistema, declara no sancionado porque el autor actúa ejerciendo un derecho. Este principio responde, en principio, a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, de un lado, a una persona la libertad de actuar en nombre de un interés determinado y, de otro, calificar tal actividad de ilícita. Además, en la perspectiva de la función justificadora, el ejercicio de un derecho supone un conflicto entre dos derechos: primero, el de quien lo ejerce y, segundo, el de quien ve limitado su derecho por este ejercicio. Prima el derecho más importante y, en caso de igualdad, cualesquiera de ellos salvo que uno de estos afecte directamente la dignidad de la persona. En este caso, constitucionalmente, es de salvaguardar en primer lugar este bien fundamental. Además es de tener en cuenta los principios generales referentes a la primacía de las leyes superiores, posteriores y especiales sobre las inferiores, anteriores y generales.
- 829 Comprendido en sentido amplio, se puede considerar que el ejercicio de un derecho comprende otras causas de justificación. Así la legítima defensa es un derecho a proteger por sí mismo bienes personales en peligro. Esto pone en evidencia que no todo ejercicio de un derecho justifica el acto típico realizado, sino que es indispensable que dicho ejercicio sea realizado dentro del marco establecido por la ley. Sin incurrir, como consecuencia, en un abuso de derecho. Es fundamental sobre todo tener en cuenta si su titular puede ejercerlo directamente o si se requiere la intervención de una autoridad competente.

- 830 El ordenamiento jurídico no reconoce, como consecuencia, a los particulares un derecho irrestricto a hacerse justicia por ellos mismos. Muchos son los casos en que el ejercicio de los derechos tiene lugar en armonía con las personas implicadas. Por ejemplo, quien que corta las ramas de las plantas que sobrepasan el límite de su jardín, sin que su vecino se considere víctima de daños contra su propiedad. En caso de oposición de éste, el primer vecino no puede imponer su derecho mediante actos que impliquen la restricción de los derechos del segundo vecino. Estos actos no pueden ser justificados invocando el ejercicio de dicho derecho.
- 831 Así mismo, el acreedor no puede ejercer violencia o amenazas contra el deudor moroso para recuperar la suma que le ha prestado. El orden jurídico le ofrece las vías legales para hacer respetar su derecho. El límite del ejercicio del derecho está dado por el carácter arbitrario del comportamiento del agente. Este actúa arbitrariamente cuando recurre a la violencia, intimidación, engaño o cualquier otro medio vedado por el ordenamiento jurídico.
- 832 A veces, sin embargo, el orden jurídico autoriza a los particulares a intervenir con la finalidad de hacerse justicia. Casos que están comprendidos en la expresión "de la ayuda que preste a la justicia", que figura en el art. 24, inc. 3, *in fine*.
- 833 En materia penal, el art. 257, párrafo segundo, del Código Procesal Penal, autoriza a los particulares "a practicar la aprehensión" en los casos de flagrancia. Esta autorización de aprehensión tiene la finalidad de hacer posible la persecución penal del responsable. Debe tratarse, como consecuencia, de un hecho penal y es necesario que se den las condiciones legales que hacen a una persona sospechosa de ser la responsable. La aprehensión ha de practicarse recurriendo a los medios adecuados a las circunstancias. Como se puede tratar de un inocente, el particular, de la misma manera que la autoridad, no está autorizado a maltratar, lesionar o matar al sospechoso. En buena cuenta, debe evitarse toda violación de la dignidad de la persona.

- 834 Otro caso interesante es el denominado *jus corrigendi*. En la vida diaria, la educación de los menores requiere el recurso de determinadas medidas que constituyen restricciones de sus derechos fundamentales: por ejemplo, libertad, honor, integridad o bienestar corporal. El que recurre a estos medios realiza actos conformes a ciertos tipos penales: privación ilícita de la libertad, injuria, maltratos. Según los criterios de la pedagogía, estos castigos son muchas veces necesarios. La experiencia diaria nos enseña además que resulta casi imposible evitar su utilización en el proceso de disciplinar a los menores. Al mismo tiempo, se reconoce casi unánimemente que estos medios no deben provocar grave daño en la persona del menor. De ser este el caso, se le traumatizará y sus resultados serán entonces contraproducentes.
- 835 En esta perspectiva, el Código Civil en su art. 253, prevé que el titular de la patria potestad tiene la obligación de corregir a los hijos, "empleando medios prudentes de disciplina". Los límites de la corrección están determinados esencialmente por la declaración constitucional tanto referente a la protección de la persona y al respecto de su dignidad, así como a la familia (arts. 47, 51).
- 836 El derecho de corrección no puede ser ejercido sobre los hijos de otros. Los padres pueden delegar, sin embargo, en terceros, su derecho de corrección cuando por circunstancias particulares (ausencia, por ejemplo) no puedan ejercerlo. El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela.
- 837 Los maestros tampoco son titulares de este derecho. Estos deben cumplir su labor de acuerdo con los criterios pedagógicos y las normas que regulan su actividad docente. Se trata más bien del ejercicio de un oficio. El titular puede, con un fin educativo, emplear medios coactivos que lesionan la integridad física, la libertad o el honor del menor. En todo caso, el ejercicio de esta potestad, comprendida en ejercicio del cargo o profesión, debe siempre adecuarse a los fines perseguidos. Los malos tratos de cierta gravedad no serán jamás justificados por la existencia de un pretendido derecho de corrección.

838 Un caso interesante es el derecho de huelga y paro, consagrado constitucionalmente (art. 104). Este derecho es una conquista social lograda por los trabajadores con mucho sacrificio. Constituye un medio de defensa de sus derechos y de lucha en favor de otros. Su ejercicio tiene efectos negativos sobre los derechos de terceros, comprendidos los de los patrones o empleadores. De constituir los actos que los producen (abandono del puesto de trabajo, no mantenimiento de los medios de trabajo, interrupción de la cadencia de producción, perturbación del orden o circulación públicos por manifestaciones callejeras, ...) objetivamente comportamientos típicos, no pueden ser calificados de ilícitos por ser indispensables para el ejercicio de un derecho constitucional "de conformidad con la ley". Sólo en la medida en que se sobrepase este límite se considerarán no justificados por el ejercicio del derecho de huelga (por ejemplo, actos vandálicos contra la propiedad de terceros con ocasión de una manifestación, destrucción de maquinarias para evitar que otros trabajadores reanuden las labores, agresión física contra los opositores a la continuación de la huelga). En el último ejemplo citado, se trata precisamente de la negación del derecho a la libertad de trabajo y, al mismo tiempo, del derecho de huelga: facultad de ejercitarlo o no. Aquí, se trata de un límite externo por oposición a los límites internos o consustanciales al derecho de huelga (los demás ejemplos dados).

d. El cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente

- 839 El legislador ha regulado, expresamente, la obediencia debida. La prevé, en el art. 25, inc. 4, como una causa de inculpabilidad. De acuerdo con esta disposición hay obediencia debida cuando existe subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto, la orden se dicta dentro del marco de las atribuciones del superior, revista las formalidades legales y no sea manifiestamente ilegal.
- 840 Su regulación expresa se justifica, en cierta medida, por el interés que existe en destacar la relación particular entre quien ordena y el que ejecuta la orden. Se trata de indicar la necesidad de determinar la

responsabilidad de ambos y no sólo del segundo que ejecuta material y directamente la acción típica. Al respecto, en la disposición citada, se dice "sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado".

- 841 A diferencia de lo que sucede en el caso del obrar por disposición de la ley, el aspecto específico es el hecho de que no existe una relación directa entre la ley y el funcionario que ejecuta el comportamiento típico, sino que entre los dos hay un intermediario: el superior jerárquico que dicta la orden para que dicho acto sea ejecutado. Lo que determina una triple relación: entre el superior y el inferior, entre éste y la persona que padece el acto ordenado y, por último, entre la víctima y el superior.
- 842 La relación jerárquica que supone la obediencia debida es de orden público e implica, de un lado, la potestad de mandar del superior y, de otro, el deber de obediencia del inferior. Por la naturaleza de sus funciones, existen diferencias, por ejemplo, entre la obediencia en el ámbito militar y en la administración pública civil. Por eso es de tener en cuenta las disposiciones legales que los regulan.
- 843 La obligatoriedad de la orden dictada por el superior depende precisamente de las disposiciones que reglamentan el ejercicio de su potestad. Formalmente, es indispensable que el superior sea competente para impartir la orden y, así mismo, que cumpla con la "formalidades legales".
- 844 A estas condiciones formales, se agrega un límite material. La orden impartida por el superior no debe vulnerar de manera evidente el orden jurídico y, en particular, no constituir un atentado contra la dignidad de la persona. El caso más claro de orden no obligatoria por razones materiales, aunque formalmente sea inatacable, es aquella por la que el superior ordena cometer un hecho penal. Respecto a la dignidad de la persona, no es de olvidar que la persona es el valor supremo conforme a la Constitución. Los intereses del Estado que pueden ser cumplidos o reforzados por la orden del superior no pueden prevalecer sobre el respeto de la dignidad de la persona. En

estos casos, la persona objeto del comportamiento ordenado por el superior puede defenderse legítimamente contra el inferior que lo ejecuta o trata de cometerlo.

- 845 En la estructura civil, el inferior debe señalar inmediatamente al superior las dudas que tiene sobre el carácter ilícito del comportamiento que ordena. En caso de ser obligado a cumplir la orden, será sancionado en la medida en que sea culpable. El superior será responsable por haber incitado al inferior a cometer el acto típico. En el ámbito militar la obediencia es más estricta, pero esto no debilita la vigencia del principio de la no obligatoriedad de las ordenes manifiestamente ilícitas o violadoras de la dignidad de la persona. Se trata de un conflicto de deberes: de un lado, el cumplimiento de una orden y, del otro, la obediencia al orden jurídico.
- 846 De conformidad con la Constitución, resulta inadmisibles aceptar que el mandato de un superior goza de una presunción de legitimidad a fin de que el aparato estatal no sea paralizado por dudas u objeciones de parte de quien debe cumplirlo. Las normas que regulan la actividad del Estado ofrecen las vías suficientes para que esto no suceda y, sobre todo, la actividad de sus órganos - en particular, la que implica una restricción de los derechos de las personas - siempre debe tener una base legal. La supuesta razón de Estado no puede fundamentar dicha actividad.
- 847 Se discute mucho sobre la obligatoriedad de las ordenes que pueden dar lugar a la comisión de delitos culposos: por ejemplo, el superior que ordena al chofer del vehículo de servicio a conducirlo a pesar del mal estado en que se encuentran los frenos. El inferior no debe obedecer cuando resulta bastante probable que se produzca un daño o la puesta en peligro concreto de terceros. No basta que del cumplimiento de la norma aparezca como lejanamente probable la producción de un tal perjuicio.
- 848 Quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, no es castigado. Su cumplimiento tiende a realizar la "voluntad del sistema jurídico

mismo". Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito de la misma manera que el superior que la dicta. Pero, el subordinado no incurrirá en reproche alguno si está obligado a obedecer.

- 849 En este último caso, no se trata de calificar el acto, sino al autor; es decir, determinar su culpabilidad. El superior (autor mediato) será castigado en razón de la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. La doctrina dominante estima que esta concepción "diferencia dora" entre obediencia debida que justifica el acto (en razón del carácter lícito del mandato) y obediencia debida, circunstancia de no culpabilidad, permite comprender mejor la regulación legal. A pesar que el legislador la haya considerado como causa de inculpabilidad, es de tener en cuenta la doble consecuencia de la obediencia jerárquica. Sería no sólo incorrecto, sino altamente injusto considerar ilícito un acto típico que se ha cometido en cumplimiento de una mandato legal y dentro de los marcos de la ley.

e. Ejercicio legítimo de cargo público, de autoridad o de oficio

- 850 Según el texto mismo de la ley, se requiere, de un lado, que el cargo, la autoridad, o la profesión sean ejercidos legítimamente. Esto supone que sean reconocidos o aceptados por el orden jurídico y, ejercidos conforme a las normas legales positivas o consuetudinarias que las regulan. El aspecto esencial es, como consecuencia, esta doble conformidad con el derecho, con la ley. El que ejerce un cargo, autoridad o profesión realiza, por tanto, un acto legítimo aunque puede ser conforme a un tipo legal.
- 851 Comprendida de esta manera esta justificante, es de admitir que se trata de un caso especial de la circunstancia general de ejecutar "un acto, ordenado o permitido por la ley". El acto debe tener siempre una base legal. De donde se desprende que sería absurdo reprimirlo pues esto implicaría negar la unidad del ordenamiento jurídico y sería lógicamente contradictorio al admitir que un mismo acto sea prohibido y permitido al mismo tiempo.

- 852 El hecho de mencionar expresamente estas circunstancias se justificaría, en la medida en que la fórmula "disposición de la ley" sea interpretada restrictivamente: es decir, entendiendo por ley sólo el derecho positivo. De modo que no estarían comprendidos los actos cometidos en ejercicio de un cargo, autoridad o profesión que sólo estuvieran regulados por el derecho consuetudinario.
- 853 Como en los demás casos hasta ahora estudiados, el ejercicio de una de las actividades consideradas no basta para justificar el acto que sea conforme a un tipo legal. Tratándose igualmente de una norma de remisión a todo el ordenamiento jurídico, es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites del derecho.

f. Ejercicio legítimo de un cargo o autoridad

- 854 Mediante esta fórmula, se hace referencia a los casos en que un órgano del Estado, en el cumplimiento de sus funciones, realiza un acto que se adecua a un tipo legal. No son raros estos casos, baste con señalar las diversas medidas coercitivas que el juez instructor puede practicar en el marco de un proceso penal, los múltiples actos restrictivos de derechos que cometen los órganos ejecutores de las penas privativas de libertad sobre la persona de los condenados y los medios coercitivos que utiliza la policía en la lucha o la prevención de la delincuencia.
- 855 Las condiciones en las cuales estos actos pueden ser realizados están previstas en la ley de la materia. Su estudio es objeto de cada una de las disciplinas que se ocupan de las normas mencionadas. El análisis de cada una de las situaciones sobrepasa, como consecuencia, ampliamente el marco del presente estudio. Interesa directamente al derecho penal determinar los efectos del error cometido en el ejercicio del cargo y las posibilidades de la persona afectada de actuar en legítima defensa.
- 856 La base de la circunstancia que analizamos es que el funcionario sea competente tanto en razón de la materia como del territorio. Esto supone, evidentemente, que el funcionario haya sido nombrado

conforme a ley, haya asumido el cargo o la función y que lo ejerza en el momento de realizar la acción cuestionada.

- 857 El acto debe constituir un acto de servicio y ser realizado conforme a ley y de acuerdo a los mandatos constitucionales. Formalmente debe reunir los requisitos establecidos por la norma legal respectiva. Materialmente debe estar conforme con los criterios de proporcionalidad y de necesidad del acto que implica la violación o restricción de derechos de una persona.
- 858 Al momento de actuar, el funcionario debe comprobar debidamente que las condiciones materiales de su intervención existen. No basta que haya actuado creyendo, con buena fe, que estas condiciones están presentes. El Estado, representado por sus órganos, no tiene el privilegio de equivocarse. Admitir este criterio significa aceptar que los funcionarios están cubiertos en caso de ejercicio abusivo o negligente de sus cargos. Esto no está acorde con el Estado de Derecho, el mismo que debe esforzarse tanto en garantizar los derechos fundamentales de las personas como en motivar a sus órganos para que actúen estrictamente conforme a ley.
- 859 Surgen problemas respecto a los actos cometidos bajo el amparo de un permiso obtenido coaccionando, corrompiendo o engañando a la autoridad competente para otorgarlo. La invalidez de esta autorización hace que el acto realizado sea típico e ilícito.
- 860 En razón de que la autorización debe ser legal y otorgada en forma particular, la complacencia temporal de la autoridad competente no puede neutralizar la prohibición legal existente. Esta debe ser derogada mediante una disposición expresa. El que actúa creyendo, en razón de la actitud de la autoridad, que su acto es lícito podrá alegar haber obrado bajo la influencia de un error de prohibición y, por tanto, considerarse no culpable.
- 861 La eficacia justificativa del ejercicio de un cargo está condicionada por las circunstancias particulares del caso. La intervención del funcionario se da, frecuentemente, en casos críticos y urgentes que hacen particularmente difícil la toma de decisión de intervenir. Es el

caso, por ejemplo, del policía que debe "aprehender a quien sorprenda en flagrante delito o persiga inmediatamente después de la comisión de un hecho punible" (art. 257, párrafo primero del Código Procesal Penal). La presunción de responsabilidad implica que el policía no puede tener la certeza de que la persona detenida haya realmente cometido el delito. Así, lo deja entrever la definición dada en la misma disposición citada: hay flagrancia no sólo cuando el delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, sino también cuando el agente es perseguido inmediatamente después de haber cometido el delito. El sospechoso, aunque no sea el verdadero autor, debe soportar que se le prive de libertad para que se efectúen los esclarecimientos necesarios.

- 862 Si el funcionario ha actuado con la debida diligencia y conforme a su competencia, la privación de libertad que practica no sólo constituye un acto no doloso (error inevitable) sino también conforme a derecho. La persona detenida no puede reaccionar contra el funcionario y si lo hace su acto no será justificado aun cuando *a posteriori* se compruebe que su detención fue indebida. Tiene el derecho de oponerse, por el contrario, cuando el agente actúa negligente o malintencionadamente al apreciar las circunstancias que condicionan la detención de acuerdo con ley.
- 863 El fundamento de la justificación está dado por la preponderancia del interés que constituye el objetivo del ejercicio del cargo frente al interés de la persona que ve restringido uno de sus derechos personales. En el ejemplo dado, la identificación y detención del responsable con miras a la realización de la justicia. Este interés es preferido al interés que tiene la persona sospechosa en conservar su libertad. Si un funcionario abusa de sus poderes, su acto no es lícito. Se hace responsable de un delito de abuso de autoridad.

g. Ejercicio legítimo de una profesión

- 864 Como ya lo hemos indicado, la regla es el principio constitucional del derecho a la libertad de trabajar. Su ejercicio no supone siempre una autorización especial o la regulación legal de la actividad. Esto es

sobre todo válido en países donde la crisis económica obliga a un gran número de personas a realizar diversas actividades para poder subsistir. La iniciativa y creatividad individuales son los únicos medios con que se cuenta para escapar a la desocupación masiva. La pretensión de regular estas innumerables actividades económicas constituye un obstáculo para su desarrollo y da lugar a una informalidad generalizada.

- 865 Esta realidad impone que se interprete de manera amplia el término profesión utilizado por el legislador. Debe entenderse que se trata de toda actividad laboral para evitar privilegiar únicamente a quienes ejercen profesiones que requieren una autorización y formación especiales. Lo que no significa descuidar las regulaciones necesarias de determinadas actividades por exigencia del orden y seguridad públicos. Por esto el ejercicio de un oficio supone que quien lo ejerce, obre dentro del marco legal, general o especial, pertinente.
- 866 El comerciante ambulante (informal), además de respetar las pautas municipales, debe actuar dentro de los límites que establecen las normas que regulan la comercialización del producto, objeto de su actividad. El ejercicio de su oficio no le faculta a explotar el trabajo de niños ni a poner en peligro la seguridad de la circulación pública de vehículos y peatones.
- 867 En el caso de los profesionales propiamente dichos (por ejemplo, médicos, farmacéuticos, ingenieros, abogados, periodistas ...), el título profesional que los autoriza a ejercer su oficio o profesión no constituye una patente de corso que justificaría cualquiera de los actos que cometan como tales. El periodista, alegando la libertad de prensa, no puede impunemente ultrajar el honor de las personas.
- 868 Vivas discusiones se han producido en torno a la actividad profesional de los médicos y, especialmente, de sus intervenciones quirúrgicas. Su deber de curar y salvaguardar la vida de los pacientes no le da plenos poderes sobre la vida y la salud de éstos. De acuerdo con el respeto de la dignidad de la persona, ésta es la única capacitada a decidir lo que conviene a sus intereses. Contra su voluntad no puede

ser sometida a un tratamiento, aun cuando pueda ser considerado el único medio de conservar su vida o mejorar su salud. De modo que la autorización que se les concede para ejercer la medicina implica el respeto de la *lex artis*, del juramento profesional y del conjunto de normas que regulan la profesión.

- 869 Como consecuencia, cada vez que se presenten dudas sobre la tipicidad e ilicitud de un acto cometido en el ejercicio de la medicina, como de toda otra profesión, debe indagarse sobre el marco jurídico en que ha sido ejecutado y, en particular, sobre si el paciente dio o no su consentimiento.

L. Consentimiento

a. Introducción

- 870 En la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras se recurre, generalmente, a la noción de consentimiento para no sancionar ciertas conductas. Debido a que son pocos los Códigos penales que regulan expresamente el consentimiento, se le ha calificado con frecuencia de causa de justificación suprallegal. Se discute mucho, sin embargo, sobre sus efectos: excluir la tipicidad o justificar la acción típica.

b. Fundamento

- 871 La determinación de los efectos del consentimiento no es sólo un problema de técnica legislativa o de dogmática penal. Depende sobre todo de la concepción que se tenga sobre el derecho en general y, en particular, sobre el derecho penal. Además, resultan decisivos los criterios de política criminal que se admitan.
- 872 De acuerdo con los arts. 1 y 2 de la Constitución, la persona humana y el respeto de su dignidad son fines fundamentales del Estado. En armonía con esta concepción liberal, se considera, en primer lugar, como finalidad del derecho penal la protección de los bienes y derechos de la persona. Así mismo, la lesión o puesta en peligro de estos bienes y derechos como base para incriminar ciertas acciones. Por

estas circunstancias, el titular de esos bienes y derechos juega un papel decisivo. Su consentimiento constituye la expresión de su libertad personal y del ejercicio de sus derechos (consagrados como derechos fundamentales en los arts. 4 y 5 de la Constitución).

- 873 La violación o puesta en peligro de uno de sus bienes jurídicos, respecto de la cual él ha expresado su acuerdo, debe ser percibida, debido precisamente a su consentimiento, como el ejercicio de su libertad personal, condición básica del desarrollo de su personalidad.
- 874 La tendencia hacia el fortalecimiento de la libertad personal frente, sobre todo, al movimiento en favor de bienes colectivos o supra individuales ha favorecido la idea de reconocer mayor amplitud a los efectos del consentimiento.
- 875 La libertad personal no debe ser abusivamente obstaculizada por la pretensión estatal de proteger a las personas, sin distinción alguna, contra todo daño de uno de sus bienes y aun contra su voluntad. El rechazo de este criterio paternalista supone, justamente, reconocer que la libertad personal constituye, primero, la base tanto del respeto de la dignidad de toda persona como una condición indispensable del desarrollo de su personalidad y, segundo, uno de los fundamentos del Estado de Derecho regulado en la Constitución.
- 876 Desde esta perspectiva, no basta percibir los bienes jurídicos individuales (vida, salud, honor, libertad de movimiento, patrimonio, ...) sólo como cosas, intereses o relaciones valiosos, autónomos y preexistentes a las reglas legales que los protegen por ser condiciones indispensables para el desarrollo de la persona dentro de la vida comunitaria. Para que este desarrollo tenga lugar es indispensable que se garantice la libertad de la persona para disponer de dichos bienes conforme a sus aspiraciones y convicciones. Así, el patrimonio no sólo es el conjunto de cosas o intereses económicos, sino también la facultad de disponibilidad que sobre éstos tiene su titular. Del mismo modo, la salud o la integridad corporal son protegidas tanto en razón de su realidad somática o síquica como en consideración a que son la base de un ser libre que comprende y quiere. También la

libertad de tránsito implica la presencia de una voluntad de desplazarse.

c. Exclusión de la tipicidad

- 877 La lesión de un bien jurídico supone, de un lado, el daño o la puesta en peligro del objeto del delito (bien, en caso de daños a la propiedad; cuerpo humano, en relación a las lesiones; persona, con referencia a los delitos contra el honor) y, de otro lado, la restricción de la voluntad del titular de disponer o conservar el bien jurídico concretado en el objeto del delito.
- 878 En consecuencia, si el dominio del titular sobre el bien jurídico no es violado, la agresión es penalmente sin importancia. El ataque no es típico porque el bien jurídico (y no el objeto del delito) no ha sido dañado o puesto en peligro. Por ejemplo, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble) consiente que éste sea dañado o destruido no se realiza el tipo legal de daño (art. 278) porque el bien jurídico patrimonio, a pesar de que el objeto haya sido dañado, no ha sido lesionado. Esta lesión es excluida porque el consentimiento del propietario constituye una manifestación del libre ejercicio de su capacidad de disposición.
- 879 En casos cotidianos como el corte de pelo por un peluquero, la aplicación de una inyección por un enfermero, el podar las plantas por un jardinero, el consentimiento del titular del bien integridad corporal, salud o patrimonio hace desaparecer el aspecto negativo del resultado. Lo mismo sucede respecto al desvalor de la acción del agente, quien justamente no actúa con la intención de ocasionar un resultado perjudicial. Mediante su obrar colma más bien una de las necesidades del interesado. A la misma conclusión debe llegarse cuando se trate de casos que caen dentro del ámbito de los comportamientos socialmente adecuados o neutros que venimos de señalar. Por ejemplo, destruir un bien valioso para satisfacer el deseo de una persona querida o hacerse tatuar el cuerpo. Aquí, lo decisivo es, igualmente, el hecho de que la persona implicada es la única competente para decidir lo que conviene a su bienestar. Admitir el

criterio opuesto significaría aceptar una concepción paternalista extrema que haría del Estado el árbitro supremo de lo que conviene a la persona aun en contra de ella misma.

d. Acuerdo y consentimiento

- 880 En la perspectiva descrita, debe analizarse la distinción que se hace, en doctrina, entre el consentimiento (*Einwilligung*) y el acuerdo (*Einverständnis*). Según el criterio dominante, este último excluye la tipicidad. Es de aplicación en el caso de los delitos en que el tipo legal supone la realización de una acción contra la voluntad de la víctima. Por ejemplo, el hurto implica ruptura de posesión; es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad de su propietario. Si éste regala uno de sus bienes muebles o autoriza a un tercero para que se lo apropie no se realiza el tipo legal previsto en el art. 246. El allanamiento de morada (art. 206) supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular. En caso de que éste consienta, el acto realizado por el autor no será típico. Si la mujer acepta practicar el acto sexual, no se dará el delito de violación (art. 173). Todos estos actos no son conformes a los tipos legales correspondientes debido a que el bien jurídico protegido no ha sido lesionado. Según Jescheck, "Si el afectado está de acuerdo, la acción punible se convierte en un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado".
- 881 El consentimiento propiamente dicho, por el contrario y conforme a la concepción mayoritaria, sólo sería una causa de justificación. Este criterio supone que el acto realizado corresponde al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (art. 278) o produce una solución de continuidad en los tejidos del cuerpo de una persona (art. 144). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. El actuar de conformidad con la voluntad del afectado no constituye aquí un proceso normal de la vida social. Sus consecuencias pueden ser extremadamente dolorosas; sin embargo el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportarlas por las razones que sean. El fundamento invocado, generalmente, es el

derecho a la autodeterminación (en tanto derecho consuetudinario) o a la libertad personal consagrada en la Constitución.

- 882 También se ha buscado reforzar este criterio invocando la presencia de un conflicto entre la libertad de la persona a disponer de sus bienes y el interés de la comunidad en la conservación de los mismos. La lesión del bien jurídico será justificada en la medida en que esté comprendida por la libertad de su titular y concurren los especiales presupuestos de la eficacia del consentimiento. Este esfuerzo busca descartar la crítica que se hace a la concepción dominante, según la cual el consentimiento no puede ser catalogado entre las causas de justificación porque éstas suponen siempre un conflicto de intereses o la necesidad del comportamiento. Contra esta propuesta también es válido el argumento expresado anteriormente y basado en el rechazo de todo criterio paternalista que daría al Estado un poder muy extenso respecto a decidir lo que conviene o no a las personas.
- 883 La distinción entre acuerdo y consentimiento es demasiado problemática. El criterio no es de carácter material: no son por "naturaleza" diferentes. Es una cuestión dependiente de la manera como los tipos legales han sido elaborados. En el caso de violación de correspondencia (art. 217), por ejemplo, la autorización dada por el destinatario para que un tercero abra la carta puede ser considerada como causa de justificación porque éste ha realizado el tipo legal debido a que ha abierto un sobre que no le estaba destinado. Pero también puede estimarse que se trata de un comportamiento no típico en razón de que el permiso otorgado por el titular del derecho convierte al tercero en destinatario y, como consecuencia, falta un elemento del tipo legal: "correspondencia, pliego ... que no le estén dirigidos" (art. 217). Lo que significa que el bien jurídico no ha sido lesionado.
- 884 El caso del delito de lesiones corporales es un ejemplo muy claro de que la solución del problema reside, principalmente, en la interpretación del tipo legal respectivo. De otra manera, resultaría incomprensible por qué la doctrina casi unánimemente afirma que el consentimiento excluye la tipicidad. En cuanto al tratamiento médico,

gran parte de la doctrina ha afirmado que el galeno no maltrata al paciente sino que lo somete a un tratamiento curativo. Mientras que la jurisprudencia, en países como Alemania y Suiza, estima que la intervención del médico es típica y que sólo el consentimiento del paciente excluye la represión porque justifica el tratamiento médico. De acuerdo con Roxin, saber si la lesión causada sin consentimiento del interesado está de acuerdo con el tipo legal del delito de lesión corporal provocada por el tratamiento no consentido, no depende de la manera como se conciba el consentimiento. Es más bien una cuestión de política criminal: mientras no exista una disposición que reprima dicho comportamiento como un delito contra la libertad individual, subsiste un interés innegable de proteger la libertad de disponibilidad de este bien mediante la norma que reprime el delito de lesión corporal.

e. Derechos de la persona irrenunciables

- 885 Un obstáculo a la aceptación de la tesis del consentimiento como excluyente de la tipicidad parece ser el hecho de considerar los derechos inherentes a la persona humana como irrenunciables y que, por tanto, no pueden ser objeto de disposición.
- 886 Según estos criterios, la regla general sería la inalienabilidad de los derechos inherentes a la persona. Lo que haría ineficaz todo consentimiento respecto a su violación; es decir, invalida toda renuncia total o parcial. Esto explicaría que su ejercicio no pueda sufrir limitación voluntaria. Toda violación de estos derechos descrita como una infracción penal sería típica y sólo podría justificarse su realización en los casos previstos como excepciones. Así, por ejemplo, en caso de lesiones cuando su realización sea exigencia de un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si es inspirada por motivos humanitarios.
- 887 La deficiencia de esta argumentación reside en que parte de un presupuesto incorrecto. Los derechos inherentes a la persona no son inalienables o irrenunciables. Esta declaración contradice el principio constitucional básico de la prioridad de la persona sobre la sociedad y

el Estado, así como la libertad personal como fundamento del Estado de Derecho.

f. Casos de ineficacia del consentimiento

- 888 Si el consentimiento no excluye la tipicidad, esto se debe ya sea al bien jurídico protegido, ya a la manera como el tipo legal ha sido elaborado. Lo que significa que estamos ante una cuestión referida, en particular, al estudio de la parte especial del derecho penal. Factor decisivo es el análisis específico de cada uno de los tipos legales. Los criterios que se formulen respecto de este problema están condicionados por este análisis.
- 889 Cuando el tipo legal sólo protege un bien colectivo, es evidente que el consentimiento de una persona no tiene ningún efecto sobre la tipicidad del acto. Por ejemplo, cuando se ataca el bien jurídico seguridad pública creando un peligro común para las personas o los bienes mediante incendio (art. 282). El consentimiento de la o de las personas expuestas realmente a peligro no excluye la tipicidad. El orden jurídico busca proteger a las personas o los bienes de éstas de manera indeterminada (peligro común). Lo mismo acontece con relación al art. 302 que reprime al que "envenenare, contaminare o adulterare, de modo peligroso para la salud, agua de uso común o particular. o sustancia alimenticia o medicinal destinadas al consumo". El consentimiento de la víctima individual es irrelevante porque el bien jurídico protegido es la salud pública.
- 890 El mismo criterio debe aplicarse en relación con los delitos contra la administración pública a pesar de que una persona sea directamente perjudicada por el comportamiento. Así, por ejemplo, el delito previsto en el art. 418. Según esta disposición, se reprime al funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal ...". Además del bien jurídico protegido, es de tomar en consideración que el legislador mismo declara implícitamente inválido el consentimiento de la persona objeto del delito. Ella se encuentra en un estado de inferioridad, de desamparo respecto al funcionario (policía, juez ...). Un razonamiento

semejante debe hacerse con relación a los tipos legales en los que se prevé una intervención de la víctima y se la protege de manera especial. Es el caso, por ejemplo, de los delitos sexuales en los que la víctima es un menor de doce años (art. 173, inc. 3) o está incapacitada de resistir (art. 173, inc. 2).

- 891 La discusión es intensa respecto a los tipos legales que protegen la vida y la integridad corporal o la salud. El punto de partida de la regulación de las infracciones contra la vida es la ineficacia del consentimiento de la víctima. Esto explica que se reprima al que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente ponga fin a sus intolerables dolores. Caso previsto como un homicidio atenuado (homicidio piadoso) en algunos Códigos penales pero no previsto en el Código guatemalteco. La importancia capital de la vida como bien jurídico, justifica que se le proteja (aún en forma atenuada) contra el propio interesado. Reconocer la validez del conocimiento en base a la libertad personal puede dar lugar a situaciones no deseadas cuyas consecuencias serían irreparables (estado personal de quien consiente debido a una perturbación pasajera de sus capacidades síquicas, por ejemplo).
- 892 La regulación del delito de lesiones en sus diversas formas no prevé una disposición que señale, aun implícitamente, un criterio referente al consentimiento. Como todo delito, el delito de lesiones supone más bien que sea cometido contra la voluntad de la víctima. Al respecto es de tener en consideración que, generalmente, se autoriza la donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que se regeneran y tratándose de aquellos que no regeneran sólo si no constituyen un grave daño a la salud o no acortan sensiblemente el tiempo de vida del donante.

g. Requisitos del consentimiento

- 893 Los alcances del consentimiento están, igualmente, condicionados por la determinación de los requisitos que debe reunir. Los criterios valorativos son también aquí decisivos.

- 894 Sin pretensiones de tratar exhaustivamente el tema, señalemos los siguientes requisitos. Primero, quien consiente debe ser capaz de apreciar, correctamente, la finalidad y la importancia de la lesión. En caso de incapacidad, el representante legal es el llamado a decidir y sólo en favor de los intereses del representado. Tratándose de bienes altamente personales (por ejemplo, la libertad sexual) sólo el interesado puede consentir. Depende del tipo legal la cuestión de saber si basta la capacidad natural o si se requiere una capacidad especial, pero no necesariamente la capacidad civil porque no se trata de un acto o negocio jurídico (civil). El consentimiento de un niño con discernimiento puede excluir el tipo legal del hurto (art. 246), mas no el de estafa (art. 263).
- 895 Segundo, el consentimiento debe ser dado sobre la base de una información suficiente y exacta sobre los alcances de la acción a autorizarse. La apreciación de la importancia de la lesión está en relación con el conocimiento que, de la situación en que se encuentra, tiene quien consiente. En caso de intervención quirúrgica, por ejemplo, el médico está obligado a informar cabalmente al paciente que debe dar su consentimiento.
- 896 Tercero, el consentimiento debe ser expresado antes de la realización del acto perjudicial. De aquí se deducen dos consecuencias importantes: de un lado, el interesado puede retractarse en todo momento antes de la consumación de la acción y, de otro lado, el perdón (consentimiento *a posteriori*) no justifica el acto ya cometido; aunque puede ser considerado al momento de la individualización de la sanción.
- 897 Cuarto, el consentimiento debe ser dado en plena libertad. Es decir, no debe ser el resultado de un error u obtenido mediante coacción o astucia. Sin embargo, no todo error puede invalidar el consentimiento. Para aclarar esta afirmación se da como ejemplo el hecho de obtener que una persona permita se le extraiga sangre bajo la promesa de una remuneración, promesa que no es cumplida. El responsable sólo podría ser reprimido por estafa y no por lesiones.

- 898 Si el autor no tuvo conocimiento de que la "víctima" consentía la realización de su acto (sustraer la cosa, penetrar en la casa ...), la realización del tipo legal no puede tener lugar. Es un caso de tentativa imposible punible de acuerdo con el art. 15.
- 899 Por último, la validez del consentimiento no depende de que sea manifestado respetando una determinada formalidad. No es necesario, por ejemplo, que sea establecido por escrito. Basta que la persona interesada concrete por un acto externo el ejercicio de su libertad de disposición. En ningún caso el consentimiento puede ser presumido. Tampoco es suficiente un consentimiento general (como el exigido en caso de internamiento en un hospital) con relación, por ejemplo, a un acto particular (intervención quirúrgica).

§ 6. Culpabilidad

A. Responsabilidad

- 900 La constatación de la tipicidad y de la antijuricidad de un acto no implican necesariamente la punición del agente: éste debe ser declarado responsable. La responsabilidad significa que el autor es culpable y que la sanción penal es necesaria de acuerdo con la necesidad de prevención deducida de las condiciones previstas en la ley. Actúa culpablemente quien comete un acto ilícito (típico y antijurídico) y que, en la situación concreta, era un destinatario capaz de comprender el mandato contenido en la norma y capaz de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Esto significa que tenía, en principio, la posibilidad de comportarse conforme a derecho.
- 901 De acuerdo con el fin de prevención general de la pena (evitar mediante la amenaza de la pena la realización de actos delictuosos), resulta necesario castigar al autor culpable. Esta necesidad de castigar - basada en la culpabilidad - no constituye, sin embargo, el fundamento de la responsabilidad. Comprendida como el conjunto de condiciones que justifican imponer una pena, la responsabilidad

- 898 Si el autor no tuvo conocimiento de que la "víctima" consentía la realización de su acto (sustraer la cosa, penetrar en la casa ...), la realización del tipo legal no puede tener lugar. Es un caso de tentativa imposible punible de acuerdo con el art. 15.
- 899 Por último, la validez del consentimiento no depende de que sea manifestado respetando una determinada formalidad. No es necesario, por ejemplo, que sea establecido por escrito. Basta que la persona interesada concrete por un acto externo el ejercicio de su libertad de disposición. En ningún caso el consentimiento puede ser presumido. Tampoco es suficiente un consentimiento general (como el exigido en caso de internamiento en un hospital) con relación, por ejemplo, a un acto particular (intervención quirúrgica).

§ 6. Culpabilidad

A. Responsabilidad

- 900 La constatación de la tipicidad y de la antijuricidad de un acto no implican necesariamente la punición del agente: éste debe ser declarado responsable. La responsabilidad significa que el autor es culpable y que la sanción penal es necesaria de acuerdo con la necesidad de prevención deducida de las condiciones previstas en la ley. Actúa culpablemente quien comete un acto ilícito (típico y antijurídico) y que, en la situación concreta, era un destinatario capaz de comprender el mandato contenido en la norma y capaz de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Esto significa que tenía, en principio, la posibilidad de comportarse conforme a derecho.
- 901 De acuerdo con el fin de prevención general de la pena (evitar mediante la amenaza de la pena la realización de actos delictuosos), resulta necesario castigar al autor culpable. Esta necesidad de castigar - basada en la culpabilidad - no constituye, sin embargo, el fundamento de la responsabilidad. Comprendida como el conjunto de condiciones que justifican imponer una pena, la responsabilidad

supone la culpabilidad y ésta no implica necesariamente que el agente sea responsable.

- 902 Existen casos en que la pena resulta innecesaria en razón de las circunstancias excepcionales en que el agente ha actuado. Por ejemplo, en caso del estado de necesidad en que los bienes en conflicto son de igual valor. La doctrina admite que el autor no sea sancionado a pesar de su culpabilidad (aunque atenuada) porque la pena resulta innecesaria con relación a la función preventiva de la pena. Lo mismo sucede, en mayor o menor medida, con las circunstancias que disculpan al agente (*Entschuldigungsgründen*) - mejor dicho, que excluyen la responsabilidad - y las circunstancias que eliminan la culpabilidad, *stricto sensu* (inimputabilidad, error de prohibición inevitable).
- 903 Los criterios que determinan estas circunstancias han sido, hasta ahora, considerados al determinar la noción de culpabilidad. De esta manera, se escamoteaba su análisis. Hecho que repercutía negativamente cuando se trataba de explicar las circunstancias que excluyen la punibilidad de quien ha cometido un hecho típico e ilícito. El reconocimiento tanto de la culpabilidad como de la necesidad de sancionar preventivamente, en tanto categorías igualmente importantes de la responsabilidad, permite establecer una mejor relación con la teoría de la finalidad de la pena, según la cual una sanción penal sólo debe ser impuesta si el agente es culpable y si es necesaria de acuerdo con la función preventiva de la pena.
- 904 El hecho de tomar en cuenta la necesidad de hacer efectiva la función preventiva no significa que las condiciones indispensables para la imposición de la penalidad sean desnaturalizadas o debilitadas por el recurso de criterios de prevención. Por el contrario, dicho reconocimiento implica, de un lado, el mantenimiento de la culpabilidad como límite de aplicación de la pena en base a criterios de prevención y, de otro, la exigencia de la necesidad de limitar el poder punitivo en caso de actos culpables. Sólo se trata, en buena cuenta, de hacer lo mismo que sucede ahora: la interpretación de las normas en la perspectiva de criterios de prevención.

- 905 Este cambio de perspectiva en el análisis de la culpabilidad, mediante la incorporación de la noción de responsabilidad, no implica la substitución de la culpabilidad por la responsabilidad, sino que ésta supone tanto la primera como además la necesidad de penar preventivamente.
- 906 Es evidente que en el Código guatemalteco el vocablo responsabilidad no ha sido utilizado en el sentido que venimos de explicar. Sin embargo, como sucede con otros conceptos doctrinarios, las disposiciones del Código pueden ser interpretadas desde esta nueva perspectiva. De la simple lectura de las disposiciones del Código, se comprende que el término responsabilidad es empleado en el sentido de conjunto de condiciones que permiten sancionar a una persona por un comportamiento determinado. Es decir, la responsabilidad, en sentido amplio, existente cuando se comprueba la presencia de todos los elementos del delito (acción típica, antijurídica y culpable).
- 907 La regulación de estas condiciones ha sido efectuada de manera negativa: el legislador ha establecido "las causas que eximen de responsabilidad penal" y, de manera particular, se refiere a las causas de inimputabilidad, de justificación y de inculpabilidad. Este sentido es confirmado al regularse la participación delictuosa. Así, el art. 35, se refiere a los "responsables penalmente" y considera como tales, con respecto a los delitos, a los autores y cómplices y sólo a los primeros, con relación a las faltas.
- 908 Siguiendo a Roxin, la responsabilidad supone tres condiciones: primero, la capacidad de culpabilidad, la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto (error de prohibición) y la normalidad de la situación en la que el acto es ejecutado (estado de necesidad causa de no culpabilidad, exceso en las causas de justificación). De modo que se puede afirmar que la responsabilidad depende, en primer lugar, de la existencia de la culpabilidad y, en segundo lugar, de la necesidad de imponer una pena al autor por exigencia de la función de prevención general.

B. No hay pena sin culpabilidad

- 909 A pesar del cambio de terminología, el principio no hay pena sin culpabilidad sigue siendo, junto al principio de la legalidad, uno de los pilares fundamentales del derecho penal. Su fundamento es la protección y la garantía constitucionales de la persona y de sus derechos fundamentales (art. 1 de la Constitución). Con respecto al derecho penal, esto supone que sólo será castigada penalmente la persona que, al momento de actuar, podía captar y comprender el sentido del mandato legal y, en virtud de su capacidad de controlarse, de optar, entre las diversas posibilidades que percibía, por aquella conforme con el orden jurídico.
- 910 De las capacidades personales (volitivas e intelectuales) que hacen de un sujeto el destinatario idóneo de los mandatos normativos y de la constatación normativa que podía obrar de acuerdo con el derecho, se deduce la culpabilidad del agente que comete un acto típico e ilícito.
- 911 Comprobadas empíricamente las capacidades de autocontrol del agente, se deduce su disponibilidad de actuar conforme a derecho. Lo que no debe ser comprendido en el sentido de capacidad material de actuar de manera diferente, sino como apreciación normativa que no puede ni requiere ser comprobada empíricamente.
- 912 Actúa culpablemente quien comete un acto ilícito a pesar de serle posible inclinarse en favor de un comportamiento permitido. Esto significa que la culpabilidad supone: primero, que el agente sea, por sus calidades síquicas e intelectuales, destinatario apropiado de la norma penal; segundo, que síquicamente le era factible tomar decisiones conformes con el mandato normativo; y, tercero, que poseía reales posibilidades de controlar su comportamiento. Estos criterios no suponen la admisión y comprobación de la libertad de voluntad, hecho que no puede ser probado empíricamente de la misma manera como no pueden serlo el indeterminismo ni el determinismo. Se trata más bien de un juicio normativo que implica

que, en las condiciones señaladas, el agente debe ser tratado como libre.

- 913 La culpabilidad de la que tratamos es de carácter jurídico, no sólo ético. Está en relación con las normas legales, y las escalas a emplearse para los efectos de su medición son, asimismo, de naturaleza jurídica. De modo que es autónoma en relación a otros juicios de culpabilidad que pueden pronunciarse, por ejemplo, desde una perspectiva moral. De ahí que la afirmación de la preponderancia del principio "no hay pena sin culpabilidad", en nuestro derecho penal, no implica ni una confusión entre el derecho y la moral, ni una estimación desmesurada de la culpabilidad en detrimento de la lesión del bien jurídico.
- 914 La declaración de culpabilidad se formula contra el agente en razón del acto cometido y respecto del cual ya se ha afirmado su naturaleza antijurídica. Los juristas han sostenido, teniendo en cuenta esta peculiaridad, que nuestro derecho penal es un derecho de acciones y que, por lo tanto, también la culpabilidad es una culpabilidad referida a comportamientos, mas no a la manera de ser del agente. De otro lado, no es de admitir la denominada "culpabilidad del carácter" o "culpabilidad por conducta de la vida", en la que el juicio de reproche se expresaría con ocasión de la realización de una acción; pero, en base a la total personalidad del agente. Sin embargo, hay que recordar que la determinación del grado de culpabilidad no sólo se hará teniendo en cuenta el acto antijurídico aislado, sino también considerando las circunstancias de hecho y personales en que actuó. Pero, ya éste es un problema de graduación de la pena (art. 65), como muy bien lo considera la doctrina.
- 915 A pesar de reconocer la primacía del principio "no hay pena sin culpabilidad" algunas legislaciones penales contemporáneas conservan ciertos rezagos de la responsabilidad sin culpabilidad. Un ejemplo muy claro es el de la severa agravación de la pena en razón de la reincidencia y de la habitualidad. En ambos casos, la pena que merece el delincuente de acuerdo con la culpabilidad por el hecho cometido será agravada teniendo en cuenta hechos anteriores que

ninguna vinculación tienen con el hecho cometido. La agravación está basada en la manera de ser del agente y no en el acto que ha cometido. Esto resulta evidente en la medida en que se establece: "el delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena" (art. 24, último párrafo). Constituye, igualmente, una manifestación de abandono de la culpabilidad como base de la pena el considerar que ésta debe ser fijada "teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad" del agente (art. 65). Lo mismo se puede decir de los casos, concernientes a la parte especial, en que se agrava la represión en consideración a la peligrosidad del autor. Por ejemplo, el art. 383 que prevé la pena de muerte cuando, en caso de homicidio del presidente o del vicepresidente de la república, el autor revele mayor y particular peligrosidad por las circunstancias del hecho, los medios empleados y los móviles determinantes.

- 916 También debe ser criticada por esta razón, la admisión de la preterintención. Si bien ésta es regulada como una circunstancia atenuante, supone una responsabilidad por el mero resultado. Esto es debido a que el art. 26, inc. 6, supone que el agente haya tenido el dolo de cometer un delito (lesiones leves) y causa un daño más grave. Respecto de éste no se indica, en la disposición citada, a qué título es imputado al agente. En el derecho comparado, la preterintención ha sido considerada, por el contrario, como una agravante con relación al delito doloso menos grave. A diferencia del texto guatemalteco, la preterintención es entonces admitida cuando el resultado más grave es culposo, de modo que se trata de una mixtura de dolo en el primer acto y de culpa en el resultado más grave. Si bien esta noción surgió para contrarrestar los casos de responsabilidad objetiva (la pena se impone por el simple hecho de que se cause un daño, como lo admite el texto guatemalteco), lo cierto es que, en la práctica, sirve para reprimir severamente los casos en que no se puede probar plenamente la culpabilidad a título de dolo respecto del resultado más grave. Para mejor respetar el principio de culpabilidad, se debería aplicar a estos casos las reglas del concurso ideal: el juez debería probar debidamente la culpabilidad

del agente respecto tanto del primer delito (doloso) como del segundo (delito culposo).

C. Caso fortuito

- 917 El art. 22 del Código Penal parece admitir una forma de responsabilidad objetiva en la medida en que declara la no responsabilidad cuando, "con ocasión de acciones u omisiones lícitas" y a pesar de la "debida diligencia" del agente, éste produce "un resultado dañino por mero accidente". A contrario, se tendría que admitir la responsabilidad penal si la acción u omisión era ilícita (*versari in re illicita*), aun cuando el autor no hubiere incurrido en negligencia, impericia o imprudencia. Bastaría que hubiese causado el daño de actuar ilícitamente.
- 918 El límite de la culpabilidad es señalado por el caso fortuito, que "es el confín donde comienza lo imprevisible". Caso fortuito no significa ausencia de causa, ni se debe pensar únicamente en un suceso de la naturaleza. El caso fortuito siempre está en relación con un hacer u omitir humano. Lo que caracteriza al caso fortuito es la "imprevisibilidad del acontecimiento que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión". Sólo puede hablarse de culpabilidad en caso de un suceso previsible. El caso fortuito está fuera del derecho penal. Contra el agente que haya, mediante su accionar (aún ilícito), producido un resultado fortuito, no se puede formular el juicio de culpabilidad. En este sentido, debe ser interpretada restrictivamente la norma prevista en el art. 22 del Código Penal.

D. Teorías sobre la culpabilidad

- 919 Si existe casi unanimidad en torno a la prioridad del principio "no hay pena sin culpabilidad", subsisten las divergencias en cuanto a la manera de concebir la culpabilidad. Bajo la influencia del pensamiento positivista científico y por oposición a la tesis del

derecho natural, los juristas describieron - a fines del siglo pasado - la culpabilidad como la relación psicológica que vincula al autor del comportamiento con el resultado lesivo ocasionado. El delincuente es entonces considerado culpable porque causa un resultado ilícito mediante un acto voluntario. La culpabilidad adopta - conforme esta tesis - dos formas: el dolo y la culpa. La imputabilidad es considerada como presupuesto o condición de su existencia.

- 920 Esta explicación fue, prontamente, juzgada insuficiente. Así, se estimó que no podía explicar por qué la culpabilidad no debía ser admitida en relación con quien daña, de modo ilícito y doloso, un bien encontrándose en estado de necesidad. Pues, en este caso existe una relación psicológica clara entre el autor y el resultado. Así mismo, se objetó que la culpa inconsciente no podría ser considerada como un caso de culpabilidad, ya que dicha culpa se caracteriza, justamente, por una ausencia de relación psicológica. Se critica, así, la incapacidad de la tesis psicológica para comprender el caso en que el autor obra sin darse cuenta de las consecuencias previsibles de su comportamiento; por ejemplo, el guarda vías que se duerme y causa un grave accidente ferroviario en el que perecen varias personas.
- 921 Para superar las insuficiencias de la concepción psicológica, inspirada en criterios empíricos de las ciencias naturales, los penalistas acudieron a la tesis neokantiana. El primer paso dado fue el de reconocer que la culpabilidad suponía la constitución espiritual normal del autor, una relación síquica concreta entre éste y el resultado o al menos la posibilidad de que exista una situación normal en la que el agente actúa. Sin embargo, la especificidad de la culpabilidad es encontrada en un juicio de reproche formulado contra el autor. La culpabilidad es definida, como consecuencia, como el juicio de valor negativo (reproche) dirigido contra quien - a pesar de poder actuar conforme al derecho - realiza un acto ilícito. Esta concepción es, generalmente, designada con la expresión "teoría normativa de la culpabilidad".
- 922 Mediante este esclarecimiento, los penalistas lograron explicar y ordenar mejor los elementos constitutivos de la culpabilidad: la

capacidad penal es considerada condición previa de la culpabilidad, porque es indispensable para la formación de la voluntad contraria al derecho. Voluntad que se manifiesta de dos maneras: el dolo y la culpa. Y las circunstancias que excluyen la culpabilidad son explicadas con auxilio del criterio normativo de la no exigibilidad de otra conducta, el mismo que es concebido como una circunstancia general extra legal de exclusión de la culpabilidad.

- 923 La concepción normativa fue criticada por los sostenedores de la teoría finalista. Esta desplaza - según su idea sobre la acción final - el dolo de la culpabilidad a la tipicidad. El dolo no es más que el fin que persigue el autor del acto. El tipo legal debe, como consecuencia, comprenderlo. La culpabilidad deviene un puro juicio de reproche dirigido al responsable. Este reproche supone que el autor hubiese podido - al momento de obrar - someter su voluntad al mandato expresado en la norma legal. Como elementos del juicio de reproche, se consideró la imputabilidad, la conciencia virtual del carácter ilícito del comportamiento y la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

E. Criterios materiales de culpabilidad

- 924 Si la definición de la culpabilidad como un juicio de reproche se ha impuesto como la predominante en la doctrina, los penalistas discrepan en cuanto al fundamento del juicio de reproche. De lo que se trata a este nivel es de precisar el aspecto material de la culpabilidad.
- 925 La elaboración dogmática de la culpabilidad se funda en la aceptación de que el autor de la infracción - en el instante de actuar - tiene la real libertad de obrar diferentemente. Resulta pues incompatible con la concepción determinista del hombre y del mundo. Pues, si el delincuente fuera, fatalmente, determinado a cometer un crimen, sería absurdo de reprocharle su manera de comportarse. Esta era la idea defendida por los defensores del positivismo criminológico italiano. Según ellos, el delincuente no era culpable y, por tanto, no podía ser

castigado. Como consecuencia, el derecho penal debía ser substituido por un derecho de defensa social y la pena por medidas de seguridad.

- 926 Ante los ataques de los positivistas, los penalistas han creído, primero, evitar el problema sea aceptando *a priori* el libre arbitrio, sea afirmando que el derecho penal no tenía que tomar partido en el debate entre partidarios del libre arbitrio y defensores del determinismo.
- 927 Dentro del ámbito de la dogmática, se puede distinguir cuatro opiniones diferentes e importantes. en primer lugar, aquella que sin cuestionar la noción de culpabilidad, admite la imposibilidad de demostrar la libertad del hombre en tanto que persona individual. Para descartar esta dificultad, aprecian la culpabilidad desde una perspectiva comparativa social (*sozial-vergleichendes Schuldurteil*). Esta apreciación comporta plantearse la cuestión de saber "si un individuo medio hubiera podido - encontrándose en la misma situación que el autor - actuar de manera diferente". Así, ante la incapacidad de constatar "la posibilidad concreta e individual de obrar diferentemente", se propone reemplazar este criterio por un modelo normativo general. Este último, se fundaría en "la posibilidad de actuar que tiene un prototipo de persona media". Dicho de otra manera, para saber si alguien es culpable, sería suficiente ponderar sus actos en comparación con el modelo de comportamiento que se puede atribuir - en circunstancias semejantes - a una persona media (modelo abstracto). Este criterio implica en buena cuenta el abandono de la idea indeterminista adoptada como punto de partida.
- 928 En segundo lugar, señalemos la opinión de los penalistas que rechazan el libre arbitrio o consideran que es imposible de aportar la prueba - en el caso concreto - de la libertad del delincuente. Como consecuencia, estiman, de un lado, que la culpabilidad es una noción superflua y, de otro lado, que el derecho penal puede - conservando el recurso a la pena - ser elaborado sin dicho elemento. Según ellos, bastaría recurrir a los medios que procuran las ciencias humanas, en especial la psicología y la psiquiatría, para explicar por qué el derecho penal es útil y necesario.

- 929 En tercer lugar, se encuentran los penalistas que consideran - después de haber constatado la fragilidad de la base sobre la que reposa la noción de culpabilidad - que es indispensable darle una orientación distinta a la que se le atribuye tradicionalmente. Este nuevo planteamiento de la noción de culpabilidad debería inspirarse en los fines fundamentales del derecho penal.
- 930 Teniendo en cuenta la función de prevención de la pena y siguiendo los lineamientos de la teoría de sistemas desarrollados por Luhmann, se propone que la culpabilidad sea considerada como el factor que permite imputar a una pena un hecho de acuerdo con las necesidades de la función de prevención general de la pena. Con esto se quiere decir que el contenido de la culpabilidad está determinado por el fin de prevención general (positiva) de la pena. El mismo que es comprendido como el restablecimiento, mediante la intimidación, de la confianza en el ordenamiento jurídico que ha sido perturbada por la realización del comportamiento delictuoso.
- 931 La crítica más importante formulada contra esta concepción se basa en la idea de que la persona debe ser considerada como un fin y no como un medio. Ahora bien, si la culpabilidad es fundamentada en la necesidad de reforzar la confianza en el orden jurídico, la imposición de una pena implicaría la utilización de la persona del delincuente como un medio para alcanzar dicho objetivo. Además, se ha recordado que la función de la pena no puede ser concebida unilateralmente como prevención general y, como consecuencia, como puramente represiva. De esta manera se abandonarían o debilitarían en extremo la función de la culpabilidad como límite de la punición; pues por necesidades de prevención general podría imponerse una pena que sobrepase la culpabilidad del agente.
- 932 Partiendo de la doble constatación que es imposible probar tanto la corrección de los criterios determinista e indeterminista como el hecho de que, en el momento de actuar, el agente posea la libertad de voluntad que le permitiría obrar diferentemente, se busca explicar la culpabilidad sobre la base de dos factores: de un lado, la posibilidad de probar empíricamente la capacidad de controlarse del agente y,

del otro, la posibilidad de considerarlo, consecuentemente, como libre. Sin este último criterio, de carácter normativo, la vida social es inimaginable. Esto es confirmado por la experiencia diaria en la medida que la natural comprensión de sí misma de una persona normal se basa en su conciencia de esta libertad.

- 933 La comprobable capacidad de control de sí mismo permite afirmar que el agente, en el momento de actuar, podía comprender el mandato normativo que le estaba destinado. Este mandato podía, en consecuencia, devenir en el motivo determinante de su comportamiento. Si éste no fuera el caso, el ejercicio del poder punitivo resulta superfluo y excesivo. La imposición de la pena no depende así de criterios imprecisos de prevención general o especial. La culpabilidad constituye el fundamento y límite de la pena.
- 934 La culpabilidad no implica sin embargo la necesidad de la imposición de una pena. Esto último depende de "la necesidad social de sancionar penalmente". Lo que comporta precisar bajo qué criterios de política criminal se trata de hacer a alguien responsable de la realización de tal o cual acción. El hecho de determinar si es necesario castigar sería un problema a resolver de acuerdo a los fines del derecho penal.
- 935 Ratificada así la necesidad de continuar tomando en cuenta la noción de culpabilidad mientras que la pena subsista, se trataría de abandonar la concepción retribucionista - basada en el reproche de culpabilidad y en la despreocupación por la suerte del condenado una vez satisfecho el afán punitivo - por una manera de reaccionar jurídico penal que tanto tome en cuenta la responsabilidad de la sociedad como que sea humanamente solidaria con el delincuente. No es más posible contentarse con la aplicación pura y simple del principio de culpabilidad.
- 936 El debate sobre los fundamentos de la culpabilidad refleja un cambio substancial en la manera de concebir el derecho penal. La discusión implica, en realidad, replantear el análisis de las circunstancias que justifican considerar a una persona responsable de un acto dañino. En

esta tarea las elaboraciones dogmáticas no deben servir para ocultar las posiciones axiológicas que subyacen tanto en la discusión como en la aceptación de las soluciones referentes a los diversos problemas jurídico penales.

F. Capacidad penal

a. Generalidades

- 937 El ordenamiento jurídico penal distingue dos grandes grupos de personas. Las mayores de 18 años de edad, a las cuales presume capaces de obrar culpablemente y de comprender el significado de la pena; y las menores de 18 años, excluidas del derecho penal común y sometidas a un derecho de carácter preventivo tutelar (art. 23, inc. 1 Código Penal; art. 8 Código Civil). Esta regulación está de acuerdo con la Constitución, que en su art. 20 dispone: "los menores de edad que transgreden la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud". La índole tuitiva del derecho penal de menores está prescrita en el segundo párrafo de esta norma constitucional. Así, se dispone que los menores que cometan un ilícito penal "serán atendidos por Instituciones y personal especializado". Consagra la separación material del derecho penal de menores del derecho penal de adultos, prohibiendo que, "por ningún motivo, pueden ser recluidos en centros penales o de detención destinados para adultos".
- 938 De acuerdo con el Código de la Niñez y la Juventud de 1996, se considera niño a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad (art. 2). A partir del art. 159, se regula el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal, es decir cuando un joven comete un delito o una contravención según la ley penal (art. 159). El objetivo del proceso, a cargo de jueces y tribunales de jóvenes en conflicto con la ley penal, tiene como objetivo establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quién es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las medidas

correspondientes. Así mismo, busca la reinserción del joven en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en el Código de la Niñez y la Juventud (art. 198). Las medidas aplicables a los jóvenes, de conformidad con el art. 265, pueden ser socio-educativas o privativas de libertad.

- 939 En relación con el derecho de menores, no se plantea el problema de la capacidad o imputabilidad de la misma manera que en el derecho penal común. Siendo éste, fundamentalmente, un derecho penal del acto, la imposición de la pena depende del principio de la culpabilidad: "no hay pena sin culpabilidad". Por esto aquí es indispensable comprobar si el agente es capaz de actuar culpablemente. Es decir, si es imputable. En el caso de los menores, por el contrario, la preocupación primera no es la de determinar su culpabilidad y, en consecuencia, la pena respectiva. La prioridad la tiene la determinación de la personalidad y la situación del menor con la finalidad de someterlo a un tratamiento adecuado. Según el art. 266, inc. d, por ejemplo, se debe considerar para determinar la medida aplicable "la edad del joven, origen cultural y sus circunstancias personales familiares y sociales".
- 940 La denominación dada a las sanciones previstas en el Código de Menores no debe llevar a confusión, pues varias de estas medidas revisten el carácter de penas. Es el caso sobre todo de las medidas privativas de libertad. Por ejemplo, el internamiento en centro especializado, calificada de excepcional, puede durar un máximo de cinco años para jóvenes entre los quince y los dieciocho años y de tres años para jóvenes con edades entre los doce y los quince años (art. 275).

b. Menores de edad

- 941 En general, las leyes parten de la constatación de que la imputabilidad no aparece de repente, sino que es el resultado de un largo y difícil proceso. Si las disposiciones penales no tuviesen en cuenta este hecho, serían ajenas a la realidad humana y social. Es necesario que consideren las diferentes etapas por las que pasa la persona, quien

crece y se desarrolla de acuerdo con sus cualidades innatas y al ambiente en que se desenvuelve.

- 942 Sin entrar a analizar las diversas etapas de la vida del individuo, señalemos que el paso de la niñez a la madurez es un período de particular tensión interna y externa. Tensión que será superada, biológicamente, con el paso a la pubertad (madurez - sexual) y, sociológicamente, con la adecuación a un nuevo papel social: precisamente, el del adulto. Esta fase de tránsito se caracteriza por el desequilibrio notable en el mundo interno del adolescente y por las contradicciones existentes entre "su personalidad y su situación vital interna".
- 943 El rápido crecimiento biológico del individuo no tiene un progreso correlativo con su desarrollo intelectual y moral. El adolescente es poseedor de una energía corporal que no cuenta con los mecanismos de control e inhibición del adulto. Las vivencias del individuo en esta etapa, se orientan intensamente a la autorealización mediante una elevada acentuación del yo marcada por un poderoso afán de imponerse. Su inseguridad interna se manifiesta en un claro sentimiento de orgullo y rebeldía frente al sistema. Esto constituye una señal de debilidad e incapacidad para comprender todas las consecuencias de su manera de actuar. Situación que se complica por su volubilidad e inconstancia que dificultan el proceso de inserción social. Además, los poderosos apetitos sexuales despertados cautivan su fantasía sin encontrar caminos de satisfacción permitidos. En todo momento, fluctúa entre el querer y el deber.
- 944 La duración de esta etapa de la vida del individuo no es uniforme, varía en consideración a sus cualidades innatas, al medio geográfico y al contexto social y cultural en que vive. Los especialistas no han llegado a ponerse de acuerdo respecto al límite; pero sí son contestes en el hecho de que los actos realizados por el individuo en esta fase de la vida no pueden ser observados y valorados de la misma manera con que se juzga a los actos de una persona madura. De ahí que el legislador en materia penal haya tratado de adecuar, con más o menos fortuna, la regulación de la capacidad penal de las personas a

los resultados obtenidos por el progreso de las ciencias que se ocupan del hombre.

G. Imputabilidad: generalidades

- 945 La capacidad penal constituye la condición previa e indispensable de la punibilidad, que presupone la culpabilidad. Esta implica la libertad de la persona, la posibilidad de actuar de manera diferente. Si estuviera fatalmente determinada a obrar como lo ha hecho, sería imposible reprocharle su modo de comportarse. De esta manera, se vuelve nuevamente al dilema de escoger entre el indeterminismo (libre arbitrio) y el determinismo.
- 946 Sin entrar en la tradicional controversia entre los partidarios de ambas concepciones, controversia completamente desnaturalizada, debemos señalar que, en el estado actual de nuestros conocimientos, resulta altamente dudoso aceptar que el comportamiento humano es, necesariamente, determinado o, totalmente, autónomo. Es de satisfacerse con aceptar, prudentemente, el condicionamiento parcial del comportamiento de las personas.
- 947 Si se analiza atentamente cómo los indeterministas han planteado sus ideas, se percibe que no buscan dar una explicación causal del comportamiento humano. Buscan más bien explicarlo desde una perspectiva normativa que no es incompatible con la tesis determinista. Se trataría de una manera de reivindicar que los individuos sean tratados como personas; es decir que sus opiniones y decisiones sean consideradas seriamente. Estas no pueden ser tan fácilmente constatadas como lo son el color de la piel o de los ojos, el grupo sanguíneo o las perturbaciones hormonales.
- 948 El aspecto central del problema es la dignidad de la persona humana cuya realidad es una verdad indubitable de nuestra conciencia moral y social. El individuo no es, simplemente, el objeto pasivo de sus hechos y gestos. Posee al momento de obrar, el sentimiento de ser libre y espera también que los demás tengan un comportamiento libre.

Pensar, hablar, amar o trabajar son acciones que pueden ser ejecutadas por el hombre en la medida en que pueda controlar y orientar su actividad.

- 949 En esta perspectiva y para los fines propios del derecho penal, no es indispensable recurrir a ficciones o a afirmaciones *a priori* para admitir que el comportamiento humano, salvo en determinadas circunstancias, sea el resultado de una cierta autodeterminación del autor. Esta idea no contradice los criterios preponderantes en las ciencias sociales y humanas. La idea del individuo como persona capaz de determinarse autónomamente, estando aún sometida a la influencia de circunstancias externas y personales, se encuentra en la base de la organización social tal como la vivimos. Su aceptación supone una consagración de la dignidad basada en su sentimiento de libertad personal. Dignidad considerada como piedra angular del sistema regulado en la Constitución.
- 950 Todo comportamiento humano está condicionado por factores externos. Pero, el autor es capaz, según las circunstancias, de conocer la significación de su acto y de orientar su voluntad según juicios de apreciación. La psicología moderna ha desarrollado la teoría de la personalidad estratificada, que complementa la solución intermedia que es necesario seguir para mejor explicar los actos humanos. Su capacidad de autodeterminación permite al hombre controlar, conforme a las condiciones sociales, su impulso para realizar ciertos actos. Este elemento justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.
- 951 La admisión de la influencia de los factores internos y externos en la conducta delictiva ha condicionado la incorporación de las medidas de seguridad como recurso para mejor combatir el delito. Desde esta perspectiva, se comprende mejor, de un lado, el abandono de la concepción clásica que consideraba el libre albedrío como piedra angular del sistema y reconocía la pena como única reacción contra el delito; y, de otro lado, la concepción positivista italiana y de sus epígonos que admite la "responsabilidad social" y estima que el delincuente debe ser sólo tratado y no sancionado.

a. Técnica legislativa

- 952 El legislador, consciente de las innumerables dificultades que comporta elaborar en la ley una definición positiva de la imputabilidad, parte de la presunción de que los mayores de 18 años son normalmente capaces de actuar culpablemente y se limita a establecer las condiciones necesarias para considerarlos como no imputables. Siguiendo la fórmula mixta, de frecuente utilización en los Códigos modernos, se declara no imputable a "quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión".
- 953 La fórmula mixta utilizada significa que, para declarar no imputable a una persona, no es suficiente constatar la existencia de uno de los estados personales indicados en el texto legal, sino que es necesario comprobar que ha sido la causa de la incapacidad para comprender el carácter ilícito del acto o para determinarse de acuerdo con esta apreciación. De esta manera, se dejó de lado la fórmula puramente biológica de los Códigos penales del siglo pasado.
- 954 En un primer momento, la fórmula mixta fue caracterizada como biopsicológica. Designación criticada justamente porque los elementos aludidos como de naturaleza biológica no lo son en realidad. Se trata, en buena cuenta, de factores psicológicos. Los comprendidos bajo este término en la designación de la fórmula no tienen, fundamentalmente, este carácter; sino, más bien, son de índole socio - valorativa. Por estas razones, se considera que mejor sería hablar de fórmula descriptivo (elementos fácticos) - normativa (elementos valorativos). Sin embargo, se ha señalado con razón que esta manera de caracterizar la fórmula legal no es totalmente correcta: las causas y los efectos indicados son, en buena cuenta, tanto de naturaleza psicológica (fáctica) como normativa. Esto es evidente, por ejemplo, cuando se precisa que la alteración de la conciencia debe ser grave (apreciación normativa) y cuando se

piensa que la conciencia es de índole psíquica, pero que la capacidad personal es de orden normativo.

- 955 Fuera de estas discrepancias, lo importante es que mediante la adopción de la fórmula mixta, se establece claramente que la determinación de si un sujeto es o no imputable, constituye una apreciación (juicio de valor) del juez en base a la constatación de una situación concreta (hecha por los peritos).
- 956 Esta potencialidad propia de cada persona no es únicamente un factor natural, innato. Es más bien el resultado de un proceso que comienza con el nacimiento dentro de un grupo social y que consiste en la asimilación, por la imitación o el aprendizaje, de pautas culturales que constituyen las diversas maneras de reaccionar ante el entorno social y natural. La internación o asimilación de dichas pautas culturales forma progresivamente la personalidad de cada individuo. En la medida que asimile esas pautas, éste se integrará en su comunidad como persona.
- 957 La falta de integración o una integración defectuosa dará lugar a comportamientos contrarios al sistema cultural del grupo social del cual es miembro el agente. En sociedades culturalmente heterogéneas, estos comportamientos pueden contradecir las pautas culturales de los otros grupos y, en particular, las que impone el grupo social dominante. En estos casos, las pautas violadas son ineficaces para motivar el comportamiento de las personas que, debido a su experiencia cultural, no tienen la capacidad de comprenderlas y/o de obedecerlas. Como consecuencia, no puede reprochárseles su "mal comportamiento" (malo de acuerdo con las pautas culturales ajenas) y, por tanto, resulta inútil sancionarlas penalmente.
- 958 Dentro de esta perspectiva, se comprende mejor la afirmación de que la imputabilidad es una noción social, normativa. No sólo porque los factores mencionados en el art. 23, inc. 2 sean criterios normativos referidos a ciertos aspectos fácticos, sino sobre todo porque la determinación de la existencia, total o parcial, de las capacidades de comprender el carácter delictuoso del acto y de determinarse de

acuerdo con esta apreciación suponen, necesariamente, tener en cuenta el contexto social del agente y el grado de integración de éste en su grupo social.

b. Noción de imputabilidad

- 959 Se deduce de la concepción negativa de la imputabilidad admitida por el legislador, la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la capacidad de apreciar el carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse conforme a esta comprensión.
- 960 Destaquemos, en primer lugar, que el legislador se refiere a la "capacidad de comprender el carácter ilícito" y no a la "comprensión del carácter delictuoso". Se trata de la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender (consideraciones mutuas, necesidad de la represión eventual de la violación de las normas sociales). Sin embargo, esta capacidad no se confunde con la conciencia de la antijuricidad del acto o de su carácter punible. Ella consiste, más bien, en un desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no sólo ético sino también legal. En esta perspectiva, se puede decir que el mandato legal podía constituirse en factor determinante en el proceso de motivación que concluye en la realización del acto.
- 961 Cuando el legislador alude a la "capacidad de determinarse", se refiere a la voluntad. No se trata de aceptar el libre albedrío, sino de reconocer al hombre consciente de sus deberes la capacidad de obrar según sus móviles. Esta facultad no es considerada ni como una entidad abstracta, ni como una simple función puramente psicológica. Se trata del "potencial voluntario mínimo que permite al individuo controlar, en concreto y efectivamente, su comportamiento según las normas de conducta admitidas, de manera general, por la sociedad en la que vive". Así, se considera que la inteligencia le basta al hombre normal para darse cuenta de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden.

Ella impone, pues, una pena sólo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y actuar conforme a estas exigencias (factor volitivo). La apreciación valorativa de que el agente no tuvo una de esas capacidades al momento de obrar es de exclusiva competencia del juez.

- 962 Según la fórmula empleada por el legislador, el examen de la capacidad del autor para apreciar el carácter delictuoso del acto precede al examen de la facultad de determinarse conforme a esta apreciación. La ausencia o existencia de esta última facultad se determinará sólo después de haber constatado la existencia de la facultad de comprender el carácter ilícito del acto. En la realidad, no siempre resulta simple distinguir nítidamente si se trata de la ausencia de una u otra facultad, debido a que se hallan estrechamente relacionadas.

c. Inimputabilidad

- 963 Nuestro legislador considera que basta que una de las dos facultades falte para que el agente sea considerado no imputable. Como ya lo hemos dicho, esto debe ser el efecto producido por una de las causas relacionadas con el estado personal del agente.

c.a. Enfermedad mental

- 964 La noción de enfermedad mental es, en muchos aspectos, más restrictiva que la noción de anomalía síquica. Por esto, se han debido mencionar también el desarrollo síquico incompleto o retardado y el trastorno mental transitorio.
- 965 La expresión enfermedad mental no ha sido utilizada en sentido técnico, por ejemplo de la psiquiatría. Disciplina que, en los últimos, años ha pasado por una crisis seria de identidad. Entre los especialistas, la noción de enfermedad mental varía de acuerdo con la perspectiva ideológica que adopten. Si se limitan a una perspectiva puramente "médica", se le considera sólo como la perturbación mental originada por un factor orgánico o biológico. Por el contrario, cuando adoptan una orientación "sicológica" se amplía la noción en el sentido de que se trata de un desorden síquico. Por último, con una

tendencia sociológica, se le define como un trastorno síquico de origen social, es decir debido a las relaciones personales inadecuadas del individuo con su medio de vida o de trabajo. Todos estos criterios deben ser tomados en cuenta sin espíritu dogmático para comprender mejor la compleja realidad personal que se debe considerar para decidir si una persona es imputable o no. No es, como consecuencia, de gran importancia optar por uno de dichos criterios, ni tampoco que sea de ubicar la situación personal del agente en una de las categorías mencionadas en los diversos catálogos de trastornos mentales elaborados por los siquiátras. Lo decisivo es que la perturbación síquica sea de tal índole e intensidad que sea idónea para comprometer gravemente la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esta comprensión.

- 966 Desde que se abandonan los criterios propios de la medicina y se adopta el sentido profano, se puede afirmar que la fórmula legal está dirigida a comprender los fenómenos psíquicos que parecen a un neófito en medicina cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen absolutamente ajenos, impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. El profano no diferencia tampoco entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva.

c.b. Desarrollo psíquico incompleto o retardado

- 967 Por diversas causas endógenas o exógenas, la persona puede sufrir una perturbación en el desarrollo normal de su personalidad. Su salud mental puede resultar así afectada de diferentes maneras y en diversos grados. Pueden mencionarse, por ejemplo, los casos de oligofrenia: idiocia, imbecilidad, debilidad mental, inteligencia limitada. Se trata, por tanto, de afecciones permanentes o cíclicas que determinan la incapacidad de la persona para integrarse plenamente en el medio social. Por el contrario, no son comprendidas por la fórmula legal los casos de debilidad de carácter o de deficiencias morales.

- 968 Muchas veces, algunas de estos estados mentales insuficientes son el resultado o están condicionados por las circunstancias sociales en que ha vivido la persona involucrada. Un caso interesante es el de las personas sordomudas que por sus defectos sensoriales no se desarrollan plenamente. Sus deficiencias les impiden, en caso de no ser compensadas por una instrucción y educación adecuadas, tengan una idea correcta de la realidad. Lo que las incapacita para comprender la significación social o jurídica de sus actos o para autodeterminarse. Así, la persona sordomuda a la que no se le ha dado la atención especializada necesaria puede sufrir tales deficiencias que resulta posible ser comparada a un débil mental por no haber desarrollado normalmente su inteligencia. Aun en caso de haber sido educada, subsisten graves deficiencias mentales que pueden muy bien tener un origen patológico (enfermedad mental).
- 969 Otro caso que merece ser mencionado es el de las personas de edad avanzada que sufren de un proceso de degeneración física y mental. En estos casos no es que el desarrollo síquico se haya paralizado como parece exigirlo la fórmula legal, pues el estado de la persona no puede ser calificado de incompleto ni de retardado. Es más bien, como lo hemos indicado, una involución del desarrollo alcanzado debido al desgaste vital.

c.c. Trastorno mental transitorio

- 970 El trastorno mental a que alude la ley debe ser comprendido en la perspectiva de la toma de conciencia del mundo por las personas. Cada uno de nosotros está dotado de cierto poder de reflexión que nos permite obrar sabiendo lo que hacemos. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión, no se tendrá conciencia de uno mismo, de la conciencia de los hechos exteriores o de la relación existente entre ambas, lo que implica una perturbación de la autodeterminación. Esta perturbación de la conciencia (o mental en el lenguaje de la ley) no tiene un origen patológico como sucede con la casi totalidad de los casos comprendidos en las otras causas. Se pueden dar como ejemplo los estados de ebriedad, profunda fatiga, hipnosis o crepusculares no patológicos.

d. Actio libera in causa

- 971 De acuerdo con el art. 23, inc. 2, *in initio*, la imputabilidad del autor se determina en "el momento de la acción u omisión". El agente debe ser capaz de obrar culpablemente en el momento en que desencadena el proceso de realización del delito. La *actio libera in causa* no constituye una excepción al principio de la concomitancia del acto y la capacidad penal, como parece desprenderse del texto de la ley: "salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente" (art. 23, inc. 8, *in fine*)
- 972 La cuestión de la *actio libera in causa* se presenta cuando se plantea la cuestión de la responsabilidad de quien, siendo imputable, genera la causa que dará lugar a la realización de una infracción. En la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, se distinguen dos casos: en el primero, el agente produce su propia incapacidad con la intención de cometer un delito, concebido y decidido por él (*actio libera in causa* dolosa). Por ejemplo, el autor que, con el propósito de matar a una persona, se droga para darse el coraje de pasar al acto.
- 973 En el segundo caso, el agente se pone en ese estado de incapacidad pudiendo y debiendo saber que, llegado el momento, no podrá usar de la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria y esto sabiendo que tendrá que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades (*actio libera in causa* culposa). Por ejemplo, el agente que, sabiendo que debe regresar a casa conduciendo su vehículo y pudiendo darse cuenta de la posibilidad de provocar un accidente, continúa bebiendo hasta embriagarse y, luego de regreso a casa atropella a una persona.
- 974 La manera como el legislador ha regulado la *actio libera in causa* sólo permite comprender la forma dolosa. Difícilmente, se puede interpretar el término "de propósito" empleado en la ley de manera tan amplia que comprenda la *actio libera in causa* culposa. Esta deficiencia legislativa dejaría en la impunidad casos graves como los relacionados con las muertes y lesiones provocadas por un chofer que causa un accidente con su vehículo por el estado de ebriedad en

que lo maneja. Esta insuficiencia aparece, igualmente, en cuanto se prevé, en el art. 27, inc. 17, la *actio libera in causa* como circunstancia agravante. Esta circunstancia consiste en embriagarse o intoxicarse "deliberadamente para ejecutar el delito". Los términos deliberadamente y de propósito son sinónimos en la medida que suponen la voluntad dirigida a alcanzar un objetivo previamente fijado.

e. Duda sobre el estado mental del agente

- 975 Cuando hubiere sospechas de que el inculpado sufre de incapacidad, el Ministerio Público o el Tribunal competente ordenará la peritación correspondiente (art. 76, último párrafo del Código Procesal Penal). Con la finalidad de preparar el informe sobre el estado psíquico del imputado y de ser necesario, se le internará en un hospital psiquiátrico. Medida que sólo podrá ser ordenada por el juez de primera instancia, o por el tribunal competente, según el caso (art. 77, primer párrafo del Código Procesal Penal).
- 976 La fórmula adoptada por el legislador para la determinación de la no imputabilidad, reconoce una singular importancia a la labor de los expertos. Estos son sus auxiliares indispensables para determinar la imputabilidad del inculpado y la medida de seguridad aplicable. Pero, en definitiva, es el juez quien decide sobre la imputabilidad del agente. Evidentemente, él no puede rechazar o ignorar, arbitrariamente, el informe del experto. En tanto elemento de prueba, el informe de los expertos se valorará "conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este Código" (art. 186, segundo párrafo, del Código Procesal Penal).

H. La llamada "imputabilidad disminuida"

- 977 La distinción entre individuos psicológicamente normales y anormales no es nítida. La siquiatria reconoce, desde hace algún tiempo, que hay una zona intermedia entre la normalidad y la anormalidad; zona en la

que se encuentran los individuos claramente disminuidos en sus capacidades psíquicas.

- 978 Frente a este gran problema, la doctrina clásica adoptó una fórmula, que es a la vez lógica en sus principios y práctica por su simplicidad. Ella preconiza atenuar la pena de los delincuentes en razón de la disminución de su estado mental constatado por los expertos. Claro está que esta disminución de su estado mental no alcanza las proporciones de los estados que acarrearán la no imputabilidad.
- 979 Esta solución era conforme a los principios de la doctrina clásica, que consideraba la pena como una pura retribución y fundaba su aplicación en el libre albedrío. Si éste era limitado, la lógica exigía que la pena fuese reducida. En la práctica, estas ideas dejaban a la sociedad sin protección frente a individuos que constituyen, precisamente, a causa de su anormalidad, un peligro social más grave que los individuos normales. La solución clásica era inaceptable desde el punto de vista de una correcta política criminal. Para evitar estos inconvenientes, se propugna la aplicación de medidas de seguridad adecuadas al estado personal de estos delincuentes.
- 980 Las personas de imputabilidad disminuida no constituyen una categoría intermedia entre los imputables y los inimputables. Por el contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden, pues, ser castigados como los autores considerados imputables. Pero, el juez debe tener en consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales.
- 981 El legislador guatemalteco ha previsto una disposición particular sobre la imputabilidad disminuida en tanto circunstancia atenuante. En el art. 26, inc. 1, se mencionan "las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto".
- 982 Las circunstancias orgánicas o patológicas a que alude la norma citada son las mismas que las indicadas en relación con la determinación de la no imputabilidad (art. 23). Esto es claro en

relación con la enfermedad mental y con el desarrollo síquico incompleto o retardado, estados patológicos que pueden tener una base somática o no. Lo determinante es que dichas circunstancias, en razón de su naturaleza e intensidad, no excluyen completamente la capacidad de comprender o la capacidad de determinarse. En el texto legal, se dice "de querer" en lugar de "determinarse". Este cambio de terminología no comporta una variación de sentido: querer debe comprenderse justamente como la capacidad de determinarse, de dirigir la voluntad a la realización de un hecho determinado.

- 983 Por la deficiente técnica legislativa utilizada, se plantea la cuestión respecto a la circunstancia del "trastorno mental transitorio" que no estaría comprendida por la fórmula: "condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas". Así, por ejemplo, la embriaguez o la intoxicación mediante drogas no están relacionadas, necesariamente, con estados patológicos u orgánicos. De modo que no sería de aplicación el art. 26, inc. 1.
- 984 Sin embargo, esta cuestión puede ser resuelta recurriendo a la noción de atenuante por analogía (art. 26, inc. 14), ya que es una circunstancia semejante, de hecho y normativamente, con la inculpabilidad incompleta prevista en el inc. 13 de la misma disposición. Cuando en el trastorno mental transitorio "no concurren los requisitos necesarios" para excluir una de las capacidades que constituyen la imputabilidad, se da la imputabilidad relativa. La capacidad restringida con la que actúa el agente determina una disminución de la culpabilidad y, como consecuencia, debe ser reprimido menos severamente que si hubiese actuado siendo plenamente imputable.
- 985 El juez constatará, primero, la existencia o no existencia de la imputabilidad. Después de constatar que el autor es imputable, indagará sobre la posible existencia de una disminución en la imputabilidad. Si la respuesta es afirmativa, el juez atenuará la pena. Pero, si el delincuente imputable reúne las condiciones exigidas por la ley deberá ser sometido a la medida de seguridad correspondiente.

- 986 Esta solución resulta de difícil aplicación en el marco de las disposiciones del Código Penal. En éste sólo se establece expresamente la declaración de inimputabilidad como índice de peligrosidad (art. 87, inc. 1) y no se estatuye medida de seguridad específica a los casos de imputabilidad relativa. Además de la capacidad disminuida, el agente debería ser, por ejemplo, un ebrio habitual o un toxicómano (art. 87 incs. 6 y 7, art. 94).

I. Excursus: Imputabilidad y pluralidad cultural

- 987 En países como los nuestros caracterizados por la pluralidad cultural, se ha planteado el problema del tratamiento de las personas que, no estando totalmente integradas a la cultura oficial, cometen comportamientos calificados como delitos por las leyes penales. En los primeros códigos republicanos, muy influenciados por la legislación española, no se tuvo en cuenta que los pobladores aborígenes se orientaban por pautas culturales que diferían de las criollas. Posteriormente, se trató de tener en cuenta esta situación particular. Por ejemplo, el legislador peruano, en el Código Penal de 1924, consideró como inimputables o imputables relativos a los indígenas y a los pobladores de la selva, en la medida en que preveía para ellos la substitución de la pena por una medida de seguridad. Cabe señalar también que en el proyecto venezolano de 1948 (art. 13) se estatuyó: "el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un ... delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural". De modo diferente, el proyecto boliviano de 1964 también previó la exclusión de la responsabilidad de los indígenas. Así, disponía que "el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena".
- 988 En los últimos años, se ha promovido la necesidad de "que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas

jurídicas o culturales dominantes". En este sentido, se ha buscado elaborar el concepto de "error de comprensión culturalmente condicionado". Inspirándose de esta idea, se ha establecido en el Código Penal del Perú de 1991, una circunstancia de no responsabilidad especial. Según el art. 15 de este Código, no es responsable quien, por razón de su cultura o costumbres, no comprende el carácter delictuoso de su comportamiento o no puede decidirse de acuerdo con esta apreciación. Esta norma sigue la estructura de la disposición que regula la inimputabilidad (art. 20, inc. 1). Por esta razón resulta difícil admitir que se trata del denominado "error de comprensión condicionado culturalmente".

- 989 Si por comprensión entendemos la "acción de comprender" y la "facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar la realidad", todo error es un error de comprensión. Y como todo entender o comprender la realidad está condicionado por la cultura de la persona, todo error es un error condicionado "culturalmente".
- 990 Esto quiere decir que el error de tipo (sustraer una cosa ajena creyéndola propia) o el error de prohibición (practicar el acto sexual con una menor creyendo que está permitido por el matrimonio a prueba admitido en el grupo social a que pertenecen las dos personas en cuestión), son errores culturalmente condicionados. Por lo tanto, estos casos no se hayan comprendidos en el art. 15 del Código peruano. A estos errores hacían referencia, por el contrario, las Bases del proyecto de Código Penal boliviano de 1964, citadas anteriormente. La disposición peruana se refiere, más bien, a un caso particular de incapacidad de las persona que comete un delito. Este era el sentido expresamente manifestado por los autores del Proyecto venezolano de 1948.
- 991 El art. 15 del Código peruano hace depender la incapacidad de darse cuenta que el comportamiento contradice el orden jurídico (basado en un conjunto de valores culturales determinados) o de determinarse de acuerdo con esta apreciación del hecho que el agente pertenece a una cultura diferente (cultura que no contiene la norma violada o que

prevé una norma contraria por valorar diferentemente el comportamiento en cuestión).

- 992 Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (art. 20, inc. 1), a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor. En lugar de estas circunstancias, en el art. 15 se mencionan la "cultura" o las "costumbres" del agente. Estas deben ser las causas de que éste sea incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación. Sus patrones culturales, diferentes de los que se hallan en la base del Código penal, "afectan gravemente su concepto de la realidad", en tal medida que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya debidamente integrado a la cultura dominante.
- 993 Según el texto mismo del art. 15, elaborado de acuerdo con el art. 20, inc. 1 (inimputabilidad), el problema no consiste en que una persona plenamente capaz (tanto síquica como culturalmente) crea por error que actúa conforme al orden jurídico, sino que más bien no posee las condiciones personales para actuar conforme a derecho. En otras palabras, aun cuando el agente no sabe que comete un acto delictuoso, se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de "un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal" (art. 14, pf. 2, del Código peruano), sino porque está en la imposibilidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños.
- 994 Para comprender esta solución al problema planteado por la aplicación de un sistema penal, manifestación de una cultura, a personas de culturas diversas, debe de tenerse en cuenta ciertos aspectos concernientes a la cultura. Sin descuidar las diversas perspectivas con que ha sido definida la cultura, de acuerdo con la importancia dada a uno de sus elementos o a los fines tanto teóricos o prácticos perseguidos al elaborar la definición, es de considerar que el término cultura debe ser comprendido como un sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera correcta como

las personas deben reaccionar en una situación determinada. Sistema que hace de un conjunto de individuos un grupo organizado y que modifica profundamente las dotes naturales de éstos otorgándoles grandes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones. Los individuos ven restringidas sus libertades en beneficio del bien común.

- 995 Desde su nacimiento en un grupo social, el individuo comienza un proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación o el aprendizaje. De esta manera interioriza modelos culturales, formándose de esta manera su personalidad. El individuo llega así a tener la capacidad de comportarse de acuerdo con las pautas culturales de su grupo social. Este proceso de formación de la personalidad es el de la integración de la experiencia del individuo y sus cualidades constitucionales para formar un todo funcional ajustado mutuamente. Así, la personalidad ha podido ser definida como "el conjunto de las cualidades psíquicas del individuo, es decir, la suma total de sus facultades racionales, percepciones, ideas, hábitos y reacciones emotivas condicionadas".
- 996 Si una persona no respeta dichas pautas culturales puede hacerlo con pleno conocimiento de causa o porque no ha logrado asimilar debidamente la pauta de comportamiento violada o lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no interiorización de la pauta cultural se ha debido a un trastorno mental grave o, igualmente, la disposición sobre el error de prohibición cuando por una deficiente asimilación de las pautas culturales el agente capaz cree por equivocación que su comportamiento no es delictuoso.
- 997 Los casos comprendidos en el art. 15 son aquellos en que se presenta un conflicto cultural que supone la diversidad de sistemas de valores. En un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, en el otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante.

- 998 El conflicto puede ser absoluto cuando se trate del juzgamiento, por ejemplo, de un miembro de una tribu de la Amazonía que no haya tenido contacto alguno con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial. Según sus pautas culturales era necesario matar al brujo del grupo (homicidio de acuerdo con el Código penal) por ser considerado como responsable de la epidemia que diezma la tribu. Culturalmente se trata, como consecuencia, de un acto positivo valorativamente ya que es el medio por el que el grupo social se salvará. El autor de este comportamiento habría actuado de acuerdo con las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación. Proceso que ha condicionado la formación de su personalidad y que, como conjunto de pautas culturales, canaliza sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, de su peculiar personalidad será considerado incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.
- 999 La aplicación del art. 15 dependerá, como consecuencia, del grado de integración de la persona que ha cometido el acto considerado como delito por el Código Penal (sistema cultural oficial). Si el agente, relativamente integrado, no puede ser considerado como incapaz de comprender o de determinarse según las pautas culturales dominantes, podría ser juzgado estimando que se equivocó sobre el carácter ilícito del acto (error de prohibición). Lo que permitiría cubrir los diferentes casos planteados por el pluralismo cultural.
- 1000 La reticencia que puede existir para considerar como caso de inimputabilidad la circunstancia regulada en el art. 15 es de orden ideológico. Esto resulta de la manera tradicional y discriminatoria como han sido tratados los indígenas y los pobladores de la selva. Marginados social y culturalmente, despreciados por considerárseles racialmente inferiores e intelectualmente disminuidos, su tratamiento legal ha variado en dos direcciones extremas: la primera, ignorados como realidad étnica y cultural, fueron de manera abstracta considerados como miembros libres e iguales de la nueva república. La segunda, considerados en sus rasgos particulares, fueron

clasificados de acuerdo con un criterio etnocentrista y sometidos a un derecho penal considerado como instrumento civilizador.

- 1001 Dicha reticencia no es justificada, por el contrario, si se parte del marco constitucional vigente que reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural. En este contexto, no puede considerarse peyorativo el hecho de considerar como inimputable (incapaz penalmente) a cualquier persona en razón de circunstancias individuales que le son propias. Sobre todo, si se tiene así mismo en cuenta que toda persona, comprendida la inimputable, está protegida por el mandato constitucional sobre la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

J. Error de prohibición

a. Generalidades

- 1002 Como lo hemos señalado, el hecho de que el legislador indique los casos en que, excepcionalmente, un acto típico debe ser considerado como lícito, supone que considere la antijuricidad como un elemento del delito. Para plantearse la cuestión de la culpabilidad, como consecuencia, debe comprobarse si el acto imputado al agente es típico y antijurídico. También, la culpabilidad supone que el autor sea imputable; es decir capaz de comprender el carácter ilícito de su accionar y de determinarse según esta apreciación. La referencia a la capacidad de comprender está dirigida a señalar que el estado personal del agente debe permitirle llegar a captar la conformidad o disconformidad de la acción con lo establecido en el ordenamiento jurídico. Otra cosa es la de saber si para formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad es necesario que el agente haya tenido conciencia de que su comportamiento contradecía el orden jurídico.
- 1003 Dentro de la concepción causalista del delito (teoría clásica), se admitió que la conciencia del dolo (concebido como una forma de culpabilidad) debía comprender el carácter ilícito del comportamiento.

Si esta conciencia no existía porque el agente actuaba bajo la influencia de un error de derecho (en la terminología de entonces), desaparecía el dolo. En caso de ser inevitable el error, la culpabilidad no existía y el agente debía permanecer impune. Podía ser responsable a título de culpa (segunda forma de culpabilidad) cuando el agente pudo evitar el error.

- 1004 Esta manera de concebir el error de derecho, denominada teoría del dolo, fue contradicha por la corriente del finalismo. Como lo hemos visto, según los sostenedores del finalismo, el dolo constituye el núcleo central del tipo legal subjetivo y su elemento intelectual (la conciencia) debe comprender los elementos descriptivos y normativos del tipo legal. Entre estos elementos no se encuentra, generalmente, el carácter ilícito de la acción y, por tanto, no debe ser objeto de la conciencia del agente. Esta conciencia, según los finalistas, es significativa para determinar la culpabilidad. De donde afirmaban que el error de prohibición (expresión que debía ser preferida a la de error de derecho) no excluía el dolo (percibido en "sentido natural"), sino que tenía efectos sobre la declaración de culpabilidad. Esta manera de concebir el error de prohibición y sus consecuencias fue denominada teoría de la culpabilidad.

b. Regulación legislativa

- 1005 En el Código Penal guatemalteco, no se ha regulado, como sucede también con respecto del error de tipo, expresamente sobre el error de prohibición. Este vacío no puede ser colmado mediante la aplicación extensiva de disposiciones como las previstas en los arts. 25, inc. 3 y 4, 26, inc. 9. En esta última, se considera como circunstancia atenuante "la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución". Si bien es cierto que esta falta de ilustración puede ser determinante para que el agente no sepa que su acción es ilícita y la ejecute, también es de admitir, de un lado, que dicha deficiencia puede referirse a otras circunstancias relacionadas con el comportamiento y, de otro, que su aplicación supone que se haya cometido un hecho típico, antijurídico y culpable por el que se debe reprimir a su autor. Si se admitiese que el error de

prohibición no tiene otro efecto que el de atenuar la represión, se violaría en muchos casos el principio "no hay pena sin culpabilidad". Esto comportaría además aceptar que el legislador guatemalteco ha fundado la pena en la simple responsabilidad material o por el resultado (*versari in re illicita*).

- 1006 Esta idea no puede ser admitida porque el mismo Código contiene normas de las que se puede deducir lo contrario. Una de ellas es el art. 25, inc. 3, en el que se regula un caso de error de prohibición aunque de manera muy limitada. Se trata del error consistente en que el agente ejecuta "el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que el riesgo sea en proporción al riesgo supuesto". Quien obra en estas circunstancias considera que actúa amparado por la causa de justificación de la legítima defensa (art. 24, inc. 1). Es decir, no sabe que su acto es ilícito; por lo tanto, no debe ser castigado. Según el Código porque no es culpable (causa de inculpabilidad).
- 1007 En el inciso 4 del art. 25 que estatuye la obediencia debida, se prevé como condición para declarar no culpable a quien obra cumpliendo una orden en la que "la ilegalidad del mandato no sea manifiesta". Al contrario, esto significa que el subordinado debe creer que comete un acto lícito aunque la orden sea realmente ilícita, pero lo hace porque se equivoca debido a que la ilegalidad de la orden no es manifiesta. Su impunidad se justifica porque en las circunstancias en que actuó no podía percibir el carácter ilícito del mandato. Si lo hizo a pesar de que aprehendió la índole prohibida de la orden debe ser reprimido por el delito que cometió cumpliendo la orden.
- 1008 Por todo esto, resulta necesario completar mediante la interpretación y con la ayuda de la doctrina la regulación del error de prohibición. La base más segura es la afirmación de que el principio de la culpabilidad constituye uno de los pilares del derecho penal guatemalteco.

c. Desconocimiento de la ley

- 1009 El adagio "ninguno puede alegar ignorancia de la ley" constituye una ficción actualmente inadmisibles. No sólo por la hipertrofia legislativa que caracteriza a los diferentes ordenes jurídicos, sino sobre todo, en países como los nuestros, por el pluralismo cultural que los caracteriza y el alto índice de analfabetismo.
- 1010 En cuanto al derecho penal, se ha afirmado que este superado adagio debe ser más bien comprendido en el sentido de todos saben, por el simple hecho de vivir en sociedad, que determinados comportamientos están prohibidos; por ejemplo, el matar a una persona, el apropiarse de una cosa ajena. Esto se debería a que dichos actos violan normas sociales fundamentales e incorporadas en la conciencia de todo individuo por su condición de persona. De modo que, al menos en relación con el núcleo central y tradicional del derecho penal, nadie podría alegar que no sabía que está prohibida la realización de este tipo de comportamientos. Estas acciones podrían ser consideradas como delitos naturales y estar en todas las conciencias. Este criterio es incorrecto en cuanto hace depender los efectos del error de prohibición de la gravedad del hecho y, además, porque comporta, en buena cuenta, resucitar la definición de "delito natural" sostenida por algunos defensores del positivismo criminológico italiano.

d. Casos de error de prohibición

- 1011 Son diversas las hipótesis que deben considerarse. La primera y más evidente, aun cuando no la más frecuentemente admitida, es la ignorancia o desconocimiento de la norma prohibitiva referente al acto cometido: denominado **error de prohibición directo**. De acuerdo con lo antes expuesto, no se trata del desconocimiento de la ley, del artículo del Código Penal o de la ley penal complementaria que contiene el tipo legal, sino más bien de las normas implícitas en los tipos legales: no matar, no robar, no violar, no defraudar, etc. Este tipo de error de prohibición es difícil de ser admitido en la medida en que concierne a los casos comprendidos por el núcleo central de

derecho penal y que están vinculados a interdicciones de origen remoto e incorporadas en el orden ético, religioso, cultural. Si se trata de un agente mayor de edad y plenamente imputable, se presupone la conciencia del carácter ilícito del acto debido a que éste es en buena cuenta evidente.

- 1012 Los casos en que es posible imaginar este tipo de error es el ámbito de la legislación especial que incriminan como delitos o faltas las violaciones de determinadas reglas específicas; por ejemplo, las de orden fiscal, comercial, sanitario o administrativo.
- 1013 El error de prohibición puede, igualmente, deberse a la creencia errónea sobre la existencia de una causa de justificación que la ley, en realidad, no prevé o sobre los límites de una causa de justificación prevista en la ley. El autor, en ambos casos, no desconoce en abstracto, de manera general, que el acto está prohibido; sino que cree que en las circunstancias concretas que lo ejecuta está justificado. Dicho de otra manera, él cree que en esas condiciones el orden jurídico permite su realización. Por estas razones, se ha denominado a esta forma de ignorancia o desconocimiento **error de prohibición indirecto** o error de permisión. Por ejemplo, el acreedor que cree que el orden jurídico lo faculta a hacerse justicia por propia mano, despojando de un bien a su deudor moroso para hacerse pago; el médico que considera justificado el tratamiento que no consiente el paciente, considerando que no hace sino ejercer su actividad profesional; el subordinado que ejecuta una orden ilegítima pensando que tiene la obligación de hacerlo porque "las ordenes de los superiores se cumplen sin dudas ni murmuraciones" y a pesar de su ilegalidad evidente.
- 1014 Un caso singular es el del **error** que recae sobre uno de los **presupuestos objetivos de una causa de justificación**. El ejemplo típico es el previsto en el art. 25, inc. 3: una persona que se cree agredida ilícitamente daña un bien jurídico del presunto agresor. Ella cree así actuar en legítima defensa y, por tanto, lícitamente, cuando en realidad no existe dicha causa de justificación. Lo específico de este tipo de error es que su fundamento es una

equivocada representación de una circunstancia material (elemento del tipo de la causa de justificación). Hecho que lo acerca al error de tipo legal (desconocimiento de un elemento del tipo legal objetivo). Lo distingue sin embargo de éste la circunstancia de que el equivocarse sobre el elemento material de la justificante no influye en el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo legal objetivo; sino que determina que el agente crea que la norma prohibitiva es neutralizada por la causa justificada concerniente.

e. Error evitable

- 1015 Los efectos de las distintas formas de error de prohibición se hacen depender de la posibilidad que tuvo el agente de superarlo o no. Esto significa que no basta cualquier error para no reprimir al agente por el acto típico cometido. En el orden jurídico se parte más bien de la hipótesis de que todos deben actuar respetando los derechos de terceros y que, en caso de duda sobre lo lícito del comportamiento que pone en riesgo o daña uno de esos derechos, deben abstenerse. Sólo se procederá, por tanto, a ejecutarlo, después de haberse asegurado que está autorizado, permitido o justificado de manera excepcional. No basta la buena fe, sino que es necesario hacer lo indispensable prestando la atención debida para no equivocarse.
- 1016 Si a pesar de los esfuerzos realizados (consultar un abogado, informarse ante la autoridad competente...), el agente no hubiera podido vencer el error de creer que actuaba conforme a derecho, puede afirmarse que el **error** era **inevitable** o invencible. Se puede decir que ejecutó el "hecho en la creencia racional" (art. 25, inc. 3) de que era lícito hacerlo. Con otras palabras, tenía fundadas razones de actuar conforme a derecho. De esta manera, el agente no manifiesta, mediante su comportamiento, una actitud negativa o de desobediencia al orden jurídico. Si le era imposible tomar conciencia de la norma que prohíbe su comportamiento no podía ser motivado por ésta para que se abstenga de actuar. Como consecuencia no se le puede reprochar el haber procedido de esta manera, no se le puede declarar culpable y, menos aún, imponérsele una sanción penal.

- 1017 El **error de prohibición** es **evitable**, por el contrario, cuando el agente carece de la conciencia del carácter prohibido de su comportamiento debido a que incurre en negligencia, impericia o imprudencia. En las circunstancias en que procede al acto no toma las precauciones necesarias para comprobar la conformidad de éste con el ordenamiento jurídico. Esta obligación es cada vez más imperativa en la medida en que el acto choque con las reglas morales, religiosas, sociales o las costumbres. En todo caso, se puede hablar que existe un deber de información de parte de cada persona que decide cometer un acto que comporta un posible daño para bienes jurídicos de terceros. La actitud del agente es censurable, indiferente con respecto del ordenamiento jurídico. Por esto es que se le puede reprochar el haber actuado contra el orden jurídico, declararlo culpable e imponerle una pena. Pero esta pena debe ser atenuada, lo que concordaría en cierta manera con la atenuación de la pena prevista en caso de "falta de ilustración" (art. 26, inc. 9). Esta atenuación se justifica en razón de la diferencia que existe con el caso de quien comete un acto típico con plena conciencia de su índole ilícita. En cuanto a esto último, el caso extremo es el del denominado delincuente por convicción que desafía el orden jurídico cometiendo el delito en abierto desafío mediante la negación de la validez de la norma que lo reprime.

K. Estado de necesidad excluyente de la culpabilidad

- 1018 Como lo hemos analizado al estudiar largamente el estado de necesidad, su efecto justificante depende de que el bien jurídico salvado sea más importante que el dañado. Cuando dichos bienes son de igual valor, se admite generalmente que el acto permanece siendo ilícito, pero que el agente no puede ser declarado culpable.
- 1019 Este criterio discriminatorio parece no haber sido aceptado en el Código Penal guatemalteco, pues trata el estado de necesidad como causa de justificación. De un lado, se limita a señalar que "el hecho sea en proporción al peligro" y, de otro, cuando extiende la exención

al que causare daño al patrimonio ajeno, establece que "el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo". Lo que significaría *a contrario* que respecto a los otros bienes jurídicos en peligro no es necesario apreciar de esta manera el valor de los bienes involucrados.

- 1020 En teoría, comienza a volverse a sostener que es preferible considerar todos los casos de estado de necesidad como causas de justificación. Esta discusión pierde importancia en la medida en que la consecuencia es la misma: no reprimir al autor.

L. Miedo invencible

- 1021 El miedo es un estado psíquico que puede influenciar diversamente el comportamiento de una persona. Esto depende de su intensidad, pues no es suficiente cualquier miedo o angustia para exigir que se declare no culpable al autor de un acto incriminado. La ley misma lo califica de invencible; calificación que depende más bien de las circunstancias objetivas en que actúa el agente que de la personalidad de éste. Su carácter timorato o cobarde no puede ser la base para determinar si el miedo era insuperable. El agente debe hacer lo necesario para controlar su miedo, sin embargo, esto supone que se le pueda exigir, según las circunstancias, afrontar el peligro de sufrir un "daño igual o mayor, cierto o inminente" (art. 25, inc. 1).
- 1022 En algunos casos, el miedo puede llegar a perturbar tan gravemente la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esta apreciación, que debe considerarse al agente como inimputable.

M. Exceso en las causas de justificación o de inculpabilidad

- 1023 El actuar, por ejemplo, en legítima defensa o en estado de necesidad implica para quien está en peligro un estado personal de miedo, emoción o tensión que le impide actuar dentro de los límites de dichas

circunstancias. Así, quien se defiende de un peligro inminente para su vida puede, en razón a su estado de espíritu, utilizar un medio desproporcionado para descartar el peligro. Teniendo en cuenta que esto es la causa de que no se puedan admitir, por ejemplo, las circunstancias de justificación correspondientes se considera que el agente ha actuado sin culpabilidad o con una culpabilidad atenuada. De manera incompleta, se ha establecido, en el art. 26, inc. 13, que en caso de inculpabilidad incompleta se atenuará la represión. Como en esta norma sólo se hace referencia al art. 25, se debería aplicar también a los casos del art. 24 invocando el inc. 14 del mismo art. 26 que prevé las "atenuantes por analogía".

Capítulo 3

Delitos de omisión propia dolosos

§ 1. Generalidades

- 1024 De la lectura de las disposiciones de la Parte Especial del Código Penal, se constata fácilmente que la mayor parte de los tipos legales describen acciones consistentes en hacer algo (comisión). Sólo de manera excepcional, se encuentran tipos legales que describen abstenciones. Su fundamento son normas que ordenan hacer algo. El delincuente debe omitir la realización de la acción prescrita (omisión). De esta manera, deja de hacer algo. Ejemplo típico es la omisión de auxilio prevista en el art. 156.
- 1025 Esta técnica legislativa hace superfluo que se defina la omisión en un artículo del Código Penal. Sin embargo, el legislador se ha referido a esta forma de acción en diversas disposiciones del Código. Generalmente, lo hace mediante la expresión "acciones u omisiones". De manera más concreta, expresa lo que entiende por delito de omisión cuando regula, por ejemplo, el "tiempo de comisión del delito". Al respecto dice, en el art. 19, "El delito se considera realizado ... En

circunstancias. Así, quien se defiende de un peligro inminente para su vida puede, en razón a su estado de espíritu, utilizar un medio desproporcionado para descartar el peligro. Teniendo en cuenta que esto es la causa de que no se puedan admitir, por ejemplo, las circunstancias de justificación correspondientes se considera que el agente ha actuado sin culpabilidad o con una culpabilidad atenuada. De manera incompleta, se ha establecido, en el art. 26, inc. 13, que en caso de inculpabilidad incompleta se atenuará la represión. Como en esta norma sólo se hace referencia al art. 25, se debería aplicar también a los casos del art. 24 invocando el inc. 14 del mismo art. 26 que prevé las "atenuantes por analogía".

Capítulo 3

Delitos de omisión propia dolosos

§ 1. Generalidades

- 1024 De la lectura de las disposiciones de la Parte Especial del Código Penal, se constata fácilmente que la mayor parte de los tipos legales describen acciones consistentes en hacer algo (comisión). Sólo de manera excepcional, se encuentran tipos legales que describen abstenciones. Su fundamento son normas que ordenan hacer algo. El delincuente debe omitir la realización de la acción prescrita (omisión). De esta manera, deja de hacer algo. Ejemplo típico es la omisión de auxilio prevista en el art. 156.
- 1025 Esta técnica legislativa hace superfluo que se defina la omisión en un artículo del Código Penal. Sin embargo, el legislador se ha referido a esta forma de acción en diversas disposiciones del Código. Generalmente, lo hace mediante la expresión "acciones u omisiones". De manera más concreta, expresa lo que entiende por delito de omisión cuando regula, por ejemplo, el "tiempo de comisión del delito". Al respecto dice, en el art. 19, "El delito se considera realizado ... En

los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida". Así, se concibe el delito de omisión de acuerdo con los criterios de la denominada teoría de la "acción esperada". En el caso del art. 156, esta acción esperada (por tanto, exigida por el ordenamiento jurídico) es la de prestar el auxilio necesario a un niño menor de diez años, a una persona herida, inválida que estuviese perdida o desamparada, o a una persona amenazada de un peligro inminente

- 1026 Frecuentemente, el hecho de omitir una "acción esperada" o exigida por el orden jurídico está relacionado con una situación socialmente dañina. Sin embargo, la punición del delito de omisión no depende, salvo si se trata de un delito de peligro concreto, de la producción de un resultado. Basta la no realización de la acción normativamente ordenada.

§ 2. Comisión y omisión

- 1027 Con cierta frecuencia, se encuentran dificultades para saber si se trata de un caso de comisión o de omisión. Al respecto, la regla general afirma que la omisión tiene un carácter subsidiario en relación con la comisión. La omisión sólo se admitirá después de haberse excluido la posibilidad de que el hecho en cuestión no constituya una acción propiamente dicha.
- 1028 En la mayor parte de las veces, la acción se haya claramente configurada: por ejemplo, el autor apuñala a la víctima, toma una cosa mueble ajena, establece un documento apócrifo. Lo mismo acontece con la omisión, por ejemplo el responsable de un accidente abandona a la persona que resulta lesionada. Sin embargo, cuando, por ejemplo, un motociclista conduce, en la noche, su vehículo sin el faro prendido y atropella a un peatón, se plantea la cuestión de saber si es responsable porque conducía la motocicleta en mal estado (comisión) o porque se abstuvo de prender el faro (omisión). Así mismo, cabe preguntarse si el industrial que entrega a sus obreros material contaminado y da lugar a que éstos sufran daños en su salud, será reprimido por haber entregado tales substancias (comisión) o por no

haber descontaminado dicho material (omisión). De acuerdo con la doctrina predominante, es de tomar en cuenta el aspecto decisivo del comportamiento. En los ejemplos dados, el hecho de conducir la motocicleta en mal estado y el de entregar el material contaminado.

- 1029 En el análisis de estas situaciones, se debe preguntar primero: ¿El resultado perjudicial ha sido provocado por un comportamiento positivo conforme a un tipo legal? En caso de respuesta afirmativa, es de determinar si el autor ha actuado dolosamente o por culpa y si el comportamiento es ilícito. Sólo cuando el comportamiento no es típico (respuesta negativa a la primera pregunta) o en presencia de una causa de justificación (comportamiento lícito) es de cuestionarse sobre si el autor ha omitido un acto positivo cuya ejecución es ordenada por la ley.
- 1030 Un caso especial es el de la omisión impropia (tradicionalmente llamada comisión por omisión). Se trata de hacer responsable de la realización de un tipo legal que prescribe un delito de comisión a quien no impide su consumación. El ejemplo típico es el de la madre que deja de amamantar a su hijo recién nacido y le causa la muerte por inanición. Este caso que analizaremos posteriormente, está regulado en el art. 18 del Código Penal. Según esta disposición, "quien omita impedir un resultado que tiene el deber de jurídico de evitar, responderá como si lo hubiera producido".

§ 3. Tipicidad

A. Tipo legal objetivo

- 1031 De los diversos tipos legales de delitos de omisión, se deducen las diversas circunstancias comunes a la índole peculiar de este tipo de infracción. La calificación de un comportamiento como delito de omisión exige la realización de estas diversas circunstancias que constituyen elementos explícitos o implícitos del tipo legal objetivo.

a. Existencia de la situación objetiva descrita en el tipo legal

- 1032 La ley señala el contexto en el que se debe encontrar la persona que omite realizar la acción esperada. De esta situación surge el deber de actuar que tiene como finalidad evitar que se dañe o ponga en peligro un bien jurídico. En el art. 156, citado anteriormente, dicha situación consiste, de un lado, en que la víctima se encuentre perdida, abandonada o amenazada de inminente peligro y, de otro, que el agente la encuentre en esa situación.
- 1033 En la mayor parte de los casos, sin embargo, el autor sólo puede ser una persona que tiene un especial deber en relación con la víctima. Deber que puede consistir en conservar un bien jurídico o vigilar una fuente de peligro. Por ejemplo, en el art. 154 se considera como posibles autores del delito de abandono de niños o personas desvalidas a quien tiene "bajo su cuidado o custodia" a la víctima. Lo mismo, sólo la madre puede ser autora del delito de abandono por estado afectivo (art. 155).
- 1034 En todos estos casos, sin embargo, basta que se dé la situación de hecho típica y la abstención del agente para que se consuma el tipo legal. No es indispensable que la omisión ocasione un perjuicio al bien jurídico tutelado. Al respecto, es de tener en cuenta que a veces el legislador ha hecho de la producción de un resultado una circunstancia agravante. Así, en el art. 155, pf. 2, se estatuye: "Si a consecuencia del abandono resultare la muerte del hijo, la sanción será de uno a cuatro años de prisión". Se trata de un caso de preterintención en el sentido de la doctrina y que pone en evidencia el error en que se ha incurrido, en el art. 26, inc. 6, al regularla entre las circunstancias atenuantes generales.
- 1035 Tampoco es necesario comprobar que, mediante la acción omitida, el bien jurídico hubiera sido salvado.

b. Omisión de la acción esperada

- 1036 El autor debe abstenerse de ejecutar el acto esperado por el ordenamiento jurídico; acto que constituye el contenido de la obligación implícita de obrar conforme a la ley penal. Por ejemplo,

prestar auxilio a la persona herida que se encuentra perdida o abandonada. Esto no significa que el agente debe permanecer completamente inactivo; basta que el acto que realice no coincida con lo mandado por el orden jurídico. Por el contrario, si realizando actos dirigidos a descartar el peligro no logra hacerlo no podrá ser reprimido por omisión dolosa; sólo cabe entonces constatar si no actuó culposamente.

c. Posibilidad para el agente de efectuar el acto ordenado

- 1037 Es necesario que el autor esté en buenas condiciones físicas y síquicas para cumplir con la obligación de intervenir para descartar la situación de peligro: por ejemplo, que tenga la formación necesaria para ayudar a la persona herida o los medios necesarios para solicitar ayuda médica. No tiene esta posibilidad la persona que lesiona a otra en un accidente y sufre, a causa de este suceso, una fuerte crisis nerviosa.
- 1038 Los delitos de omisión simple constituyen la contrapartida de los delitos de comisión de pura actividad: el tipo legal no prevé la producción de un resultado. El problema de la causalidad, por tanto, tampoco se plantea. Sin embargo, como ya lo hemos indicado, el tipo legal exige que la omisión ponga en peligro un bien jurídico determinado. Son los casos de delitos de peligro concreto en los que este peligro constituye el resultado que debe ser causado por la acción de omisión.

B. Tipo legal subjetivo

- 1039 Como en el caso de los delitos de comisión, el dolo es siempre el elemento esencial del tipo legal subjetivo. El autor debe, en primer lugar, tener conocimiento de la situación concreta o, al menos de que se produzca y de sus propias posibilidades de cumplir con el acto ordenado por la ley (conciencia). Si se equivoca respecto de uno de los elementos del tipo legal objetivo, el error debe ser tomado en cuenta como excluyente del dolo.

- 1040 En segundo lugar, el agente debe tener la voluntad de abstenerse. Con pleno conocimiento de las circunstancias propias del tipo legal, decide permanecer pasivo ante el mandato de obrar de una manera determinada. Sin embargo, la voluntad en materia de omisión no se presenta de la misma manera que en materia de actos de comisión. Está claro que muchas veces el autor decide efectivamente abstenerse (por ejemplo, cuando el conductor que ha provocado el accidente de tránsito abandona el lugar de los hechos con el fin de evitar el control policial, dejando así sin asistencia al conductor del otro vehículo lesionado). Sucede sin embargo con cierta frecuencia que el agente no tome claramente una decisión y sólo asume su inactividad poco a poco en función del desarrollo de los hechos. En estos casos, es suficiente que el autor tenga conciencia de la situación objetiva y de la posibilidad de intervenir. Se habla entonces de *cuasi dolo*.

§ 4. Tipos legales ampliados

- 1113 Es posible concebir que en caso de omisión el agente no consuma totalmente su abstención; aunque en la práctica, el simple hecho de la abstención basta para la consumación del tipo legal. Este es el criterio que se ha invocado para negar de manera absoluta la posibilidad de tentativa en los delitos de omisión propia. Así, quien debe prestar asistencia a una persona que ha lesionado puede comenzar a alejarse del lugar de los hechos y ser detenida por terceros que la obligan a ayudar a la víctima. La tentativa es más fácil de admitir y de probar en los casos en que el tipo legal exige la producción de un resultado (la puesta en peligro del bien jurídico: delito de peligro concreto).
- 1114 La participación es, por el contrario, posible. Dos o más personas, por ejemplo, pueden ponerse de acuerdo para no prestar auxilio a su hijo en peligro: los padres para no socorrer a su hijo en peligro. Un pasajero puede instigar al conductor del vehículo en que viaja para que no auxilie al peatón atropellado. El problema de saber si es posible participar en la realización de un delito de comisión mediante

una omisión constituye un problema diferente: el guardián "omite" cerrar con llave las puertas del establecimiento (complicidad) para facilitar el ingreso de los ladrones (autores principales).

§ 5. Antijuricidad

- 1115 El análisis de este elemento no difiere del que se realiza respecto de los delitos dolosos de comisión, en la medida en que se trata siempre de constatar la ausencia de causas de justificación. En general, se plantea el problema de conflicto de deberes: el que causa un accidente está obligado a prestar asistencia a los lesionados, pero no puede ocuparse de todos al mismo tiempo. Absteniéndose de manera momentánea de auxiliar a una de las víctimas, el agente debe asistir a la persona que más lo necesita.

§ 6. Culpabilidad

- 1116 Además de comprobar la capacidad penal del autor y la ausencia de circunstancias de no culpabilidad, es indispensable probar si el agente, al momento en que hubiera debido actuar, tenía conciencia de su deber de intervenir. Si, por error, se cree en el derecho de abstenerse comete una falsa apreciación que debe tenerse en cuenta (error de prohibición o más exactamente error de mandato).

Capítulo 4

Delitos de omisión impropia dolosos

§ 1. Generalidades

- 1117 Todo delito de comisión puede ser realizado mediante omisión. Dicho de otra manera, es posible, mediante una omisión, consumir la lesión o la puesta en peligro previsto en un tipo legal. Como consecuencia, el autor será reprimido por la realización del tipo legal basado en la prohibición de realizar una acción positiva y, a diferencia de los casos de omisión simple, no sólo por su abstención. Por esto se afirma, correctamente, que la omisión impropia, en la perspectiva normativa, implica la violación de una norma prohibitiva (no matar) mediante el no acatamiento de una norma preceptiva (prestar auxilio).
- 1118 En los casos de delitos de omisión cualquiera puede ser el autor; por el contrario, en los de omisión impropia el número de autores posibles es limitado: es necesario que quien se abstiene tenga el deber de evitar el resultado perjudicial (**deber de garante**). Si el agente no está obligado a descartar el peligro, no se le puede imputar el resultado.

§ 2. Tipicidad

A. Tipo legal objetivo

a. Situación de hecho

- 1119 Como el delito de omisión simple, el de omisión impropia implica la existencia de una situación de hecho que dé lugar al deber de obrar, la omisión del acto esperado y la posibilidad del autor de ejecutar este acto.

- 1120 En la medida en que la omisión impropia supone la aplicación *a contrario* del tipo legal de un delito de comisión, es indispensable, primero, considerar la situación de hecho peligrosa teniendo en cuenta el tipo legal respectivo y cuyo objetivo es, precisamente, evitar que sobrevenga el daño o la puesta en peligro del bien jurídico.
- 1121 La doctrina está de acuerdo en que entre la omisión y el resultado debe existir una relación de causalidad. Se trata de una relación peculiar a la que se le denomina "causalidad hipotética". La misma que se plantea preguntando: ¿si el agente hubiese cometido el acto esperado, el resultado dañino, muy probablemente, no se hubiera producido? De esta manera, se dejan de lado los criterios naturales que permitían hablar de "causalidad". En realidad, se trata de una apreciación de valor relativa a todos los factores presentes, para determinar si el resultado puede ser imputado o atribuido al agente. En esta perspectiva, se exige actualmente que el acto de omisión sea equivalente, por su naturaleza e importancia, al acto de comisión previsto en el tipo legal.
- 1122 El carácter normativo de la apreciación de la relación de causalidad es evidente en los delitos de omisión impropia. En éstos "falta por completo una realidad obrante en sentido mecánico", por lo tanto no es factible admitir qué causa un resultado en "forma activa y mensurable en sentido material".
- 1123 Conscientes de esta realidad, los juristas hablan de una **causalidad hipotética**: la inacción sería causal si, en las circunstancias del caso concreto, se acepta que el acto omitido hubiera probablemente - es decir, con toda posibilidad - impedido que el resultado se produzca. No se trata pues de aportar la prueba de un suceso real, sino se trata de una hipótesis: es de preguntarse qué habría pasado si la acción omitida hubiera sido realmente realizada.
- 1124 Si se trata de una relación causal probable o hipotética, no se puede seguir pensando en la causalidad como una categoría de las ciencias naturales, si no más bien de orden normativo.

b. Deber de garante

- 1125 Autor de un delito de omisión impropia sólo puede ser quien tenga el deber de intervenir. Este deber, según el art. 18, tiene que ser un deber jurídico. Esta expresión debe ser comprendida en sentido amplio. De acuerdo con los criterios tradicionales, deberían comprenderse los deberes derivados de la ley, los establecidos en un contrato y los producidos por la injerencia del agente que crea una situación peligrosa. De manera más adecuada y práctica, la doctrina prefiere hablar actualmente de dos tipos de deber de garante:
- 1126 primero, el deber de proteger bienes jurídicos expuestos a peligros indeterminados (por ejemplo, deberes que derivan de las normas que regulan las obligaciones de los padres en relación con los hijos, de marido y mujer entre sí, del profesor de natación respecto de sus alumnos, del médico con relación a sus pacientes) ;
- 1127 segundo, el deber de vigilar ciertas fuentes de peligro que amenazan bienes jurídicos de manera indeterminada (por ejemplo, la responsabilidad del poseedor de un vehículo motorizado).

B. Tipo subjetivo

- 1128 En razón de la índole peculiar de la omisión, el dolo, elemento central del tipo legal, no puede ser analizado de la misma manera que en los delitos de comisión.
- 1129 El agente debe tener conciencia de la situación de peligro, de su capacidad de obrar y de las circunstancias de las que deriva el deber de garante (en buena cuenta, el deber de garante determina más bien el carácter ilícito de la omisión y es a este nivel, como consecuencia, que deberá ser tomado en consideración).
- 1130 La voluntad del autor es tan difícil de ser determinada como en el caso de la omisión propia. En efecto, en la mayor parte de los casos, el delincuente no toma abiertamente la decisión de abstenerse. De

modo que la conciencia del agente y su actitud frente a la situación concreta devienen en factores decisivos.

- 1131 El desconocimiento de uno de los elementos del aspecto objetivo del tipo legal constituye un error de tipo legal. En este caso, no se puede deducir del comportamiento del agente la voluntad de abstenerse y de provocar así el resultado. Permanece abierta la cuestión de saber si él ha actuado culposamente respecto de los casos en que la ley dispone la represión a título de culpa.

§ 3. Tipos legales ampliados

- 1132 La lesión o puesta en peligro concreto prevista en el tipo legal del delito de comisión es parte integrante de la omisión impropia. Por lo tanto, la tentativa es posible en todas sus formas. Actos preparatorios y tentativa, tentativa acabada e inacabada no pueden distinguirse aplicando directamente los criterios aplicables a los delitos de comisión. Es de tomar en consideración el peligro que debe ser evitado mediante la realización del acto de omisión (acto esperado). La tentativa existe desde el momento en que el retardo en la ejecución del acto esperado crea o aumenta el peligro (real o supuesto por el autor) de que el resultado se produzca. La tentativa es acabada cuando el que se abstiene deja pasar la última ocasión de intervenir para descartar el resultado, pero éste no se produce a pesar de todo.
- 1133 La participación también es reprimida. Cuando se trata de coautores, todos deben tener el deber de garante.

§ 4. Antijuricidad

- 1134 Teniendo en cuenta las características peculiares de la omisión impropia, es necesario tomar en cuenta todas las circunstancias de justificación. El caso más frecuente es el del conflicto de deberes: el

agente esta obligado a prestar auxilio simultáneamente a dos o más personas. Se trata de un caso de estado de necesidad. En doctrina, se admite, diferentemente a lo aceptado en el dominio de los delitos de comisión, que este estado de necesidad constituye también una justificante a pesar de que los intereses en conflicto son iguales. Este criterio es justo en la medida en que el autor cumple su deber de obrar.

§ 5. Culpabilidad

- 1135 El autor culpable penalmente debe tener conciencia de la obligación de obrar que le impone el orden jurídico; es decir del mandato que se deriva de su posición de garante. El error sobre la naturaleza o la extensión de este deber constituye un error de prohibición, más exactamente de mandato. En lo que se refiere a las circunstancias de no culpabilidad el análisis no presenta nada de especial en comparación a la omisión propia.

Capítulo 5

Delitos culposos

§ 1. Introducción

- 1136 Para castigar a una persona a título de culpa, es de constatar que no ha actuado dolosamente. La culpa se caracteriza por el hecho de que el agente no quiere realizar la situación de hecho prevista por el tipo legal correspondiente. A diferencia de lo que sucede con el acto doloso, el juicio de valor negativo referente al acto culposo no está basado en el contenido de la voluntad del agente. Esta última está más bien orientada a la ejecución de un comportamiento, generalmente, sin importancia para el derecho penal. De manera

agente esta obligado a prestar auxilio simultáneamente a dos o más personas. Se trata de un caso de estado de necesidad. En doctrina, se admite, diferentemente a lo aceptado en el dominio de los delitos de comisión, que este estado de necesidad constituye también una justificante a pesar de que los intereses en conflicto son iguales. Este criterio es justo en la medida en que el autor cumple su deber de obrar.

§ 5. Culpabilidad

- 1135 El autor culpable penalmente debe tener conciencia de la obligación de obrar que le impone el orden jurídico; es decir del mandato que se deriva de su posición de garante. El error sobre la naturaleza o la extensión de este deber constituye un error de prohibición, más exactamente de mandato. En lo que se refiere a las circunstancias de no culpabilidad el análisis no presenta nada de especial en comparación a la omisión propia.

Capítulo 5

Delitos culposos

§ 1. Introducción

- 1136 Para castigar a una persona a título de culpa, es de constatar que no ha actuado dolosamente. La culpa se caracteriza por el hecho de que el agente no quiere realizar la situación de hecho prevista por el tipo legal correspondiente. A diferencia de lo que sucede con el acto doloso, el juicio de valor negativo referente al acto culposo no está basado en el contenido de la voluntad del agente. Esta última está más bien orientada a la ejecución de un comportamiento, generalmente, sin importancia para el derecho penal. De manera

incorrecta, se llega a decir, en el art. 12, que la acción del agente debe ser lícita. Los delitos culposos también pueden darse cuando se cometa una acción ilícita. En la ejecución de la acción, el agente no actúa de acuerdo con las circunstancias concretas de la situación en la que se encuentra. Por ejemplo, la persona que regresa a su casa, conduciendo su automóvil, provoca un accidente debido a exceso de velocidad y lesiona un peatón. Su objetivo - volver a casa - es penalmente indiferente. El hecho de conducir demasiado rápido es, precisamente, el acto contrario al exigido por la situación concreta (vía céntrica y muy transitada por peatones). El conductor no ha obrado con la finalidad de atropellar al peatón. Su comportamiento constituye más bien una desconsideración respecto a los bienes jurídicos de otra persona.

- 1137 Los responsables de comportamientos culposos deben, como consecuencia, ser reprimidos penalmente. Así ha sucedido en casi todas las épocas. Actualmente, en razón de la mecanización y del desarrollo técnico, la culpa se ha transformado quizás en la principal fuente de riesgos para bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. Para mejor proteger estos bienes, es indispensable reprimir los actos culposos.
- 1138 La gravedad de los delitos culposos es, sin duda, menor que la de los delitos dolosos. Esta diferencia obliga a tratarlos de manera desigual. La represión en caso de delitos dolosos constituye la regla. En caso de culpa, la excepción. Es decir, no todos los bienes jurídicos son protegidos frente a comportamientos culposos. Cuando esta protección es considerada necesaria por la importancia del bien jurídico (por ejemplo, la vida, la salud), el legislador debe establecerlo expresamente.
- 1139 Este es el criterio admitido en el Código Penal. Según el art. 12, pf. 2, los "hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley". Es el caso, por ejemplo, del homicidio culposo (art. 127), aborto culposo (art. 139, pf. 2), lesiones culposas (art. 150), incendio y estrago culposos (art. 285).

- 1140 Si el número de tipos legales en los que se prevén delitos culposos es bastante limitado, esto no significa que sean los delitos menos frecuentemente cometidos. Las estadísticas muestran que, en realidad, representan la mayor parte de los asuntos que ocupan a los órganos de represión, en especial a los judiciales.

§ 2. La tipicidad

A. Generalidades

- 1141 La elaboración de los tipos legales referentes a los delitos culposos presenta muchas dificultades. En principio, resulta casi imposible, en consideración a la índole misma de los comportamientos que se busca reprimir, describirlos de manera bastante completa y, por tanto, conforme a las exigencias del principio de legalidad.
- 1142 El legislador se ha limitado, casi siempre, a emplear una fórmula que alude a la causalidad del comportamiento. Así, por ejemplo, en el art. 150 (lesiones culposas) se dice "quien causare lesiones por culpa" y en los artículos 127 y 138, segundo párrafo, sólo se menciona al "homicidio culposo" y al "aborto culposo", respectivamente. De esta manera, se considera lo dispuesto en el art. 12, pf. 1. En esta disposición, se caracteriza al delito culposo diciendo: "se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia". De acuerdo con esta regulación, parecería que sólo se consideran los delitos denominados de resultado o lesión (la producción de un resultado es un elemento constitutivo del tipo legal: el "mal", muerte del feto en caso de aborto). Sin embargo, es de considerar, de un lado, que también son delitos de resultado los delitos de peligro concreto, pues este último constituye una modificación del mundo exterior diferente al acto y es previsto en el tipo legal correspondiente (por ejemplo, en caso de incendio culposo agravado reprimido, conforme al art. 285 en concordancia con el art. 282, segundo párrafo). De otro lado, que la ley prevé, aunque de manera excepcional, delitos de pura actividad culposos. Por ejemplo, el expendio irregular de medicamentos según los arts.

304 y 312. En este caso, basta la realización del comportamiento y, por tanto, no es de comprobar la existencia de un resultado (daños en la salud de alguna persona o la puesta en peligro real de este bien). El carácter culposo del expendio no está, en buena cuenta, en relación con el acto mismo de expender (comportamiento siempre consciente), sino con la especie, cantidad, calidad o propiedades del medicamento.

- 1143 Los delitos culposos también pueden consistir en un comportamiento de omisión. Sin embargo, es extremadamente raro que se prevea la represión de una omisión propia a título de culpa. En cambio, cada vez que la culpa es reprimida es posible que el tipo legal sea concretado mediante una omisión impropia (comisión por omisión).
- 1144 De acuerdo con las teorías clásica y neoclásica del delito, la culpa fue considerada como una especie de culpabilidad. Actualmente, siguiendo los criterios de la teoría finalista, se afirma que el delito culposo constituye una forma especial de comportamiento delictuoso que se diferencia estructuralmente del delito doloso. Si éste, a nivel de la tipicidad, puede ser analizado desde dos perspectivas: una objetiva (tipo legal objetivo) y otra subjetiva (tipo legal subjetivo), el delito culposo no se presta a este tipo de análisis. El contenido de la voluntad, alcanzar un objetivo ilícito en caso del delito doloso, es generalmente indiferente en caso del culposo. La tipicidad de éste puede ser mejor comprendida tomando en cuenta los aspectos siguientes: la previsibilidad de ejecutar el hecho previsto en el tipo legal, la inobservancia del cuidado exigido y, en caso de delitos de lesión o resultado, la producción de un resultado (daño o peligro concreto de un bien jurídico).
- 1145 Aun cuando al redactarse el Código Penal no se siguió la concepción finalista, resulta interesante que al regularse el dolo y la culpa no se les definiera como formas de culpabilidad, sino haciéndose referencia al "delito doloso" y al "delito culposo". Esta circunstancia facilita, en cierta medida, que se adopte la nueva manera de interpretar las condiciones que deben darse para admitir la culpa.

B. Situación de hecho

- 1146 De la manera como son descritos los delitos culposos en los tipos legales, parecería deducirse que éstos son consumados con el sólo hecho de realizar la acción (delitos de pura actividad) o de causar el resultado (delitos materiales). Este criterio ha sido admitido con mucha frecuencia. Así, la manera como se define el delito culposo en el art. 12, parece confirmar esta concepción. En dicha disposición, se estatuye que el delito culposo constituye el hecho de causar, con ocasión de "acciones u omisiones lícitas, un mal ...". De modo que no sería la acción el objeto del juicio de valor negativo, sino más bien el "mal" (resultado) causado. Sin embargo, esa misma norma indica que el agente debe haber incurrido en negligencia, imprudencia o impericia, lo que implica una calificación especial de la manera de comportarse del agente. Así, el legislador dispone que éste no debió obrar de la manera como lo hizo.
- 1147 Admitir que basta la producción del resultado para la consumación de los tipos legales de los delitos culposos implica ampliar excesivamente dichos tipos legales. La aplicación mecánica de este criterio se debe al hecho de no tomar en cuenta que toda disposición represora de un delito culposo supone otros elementos y, en particular, la violación de un deber de cuidado (negligencia, imprudencia o impericia).
- 1148 Por la manera como el legislador ha regulado el delito culposo en el art. 12 del Código Penal, se presenta un problema especial de interpretación con relación a la acción o situación de hecho descrita en los tipos legales. Según dicha disposición, el delito culposo se presenta cuando, "con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal ...". Esta regla resulta inconveniente en la medida en que se interprete de manera amplia el término "lícitas". Primero, porque los males causados por culpa con ocasión de una acción ilícita (conforme al derecho civil) no podrían ser considerados como delitos culposos; puesto que han sido causados con ocasión de una acción ilícita. El requisito legal de acciones "lícitas" no se habría cumplido. Segundo, a la misma conclusión debería llegarse respecto a los casos en que la acción ilícita sea típica. Por ejemplo, no sería delito culposo,

siempre según el art. 12, las lesiones culposas causadas con ocasión de un allanamiento de domicilio sin autorización del titular. Dicho mal habría sido causado con ocasión de una acción típica e ilícita y no de una acción "lícita" como lo exige el art. 12.

- 1149 Una interpretación de esta índole se revela, evidentemente injusta, porque se reprimiría a quienes actúan conforme a derecho y se dejaría impune a quienes obran contra el orden jurídico. Una respuesta puede ser la de pensar que el legislador consideró que esos casos estaban comprendidos en la noción de preterintención prevista en el art. 26, inc. 6. De acuerdo con esta disposición, se atenuará la pena cuando el agente no ha "tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo". Aunque el texto no lo establezca, el resultado más grave debería ser causado por imprudencia, impericia o imprudencia.
- 1150 Aparte de que esta solución no comprende a los males culposos causados con ocasión, por ejemplo, de una acción ilícita civil, tampoco es plenamente satisfactoria respecto de los que son producidos con ocasión de una acción ilícita penal. De un lado, porque ha sido regulada como una circunstancia atenuante. De modo que se trata de determinados casos, como el dado en ejemplo, en que el bien jurídico dañado gravemente es el mismo que el que se quería perjudicar. Así lo prevé expresamente el legislador cuando regula la pena del homicidio preterintencional. Al agente se le reprime por homicidio a pesar de que sólo tuvo la intención de lesionar a la víctima. La pena, de acuerdo con el principio de culpabilidad, debe tener como base la responsabilidad a título de culpa. Si esto no fuera así, se admitiría la simple responsabilidad material; es decir el *versari in re illicita*: el autor de un acto ilícito responde de todas las consecuencias de su comportamiento, aun de las que no previó.
- 1151 De otro lado, porque no se comprende qué pena debe ser atenuada en el caso de quien, cometiendo dolosamente un allanamiento de morada, causa lesiones culposas a una persona. No sería la que corresponde a las lesiones dolosas porque el agente no quería lesionar a persona alguna. Tampoco puede ser la que corresponde al

allanamiento de morada, pues implicaría reprimir más severamente a quien sólo allana una morada sin causar daños personales ni dolosa ni culposamente.

- 1152 La solución debe ser encontrada mediante una interpretación coherente de todas estas disposiciones. De manera tendiente a integrar las normas del Código Penal, defectuosamente concebidas, en armonía con los principios fundamentales del derecho penal (por ejemplo, el principio de culpabilidad) y los criterios doctrinales generalmente admitidos. Tratándose de la noción de delito culposo que nos ocupa, debemos comprender que la responsabilidad a título de culpa puede surgir con relación a cualquier comportamiento del agente (lícito o ilícito).
- 1153 Esta interpretación tiene la ventaja de excluir la responsabilidad objetiva basada en la simple causa material de un resultado perjudicial. Responsabilidad que parece haber sido largamente admitida en el Código Penal. Al respecto, venimos de ver que en lo relativo a la regulación de la preterintencionalidad es necesario completar el texto del art. 12, vía la interpretación, considerando que el mal mayor al que se quiso causar debe ser fruto de la culpa en que incurrió el agente. También es de considerar la regulación del caso fortuito, la misma que recuerda a la del delito culposo. Según el art. 22, "no incurre en responsabilidad penal quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente". Pero qué sucede si este resultado se produce cuando se cometen acciones u omisiones ilícitas. La respuesta podría encontrarse en el art. 21. En esta norma, se estatuye que "quien cometa un delito será responsable de él, aunque ... el mal causado sea distinto del que se proponía cometer". Con lo que se admitiría la responsabilidad objetiva (*versari in re illicita*). Lo que es de rechazar, pues, tratándose de un caso fortuito, no puede darse un delito culposo. El caso fortuito, como ya lo hemos dicho, está fuera del derecho penal.

C. Deber de cuidado

- 1154 La finalidad perseguida mediante la represión de la culpa es la de prohibir que se realicen actos a fin de causar daños a bienes jurídicos de terceros. Quien, estando autorizado a expender medicamentos, los suministra en desacuerdo con la prescripción facultativa, lo hace sin cumplir con su deber de controlar lo dispuesto en la prescripción. El incumplimiento de esta obligación constituye el núcleo central de su responsabilidad. En el caso del automovilista que por conducir a excesiva velocidad lesiona a un peatón, la violación de un deber de prudencia lo hace también responsable a título de culpa. De modo que el comportamiento será típico cuando el agente ha violado el deber de prestar atención necesario para evitar la puesta en peligro o el daño de los bienes jurídicos de otro.
- 1155 Estas consideraciones permiten comprender por qué se afirma que el comportamiento incriminado a título de culpa es descrito de modo negativo. Este comportamiento debe ser diferente del que hubiera ejecutado, en el lugar del agente, una persona cuidadosa.
- 1156 La comisión de un delito culposo supone que el autor haya violado un deber de cuidado. En el art. 12 del Código Penal, se le prevé implícitamente cuando se caracteriza al comportamiento del agente como un acto cometido con imprudencia, negligencia o impericia. Obra con **imprudencia** quien, por osadía o temeridad, no adopta las medidas adecuadas para impedir el daño. Viola así una norma que le impone el deber de no realizar una determinada acción o de cometerla de otro modo. Por ejemplo, no manejar en estado de profunda fatiga o de conducir de acuerdo con las reglas de tránsito y las circunstancias particulares concretas. Actúa con **negligencia** quien incurre en descuido u olvido. De esta manera, no respeta una norma que le impone una acción positiva. Por ejemplo, apagar las hornillas de la cocina antes de partir de viaje. La **impericia** es, en buena cuenta, un caso especial de imprudencia o negligencia. A pesar de que no tiene la debida formación para realizar el acto, el agente, no perito, lo ejecuta. En todas estas hipótesis los agentes

infringen el deber general de cuidado que impone el ordenamiento jurídico para evitar que se dañen bienes jurídicos de terceros.

- 1157 Consecuentemente con la imputación objetiva del resultado al autor del acto, es indispensable constatar si hay una vinculación entre la violación del deber de cuidado y el resultado. Esta relación no se da cuando el resultado se hubiera producido aun si el autor hubiese obrado según su deber de prudencia. La violación de este último no sería relevante para la producción del resultado perjudicial.
- 1158 Es así mismo necesario que el objetivo del deber de cuidado sea evitar que el resultado se produzca. Así, cuando un conductor atropella a un peatón luego de no haber respetado una luz roja, 500 metros antes del lugar del accidente, viola un deber de cuidado y causa lesiones corporales al peatón, sin embargo la norma que dispone el respeto de la luz roja no tiene por objeto proteger al peatón que se encuentra 500 metros más lejos del semáforo.
- 1159 Las fuentes del deber de cuidado son de tres tipos:
- el tipo legal mismo que presupone una norma general de prohibición (por ejemplo, la de matar a una persona, art. 127);
 - las normas legales complementarias (por ejemplo, la ley de tránsito, las leyes laborales) o consuetudinarias (*lex artis*);
 - las circunstancias del caso concreto (por ejemplo, el depósito de sustancias tóxicas o el transporte de explosivos).
- 1160 Si bien el deber de prudencia está, sobre todo, determinado por las normas legales y normas consuetudinarias, sin embargo, es evidente que los alcances del deber de prudencia están principalmente determinados por el conjunto de circunstancias en que actúa o debe obrar el agente. La violación de una norma que prevea el deber de prudencia no implica, necesariamente, que el agente ha actuado culposamente. En algunos casos, desobedecer la norma puede constituir la sola manera de evitar que el bien jurídico sea dañado. Pero, esta violación de la norma, que exige se tomen ciertas precauciones, constituye un indicio válido de que el autor ha, probablemente, obrado con culpa.

- 1161 El contenido del deber de prudencia consiste en reconocer el comportamiento peligroso (por ejemplo, conducir un automóvil) o en tomar las medidas necesarias y adaptadas al comportamiento peligroso (por ejemplo, conducir respetando las reglas de tránsito).
- 1162 Un problema bastante complicado es el de determinar los **límites** de este **deber** de prudencia. Este deber será determinado, según la ley, en función tanto de las circunstancias personales como materiales en las que actúa. En los casos, probablemente más simples, este deber supone la omisión del comportamiento peligroso. En caso de constatarse problemas en el estado de salud de una persona sometida a una cura de adelgazamiento, el responsable debe interrumpirlo a fin de evitar lo peor. Así mismo quien se da cuenta de que no está preparado para practicar un acto determinado debe abstenerse, por ejemplo el médico que no está familiarizado con una técnica quirúrgica no debe intervenir al paciente. Para precisar estos casos, se ha ideado ciertos criterios como el del **riesgo permitido** y el principio de confianza.
- 1163 El orden jurídico permite un gran número de comportamientos peligrosos para los bienes jurídicos. Se trata, muchas veces, de actividades socialmente útiles, pero que comportan un riesgo. Por ejemplo, el conducir vehículos motorizados, el transporte en tren o en avión, el empleo de aparatos eléctricos, el hecho de transportar y producir explosivos o productos químicos. Quien las practica debe hacerlo dentro de los límites del riesgo permitido; el mismo que es establecido, frecuentemente, por normas legales o consuetudinarias. Respetar los límites del riesgo permitido significa respetar el deber de prudencia exigido por las circunstancias. El comportamiento peligroso realizado de esta manera permanece fuera de todo tipo legal y no sólo es una acción justificada.

D. El principio de confianza

- 1164 La naturaleza de la fuente de peligro que amenaza un bien jurídico ayuda, igualmente, a delimitar el deber de prudencia. En caso de

eventos naturales, debe tratarse de evitar todo peligro previsible y no permitido por una necesidad social superior. Por el contrario, cuando el suceso está relacionado con el comportamiento de una persona, no debe necesariamente tomarse en consideración todas las posibilidades de que sobrevenga un peligro previsible. El hecho de conducir un vehículo supone que esperemos que los demás se comporten prudentemente. Esto significa, en buena cuenta, que cada uno responde por sus hechos. No hay responsabilidad por el hecho imprudente cometido por un tercero.

- 1165 Esta actitud de confianza autorizada por el orden jurídico no puede ser considerada cuando el peligro ha sido creado por el comportamiento culposo de otro y tampoco si circunstancias especiales (ebriedad, edad avanzada de éste) hacen aparecer, en el caso concreto, muy probable que el tercero viole el deber de prudencia.
- 1166 Resulta también evidente que no se tomará en consideración la confianza en el comportamiento de terceros, primero, si el agente mismo ha actuado con culpa y, segundo, cuando el deber de prudencia se orienta precisamente a la vigilancia o al control de los comportamientos de otras personas.

E. Producción de un resultado

- 1167 Como ya lo hemos señalado, la mayor parte de los delitos culposos constituyen delitos materiales. El resultado debe ser, como consecuencia, previsto en el tipo legal objetivo. No se trata de una condición objetiva de punibilidad. De aceptarse, este último criterio se estaría admitiendo que el carácter ilícito del delito culposo estaría determinado sólo por el desvalor de la acción; cuando en realidad está constituido por el juicio de valor negativo referente tanto a la acción como al resultado.
- 1168 El resultado debe ser imputable objetivamente al agente. Esta última circunstancia es analizada como un problema de causalidad. Es

cuestión, en la práctica, de establecer las condiciones que permiten atribuir al autor del acto el daño que se quería evitar. El criterio más frecuentemente aplicado es el de la denominada teoría de la **causalidad adecuada**. Según esta concepción, como ya hemos visto, la acción debe ser considerada causa del resultado cuando, de acuerdo con el curso ordinario de los hechos y la experiencia de la vida, era propia para provocar dicho resultado.

- 1169 Ante las dificultades para precisar las nociones vagas contenidas en este criterio (curso ordinario de los hechos, experiencia de la vida), se ha recurrido a otros elementos con la finalidad de mejor precisar la causalidad. Así, por ejemplo, se ha propuesto la idea del riesgo, consistente en preguntarse si el agente, mediante su acción, ha dado lugar al riesgo de que se produzca el resultado perjudicial o si ha aumentado de manera significativa dicho riesgo. Este riesgo debe ser, evidentemente, diferente del riesgo permitido por el orden jurídico en relación con cierto tipo de actividades.
- 1170 En esta perspectiva, es de tener en consideración que mediante los tipos legales de los delitos culposos se prohíben comportamientos descuidados peligrosos. De modo que no se podrá imputar al agente el resultado cuando éste no constituye la realización del peligro prohibido. El resultado debe sobrevenir del hecho de crear o de aumentar un peligro "jurídicamente prohibido". El agente, violando el deber de prudencia al no respetar los límites del riesgo permitido, concreta el peligro implícito al comportamiento y así contradice la finalidad de la norma de proteger el bien jurídico tutelado. De modo que este comportamiento estará acorde con el tipo legal si el resultado perjudicial se hubiera producido, de todas maneras, aun cuando el agente hubiese actuado conforme al deber de prudencia. De esta manera, se logra descartar la represión de los comportamientos que "objetivamente causan un resultado" en razón de que no corresponden a un tipo legal. Este análisis permite apreciar que la llamada "causalidad" es una cuestión normativa y no material.

F. Aspecto subjetivo

- 1171 En razón a la circunstancia que la finalidad de la acción, en los delitos culposos, no es la realización del resultado perjudicial como en el caso de los delitos dolosos, no resulta muy adecuado concebir un tipo legal subjetivo al lado del tipo legal objetivo. Sin embargo, es de admitir que los tipos legales de los delitos culposos también tienen aspectos de orden subjetivo que les son propios. Lo peculiar de estos tipos es que los aspectos objetivos y subjetivos están más estrechamente relacionados entre sí que en los tipos legales dolosos. Un ejemplo claro es el relacionado con la previsibilidad. El resultado debe ser previsible para que se dé la culpa porque si no lo fuera estaríamos ante un caso fortuito y, por lo tanto, al margen del derecho penal. La previsibilidad sería, en este sentido, una calidad del resultado culposo. Pero, la previsibilidad debe también ser considerada en la perspectiva del agente. Es decir, tiene que constatarse si el agente podía o no prever el resultado previsible.

G. Previsibilidad

- 1172 Una parte de la doctrina considera que la previsibilidad debe ser apreciada teniendo en cuenta la capacidad de una persona promedio. Este prototipo de persona cuidadosa, prudente, debe ser caracterizada en relación con el grupo social o profesional al que pertenece el agente. Los defensores de este criterio estiman, en particular, que su concepción está basada en el principio de igualdad de las personas. Los juristas que rechazan este criterio afirman que éste supone un desconocimiento de la realidad. En su opinión, es injusto, en caso de una persona calificada o con conocimientos especiales, determinar la previsibilidad del resultado según una medida inferior a su situación personal. Por ejemplo, un conductor profesional y experimentado puede prever lo que escapa a un conductor debutante. Además, consideran que es paradójico exigir a quien debido a su estado personal no puede prever el peligro que se comporte de acuerdo a su deber de prudencia.

- 1173 Para evitar estas dificultades, se propone tomar en cuenta a nivel del análisis de la tipicidad, las capacidades personales y los conocimientos que posea el agente respecto de la situación concreta en que se encuentra. Si de acuerdo con estos elementos, el agente no puede comprender los alcances de su comportamiento y no se puede esperar que respete el deber de prudencia, su comportamiento debe ser considerado no típico; salvo si puede darse cuenta de su incapacidad. En este último caso, actúa culposamente si el agente no se abstiene de ejecutar su comportamiento. Es decir que está prohibido realizar una acción que no puede ser controlada en el marco del riesgo permitido.
- 1174 A la persona capaz de prever la peligrosidad de cierto comportamiento, se le puede exigir que actúe de manera que tienda a evitar que este peligro se concrete. Dicho de otra manera, el orden jurídico le impone la obligación de respetar los bienes jurídicos de terceros; de tener cuidado al efectuar acciones peligrosas. En resumen, de obrar con la prudencia debida.
- 1175 En la doctrina, se defiende ampliamente la idea de tomar en cuenta la previsibilidad tanto a nivel de la tipicidad como al de la culpabilidad. A éste último nivel correspondería el análisis de la previsibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y conocimientos particulares del agente al momento de realizar su acción. En el nivel de la tipicidad, sólo deberían tenerse en cuenta los factores objetivos para apreciar la violación eventual del deber de prudencia por parte del autor. Con este objeto, es de proceder de manera comparativa, preguntándose si una persona razonable y prudente, perteneciente al mismo grupo social que el agente, hubiera obrado como éste lo ha hecho en la situación concreta. A diferencia del criterio sostenido anteriormente, el análisis de la capacidad personal del autor debería entonces hacerse en el momento de precisar si el autor es culpable.
- 1176 En la práctica, la aplicación de ambos criterios llega a resultados similares. Además de algunas ventajas teóricas del primer criterio, la toma en consideración de las circunstancias personales y de los conocimientos del agente a nivel de la tipicidad tiene el efecto positivo

de descartar la represión desde el momento de la calificación del comportamiento.

- 1177 Cuando el autor, capaz de prever la realización del tipo legal, no se da cuenta de las consecuencias posibles de su comportamiento, se habla de **culpa inconsciente**. Por el contrario, se trata de **culpa consciente** si el agente, habiendo previsto el peligro, obra sin tener en cuenta dichas consecuencias.
- 1178 El hecho de que el agente haya o no haya previsto la realización del tipo legal no es un factor decisivo para juzgar cuál de las dos formas de culpa es la más grave. La falta de previsión del peligro puede deberse a la indiferencia hacia los bienes jurídicos y actuar sin tener en cuenta dicho peligro puede constituir una actitud egoísta.

§ 3. Tipos legales ampliados

- 1179 En la medida en que la **tentativa** es concebida como el hecho de tratar, intencionalmente, de realizar un delito y no consumarlo, resulta imposible imaginarla en caso de delitos culposos. Delitos en los que se excluye, precisamente, el comportamiento doloso del autor.
- 1180 Las diferentes formas de **participación delictuosa** suponen, así mismo, que el partícipe actúe con dolo. El cómplice debe tener conciencia y voluntad de que colabora con el autor principal. El instigador sólo puede hacer nacer la idea criminal en el instigado mediante actos dirigidos a alcanzar este objetivo. Los coautores deben de común acuerdo, espontáneo o premeditado, ejecutar el hecho punible. De modo que ninguna de estas formas de participación, de acuerdo con la regulación legal, pueden ser realizadas por imprudencia, impericia o negligencia.
- 1181 Cosa diferente es determinar si el comportamiento culposo cometido y que materialmente podría presentarse como un acto de participación, puede o no servir de fundamento para responsabilizar al agente por un delito culposo determinado. Por ejemplo, los

conductores de vehículos que, en razón de su estado de ebriedad y del exceso de velocidad, provocan un accidente con resultado muerte de un peatón, no pueden ser considerados como coautores de homicidio culposo. Pero, cada uno responde como autor de tal delito de acuerdo con su grado de responsabilidad personal.

§ 4. La antijuricidad

- 1182 En principio, todas las causas de justificación entran en consideración. Sin embargo, algunos problemas específicos se plantean en el dominio de los delitos culposos. Cuando se trata de delitos de resultado, no es necesario tomar en consideración el elemento subjetivo de la causa de justificación (fin de defender el bien jurídico en peligro). Por el contrario, si se trata de un delito de pura actividad, el autor debe actuar con la voluntad de cumplir con lo que autoriza la causa de justificación.
- 1183 Quien actúa en legítima defensa reacciona, consciente y voluntariamente, contra el agresor ilícito y le causa un daño. Este no es el caso del perjuicio provocado con culpa. Este perjuicio debe producirse en el contexto del acto de legítima defensa. Por ejemplo, la persona que es despojada por un ladrón de su maletín puede defenderse utilizando una arma de fuego como arma contundente. Su acto sería justificado por reunir los requisitos de la legítima defensa y, en particular, la racionalidad del medio de defensa. Pero, si en esas circunstancias por un descuido se disparara el arma y el agresor resultara lesionado, este hecho culposo también debe ser considerado lícito.

§ 5. La culpabilidad

- 1184 Se debe constatar siempre la capacidad penal del agente. Así mismo, es indispensable verificar si éste ha actuado o no bajo la influencia de

un error de prohibición o en condiciones que no permiten exigirle un comportamiento diferente al que ha cometido.

§ 6. Delitos de omisión impropia culposos

- 1185 La estructura de los delitos de omisión impropia (comisión por omisión) culposos no es, substancialmente, diferente de la de los cometidos dolosamente. Es esencial que en relación a ambos tipos de delitos, el deber de garante sea regulado de acuerdo con los mismos criterios. El deber de garante y el deber de prudencia ayudan a precisar los peligros que deben ser descartados. Además, estos dos deberes están estrechamente relacionados. Sus contenidos y límites se determinan de manera recíproca. El agente no está obligado a ser más y no puede hacer menos de lo que el deber de prudencia exige.
- 1186 La imprevisión culpable puede estar en relación con el desconocimiento del comportamiento incriminado, a una apreciación incorrecta de la propia capacidad a cometer el comportamiento o a un procedimiento indebido al momento de tratar de evitar el peligro (cálculo equivocado de la inminencia del resultado o errónea apreciación de los alcances del deber de garante).

Capítulo 6

Concurso de leyes y de delitos

A. Introducción

- 1187 De la simple lectura de la Parte Especial del Código Penal, se tiene la impresión de que el legislador ha descrito cada delito como la obra de una sola persona (autor individual) y como si se tratarán de comportamientos totalmente independientes. De modo que el juez, al momento de dictar sentencia, podrá de manera fácil y sin mayor

un error de prohibición o en condiciones que no permiten exigirle un comportamiento diferente al que ha cometido.

§ 6. Delitos de omisión impropia culposos

- 1185 La estructura de los delitos de omisión impropia (comisión por omisión) culposos no es, substancialmente, diferente de la de los cometidos dolosamente. Es esencial que en relación a ambos tipos de delitos, el deber de garante sea regulado de acuerdo con los mismos criterios. El deber de garante y el deber de prudencia ayudan a precisar los peligros que deben ser descartados. Además, estos dos deberes están estrechamente relacionados. Sus contenidos y límites se determinan de manera recíproca. El agente no está obligado a ser más y no puede hacer menos de lo que el deber de prudencia exige.
- 1186 La imprevisión culpable puede estar en relación con el desconocimiento del comportamiento incriminado, a una apreciación incorrecta de la propia capacidad a cometer el comportamiento o a un procedimiento indebido al momento de tratar de evitar el peligro (cálculo equivocado de la inminencia del resultado o errónea apreciación de los alcances del deber de garante).

Capítulo 6

Concurso de leyes y de delitos

A. Introducción

- 1187 De la simple lectura de la Parte Especial del Código Penal, se tiene la impresión de que el legislador ha descrito cada delito como la obra de una sola persona (autor individual) y como si se tratarán de comportamientos totalmente independientes. De modo que el juez, al momento de dictar sentencia, podrá de manera fácil y sin mayor

contratiempo aplicar una disposición penal. Sin embargo, la complejidad de los hechos concretos a juzgar y las limitaciones propias a toda legislación determinan que el juez enfrente el dilema de que una misma persona deba ser castigada, en un mismo proceso, por diversas infracciones en las que ha incurrido.

- 1188 En el capítulo III del Título VI del Libro Primero del Código Penal, el legislador ha regulado, bajo el epígrafe "Del concurso de delitos", diversas reglas destinadas a resolver esos problemas. El concurso real está previsto en el art. 69; el ideal, en el art. 70; y el delito continuado, en el art. 71.

B. Unidad y pluralidad de acción

a. Concepto de acción

- 1189 Saber cuándo se está ante un caso de concurso real o de concurso ideal supone dilucidar, previamente, si existe unidad o pluralidad de acción. Este criterio se encuentra evidenciado en la manera como, en el art. 70, se define el concurso ideal. Se dice, "en caso de que en un solo hecho constituya dos o más delitos". De manera menos clara, en el art. 69, se regula el concurso real, Sólo se alude al "responsable de dos o más delitos". Quien es juzgado por concurso ideal también es responsable de por lo menos dos delitos. Sin embargo, esta imprecisión es aclarada cuando se define el delito continuado (caso privilegiado de concurso real) haciéndose referencia a "varias acciones u omisiones" (art. 71).
- 1190 El término **hecho** empleado en el art. 70 debe ser comprendido como **acción u omisión**; términos utilizados en el art. 71 y supuestos en el art. 69 cuando se habla de "delitos".
- 1191 Lo que en este dominio debe ser comprendido como **acción** es muy discutido. La generalidad de autores admite que no se le puede asimilar a la noción de **acción** como elemento del delito, y en que no existe un criterio de carácter natural que permita indicar los casos por ella comprendidos.

b. Criterios para determinar la unidad de acción

- 1192 De lo que se trata es de determinar cuáles son los criterios idóneos para "aislar, separar o recortar de un todo fluyente", como es el comportamiento humano, una fracción de la cual se puede decir que es una acción. Indudablemente, no existe un canon único que cumpla esta función; la realizan más bien criterios de distinta naturaleza. El primero es de carácter jurídico y es proporcionado por el mismo legislador al elaborar los tipos legales. Se trata de un **criterio normativo**. Junto a éste, es de considerar una perspectiva objetiva determinada por la subjetividad del agente y el contexto temporal y espacial en que se desarrolla el comportamiento. Según la concepción dominante, el término **unidad de acción** (*Handlungseinheit*) debe ser utilizado tanto en sentido objetivo como jurídico.
- 1193 Admitido lo antes expuesto, se afirma, en primer lugar, que el soporte real, físico de la noción de acción es el movimiento o movimientos corporales originados por un impulso de voluntad aislado, sin tener en cuenta la pluralidad de resultados producidos; por ejemplo, lanzar una granada. Pero, es necesario tener presente el tipo legal, ya que el legislador puede haber determinado que la pluralidad de tales eventos naturales deba ser considerada como una unidad; de ahí que el **cuadro normativo del tipo legal** sea determinante. Precizando esta concepción, se afirma que **unidad de acción** existe siempre en el caso de cumplimiento de las condiciones mínimas del tipo legal; aun cuando, desde un punto de vista fenomenológico, el comportamiento pueda ser fraccionado. Ni el número de resultados ocasionados, ni el número de tipos legales posiblemente cumplidos, son determinantes para admitir una pluralidad de acciones.
- 1194 Aquí debemos tener presente que el legislador, al individualizar en los tipos legales las acciones punibles, ha tenido en cuenta un conjunto de acciones fundamentales, como las de causar la muerte a una persona o un feto, practicar el acto sexual, apropiarse de una cosa mueble, perturbar la circulación pública, privar de libertad a otro, amenazar a una persona, etc. Estas acciones pueden ser consideradas como unidades (**delito - tipo**), a partir de las cuales, describe los

comportamientos socialmente dañinos, ya sea mediante la acumulación de algunas de ellas o adjuntándoles alguna circunstancia. En todos estos casos se trata de una **unidad de acción** en sentido jurídico.

c. Casos de unidad de acción

- 1195 Debido a que los tipos legales de los **delitos complejos** presuponen la comisión de varias acciones (en sentido natural o en sentido jurídico), aun cuando una de ellas sea prevista como designio, motivo, se admite que hay **unidad de acción jurídica**; por ejemplo, en el delito de violación: el agente debe mediante violencia yacer con una mujer (art. 173); en el delito de robo: el autor ejerce violencia y toma una cosa mueble total o parcialmente ajena (art. 251); en el delito de inutilización de defensas: el agente hace surgir el peligro de que se produzca un desastre, dañando o inutilizando instalaciones, objetos u obras destinadas a la defensa común (art. 266).
- 1196 Así mismo, existe unidad cuando en el tipo legal se ha considerado, globalmente, **un conjunto de acciones como un todo**. Por ejemplo, en el delito de atentados contra la integridad e independencia del Estado: el agente debe hacerlo ejecutando "**actos que directamente tiendan a** menoscabar la integridad del territorio de la República..." (art. 360); en el delito de actos hostiles, consistente en practicar "**actos** hostiles no aprobados por el Gobierno nacional contra un Estado extranjero..." (art. 372).
- 1197 Otro caso de unidad de acción jurídica es el de los **delitos permanentes**, consistentes en crear y mantener una situación antijurídica; por ejemplo, el delito de allanamiento de morada cuando el agente permanece en morada ajena o en sus dependencias contra la voluntad del titular (art. 206); el delito de secuestro, consistente en privar a una persona de cualquier manera, de su libertad personal (art. 201).
- 1198 Es de comprender, igualmente, a los denominados **delitos de hábito**, en que el mismo tipo legal exige una pluralidad de acciones que

demuestren un *modus vivendi* particular del agente; por ejemplo, el delito de rufianería (art. 193) consistente en vivir "en todo o en parte, a expensas de persona o personas que ejerzan la prostitución o de las ganancias provenientes de este comercio". Lo mismo se puede decir de la corrupción agravada (art. 189, inc. 6, en concordancia con el art. 27, inc. 24). De acuerdo con esta disposición, se agravará la pena a quien "promoviere, facilitare o favoreciere la prostitución o la corrupción sexual de un menor de edad", cuando realizare estos hechos "con habitualidad".

- 1199 La unidad de acción debe admitirse respecto de los **tipos alternativos**, en los que las acciones son equiparadas por el legislador en cuanto a su tratamiento penal. Así por ejemplo, quien invada y, por tanto, despoje a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble, con cualquier propósito, comete las acciones alternativas, previstas en el art. 256, pero se debe aceptar que sólo será reprimido como si hubiera cometido una sola acción (unidad de acción jurídica).
- 1200 Muchas veces, el tipo legal no hace posible considerar la unidad de acción; sin embargo mediante interpretación se puede deducir que la realización del resultado típico puede tener lugar mediante diversos actos progresivos. El autor puede disparar con su arma de fuego sobre la víctima y no matarla; inmediatamente después de este acto fallido, la lesiona varias veces con arma blanca y logra causarle la muerte. En casos de esta índole y teniendo en cuenta el contexto espacial - temporal, así como la intención del agente, se debe admitir la presencia de una sola acción homicida; por tanto el agente no puede ser considerado como autor, primero, de una tentativa de homicidio; luego, como responsable de lesiones corporales; y, finalmente, como homicida.
- 1201 En doctrina no existe acuerdo sobre si es de admitir unidad de acción cuando la ejecución repetida del mismo tipo legal es cometida con un solo impulso criminal y en un estrecho marco temporal - espacial. Este problema está resuelto en el Código Penal mediante la regulación del **delito continuado**. Según el art. 71, "se entenderá que

hay delito continuado cuando **varias acciones u omisiones** se cometan en las circunstancias siguientes ...".

d. Unidad de acción en los casos omisivos y en los culposos

- 1202 En cuanto a las acciones omisivas o de comisión por omisión y acciones culposas, es de considerar sus peculiaridades: en las dos primeras - **acciones omisivas** -, el deber de cumplir con las **acciones esperadas** y la posibilidad de realizarlas todas simultáneamente; y, en las terceras - **acciones culposas** -, el deber de cuidado exigido. La no realización de una acción esperada o la violación de un deber de cuidado constituyen una sola omisión o acción culposa, aun cuando produzcan múltiples resultados.
- 1203 Hay pluralidad de omisiones cuando el agente no **realiza dos o más acciones esperadas**. Por ejemplo, no auxiliar sucesivamente a dos personas en peligro, pudiendo hacerlo. Esto es más evidente en la omisión impropia, cuando le es posible evitar otro resultado dañino luego de producido el primero. Existen varias acciones culposas, si un conductor por sucesivas imprudencias ocasiona tres accidentes mortales.

C. Concurso ideal de delitos

a. Introducción

- 1204 Una vez constatada la unidad de acción, todavía es de comprobar si sólo una ley debe ser aplicada. Esto se debe a que mediante su acción, el agente puede cumplir con los elementos de dos o más tipos legales, ninguno de los cuales la abarca en su totalidad; de modo que todos ellos deben ser tomados en cuenta. La aplicación de diversas disposiciones es debido, como consecuencia, a la naturaleza compleja de la acción. Estos casos son agrupados bajo el título de concurso ideal de delitos.

- 1205 Según el art. 70, se da este concurso "en caso de que en un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro".

b. Naturaleza del concurso ideal

- 1206 De manera esquemática, se puede afirmar que dos criterios son utilizados para explicar el concurso ideal. De un lado, se sostiene que se trata de un **concurso de delitos** porque cada "violación de la ley penal" constituye un delito. De otro lado, se afirma que una sola acción no puede ser causa de la "violación de diferentes leyes" y, por lo tanto, se niega la existencia de pluralidad de delitos y afirma que se da un **concurso de leyes**.
- 1207 Esta diferencia de pareceres es debida a la diversidad de maneras cómo sus defensores conciben el delito. Los defensores del primer criterio otorgan al cumplimiento del tipo legal una importancia preponderante; y los segundos, tienen sobre todo, en cuenta la causalidad de la acción. Actualmente, en doctrina, se deja de lado esta discusión interesando únicamente subrayar las condiciones que deben darse para hablar de concurso ideal.

c. Diferencias con el concurso aparente de leyes y el concurso real de delitos

- 1208 En el concurso aparente de leyes como en el concurso ideal, se trata de una sola acción. Pero ésta es abarcada plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables. En otras palabras, se puede decir que el elemento común a estas dos clases de concurso es la unidad de acción; el elemento diferenciador, la tipicidad única o plural.
- 1209 En relación con el concurso real de delitos, la diferencia consiste en la pluralidad de acciones necesarias para la existencia de éste. Por esto, al inicio de este capítulo, señalábamos que toda discusión práctica sobre los verdaderos concursos (ideal y real), comienza con la determinación de la unidad o pluralidad de acción.

d. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas

- 1210 La expresión "**un solo hecho**" contenida en el art. 70, significa **una sola acción**. Para determinar, en qué casos se da esta unidad se debe recurrir a los criterios que hemos expuesto anteriormente. Quien con un solo disparo mata a una persona y lesiona a otra, comete una sola acción; mas, es evidente, que no puede ser totalmente valorada mediante la aplicación de la norma que reprime el homicidio (art. 123), ni por la que castiga la lesión (art. 144). Sólo teniendo en cuenta ambas es posible pronunciar un juicio negativo de valor sobre la acción. Lo mismo sucede en el caso en que el violador, al hacer uso de la violencia para vencer la resistencia de la víctima, le ocasiona lesiones de manera intencional y que no son las propias de la violación.. Aquí existe unidad de acción, a la cual es aplicable el art. 173 y el art. 144. Decir que sólo ha cometido violación no es acorde con la realidad; ya que no es posible, simplemente, dejar de lado las lesiones. Es necesario tenerlas en cuenta para valorar cabalmente el comportamiento del agente. Pero no es posible admitir que se da concurso real de delitos, porque no existen **dos o más delitos independientes** (art. 69). En el ejemplo dado, el **cuadro normativo del tipo legal** (violación) determina que se considere la existencia de una acción, a pesar de que, desde un punto de vista fenomenológico, podría ser fraccionada en acciones parciales. El contexto temporal - espacial y la finalidad del agente son factores que coadyuvan para admitir tal conclusión.
- 1211 Para una correcta comprensión del concurso ideal y la adecuada solución de las dificultades que presenta, es indispensable una justa apreciación de los tipos legales y de las relaciones existentes entre ellos. El criterio normativo proporcionado por el legislador a través de los tipos legales es ya decisivo en la determinación de la unidad de acción y la adecuación de esta acción a uno o algunos de ellos es determinante para admitir o no la existencia del concurso ideal de delitos.

e. Concurso ideal homogéneo (varias violaciones de la misma ley)

- 1212 En el art. 70, no se distingue entre casos de concurso ideal. En doctrina, se diferencia entre concurso ideal **homogéneo** y concurso ideal **heterogéneo**. El primero es definido como la violación repetida de la misma norma legal, mediante una sola acción; por ejemplo, lanzando una granada se lesiona gravemente a varias personas. Cuando en la disposición legal indicada se dice "dos o más delitos", se deja abierta la posibilidad de que se trate de delitos del mismo tipo. Sin embargo, parecería que el concurso homogéneo estaría excluido por el hecho de que la pena se establece diciendo: "únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción". Tendría que comprenderse, como consecuencia, que se trata de disposiciones diferentes que fijan penas distintas. Sin embargo, debería considerarse que pueden presentarse casos de delitos diversos, pero reprimidos con la misma severidad. Situación idéntica a la que se daría cuando se trata de la violación de la misma disposición. En ambas situaciones, debe aplicarse la pena según lo dispuesto en el art. 70.
- 1213 Esta dificultad se presenta debido a la manera como ha sido redactada la norma del art. 70. En esta disposición, se hace referencia a que "se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción". De esta manera, se alude al marco penal abstracto de la disposición correspondiente. Así, se estaría fijando sólo los márgenes dentro de los cuales debe individualizarse la pena.
- 1214 El punto de partida parece haber sido que cuando una sola es la ley aplicable, el juez conoce, con precisión, los márgenes inferior y superior dentro de los cuales individualizará la pena. Los casos que se tuvieron presentes fueron aquellos en que se da la posibilidad de reprimir al agente desde la perspectiva de dos o más disposiciones legales. A fin de no dejar en manos del juez un excesivo poder discrecional, se señala, expresamente, de qué manera ha de resolver estos conflictos.

- 1215 Si mediante la interpretación se concluye que una sola disposición es aplicable, no puede afirmarse la existencia de un caso de concurso ideal. La regla del art. 70 no entra en funciones, pues el juez no se encuentra ante la alternativa de aplicar una u otra disposición.

f. Fijación de la pena en caso de concurso ideal: legislación y doctrina extranjeras

- 1216 En la legislación extranjera, se ha consagrado a veces el **trato único de ambos tipos de concurso**. Es conveniente anotar que muchos autores, principalmente alemanes, son partidarios de este sistema y, por tanto, **de la aplicación del sistema de la pena única** (*Einheitsstrafe*). De aplicarse este criterio no se distinguiría más entre los diferentes puntos de vista en conflicto y la existencia de varias acciones.
- 1217 La propuesta de optar por el tratamiento único, implica el abandono, en la práctica, de la distinción entre concurso ideal y real. El factor decisivo considerado para exigir tal solución, es la imposibilidad de encontrar un criterio certero para distinguir la unidad de la pluralidad de acción. De donde se deduce que la diferenciación ahora practicada - vista desde la perspectiva de la política criminal - es arbitraria y, por lo tanto, necesariamente insegura.

g. Legislación nacional

- 1218 Una vez comprobada la presencia de un concurso ideal de delitos, es de saber qué pena ha de imponerse al agente. De acuerdo con el sistema de penas no tasadas, se trata de saber, con mayor exactitud, dentro de qué márgenes penales el juez fijará la pena. Si las disposiciones en concurso fijan la misma escala, el juez no tendrá dificultades; pero si son diferentes, la ley le ordena determinarla en base a la más severa. Para saber cuál es la ley que prevé la pena más grave ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la pena y los límites *mínimum* y *máximum*. Determinada la pena correspondiente al delito más grave de los cometidos, se aumentará la pena en una tercera parte.

- 1219 Teniendo en cuenta la posibilidad de que la solución establecida resulte excesiva en relación con la índole de los delitos cometidos, el legislador ha previsto la acumulación de las penas correspondientes "a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior [es decir la más grave aumentada en una tercera parte]".
- 1220 En esta misma perspectiva, se dispone que si los delitos son sancionados con prisión, con prisión y multa o sólo con multa, "el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo" (art. 70, párrafo tercero).

D. Concurso real de delitos

a. Noción

- 1221 En el art. 69, de manera demasiado esquemática, se considera dado el concurso real cuando el agente es "responsable de dos o mas delitos". Por esto, resulta indispensable recurrir a los criterios elaborados por la doctrina, teniendo en cuenta lo dispuesto respecto del concurso ideal y al delito continuado.

b. Pluralidad de acciones

- 1222 De acuerdo a lo dispuesto en el art. 70 (donde se habla "de un solo hecho") y al análisis del concurso ideal explicado anteriormente, consideramos que la pluralidad de acciones es la base del concurso real de delitos. Cada una de esas acciones debe ser independiente, de modo que puedan ser consideradas como infracciones autónomas. Tales acciones pueden consistir ya sea en movimientos corporales voluntarios (por ejemplo, dos disparos que causan la muerte a otras tantas personas) o en unidades jurídicas de acción (por ejemplo, dos delitos complejos o dos delitos permanentes).
- 1223 En todo caso, tal pluralidad de acciones no debe constituir una unidad de acción jurídica. Si este es el caso, podría tratarse de un concurso aparente de leyes o de un concurso ideal; mas no de concurso real.

Este requisito de la independencia de las acciones se percibe con más claridad si se tiene en cuenta el art. 71, que describe el delito continuado. En esta disposición, se hace referencia a "varias acciones u omisiones", de la "misma o de distinta gravedad", que se realicen con "un mismo propósito o resolución criminal", que violen normas que "protegen el mismo bien jurídico"; sin importar si el agente las ejecutó en el mismo o distinto lugar o momento. De donde se deduce que en el art. 69, se presupone una pluralidad de actos independientes a los cuales el legislador no hace referencia expresa. Además, en el art. 27, incisos 23 y 24, se señala la comisión de dos o más delitos independientes unos de otros al definir la reincidencia y la habitualidad.

c. Concurso real homogéneo y heterogéneo

- 1224 Al decir **delitos independientes**, no nos referimos a **delitos de diferente naturaleza**. El agente pudo haber cometido en diversas ocasiones, independientemente, el mismo delito (varios hurtos) o delitos diferentes (un hurto, un homicidio, dos estafas). En el primer caso, se habla de **concurso real homogéneo** y, en el segundo, de **concurso real heterogéneo**.

E. Fijación de la pena: principio de la absorción, acumulación de penas, penas accesorias

- 1225 En caso de concurso real, el legislador establece el criterio de la acumulación de penas. El art. 69 dispone que al responsable "se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones" que haya cometido "a fin de que las cumpla sucesivamente".
- 1226 Para evitar que se impongan penas que por su duración resultan de ejecución imposible, el legislador ha estatuido límites máximos de duración (art. 69). Primero, lo hace en relación con el tipo de la penas. Si se trata de la misma especie, "no podrá exceder del triple de la mayor duración" y "si todas tuvieren igual no podrán exceder del triple de la pena". Luego, fija **máximo absoluto**: para la prisión, el de

50 años. Para la pena de multa, el máximo de doscientos mil quetzales.

- 1227 La **simple acumulación de las penas** correspondientes a cada infracción, conforme al principio *quot delicta tot poenas*, ha sido siempre criticada debido a que contraría los objetivos de la pena. Este criterio de política criminal es, sobre todo, correcto en relación a las penas privativas de la libertad; pero, no sin razón, ha sido igualmente esgrimido contra la acumulación de penas pecuniarias. De modo que resulta injusta e incorrecta, desde los principios de política criminal generalmente admitidos, la acumulación establecida por el legislador guatemalteco.

F. Delito continuado

a. Introducción

- 1228 El origen de la noción de delito continuado es bastante remoto, sin embargo no ha sido suficientemente precisado. Se discute mucho sobre sus elementos. Sin incurrir en exageración, se puede decir que "no hay concepto penal más confuso y anárquico" que el del delito continuado.
- 1229 La intensa discusión en torno a este concepto, no depende de que haya sido o no regulado legislativamente. En los países, en que la determinación de sus elementos ha sido obra de la jurisprudencia, los penalistas han llegado a ponerse de acuerdo sobre cuáles son estos elementos; pero discrepan, frecuentemente, respecto de la manera en que debe ser concebido cada uno de ellos. Como ejemplo, basta recordar las discusiones existentes en la doctrina alemana en relación al elemento subjetivo del delito continuado. La situación no es del todo mejor en los países en cuyas legislaciones se ha regulado expresamente este concepto penal. La interpretación de las disposiciones respectivas, da lugar a una serie de discrepancias. El caso de Guatemala no puede ser diferente, dada la manera como se ha definido el delito continuado en el art. 71.

b. Naturaleza del delito continuado

- 1230 Sobre la naturaleza del delito continuado existe diversidad de criterios. La discusión gira en torno a la determinación de si se trata de una ficción, de una realidad natural o de una realidad jurídica. Según el primer criterio, el delito continuado es el fruto de una ficción legal y ésta existe toda vez que el legislador asigna a un hecho o a un conjunto de hechos el mismo trato jurídico de un hecho o conjunto de hechos diversos, sabiendo que no existe entre ellos alguna relación. Quien considera inconveniente este criterio, afirma, de un lado, que no se puede decir que la unidad entre las varias acciones sea contraria a la verdad, en cuanto las acciones mismas no son en la realidad del todo diferentes: ellas tienen un elemento común que las une y, de otro lado, que al ente resultante no se le puede negar el carácter de realidad jurídica.
- 1231 En oposición a estos criterios, algunos autores han afirmado la unidad real y natural, tanto subjetiva como objetiva, del delito continuado.
- 1232 La incorporación o no de un elemento subjetivo entre aquellos que deben darse para admitir la existencia del delito continuado es bastante discutida. Quienes responden afirmativamente, admiten que junto a ciertos fundamentos objetivos (unidad de bien jurídico violado, homogeneidad objetiva de las diversas acciones, vinculación temporal y local), es de considerar un factor subjetivo. Esta concepción es, actualmente, la que cuenta con mayor aceptación; aun en Alemania, en donde años atrás la teoría objetiva pura era "preponderante entre los escritores".
- 1233 Las opiniones se contraponen también respecto del fundamento de su admisión en la jurisprudencia y en la legislación del delito continuado. En Alemania, el Tribunal Supremo ha sostenido que existe una razón práctica de carácter procesal; ya que imponer penas por cada uno de los delitos que constituyen el delito continuado sería un trabajo engorroso, superficial y extremadamente gratuito, que debería culminar con la elaboración de una pena de conjunto.

- 1234 Actualmente, la mayoría de los autores germanos sostiene que la figura del delito continuado ofrece más ventajas que desventajas para la elaboración de una jurisprudencia racional. Algunos sin embargo propugnan su eliminación, alegando que conduce a dictar sentencias en base a meras conjeturas.
- 1235 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 71, el delito continuado es considerado una ficción jurídica y su admisión significa una atenuación de la pena debido a que constituye una verdadera excepción al art. 69, que regula la manera de castigar el concurso real. Este criterio es puesto en evidencia cuando el legislador dice: "Se entenderá que hay delito continuado ...".

c. Concepto del delito continuado

- 1236 Según el art. 71, hay delito continuado "cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes: 1. Con un mismo propósito o resolución criminal; 2. Con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona; 3. En el mismo o diferente lugar; 4. En el mismo o distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación; 5. De la misma o de distinta gravedad".
- 1237 Son de naturaleza **objetiva**: a) la pluralidad de acciones u omisiones; b) la pluralidad de violaciones de normas que protejan un mismo bien jurídico; c) el contexto temporal y espacial de realización de las acciones. De carácter **subjetivo** es la unidad de propósito o resolución criminal.

d. Elementos del delito continuado: pluralidad de acciones

- 1238 La pluralidad de acciones debe ser determinada según los criterios que expusimos al inicio de este capítulo y que tuvimos oportunidad de reiterar al tratar de las dos formas de concurso. La pluralidad de acciones típicas constituye una semejanza con el concurso real de delitos, en el que también debe existir diversidad de acciones. En este concurso, tales acciones deben ser, de acuerdo con el art. 69, **delitos independientes**. Por el contrario, según el artículo que comentamos,

las acciones cometidas están vinculadas, fundamentalmente, por proceder "de la misma resolución criminal".

- 1239 Si se tratase de una sola acción, mediante la cual se viola varias veces la misma ley penal, nos encontraríamos ante un caso de concurso ideal homogéneo. En esta clase de concurso, como lo hemos establecido antes, no existen dudas en cuanto a la ley que debe aplicarse.
- 1240 Es fácilmente admisible que existe pluralidad de acciones cuando el delincuente hurta en días diferentes diversos objetos; cuando hace sufrir a la víctima, contra su voluntad, el acto sexual, en repetidas ocasiones.

e. Pluralidad de violaciones de normas que protegen el mismo bien jurídico

- 1241 **Violaciones** significa que las acciones se adecuen al tipo legal. En la doctrina, este elemento ha sido discutido debido a las diferentes maneras como ha sido previsto en las leyes nacionales.
- 1242 En Italia, en cuyo Código derogado y en el texto original del vigente, se establecía la misma exigencia (la violación de la misma ley), se sostuvieron diversos criterios, con el fin de admitir la existencia del delito continuado en casos en que las acciones consistan en tentativas y delitos consumados o en delitos simples y calificados. Con este fin se afirmó, por ejemplo, que la determinación de lo que significa "misma ley", se refiere más a la fijación conceptual del requisito que a sus alcances prácticos o que debe comprenderse como "identidad del precepto jurídico, del mandato, que puede encontrarse especificado en una multiplicidad de diversas disposiciones legales". Así mismo, se sostuvo que se trata de la "norma incriminadora principal, en la cual deben comprenderse todas las normas generales o especiales que tienen carácter integrador o complementario. Esta discusión ha sido superada, en Italia, por la modificación aportada al art. 81 del Código italiano en el sentido de que las violaciones pueden ser de "la misma o diversas disposiciones legales".

- 1243 En la doctrina alemana, donde se exige como requisito que se viole el mismo tipo legal, se sostiene que debe comprenderse no en el sentido de que esté previsto en la misma disposición legal; sino más bien que las diversas acciones violen la misma prohibición jurídico penal.
- 1244 Todos estos criterios no pueden ser aceptados automáticamente para interpretar el art. 71. Esta disposición no se refiere a la misma ley o al mismo tipo legal. Por el contrario, a la manera de la ley italiana modificada, se refiere a "normas que protejan un mismo bien jurídico". De esta manera, debe tratarse de acciones que atenten contra el mismo bien jurídico, por ejemplo, patrimonio, libertad individual, honor, familia ..., poco importa, como consecuencia, que se trate de la misma infracción (por ejemplo, sólo hurtos, violaciones, raptos), ya sean casos agravados o atenuados. Aunque la ley parezca decir lo contrario, debe comprenderse que puede tratarse de violaciones del mismo tipo y, como consecuencia de la misma norma, por ejemplo, varios hurtos. Esta forma menos grave no puede ser tratada de manera más grave que la descrita, expresamente, en el art. 71, inc. 2. De modo que puede decirse que debe darse la violación repetida de la misma disposición o de diversas disposiciones, ya que en ambos casos se debe tratar de la protección del mismo bien jurídico. Este elemento es precisado por el legislador señalando que la víctima de las acciones del delincuente puede ser la misma o distinta persona. No es indispensable la identidad del sujeto pasivo del accionar delictuoso del agente.
- 1245 Esta unidad en la calificación delictiva es el factor de carácter legal que vincula las acciones que constituyen el delito continuado. De su presencia se desprende que dichas acciones son homogéneas en cuanto al bien jurídico (elemento esencial), a pesar de las particularidades que pueden caracterizarlas individualmente.
- 1246 El criterio amplio sobre la identidad del bien jurídico, admitido en el art. 71, es frecuentemente cuestionado en doctrina. En ésta, se distingue entre bienes altamente personales y los que no los son. Se excluye el delito continuado, por ejemplo, cuando las acciones constituyen homicidios; se admite, por el contrario, cuando se trata de

los mismos atentados contra el patrimonio, la seguridad pública, etc. Es de considerar que, en la práctica, la naturaleza del bien jurídico (la vida, por ejemplo) hace difícil que se dé la unidad de resolución criminal. Estas dificultades permiten cuestionar lo bien fundado de la atenuación de la pena en caso de delito continuado.

f. Realización de las acciones en momentos diversos

- 1247 En relación al contexto temporal en que deben producirse las exteriorizaciones de la misma resolución criminal, el legislador se refiere al "mismo o distinto momento". De donde se deduce que debemos admitir la posibilidad de que las acciones se ejecuten tanto simultáneamente como en momentos sucesivos. Pero, siempre se presupone una discontinuidad en la realización de las "acciones u omisiones".
- 1248 El contexto temporal es delimitado mediante la exigencia de que el autor de las diversas acciones, cuando lo hace en el mismo o diversos momentos, debe hacerlo "con aprovechamiento de la misma situación". De esta manera, se alude al estrecho contexto temporal, durante el cual el agente comete las acciones físicamente independiente. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad, se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones, exigidas por circunstancias accidentales. Lo mismo sucedería, en caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual sucesivamente y tantas veces como sus condiciones personales se lo permitan.
- 1249 La referencia a **momentos distintos** y a la **misma situación** plantean la cuestión de la amplitud del contexto temporal en que el delincuente debe cometer las diversas acciones. Este contexto está condicionado a las circunstancias materiales y personales en que actúa el agente. No se trata del lugar donde actúa el delincuente, ya que éste puede ser, según la disposición legal comentada, el mismo o diferente. Si dichas condiciones permanecen las mismas o no cambian de manera substancial, el contexto temporal puede ser bastante amplio; según los casos puede extenderse a algunos días,

meses y hasta años. Si restringiera esta condición a un lapso relativamente breve, podría llegarse a rechazar el delito continuado en los casos para los que, precisamente, fue admitido. Se trataría aquí de los ejemplos clásicos del cajero que se apodera, en el lapso de un año, de una suma de dinero; sustrayéndola poco a poco; o la del violador que hace sufrir el acto sexual a la víctima varias veces en días diferentes.

- 1250 En la doctrina penal foránea se consideran como delitos simples los casos en que los diversos actos ejecutivos se desarrollan en un estrecho marco temporal (el ladrón que sustrae las cosas ajenas mediante acciones que ejecuta durante una hora). Se sostiene que las acciones parciales serían, en buena cuenta, actos, fragmentos, de una sola acción. El interés en admitir este criterio reside en evitar que el autor de un tal comportamiento sea reprimido más severamente.
- 1251 Los juristas alemanes tratan éstos casos como una de las formas de **unidad de acción legal**, consistente en la ejecución repetida del mismo tipo legal en un lapso breve. La unidad de acción está determinada porque la violación del bien jurídico, mediante la repetición de la acción típica, significa un aumento puramente cuantitativo de la ilicitud (unidad de ilicitud) y porque, además, el hecho reposa en una motivación única (unidad de culpabilidad)
- 1252 Estas opiniones extranjeras deben ser tomadas en cuenta con mucha prudencia y teniendo en cuenta la manera especial como la ley ha definido el delito continuado.
- 1253 Respecto de la acción omisiva es de tener en cuenta, sobre todo, que su unidad o pluralidad depende, conforme a lo antes expuesto, de si al agente le era posible evitar el incumplimiento del deber de actuar luego de haber incurrido en la no ejecución de una primera acción esperada. En el caso del funcionario de la policía que se abstiene de ejecutar diversos mandatos de captura, es de reconocer que incurre en varias omisiones.

g. Identidad de resolución criminal

- 1254 Junto al factor legal unificante de las acciones (violación del mismo bien jurídico), el legislador menciona el factor subjetivo: "un **mismo propósito o resolución criminal**".
- 1255 Como ya lo hemos señalado, los autores discrepan en torno a este elemento subjetivo. Algunos afirman que se trata de un "**dolo de conjunto**" y otros hablan de un "**dolo continuado**".
- 1256 En relación con el art. 71, en primer lugar, no se debe identificar el elemento subjetivo unificante de las acciones en el delito continuado con el concepto de dolo. Las acciones deben ser dolosas, pero esto no basta para que se admita el delito continuado. Tampoco debe confundirse con el motivo o propósito con que haya actuado el agente. Sería, igualmente, equivocado creer que el legislador se refiere al impulso volitivo en que culmina el proceso de deliberación e ideación criminal (fase interna del *iter criminis*).
- 1257 El agente debe proponerse la ejecución de un delito mediante acciones que al ser realizadas constituyen exteriorizaciones de la misma determinación inicial. Un indicio de la presencia de esta última situación, lo constituye la homogeneidad de las acciones; homogeneidad que, a su vez, está condicionada por la unidad del bien jurídico atacado mediante la violación de las normas que lo protegen. De esta manera, aparece evidente la estrecha relación existente entre los factores considerados por el legislador.
- 1258 La interrupción de este factor subjetivo vinculante debe ser comprobada de acuerdo con las circunstancias en cada caso particular. Al respecto, es superfluo pretender fijar reglas generales. La variación esencial en la ejecución o en los medios empleados, así como la índole altamente personal y la gran importancia del bien jurídico, pueden significar una solución de continuidad en el elemento subjetivo.
- 1259 En caso de que el delito continuado consista en la no ejecución de acciones esperadas (omisión y comisión por omisión); deberá

considerarse las peculiaridades de las acciones omisivas en la determinación de su unidad y pluralidad.

h. Fijación de la pena

- 1260 La represión fijada en el art. 71 para el autor de un delito está graduada de modo a tener en cuenta su gravedad. El legislador ha considerado que debe imponerse una sanción más severa que en caso de concurso ideal. En éste la acción cometida es una sola, mientras que en el delito continuado es múltiple. Por esto, establece que la pena para el autor de delito continuado será aumentada en una tercera parte; mientras que en caso de concurso de delito, el juez podrá graduarla "hasta en una tercera parte" de acuerdo con las circunstancias personales materiales del caso.
- 1261 La unidad del delito continuado es ratificada cuando se estatuye que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse, si el delito fuere continuado, "desde el día en que se ejecutó el último hecho" (art. art. 108, inc. 3).

G. Concurso aparente de leyes

a. Definición

- 1262 Al interpretar las leyes el juez comprende el sentido de las normas jurídicas y constata si la acción a reprimir reúne las notas señaladas en algunos de los tipos legales. Es decir, que el juez debe escoger la ley aplicable al caso particular. Si concluye que una disposición cubre todo el contenido ilícito y culpable de la acción, quedará descartado el denominado concurso ideal. Pero, para llegar a tal afirmación sucede, frecuentemente, que el juzgador ha debido decidirse entre varias disposiciones legales, en las cuales, desde un punto de vista formal parecía adecuarse la acción delictuosa. Esto se debe a las especiales relaciones existentes entre los tipos legales, que son el resultado de la técnica legislativa utilizada. Cuando se presenta este caso, los juristas hablan de concurso aparente de leyes.

- 1263 Esto se presenta cuando en relación a la acción que se debe apreciar aparece como posible la aplicación de dos o más disposiciones legales; pero de las cuales sólo una será aplicada; ya que las restantes quedan excluidas en razón de las relaciones existentes entre ellas. En la doctrina existe unanimidad en torno a esta definición. Los estudiosos sostienen criterios diversos en relación al nombre que se da a este concurso, o si es o no un verdadero concurso y a los principios que se aplican para resolverlo.
- 1264 La mayor parte de juristas admite que se trata de un concurso aparente, en razón de que sólo es aplicable la disposición que comprende en todos sus aspectos a la acción criminal. Partiendo de este criterio, se ha llegado a sostener que mejor debería denominársele **unidad de ley** (*Gesetzeseinheit*).
- 1265 Otros son de la opinión de que se trata de un verdadero concurso, porque la acción cumple, realmente y de manera sucesiva, con los tipos legales de las diferentes disposiciones; y que sólo, posteriormente, mediante un proceso mental, se llega a la exclusión de una en favor de otra.
- 1266 Esta discrepancia está vinculada con el punto de vista que se adopte. Es evidente que unos ven el problema en el momento en que se desarrolla la actividad judicial **al escoger la norma** a aplicarse, y los otros, en el **momento de su aplicación**. Respecto de quien comete delito de parricidio, no podrá afirmarse que primero cumple con el tipo legal del delito de homicidio (art. 123) y en seguida con el del parricidio (art. 131). Realiza sólo la acción delictuosa descrita por esta última disposición. En la práctica, al juez se le presentarán algunas dudas en la medida en que no haya comprobado, en el hecho a juzgar, la presencia de todos los elementos típicos del parricidio; por ejemplo, el vínculo familiar entre agente y víctima, o el *animus necandi*. En otros casos, las dudas en cuanto a la tipificación pueden provenir de la incertidumbre sobre los alcances que debe darse al texto legal, y no de una indeterminación en las características de la acción delictuosa. Por ejemplo, el hecho de incendiar la casa propia con el fin de cobrar el seguro, sabiendo que se pone en peligro la vida

y la integridad corporal de personas, plantea el problema de saber si debe aplicarse el art. 265 (estafa mediante destrucción de cosa propia) y/o el art. 282, segundo párrafo (incendio de bien propio). Si estima que una sola de las dos disposiciones comprende en todos los aspectos el comportamiento delictuoso, se dirá que dichas disposiciones se encuentran en **concurso aparente**. Por el contrario, si es de tener en cuenta a todas para llegar al mismo resultado (abarcando cabalmente la acción delictuosa), se admitirá que se hallan en verdadero concurso de normas, denominado **concurso ideal** y resuelto conforme al art. 70. La solución dependerá de la interpretación que se haga de tales disposiciones y de las relaciones que se fijen entre ellas.

- 1267 De allí que algunos autores destaquen claramente el papel de la interpretación en este dominio. Llegan a sostener que este tema corresponde, indudablemente, a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas y justifican que los legisladores, en la mayor parte de los casos, no haya establecido reglas sobre el concurso aparente, debido a que es mediante la interpretación que se obtiene una respuesta a la pregunta de si se aplica una sola disposición, ya que es imposible fijar legislativamente las innumerables posibilidades que ofrece la actividad interpretativa.

b. Principios para resolver el concurso aparente, generalidades

- 1268 En doctrina, no existe acuerdo en cuanto al número de principios que orienten al juez en este campo, ni sobre la significación de cada uno de ellos. Generalmente, se mencionan los principios de alternancia, de especialidad, de consunción y el referente a los hechos anteriores o posteriores impunes. En realidad, estos principios son reglas destinadas a ayudar al juez en su labor de interpretar y aplicar la ley. Las discrepancias doctrinales existentes son debidas a que se pretende enmarcar en reglas rígidas las innumerables posibilidades que se presentan al momento de interpretar la ley, y de establecer las relaciones existentes entre sus disposiciones.

- 1269 Como hemos visto al estudiar la interpretación, el intérprete se vale de diversos medios para llegar a una correcta comprensión de la norma legal, y los criterios que tiene en cuenta son de diferente naturaleza; fundamentalmente, **lógicos y valorativos**. El intérprete no puede recurrir a uno sólo de ellos. No obstante, los primeros constituyen una guía indispensable.
- 1270 Para abordar dichos principios, es necesario precisar las posibles relaciones lógicas existentes entre los conceptos. Se pueden dar las siguientes relaciones: a) **heterogeneidad**: los casos que caen dentro del concepto **A** no caen en el concepto **B** y viceversa; b) **subordinación**: los casos caen en A y B, pero no todos los casos que caen en B caen también en A; y c) **interferencia**: algunos casos que caen en A no caen en B. Estos son los límites lógicos dentro de los cuales deben estudiarse los principios mencionados. Al consultar la bibliografía, extranjera, especialmente en referencia al tema que estudiamos, no debe olvidarse que los ejemplos frecuentemente discutidos en doctrina pueden no ser útiles porque las acciones delictuosas analizadas son reguladas de manera diferente.

c. Principio de identidad

- 1271 Dentro de un mismo sistema legal, dos tipos legales no pueden encontrarse en relación lógica de identidad, porque no "tendría sentido" formular dos tipos legales para reprimir el mismo comportamiento. Si el legislador lo hace, incurre en error y su trabajo es inútil y fuente de confusión. Por ejemplo, el art. 263 (estafa) con relación al art. 264 inc. 23, *in fine*, en la medida en que esta cláusula general no hace sino repetir la descripción establecida en la primera: ardid o engaño.

d. Principio de alternancia

- 1272 Este principio ha sido comprendido de diversas maneras. Algunos autores sostuvieron que se daba la alternancia cuando los elementos de dos tipos legales eran opuestos; por ejemplo, hurto y apropiación ilícita. En este sentido, la relación lógica es de heterogeneidad, por lo que no puede hablarse de concurso. Lo "mínimo que puede exigirse

para hablar de concurso entre dos leyes es que haya un ámbito en que ambas se puedan superponer; en la llamada **alternancia** esa posibilidad está excluida por razones lógicas".

- 1273 Algunos autores han sostenido que se trata de casos en que la misma acción es contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una es aplicable, en la medida que la otra no estatuye una pena más grave. Los tipos legales se comportan, en este caso, como dos círculos secantes; como consecuencia lo que interesa es saber cuál de ellos debe ser elegido para la subsunción. Se debe establecer la pena más grave, y si son iguales, se determinará por vía interpretativa cuál de ellas protege el bien jurídico más importante.
- 1274 La estructura lógica que corresponde al principio de la alternancia es el de la subordinación, propia del principio de especialidad. No puede tratarse de la estructura lógica de la interferencia que corresponde al principio de la subsidiariedad o al concurso ideal.
- 1275 De acuerdo con la lógica, la regla general debería ceder el paso a la especial, pero, esto concluiría en un tratamiento favorable del delincuente, a quien tendría que imponerse una pena leve. Tal razonamiento no es correcto; pues, olvida que los criterios de interpretación no son meramente lógicos, sino también valorativos. Por tanto, la diferencia entre especialidad y alternancia (conforme a Binding) no se halla en la estructura lógica, sino en las consecuencias que de ellas se derivan de acuerdo con la naturaleza valorativa (teleológica) del sistema legal.
- 1276 En razón de su falta de autonomía lógica y de los inconvenientes que produce, se propone que la noción de alternancia sea completamente excluida del estudio del concurso aparente de leyes.
- 1277 Los casos comprendidos por los penalistas que defienden el principio de alternancia, son en realidad errores legislativos, que consisten, ya sea en "considerar simultáneamente una circunstancia particular como agravante y atenuante, lo que dentro de un mismo ordenamiento legal es contradictorio, o en establecer un tratamiento

privilegiado a un caso calificado, lo que, desde un punto de vista teleológico, es improcedente".

e. Principio de especialidad

- 1278 El único principio respecto del cual casi todos los autores son contestes, es el de la especialidad.
- 1279 La claridad que existe en su noción y estructura lógica ha determinado a algunos legisladores a incorporarlo en sus leyes. En la Ley del Organismo Judicial, art. 13, se establece la primacía de las disposiciones especiales. Según esta norma, "las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales".
- 1280 La primera cuestión que se plantea es la de saber si es conveniente estatuir una disposición de este tipo. Al respecto, es de recordar que los principios para analizar los casos de concurso aparente son, en realidad, reglas de interpretación. De modo que su no regulación legislativa no comportaría inconvenientes en la aplicación de la ley. Si se hace abstracción del art 13 citado, leyes como el Código Penal no pierden en claridad. Por el contrario, regular legislativamente el principio de especialidad sin hacer referencia a los demás principios, puede conducir a creer que es el único admisible.
- 1281 Los juristas afirman, en su gran mayoría, que se da especialidad cuando "todas las características típicas del tipo general (de la ley general) se hallan también contenidas en el tipo especial (de la ley especial); pero que éste contiene aún otra u otras características más".
- 1282 Esta relación de especialidad se origina, generalmente, en el afán del legislador de mejorar la represión penal. Los tipos legales que elabora son necesariamente esquemáticos, generales; a partir de ellos, diferencia algunos casos y los trata independientemente. Se trata de las figuras calificadas y privilegiadas. El legislador retoma el tipo general y le agrega una circunstancia agravante o atenuante referente, por ejemplo, a la manera de cometer la acción, a las calidades personales de la víctima o del agente. Se encuentran en relación de especialidad los arts. 129 (infanticidio), 131 (parricidio),

132 (asesinato) frente al art. 123 (homicidio simple); el art. 247 incs. 1 y 5 (hurto cometido por doméstico o por dos o más personas) frente al art. 246 (hurto simple).

- 1283 Se da la especialidad también en los casos en los que el legislador juntando dos tipos legales simples elabora un tercero independiente. Por ejemplo, el robo (art. 251) en relación al hurto (art. 246) y la coacción (art. 214). Para la configuración del delito de robo es necesario que se den los elementos típicos del hurto más los de la coacción.
- 1284 Si bien es fundamental tener en cuenta la estructura lógica de la especialidad, no puede afirmarse que la ley general es dejada de lado en favor de la especial, sólo por un fundamento lógico. Aplicar la ley especial depende de si mediante ésta, el legislador ha tratado de completar, de modificar la disposición general o de hacer que aquella tome el lugar de ésta. La respuesta ha de obtenerse mediante la interpretación teleológica y sistemática.
- 1285 Finalmente, para concluir con el estudio de este principio, nos queda por tratar el caso en que concurren simultáneamente una circunstancia atenuante y otra agravante. Obviamente, los estudiosos, no optan por una sola solución, y algunos sostienen que se da concurso ideal, como otros admiten el concurso aparente.
- 1286 En nuestra opinión, no se puede establecer reglas fijas sobre el particular. Debe más bien analizarse cada caso concreto e interpretarse correctamente las disposiciones en concurso; sobre todo, teniendo en cuenta la naturaleza de las circunstancias invocadas para agravar o atenuar la figura básica.
- 1287 Cuando no existe una solución legislativa, debe tenerse en cuenta el caso particular. Por ejemplo, qué disposición ha de aplicarse a la madre que, encontrándose en las circunstancias previstas en el art. 129 (infanticidio, caso atenuado de homicidio), mata a su hijo, recién nacido, mediante veneno (asesinato, art. 132, inc. 3, homicidio calificado por la naturaleza del medio utilizado).

1288 Creemos que es determinante la naturaleza de las circunstancias que concurren. La atenuación de la represión penal en caso del delito de infanticidio es el estado psicológico de la madre, que es el que conduce a causar la muerte de su hijo. El haber optado por el veneno, como medio letal, no puede prevalecer sobre el estado excepcional en que se halla la madre. Este mismo estado puede haberla decidido a escogerlo.

f. Principio de subsidiariedad

1289 Se habla de subsidiariedad cuando de dos o más disposiciones que regulan la misma acción, una de ellas reclama su aplicación sólo cuando la restante o restantes, que prevén una pena más grave, no son aplicables. Dicha disposición funciona como auxiliar y se aplica sólo en la eventualidad de que se rechacen las otras. En torno a esta noción de subsidiariedad existe casi unanimidad; pero las divergencias reinan respecto a los casos que deben ser comprendidos.

1290 La estructura lógica de este principio es de interferencia. Es decir que al menos un caso que cabe en el concepto A, también cabe en B; y al menos uno de los comprendidos en A, no lo es simultáneamente en B. Es el caso del segundo párrafo del art. 125 (participación en riña) en relación con el primer párrafo de la misma disposición (homicidio en riña tumultuaria). La primera norma (subsidiaria) sólo se aplicará cuando no constare "quién o quiénes causaron las lesiones" que produjeron la muerte de uno de los participantes en la riña.

1291 Son casos de subsidiariedad, igualmente, aquellos en los que el legislador ha descrito diversos grados de la violación del mismo bien jurídico. Es el caso, por ejemplo de las formas culposas en relación con las dolosas; de las infracciones de peligro en relación con las de lesión; de la tentativa en relación con la consumación; de la complicidad en relación con la instigación.

g. Actos anteriores o posteriores impunes, como casos de subsidiariedad

- 1292 También es de comprender como un caso de subsidiariedad el del los denominados "actos anteriores o posteriores impunes". En realidad, esta denominación es equívoca por cuanto no se trata de una real impunidad. Estos casos son totalmente típicos y culpables; pero no serán reprimidos independientemente porque, mediante interpretación, se concluye en que la acción total del agente será reprimida desde la perspectiva de otra disposición que prevé otro tipo legal. Así por ejemplo, el que hurte una cosa mueble ajena (art. 246) y luego la destruya (art. 278) (hecho posterior) sólo será reprimido con la pena fijada para el primer delito o al que fabrique, introduzca al territorio nacional, o retuviere en su poder, cuño, sellos, marcas u otros instrumentos o útiles destinados a cometer falsificaciones (art. 333) (hecho anterior) y falsifique realmente moneda (art. 313), sólo se le impondrá la pena correspondiente a este último delito.
- 1293 En tales casos, existe una unidad de valoración, es decir, "que el ataque a la esfera jurídica ajena tiene un resultado exclusivo en relación con desarrollo y profundización de la violación del interés jurídico". Por esto sólo ha de admitirse la subsidiariedad en estos casos cuando se viole un mismo bien jurídico.

h. Principio de consunción

- 1294 En nuestra opinión, no es necesario mantener como criterio el llamado principio de consunción. El significado que debe darse a la consunción es muy discutido. Es así que Mezger consideró que se da un caso de consunción "cuando una ley, que conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra, no permite por ello la aplicación de esta última y la excluye". Los casos que comprende son los mismos que hemos agrupado bajo el principio de subsidiariedad. Lo decisivo es que los casos discutidos se hallan en relación lógica de interferencia, que es la estructura lógica de la subsidiariedad. De modo que no habría base autónoma como para admitir la consunción como criterio independiente.

- 1295 En todo caso, el juez, así como todo otro intérprete de la ley, debe tener en consideración que todos estos principios no son sino tentativas de sistematización de las innumerables posibilidades de relación que existen entre los tipos legales y de interpretación debido, precisamente, a sus características propias, de aplicación de los mismos a los casos concretos.
- 1296 Si la estructura lógica es indispensable para el análisis de los casos estudiados, es evidente que la solución definitiva no se halla únicamente con su auxilio. La apreciación valorativa es indispensable. Así, señalemos por último, la estructura lógica de la subsidiaridad, la interferencia, corresponde, también, a los casos del denominado concurso ideal de delitos. Si se da el uno o el otro, lo determina expresamente el legislador (subsidiaridad expresa), o se decide mediante la apreciación valorativa (interpretación teleológica). De ahí, la enorme importancia de la técnica legislativa que se emplee en la elaboración de los tipos legales y del correcto manejo de todos los criterios interpretativos que conducen a una adecuada aplicación de las normas legales al caso *in especie*.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER, Los inimputables frente a las causas de justificación e inculpabilidad, Bogotá 1982.

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Manual de Derecho penal*. Parte general, Bogotá 1989.

Principios de Derecho penal, vol. I, Madrid 1990.

Principios de Derecho penal español, vol. II, El hecho punible, 3a. ed., Madrid 1994 (4ª ed. 1997)

Tipo y error, Buenos Aires 1973.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, “Agresión médica y consentimiento del paciente”, en *Cuadernos de Política Criminal* n. 25, 1985, p. 127 ss.

BARATTA, ALESSANDRO, “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 34.

BARREIRO, JORGE, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid 1990.

“La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente”, en *Cuadernos de Política Criminal* n. 16, 1982, p. 55 ss.

BENTEZ, HERNÁN DARÍO, *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano*, Bogotá 1988.

BERGALLI, ROBERTO / BUSTOS, JUAN (eds.) *El poder penal del Estado: homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires 1985.

BUSTOS, JUAN, *Manual de Derecho penal*, Parte general, 2a. ed., 1991.

BUSTOS / VALENZUELA, *Derecho penal latinoamericano comparado*, Buenos Aires 1981-1983.

CEREZO MIR, JOSÉ, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid 1993.

COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, Parte general, 4a. ed., Valencia 1996.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN *Derecho penal español*, *Curso de iniciación*, Parte general I, Madrid 1993.

Culpabilidad e imprudencia, 1990.

CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho penal*. Parte general, 2a. ed., Santiago de Chile 1988.

“El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito”, en *Nuevo Pensamiento Penal* 1975, p. 149 ss.

DOTTI, RENE ARIEL, *Reforma penal brasileira*, Rio de Janeiro 1988.

FRAGOSO, CLAUDIO HELENO, *Lições de direito penal*. A nova parte general, vol. I, 10a ed., 1986.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, 2a. ed., Bogotá 1989.

Fiandaca / Musco, *Diritto penale*, Parte generale, 2a. ed., Bologna 1995.

Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito: Derecho penal*. Parte general, Madrid 1984.

HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid 1987.

Gimbernat Ordeig, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática penal?” en *Estudios de Derecho penal*, 2a. ed., Madrid 1981.

HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho penal*, traducción y notas de Muñoz Conde / Arroyo Zapatero, Barcelona 1984.

HURTADO POZO, JOSÉ, *Manual de Derecho penal*, Parte general, 2a. ed., Lima 1987.

JAEN VALLEJO, MANUEL, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid 1994.

Los principios superiores del Derecho penal, Madrid 1999.

JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal*. Parte general, traducción de Joaquín Cuello, Madrid 1995.

JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981. El mismo, traducción de Manzanares Samaniego, 4a. ed., Granada 1993..

LUZÓN / MIR (eds), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona 1995.

MARINUCCI GIORGIO / DOLCINI EMILIO, *Corso di diritto penale*, I, Milano 1995.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal*, Parte general, 4a. ed., Barcelona 1996.

Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho, 2a ed., Barcelona 1982.

El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, 1994.

MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de Derecho penal*, Parte general I, Madrid 1992.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría del delito*, Valencia 1989.

Derecho penal y control social, Jerez 1985.

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN, *Derecho penal*, Parte general, 2a. ed., Valencia 1996..

MUSCO, ENZO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974.

NINO, CARLOS S, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona 1983.

Consideraciones sobre la dogmática jurídica, México 1974.

Los límites de la responsabilidad penal, Buenos Aires 1981.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, Parte general I, 2a. ed., Barcelona 1990.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho penal*, 11a. ed., Bogotá 1987.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, El médico y el derecho penal, Barcelona 1981.

RUDOLPHI, HANS JOACHIM, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1975.

ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal*, traducción, notas y comentarios de Arroyo Zapatero y Gómez Colomer, 1988.

ROXIN, CLAUDIUS, *Problemas básicos de Derecho penal*, traducción de Luzón Peña, Madrid 1976

Iniciación al derecho penal de hoy, Sevilla 1981.

Culpabilidad y prevención, traducción, introducción y notas de Muñoz Conde, Madrid 1981.

SCHÜNEMANN, BERND (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992.

STRATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho penal*, Parte general, I, traducción de Gladys Romero, Madrid 1982.

El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad, traducción y estudio de Muñoz Conde, Madrid 1980.

WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, traducción de Bustos / Yañez, Santiago de Chile 1970.

WESSELS, JOHANNES. *Derecho penal*. Parte general, traducido de la 6a. ed. alemana por Conrado Finzi, Buenos Aires 1980.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, cinco volúmenes, Buenos Aires 1980-1988.

Sistemas penales y derechos humanos en América Latina, Buenos Aires 1986,

ZIPF, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, Madrid 1979.

ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, 3a. ed., Granada 1993.