

- 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 a 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 aprehendidos, 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 si 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 sustancia 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 de 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 culposos 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 demento 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,

agrar 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.