

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**“DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA: DETENCIONES ILEGALES,  
APREHENSIÓN ILEGAL, ALLANAMIENTO, SUSTRACCIÓN DE MENORES PROPIA E IMPROPIA,  
SUSTRACCIÓN AGRAVADA, INDUCCIÓN AL ABANDONO DEL HOGAR Y ENTREGA INDEBIDA  
DE UN MENOR”  
TESIS DE GRADO**

**ANA LUCÍA MANCILLA DE LEÓN**  
CARNET 11525-11

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2017  
CAMPUS CENTRAL

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

“DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA: DETENCIONES ILEGALES,  
APREHENSIÓN ILEGAL, ALLANAMIENTO, SUSTRACCIÓN DE MENORES PROPIA E IMPROPIA,  
SUSTRACCIÓN AGRAVADA, INDUCCIÓN AL ABANDONO DEL HOGAR Y ENTREGA INDEBIDA  
DE UN MENOR”

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR  
**ANA LUCÍA MANCILLA DE LEÓN**

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2017  
CAMPUS CENTRAL

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.  
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO  
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO  
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS  
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO  
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO  
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ  
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS  
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA  
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

## **NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN**

MGTR. GABRIEL ESTUARDO GARCIA LUNA

## **TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN**

LIC. JOSE GUDIEL TOLEDO PAZ

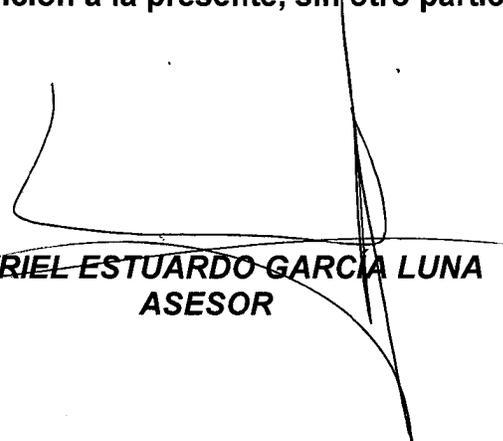
**Guatemala, 4 de octubre de 2016**

**Honorable Consejo de Facultad  
Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Rafael Landívar**

Respetuosamente me dirijo a ustedes, con el objeto de rendir dictamen en mi calidad de asesor de la tesis titulada **“Delitos contra la libertad y seguridad de la persona: Detenciones ilegales, aprehensión ilegal, allanamiento, sustracción de menores propia e impropia, Sustracción agravada, Inducción al abandono del hogar y Entrega indebida de un menor.”**, elaborada por la estudiante ANA LUCIA MANCILLA DE LEÓN. Luego de haber finalizado el trabajo final de tesis, considero que se realizó de acuerdo con los principios, procedimientos, métodos y técnicas de la investigación científica, por lo que el trabajo elaborado es satisfactorio. La bibliografía consultada fue adecuada a los requerimientos del tema investigado.

**Por lo que me complace informarles que para el suscrito la tesis que se presenta cumple con los requerimientos del Instructivo Para Elaboración de Tesis de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo que mi dictamen es favorable, encontrándose a mi criterio lista para la revisión final.**

**Agradeciendo su atención a la presente, sin otro particular atentamente.**

  
**GABRIEL ESTUARDO GARCIA LUNA  
ASESOR**

Guatemala, 09 de febrero de 2017

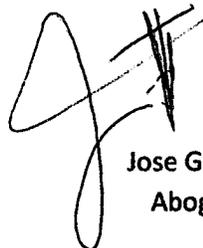
Señores Miembros del Consejo  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Rafael Landívar  
Campus Central  
Presente.

Respetables Señores:

En cumplimiento a la designación como Revisor de Fondo y Forma del trabajo de Tesis desarrollado por el estudiante **ANA LUCIA MANCILLA DE LEÓN**, carné número 1152511, titulado **"DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA: DETENCIONES ILEGALES, APREHENSIÓN ILEGAL, ALLANAMIENTO, SUSTRACCIÓN DE MENORES PROPIA E IMPROPIA, SUSTRACCIÓN AGRAVADA, INDUCCIÓN AL ABANDONO DEL HOGAR Y ENTREGA INDEBIDA DE UN MENOR"**, me permito manifestarle que dicho trabajo fue revisado detenidamente; y luego de los cambios y observaciones sugeridas y que fueran cumplidas por la estudiante, considero que este se encuentra ajustado a los requerimientos solicitados.

En virtud de lo anterior, emito **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de tesis relacionado ya que cumplen con los requisitos exigidos por esta honorable casa de estudios, recomendando para el efecto se proceda a la autorización de la orden de impresión.

Finalmente, habiendo cumplido con la designación encomendada me es grato suscribirme respetuosamente.



Jose Gudiel Toledo Paz  
Abogado y Notario

José Gudiel Toledo Paz  
ABOGADO Y NOTARIO



**Orden de Impresión**

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante ANA LUCÍA MANCILLA DE LEÓN, Carnet 11525-11 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07366-2017 de fecha 9 de febrero de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

**“DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA: DETENCIONES ILEGALES, APREHENSIÓN ILEGAL, ALLANAMIENTO, SUSTRACCIÓN DE MENORES PROPIA E IMPROPIA, SUSTRACCIÓN AGRAVADA, INDUCCIÓN AL ABANDONO DEL HOGAR Y ENTREGA INDEBIDA DE UN MENOR”**

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 27 días del mes de junio del año 2017.



**LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
Universidad Rafael Landívar**

## **DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS**

**A DIOS:** Por haberme permitido llegar a la meta; haberme iluminado y derramado bendiciones sobre mí durante toda la carrera universitaria, y darme fortalezas y ánimos para perseverar en el camino justo cuando creí que ya no podría continuar.

**A MIS PAPAS:** Por su constante apoyo, cariño, confianza en mí y sus palabras que me motivaron a continuar hasta finalizar y nunca darme por vencida. Por haberme educado a dar siempre lo mejor de mí y ser responsable en todo proyecto que emprenda en mi vida. Les dedico este trabajo de tesis con todo el amor que les tengo.

**A MIS HERMANAS:** Porque todas sin excepción: Catherine, Jaqueline y Sofia han sido siempre para mí un modelo a seguir y a quienes admiro mucho; y en especial a mi confidente que siempre me acompaño en mis momentos más difíciles y me supo escuchar. Este trabajo, que con mucho esfuerzo logré terminar, es en parte para ustedes; con todo el amor que les tengo.

**A MAMA CRISTI (QEPD):** Gracias, porque sé muy bien que estuvo conmigo en los momentos más duros y me hubiera encantado que estuviera con nosotros, siendo testigo de todo lo que logré alcanzar, vive siempre en mí, la quiero y extraño mucho, espero que sepa que esto también es para usted.

**A MIS TÍAS Y TÍOS:** Gracias por todas sus bendiciones y oraciones hacia mí, por siempre cuidarme y esperar siempre lo mejor de mí, esto va con mucho cariño a mi tía Rosita, Edith, Aleida, Cristina, Tío Nelson, gracias por su amor y apoyo incondicional.

**A MIS AMIGOS:** A todos mis amigos que tuve el agrado de conocer en la Universidad, y que de alguna forma contribuyeron e hicieron que el camino fuera un poco más divertido, aprendí mucho de ellos también y agradezco que hayan formado parte de mi formación profesional.

**MAGISTER GABRIEL ESTUARDO GARCÍA LUNA:** Gracias licenciado por haber confiado en mí para realizar este proyecto y que con mucho esfuerzo emprendí para

lograr el resultado esperado. Muchas gracias por su constante apoyo, asesoría y confianza.

**A PABLO NAVAS:** Gracias por haberme acompañado durante toda la carrera profesional, agradezco mucho tu apoyo, cariño y ayuda incondicional que me brindaste cuando más lo necesite, y esto en parte también es para ti.

**RESPONSABILIDAD: La autora es la única responsable del contenido y conclusiones del presente trabajo.**

## Índice

INTRODUCCIÓN.....	i
Capítulo 1 El delito .....	1
1.1 Generalidades .....	1
1.2 Elementos objetivos del delito .....	5
1.2.1 Bien jurídico tutelado.....	5
1.2.2 Sujetos del delito .....	9
1.2.3 La acción .....	13
1.3 La tipicidad.....	16
1.4 El dolo .....	17
Capítulo 2 Delito de Detenciones ilegales y Aprehensión ilegal .....	25
2.1 Delito de detenciones ilegales .....	25
2.1.1 Antecedentes históricos .....	25
2.1.2 Concepto .....	28
a) Doctrinario: .....	28
b) Legal: .....	30
2.1.3 Elementos del tipo objetivo .....	32
a) Bien jurídico tutelado.....	32
b) Sujeto activo:.....	35
c) Acción típica esperada:.....	37
d) Sujeto pasivo:.....	38
2.1.4 Elementos subjetivo del tipo:.....	40
2.1.5 Disposiciones especiales: .....	41
a) Momento de consumación: .....	41
2.2 Delito de aprehensión ilegal .....	42
2.2.1 Antecedentes históricos .....	42
2.2.2 Concepto .....	44
a) Doctrinario .....	44
b) Legal.....	45
2.2.3 Elementos del tipo objetivo .....	46
a) Bien jurídico tutelado.....	46
b) Sujeto activo .....	48
c) Acción típica esperada .....	49

d) Sujeto pasivo .....	50
2.2.4 Elemento subjetivo del tipo .....	51
2.2.5 Disposiciones especiales .....	53
a) Momento de consumación.....	53
Capítulo 3 Delito de Allanamiento .....	54
3.1 Antecedentes históricos .....	54
3.2 Concepto .....	57
3.2.1 Doctrinario .....	57
3.2.2 Legal.....	59
3.3 Elementos del Tipo objetivo:.....	62
3.3.1 Bien jurídico tutelado.....	62
3.3.2 Sujeto activo .....	65
3.3.3 Acción típica esperada .....	66
3.3.4 Sujeto pasivo .....	70
3.4 Elemento subjetivo del tipo .....	73
3.5 Disposiciones especiales .....	75
3.5.1 Momento de consumación.....	75
Capítulo 4 Delito de Sustracción de menores (propia e impropia), Sustracción agravada, Inducción al abandono del hogar y Entrega indebida de un menor .....	76
4.1 Delito de Sustracción de menores (propia e impropia).....	76
4.1.1 Antecedentes históricos .....	76
4.1.2 Concepto.....	77
a) Doctrinario .....	77
b) Legal.....	78
4.1.3 Elementos del tipo objetivo .....	79
a) Bien jurídico tutelado:.....	79
b) Sujeto activo:.....	81
c) Acción típica esperada: .....	84
4.1.4 Elemento subjetivo del tipo:.....	90
4.1.5 Disposiciones especiales .....	93
a) Momento de consumación.....	93
4.2 Delito de sustracción agravada .....	94
4.2.1 Antecedentes históricos .....	94

4.2.2 Concepto.....	95
a) Doctrinaria.....	95
b) Legal.....	96
4.2.3 Elementos del tipo objetivo.....	97
a) Bien jurídico tutelado.....	97
b) Sujeto activo.....	100
c) Acción típica esperada.....	101
d) Sujeto pasivo.....	103
4.2.4 Elemento subjetivo del tipo.....	106
4.2.5 Disposiciones especiales.....	107
a) Momento de consumación.....	107
4.3 Delito de Inducción al abandono del hogar.....	108
4.3.1 Antecedentes históricos.....	108
4.3.2 Concepto.....	109
a) Doctrinaria.....	109
b) Legal.....	110
4.3.3 Elemento del tipo objetivo.....	111
a) Bien jurídico tutelado.....	111
b) Sujeto activo.....	113
c) Acción típica esperada.....	115
d) Sujeto pasivo.....	117
4.3.4 Elemento subjetivo del tipo.....	119
4.3.5 Disposiciones especiales.....	120
a) Momento de consumación.....	120
4.4 Delito de Entrega indebida de un menor.....	122
4.4.1 Antecedentes históricos.....	122
4.4.2 Concepto.....	124
a) Doctrinario.....	124
b) Legal.....	126
4.4.3 Elementos del tipo objetivo.....	127
a) Bien jurídico tutelado.....	127
b) Sujeto activo.....	130
c) Acción típica esperada.....	131

d) Sujeto pasivo .....	133
4.4.4 Elemento subjetivo del tipo .....	134
4.4.5 Disposiciones especiales .....	135
a) Momento de consumación .....	135
Capítulo Final .....	136
<b>PRESENTACION, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....</b>	<b>136</b>
1. Presentación .....	136
2. Análisis y discusión de resultados .....	136
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>182</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>184</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>185</b>
<b>Bibliográficas .....</b>	<b>185</b>
<b>Normativas .....</b>	<b>189</b>
<b>Electrónicas .....</b>	<b>189</b>
<b>Otros .....</b>	<b>194</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>197</b>

## **RESUMEN EJECUTIVO**

En el presente trabajo de investigación se desarrollan algunos delitos de los contenidos en el Libro Segundo, Título IV de la parte especial del Código Penal de Guatemala Decreto 17-73. Siendo estos los siguientes: detenciones ilegales, aprehensión ilegal, allanamiento, sustracción de menores (propia e impropia), sustracción agravada, inducción al abandono del hogar y la entrega indebida de un menor. Por consiguiente se analizaron los elementos objetivos de cada tipo penal, haciendo un breve estudio doctrinario respecto de los antecedentes, concepto legal y doctrinario, sujeto activo y pasivo, el bien jurídico tutelado, la acción típica esperada, el momento de consumación y el elemento subjetivo de cada tipo penal de los ya mencionados.

Comparando además cada delito o figura penal, diferenciando una de otra, y resaltando las características que le son propias a cada tipo penal. Por lo tanto, se realizó una compilación doctrinaria a fin de poder recolectar la mayor información posible respecto de cada figura; explicando la posición de cada autor. Y comparando además la forma en que se encuentran regulados los delitos ya identificados dentro de las legislaciones penales de Centroamérica, España, Argentina y México determinando las diferencias y similitudes que guardan con la forma en que se encuentran reguladas esas figuras penales dentro de la legislación penal de Guatemala.

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis se encuadra dentro de un proyecto de investigación realizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, específicamente en la elaboración del Manual de Derecho Penal Parte Especial. En esta parte del manual se analizan algunos delitos que se encuentran en el Código Penal Guatemalteco, Decreto 17-73, y en especial los Delitos contra la Libertad y Seguridad de la Persona, los cuales se encuentran establecidos en el Libro II, Título IV, Capítulos IV al VII, de la referida ley. Estos delitos se caracterizan por ser vulnerar la libertad y seguridad de la persona, el poder ejercitar libremente ciertos derechos asimismo se viola la integridad de la persona; siendo la libertad y la seguridad los bienes jurídicos tutelados.

La pregunta central de investigación que se pretende resolver es ¿Cómo se encuentran regulados los delitos contra la libertad y seguridad de la persona dentro de la legislación guatemalteca vigente? Para lograr dicho cometido la presente tesis tiene como punto de partida y como objetivo general, Analizar los delitos contra la libertad y seguridad de la persona en el ordenamiento jurídico guatemalteco; de esta forma poder informar y ser de ayuda para que los futuros profesionales del Derecho puedan consultarlo en cualquier momento y poder comprender quienes son los sujetos activos, pasivos, bien jurídico tutelado de cada delito en especial los que son objeto de estudio del presente trabajo. Asimismo tiene como objetivos específicos investigar los antecedentes históricos de los delitos contra la libertad y seguridad de la persona, presentar el concepto jurídico y doctrinario de esos delitos, especificar los elementos del tipo objetivo; desarrollar los delitos de detenciones ilegales, aprehensión ilegal, allanamiento, sustracción de menores (propia e impropia), sustracción agravada, inducción al abandono del hogar y entrega indebida de un menor. De igual forma como objetivo específico; comparar los delitos ya mencionados con la normativa penal de Centroamérica, México, Argentina y España.

Para efectuar la presente investigación, se visitaron diversas bibliotecas y consulta de libros en línea con la finalidad de obtener información exacta, actualizada y necesaria

para poder elaborar un trabajo completo y útil. Sin embargo, se presentaron ciertos obstáculos como falta de doctrina o de antecedentes históricos en cuanto a ciertos delitos, de los ya mencionados en el párrafo anterior, por lo cual se indagó en otras fuentes tales como tesis de graduación, páginas web oficiales, revistas penales y otras fuentes que permitieran acceso a los diferentes elementos estudiados.

Las unidades de análisis se integran por el Código Penal de Guatemala Decreto 17-73 (Guatemala); la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal (España); la Ley 11.179, Código Penal (Argentina); el Código Penal Federal (México); Código Penal, Decreto Legislativo No. 1030 (El Salvador); Código Penal, Decreto 144-83 (Honduras); Código Penal, Ley No. 641 (Nicaragua), El Código Penal de Panamá y el Código Penal, Ley 4573 (Costa Rica).

El presente trabajo servirá de aporte y beneficio para la sociedad y para los estudiantes de Ciencias Jurídicas y Sociales, a los primeros porque las personas podrán conocer a plenitud porque existen en la ley penal tales delitos y su importancia, su origen y finalidad pero también a estudiantes de derecho pues podrán encontrar en un solo documento compilados los delitos contra la libertad y seguridad de la persona asimismo podrán tener a su alcance todo un estudio completo de derecho comparado por lo que será más fácil poder estudiarlos, comprenderlos sin tener que buscar por separado y en una variedad de libros y documentos cada delito por separado.

El tipo de investigación y el procedimiento que se utilizó para la realización de la presente Tesis, fue el tipo de jurídico comparativa, pues se pretende comparar y encontrar similitudes y diferencias entre la regulación de los delitos contra la libertad y seguridad de la persona dentro de la legislación penal guatemalteca con la forma en que se encuentran regulados esos mismos delitos en el resto de países de Centroamérica, México, España y Argentina. De igual forma es jurídico descriptiva, ya que se busca describir, desarrollar y analizar una serie de delitos, en especial los delitos contra la libertad y seguridad de la persona dentro de la legislación guatemalteca. Se pretende descomponer esos delitos en todos los elementos que lo conforman como sujeto activo,

pasivo, bien jurídico tutelado, acción típica esperada, elementos del tipo, comento de consumación.

Finalmente se utilizó como instrumento el cuadro de cotejo, de modo que se pueda realizar un estudio completo de derecho comparado respecto a los delitos contra la libertad y seguridad de la persona en los países de Centroamérica, España, Argentina y México.

## Capítulo 1 El delito

### 1.1 Generalidades

El derecho penal se ha definido desde dos puntos de vista uno objetivo y otro subjetivo. De acuerdo con de León Velasco y Mata Vela, el derecho penal subjetivo es la facultad de imponer penas que tiene el Estado como único ente soberano; el derecho del Estado de determinar delitos, ejecutar penas. Por otro lado el derecho penal desde un punto de vista objetivo según De León Velasco y Mata Vela es: *“El conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad”*.<sup>1</sup>

De modo que en Guatemala el derecho penal es un sistema que utiliza el Estado para tipificar ciertas acciones como delitos; así como de imponer y ejecutar penas; es un conjunto de disposiciones y normas jurídicas para establecer cuales acciones u omisiones encuadran dentro de lo que se denomina delito.

De acuerdo con Berner Brusa, el Derecho Penal *“Es la ciencia que determina el contenido de las facultades que corresponde al Estado como sujeto de la actividad punitiva. Esto es el Estado como facultado para castigar, sancionar.”* Por su parte, Franz Von Liszt afirma que el Derecho Penal *“Es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como legitima consecuencia. (Tratado de Derecho Penal Alemán);”* en la misma línea, Eugenio Cuello Calón en su obra el Derecho Penal Español, sostiene que *“Es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece”*.<sup>2</sup>

El delito como razón de ser del Derecho Penal y como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado, ha recibido diversas denominaciones a lo largo de la historia, atendiendo que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeta a los cambios que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad. En un inicio el delito y su relación

---

<sup>1</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Derecho Penal Guatemalteco. Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix. 2004. Pág. 4.

<sup>2</sup> *Ibíd.* Página 5

con la pena atendía a un elemento objetivo esto es, dependía la pena del resultado de la acción, del daño causado y se juzgaba inclusive objetos inanimados es decir, que el hombre no era el único que podía ser sujeto del delito. Posteriormente en la Edad Media, se juzga aún a los animales; existiendo inclusive en esa época un abogado especialista en la defensa de bestias. Fue hasta en el Imperio Romano que cultamente aparece por primera vez una valoración subjetiva del delito; esto es, juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención, al dolo, de la persona. Tal y como se regula actualmente en las legislaciones modernas en materia penal. <sup>3</sup>

Según Luis Jiménez de Asúa el delito es *“Un acto penado por ley, como disponen el código penal español, el chileno, el mejicano y otros. Desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídica y culpable.”*<sup>4</sup> De ese concepto se desprenden tres, características una que puede ser una acción o un no hacer, que es además antijurídico y finalmente la culpabilidad. Ahora bien Fernández Carrasquilla lo define como: *“Un hecho jurídico, en cuanto acontecimiento al que el derecho atribuye consecuencias jurídicas”*. <sup>5</sup>

De este último concepto vale la pena decir que es un hecho del hombre pues solo la conducta del hombre puede llegar a constituir un delito y fundamentar la imposición de una sanción criminal. Derivado de los conceptos anteriores, se puede concluir que el delito es una acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible.

Empero existen tantas definiciones de delito, como corrientes, disciplinas y enfoques. Desde un punto de vista jurídico el delito puede tener dos aspectos: jurídico formal y jurídico sustancial. El primero de ellos se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; <sup>6</sup>es decir que establece que para cierto ilícito o cierta conducta existe o merece una pena en específico pero no describe el delito. Por otro lado, el jurídico sustancial consiste en hacer referencia de los elementos del delito. Varios estudiosos del derecho no coinciden en cuanto al número de elementos que pueda tener un delito y es por ello que se dice que existe una teoría unitaria o totalizadora; la misma afirma que el

---

<sup>3</sup> Reyes Calderón, José Adolfo. Derecho Penal Parte General. Guatemala. Editorial Kompas. 2003. Tercera edición. Pág. 51.

<sup>4</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Principios de derecho penal: La ley y el delito. Buenos Aires Argentina. Editorial Sudamericana. Pág. 213

<sup>5</sup> Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental. Colombia. Editorial Temis. 1993. Pág. 163.

<sup>6</sup> Amuchategui Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. México. Harla. 1993. Pág. 43.

delito como tal es una unidad y no admite divisiones. Por el contrario la atomizadora o analítica, establece que el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito.

Podría llegar a decirse que el tema de los delitos constituye la columna vertebral del derecho penal, el poder comprender la estructura general del delito facilita comprender en la práctica cada delito específico por ejemplo los delitos contra la vida, contra el honor, contra la seguridad nacional, delitos contra la libertad y seguridad de la persona y otros que contempla la legislación guatemalteca. Entonces se puede decir que los elementos del delito son el derecho penal lo que la anatomía es a la medicina.

Dentro de la misma línea, y según Quinteros Telón Bertha Lydia<sup>7</sup> se habla entonces de la Teoría General del delito en donde la mayoría de juristas afirman que son tres los elementos comunes: la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad. Podría afirmarse que el derecho penal guatemalteco es un derecho penal de acto, pues en general solo la conducta traducida en actos externos puede ser considerada como delito, generar la persecución penal y posteriormente el juicio legal. Es por ello, que de todas las formas de comportamiento humano, la ley selecciona las penas relevantes. La conducta delictiva se manifiesta a través de acciones y de omisiones como en un principio ya se había mencionado. Y es precisamente por eso que la conducta humana es la base de la teoría general del delito porque tal como se había explicado en el concepto de delito, no es un hecho natural sino humano y que sea jurídicamente relevante asimismo se explicó que el delito no solamente es acción sino también puede ser una omisión.

De acuerdo con De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela<sup>8</sup>; la acción es todo comportamiento derivado de la voluntad y la voluntad siempre implica una finalidad. De modo que la acción se desarrolla en dos fases una interna y otra externa y es punible la segunda pues es la única que se exterioriza en el mundo exterior y se

---

<sup>7</sup> Quinteros Telón Bertha Lydia. Consecuencias que genera a la víctima la comisión del delito de inducción al abandono del hogar. Guatemala. 2013. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 3-8.

<sup>8</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Óp.cit.* Pág. 142.

ejecuta el acto considerado como delito. En tanto que la fase interna se lleva a cabo dentro del pensamiento del autor del delito, en donde se propone la realización de un fin.

El Derecho Penal guatemalteco admite también la comisión por omisión regulada en el artículo 18 del Código Penal puesto que establece que aquel que tuviera el deber legal de impedir un resultado y no lo hace; de igual forma comete un delito. Hace referencia a los garantes es decir, aquel sujeto con un deber jurídico especial. En cuanto a la tipicidad se refiere, no es más que encuadrar o subsumir la conducta humana consciente y voluntaria dentro del supuesto de hecho establecido en la norma penal o norma tipo; pasando al otro elemento de la Teoría del delito se encuentra la antijuridicidad que es el disvalor de la conducta típica, aquella conducta que es contraria a los valores establecidos en la norma. Como elemento negativo a la antijuridicidad se encuentran las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad y legítimo ejercicio de un derecho).

Si hay una acción típica, antijurídica habría que analizar entonces si es culpable esto es el reproche que se le hace al autor quien conociendo y valorando la norma y pudiendo actuar distinto no lo hace. Como elementos negativos a la culpabilidad, la ley penal habla sobre las causas de inculpabilidad (miedo invencible, fuerza exterior, erro, omisión justificada, obediencia debida). Existen autores que encuadran dentro de la culpabilidad a la imputabilidad es decir que sea capaz de comprender lo ilícito de su actuar y nuevamente como elemento negativo se encuentra la inimputabilidad al cual el Código Penal establece que son inimputables los menores de edad, los que tienen un desarrollo psíquico incompleto o los que padecen de un trastorno mental transitorio. Finalmente algunos autores no consideran a la punibilidad como un elemento de la Teoría del delito por su ubicación en la parte especial; sin embargo debe de tomarse en cuenta puesto que si es culpable hay que analizar lo relativo a la pena a imponer. Por lo que no se puede hablar de delito sino concurren los elementos esenciales que lo conforman.

## 1.2 Elementos objetivos del delito

### 1.2.1 Bien jurídico tutelado

Con la finalidad de orientar la conducta del ser humano, a través de reglas de carácter penal, se debe determinar, cuáles son los comportamientos reprimibles, puesto que el objetivo del derecho penal es evitar su realización.

De acuerdo con José Pozo Hurtado<sup>9</sup> solo deben ser reprimidos penalmente aquellos actos o conductas que pongan en peligro los bienes fundamentales para la vida en común. Es por ello toda norma jurídico penal debe fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto de bienes vitales.

La noción del bien jurídico fue elaborada por Birnbaum, e introducida por Binding en la sistemática del derecho penal y posteriormente transformada por Franz Von Liszt. Este último autor sostiene que *“El bien jurídico es un interés jurídicamente protegido, previo al ordenamiento jurídico, creado por la vida.”*<sup>10</sup>

Por lo que éste doctrinario va más allá pues eleva la categoría de estos bienes jurídicos protegidos, partiendo de la idea de que el Derecho existe por voluntad humana, lo que lo lleva a concluir que el fin del Derecho Penal, no puede ser otro que la protección de intereses humanos vitales y que esto últimos son elevados a la categoría de bienes jurídicos porque son protegidos por el Derecho.

Continuando con el análisis de Listz<sup>11</sup> se puede sostener que el bien jurídico es a) un interés vital que existe previo al ordenamiento jurídico porque tales intereses no son creados por el derecho en cambio este solo los reconoce, y es a través de ese reconocimiento , que esos intereses vitales adquieren la calidad de bienes jurídicos.

En este punto cabe mencionar entonces, que los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal en realidad, no es que sean derechos como tal o que necesariamente se encuentren positivos en alguna norma; en realidad se tratan de intereses que responden

---

<sup>9</sup> Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Perú.1987. segunda edición. Disponibilidad y acceso: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_04.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_04.pdf). Consultada el 26 de julio del 2016.

<sup>10</sup> Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal. Reus, Madrid, 1927, página. 2

<sup>11</sup> *Loc. Cit.*

a las necesidades de una comunidad o de una sociedad y es por ello que son vitales pues sin ellos no sería posible la convivencia en armonía. Y también son vitales, porque es necesario que de alguna forma el Derecho Penal pueda protegerlos y es por ello que se podría afirmar que son la esencia o la piedra angular de todo delito. Es decir, el delito no tendría sentido e inclusive no podría llamarse delito sino tuviese un bien jurídico que proteger como por ejemplo, la vida.

De nuevo continuando con el análisis del autor Von Liszt<sup>12</sup> establece también que la b) referencia a la sociedad determinada nos señala que ese interés es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos; en ese punto el autor lo que trata de decir, es que algunos intereses puede que respondan a las necesidades de cierto grupo en cierto tiempo y determinado lugar pero esos mismos intereses puede que no sean necesarios para otro conglomerado social distinto entonces cabe la posibilidad de que deban existir ciertos intereses universales que proteger. ; c) la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico.

Eso lleva a preguntarse, qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, es decir, la que reconoce intereses fundamentales, ¿acaso lo es el derecho penal? Y en realidad, Kierszenbaum, Mariano responde en forma negativa, “*pues no es el derecho penal el que crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena ya sea pecuniaria o privativa de libertad, ciertas conductas u omisiones que lesionan ciertos bienes. El bien jurídico es creado por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.*”<sup>13</sup>

Los doctrinarios discuten sobre la noción del bien jurídico tutelado, y han llegado a la conclusión que su determinación debe ser de carácter material. Es por ello, que Maurach y Baumann consideran que los bienes jurídicos son los intereses jurídicamente protegidos y por su parte Welzel expresa que se trata de bienes vitales de la comunidad

---

<sup>12</sup> Von Liszt, Franz. *Óp. Cit.* Página 2.

<sup>13</sup> Kierszenbaum, Mariano. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Lecciones y ensayos no. 86.* Alemania. 2009. Página 189. Disponibilidad y acceso: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>. Consultada el 26 de julio del 2016.

o del individuo. Michael Marx citado por Hurtado del Pozo afirma que *“los bienes jurídicos pueden ser definidos como aquellos necesarios para el hombre para su libre autorrealización.”*<sup>14</sup> En tanto que Roxin también citado por Hurtado del Pozo establece que se trata de *“condiciones valiosas en las que se concretizan los presupuestos imprescindibles para una existencia en común.”*<sup>15</sup>

De acuerdo con Juan Bustos Ramírez y Birnbaum<sup>16</sup> sostienen que el delito no lesiona derechos subjetivos sino bienes como señala también. Es decir, que tal como su nombre lo indica, el bien jurídico a tutelar o proteger, es precisamente un bien y no se trata de proteger derechos per se.

Derivado de lo anterior, se puede afirmar que definir el bien jurídico tutelado en la ciencia penal, es más complicado de lo que parece. Podría decirse que la doctrina ha esbozado tantas definiciones como autores han tratado el tema. Esta noción del bien jurídico ha dado lugar dentro del ámbito del Derecho Penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La principal consecuencia de este principio, es que solo será legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de una sanción respecto de comportamientos que no dañen a otro. Esto es una idea que tiende a la reducción del Derecho Penal.

En consonancia con ello, Bacigalupo, se expresa de la siguiente forma:

*“El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección*

---

<sup>14</sup> Hurtado Pozo, José. *Óp. Cit.* Página 11

<sup>15</sup> *Loc.Cit.*

<sup>16</sup> Bustos Ramírez, Juan, "Los bienes jurídicos colectivos" en Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No, I/, Madrid, 1980, página. 150.

*de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el ius puniendi, es decir para el derecho de dictar leyes penales...”.<sup>17</sup>*

Bacigalupo, concuerda con Von Listz en cuanto a que los intereses a proteger por el Derecho Penal se convierten en bienes jurídicos al momento de ser regulados por el Derecho y reconocidos por éste. Asimismo admite que en realidad se tratan de intereses que una sociedad debe proteger y el legislador encontró una solución a ello, pues al tipificar ciertas conductas, quien las transgrede automáticamente se hace acreedor de la sanción o pena, y estas conductas conllevan el bien jurídico a proteger por el Derecho Penal.

Por su lado, Maximiliano Rusconi afirma que:

*“Según esta teoría, es el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva. El derecho penal, para este punto de vista, es el instrumento al que se acude sólo para la protección de los intereses vitales de la comunidad: vida, libertad, honor, propiedad, etc.”<sup>18</sup>*

En la misma línea, que el autor anterior, Rusconi citado por Kierszaenbaum<sup>19</sup> expresa que son los bienes jurídicos los que deben conformar la esencia del delito o tipo penal, y es cuando se transgreden estos o se violan estos bienes, cuando realmente es legítimo y procede la intervención punitiva y por ende, aplicar la sanción previamente contemplada por el legislador.

Por consiguiente, el principio anteriormente aludido, no puede ser entendido sino como una garantía del individuo frente al poder estatal, *“pues allí donde haya una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena.”<sup>20</sup>*

Lo cual implica que, necesariamente para que una persona sea condenado y acreedor de la pena o sanción prevista en la norma penal, previamente debió de haber lesionado

---

<sup>17</sup> Kierszenbaum, Mariano. *Óp. Cit.* Página 194.

<sup>18</sup> *Loc. Cit.*

<sup>19</sup> *Loc. Cit.*

<sup>20</sup> Kierszenbaum, Mariano. *Óp. Cit.* Página 195.

un bien jurídico vulnerado o lesionado pero no necesariamente cuando se viole un bien jurídico, va a existir una pena quizá porque no siempre se podrá sancionar al culpable.

Finalmente se puede concluir que el bien jurídico tutelado dentro del ámbito Penal, no es más que la esencia y finalidad del delito pues este únicamente adquiere legitimidad en la medida que está destinado a tutelar o proteger un interés o necesidad de una sociedad determinada y allí donde exista una pena es porque necesariamente se ha vulnerado o violado un bien jurídico y que solamente adquiere su calidad de interés jurídicamente protegido en la medida en que es reconocido por el Derecho. De tal forma que todos los delitos encuentran su asidero en algún bien a proteger, sea la vida, la salud, la libertad, la seguridad, seguridad nacional, el ambiente, el patrimonio, la propiedad entre otros.

### **1.2.2 Sujetos del delito**

El tipo penal supone la presencia de un sujeto activo y un sujeto pasivo; los cuales se corresponden con el derecho del autor y la víctima respectivamente.

Es bastante simple de comprender, pues el sujeto activo es quien comete el delito o realiza el tipo. Según Eduardo Crespo y Cristina Rodríguez Yagüe: *“Hace algunos años, se entendía que solo las personas físicas podían cometer delitos, según la máxima *societas delinquere non potest*; no obstante, se afirma que es posible que las personas jurídicas puedan entrar a formar parte del círculo de sujetos activos al ser posible la imputación de responsabilidad penal a las mismas cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento sobre ella.”*<sup>21</sup>

Por el contrario, Reyes Calderón<sup>22</sup>, afirma que el sujeto activo será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, nacionalidad, y otras características. Y es que cada tipo señala las características y calidades especiales para cada sujeto activo. Es por ello, que sostiene el autor, que nunca una persona moral o jurídica, podrá ser sujeto activo de algún delito porque aun cuando aparentemente sea una sociedad o institución la que ha cometido el ilícito siempre hay personas detrás de esta persona jurídica,

---

<sup>21</sup> Demetrio Crespo Eduardo y Cristina Rodríguez Yagüe. Curso de Derecho Penal: parte general. España. Ediciones Experiencia. 2004. Página 209. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?ppg=239&docID=11002604&tm=1469658625165>. Consultado el 27 de julio del 2016.

<sup>22</sup> Reyes Calderón, José Adolfo. *Óp. Cit.* Página 52.

operándola, girando ordenes e instrucciones y fue esa persona o personas las que ejecutaron el delito. De ahí que se concluya que solamente un hombre puede ser agente imputable de una infracción; los animales, y las cosas pueden servir de instrumento ejecutivos del delito o ser objetos materiales del mismo, pero nunca pueden ser sujetos activos de él.

Manzini citado por Reyes Calderón en concordancia con este último también sostiene que *“Las personas jurídicas o morales no pueden ser sujeto activos del delito; porque la personalidad y capacidad de derecho, se funda sobre los elementos biopsicológicos de la actividad individual y de la voluntad, solamente el hombre puede considerarse como el verdadero sujeto de derechos porque solamente él reúne en sí dichos elementos.”*<sup>23</sup>

Se concuerda con este tipo de pensamiento, pues a pesar que en la actualidad varias empresas mercantiles, sociedades mercantiles se han visto envueltas en ilícitos, al final, el único condenado por el delito es el representante legal de dicha persona jurídica o moral por lo que se entiende porque este último autor hace la reflexión a los tratadistas y doctrinarios de no encajar como sujeto activo del delito a personas jurídicas o morales.

Dentro del mismo análisis, Jiménez Asúa, *“Las personas morales no son capaces del conocimiento de los hechos y de su significación injusta, y en consecuencia no pueden ser culpables. Si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos.”*<sup>24</sup>

En términos generales, la acción puede ser realizada por cualquiera, pero en algunos tipos penales dentro de sus supuestos exigen una serie de cualidades muy personales de tal forma que solamente quien las reúna puede llegar a ser sujeto activo del delito. Por ejemplo, aquellos delitos que solamente lo cometen las madres, padres, sobre los hijos, o aquellos que específicamente lo cometen los funcionarios públicos, esto es, se les exige de una cualidad muy particular como la de ocupar un cargo público o la de ser padre o madre del sujeto pasivo. Por el contrario hay delitos como el robo, hurto, allanamiento que cualquier persona puede cometerlos sin distinción alguna.

---

<sup>23</sup> Reyes Calderón, José Adolfo. *Óp. Cit.* Página 52.

<sup>24</sup> Jiménez Asúa, Luis. *Óp. Cit.* Página 211.

De acuerdo con Carlos Blanco Lozano, *“El sujeto activo también recibe los nombres de delincuente, y aún más técnicamente, agente, autor o partícipe. Y en general, es la persona que lleva a cabo el hecho sancionado penalmente en algunas de las modalidades a tal efecto previstas en un texto punitivo.”*<sup>25</sup>

Ahora bien bastante discutido ha sido el tema respecto a las raíces o fundamentos de la delincuencia, o por qué el sujeto activo o autor del delito lo comete. Según Lozano, se puede mencionar como posibles fundamentos, alteraciones genéticas, anomalías psíquicas, inadaptación social, influencia de un determinado entorno, hostilidad del medio o del individuo, falta de educación, ausencia de oportunidades, adicción a drogas, alcohol, sustancias psicotrópicas entre otros.

En ese sentido, el Derecho Penal, ha sido visto como una herramienta para combatir la delincuencia, pero no es el único ni tampoco el más importante. Pues aunado a éste, debe considerarse una buena política social, las condiciones de vida y de realización personal del individuo, asimismo que el Estado ha de cumplir con ciertos deberes para con los ciudadanos.

Blanco Lozano<sup>26</sup> establece que el sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito. Puede serlo una persona física imputable o no. El sujeto pasivo no siempre coincide con la figura del perjudicado o con la persona sobre la que recae la acción del delito. Por ejemplo si el dependiente que repartía la mercadería y es robado, la víctima es el dueño del establecimiento; pues no recibió el precio de la cosa, y por lo tanto el sujeto pasivo del delito. Pero los perjudicados en este caso serían los clientes quienes no recibieron su producto.

El ofendido es importante pues sirve, por ejemplo, como causa de exclusión de la responsabilidad penal en caso haya prestado consentimiento. En otras ocasiones, influye para atenuar o agravar la pena por ejemplo en caso sea un menor de edad. Inclusive es

---

<sup>25</sup> Blanco Lozano, Carlos. Tratado de Derecho Penal Español, Tomo I: el sistema de la parte general. Volumen 1: fundamentos del derecho penal español las consecuencias jurídico-penales. España. Editorial J.M Bosch. 2005. Página 83. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?ppg=83&docID=10219560&tm=1469660721804>. Consultada el 27 de julio del 2016.

<sup>26</sup> Blanco Lozano, Carlos. Óp. Cit. Página 83.

de vital importancia en aquellos delitos que sean de instancia de parte, de esta forma, todos los delitos contra la injuria, calumnia, o el honor, solo pueden ser perseguidos previa denuncia de la persona agraviada.

Blanco Lozano<sup>27</sup> establece que la víctima es el sujeto pasivo de la infracción penal; el titular del bien jurídico lesionado en concordancia con lo establecido por Demetrio Crespo y Cristina Rodríguez; sin embargo, Lozano amplía el concepto a establecer que desde el punto de vista normativo, se ha puesto de manifiesto que víctima de todo comportamiento criminal es también el Estado por cuanto es el titular del Derecho Penal que ha sido vulnerado.

Desde otro punto de vista y no tanto jurídico, se analiza al delincuente como víctima en dos sentidos:

- a) En un primer sentido, como víctima de la sociedad, cuyas desigualdades, deficiencias, e injusticias, de alguna forma lo ha empujado a delinquir y convertirse entonces en autor del delito.
- b) En segundo lugar, como víctima de un proceso judicial penal dirigido en contra de él y que en muchos casos prescinde de principios constitucionales tan sencillos como la presunción de inocencia; o el derecho a un proceso sin dilaciones innecesarias.

Sin embargo, esta alusión a la que hace el autor respecto del sujeto activo como una víctima es un poco subjetiva y dista mucho de lo que la doctrina entiende por autor del delito y sujeto pasivo del mismo. En cuanto que, se debe entender que si bien el “delincuente” es visto como una víctima de la sociedad, de problemas psicológicos, sociales, económicos, jurídicamente es sujeto activo y autor de los delitos tipificados en el texto punitivo.

Reyes Calderón distingue entre sujeto pasivo de la conducta y sujeto pasivo del delito. *“Pues el primeros se refiere a la persona que de manera directa sufre la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto la recibe el titular del bien jurídico tutelado en cuanto a que el sujeto pasivo de delito tal y como ya han expuesto otros*

---

<sup>27</sup> Blanco Lozano, Carlos. *Óp. Cit.* Página 84.

*autores en párrafos anteriores, es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado, por ejemplo: si el empleado del banco lleva una cantidad de dinero de su jefe para depositarlo y es robado, el sujeto pasivo de la conducta, es el empleado pero el sujeto pasivo del delito es sin lugar a duda el jefe pues es quien ha sufrido el detrimento en su patrimonio”.*<sup>28</sup>

Por lo que se puede concluir que el sujeto activo es la persona física que realiza material o bien coopera de alguna forma penalmente a la ejecución del hecho penalmente tipificado como delito y por otro lado, el sujeto pasivo del delito no es otro que el titular del bien jurídico vulnerado o violado, pudiendo ser una persona física o jurídica inclusive el colectivo de la sociedad o el propio Estado.

### **1.2.3 La acción**

El delito como se afirmaba en el inicio del capítulo, es un acto, y es que los autores emplean el término acto o acción indistintamente. Pero debe tenerse claro que no es un hecho, ya que los doctrinarios han acordado, que el hecho es todo acontecimiento de la vida del hombre en cambio que el acto o acción supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta. De esta forma la acción según Jiménez Asúa es: *“Una manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda.”*<sup>29</sup> Por su parte, Carlos Creus, afirma que *“el hecho humano es conducta en tanto sea una manifestación de voluntad. El hombre observa una conducta cuando quiere hacer o no hacer algo. Puede decirse que para que una acción sea conducta es suficiente como finalidad el querer hacer o no hacer algo.”*<sup>30</sup>

Esto quiere decir, que la acción es una conducta humana voluntaria que llega a producir un resultado, y por acto voluntario, se debe entender entonces, una acción u omisión espontánea y motivada.

---

<sup>28</sup> Reyes Calderón, José Adolfo. *óp. Cit.* Página 53.

<sup>29</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *Óp. Cit.* Página 210.

<sup>30</sup> Creus, Carlos. Derecho Penal, Parte general. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1999. Página 127

Según Muñoz Conde y Mercedes García, “se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana y solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica siempre una finalidad”.<sup>31</sup>

A eso se refería Creus al mencionar que para que una acción sea conducta es suficiente que tenga la finalidad de hacer o no hacer algo. Importante mencionar, que tal como se ha explicado con anterioridad, el Derecho Penal debe ser de acción en donde se pueda materializar y concretizar la voluntad humana.

Según José Gustavo Girón Palles<sup>32</sup> el comportamiento humano tiene dos aspectos uno es el querer y otro la voluntad, de los cuales surgen dos fases. La interna que es el querer, o desear realizar una conducta que aún se encuentra alojada en la mente y todavía no se ha exteriorizado. Pero una vez propuesto el objetivo, la finalidad o meta, el individuo exterioriza su pensamiento en su actuar o conducta. Que es lo que constituye la fase externa. Entonces la acción, en sentido general, es toda concreción de la voluntad humana en realizaciones externas que pueden preverse por el sujeto y ser esperadas por el ordenamiento jurídico, y que consecuentemente pueden evitarse.

Lo importante de la acción, es que en un Estado democrático, debe aplicarse un Derecho Penal de acto, donde se juzgue, y se persiga la conducta (acciones u omisiones) de las personas. Contrario al Derecho Penal de autor en donde se juzga por lo que la persona es y no por su conducta.

Mario Tarrío, sostiene que “el Derecho Penal no crea conductas sino observa aquellos comportamientos sin valor y las admite como punibles, dando origen de esta forma a los tipos penales.” Derivado de ello, la acción puede definirse como un comportamiento exterior evitable. Y que como contraposición a la acción, legal y doctrinariamente, surge la ausencia de acción. “*Distinguiéndose ciertas causales:*

---

<sup>31</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Manual de Derecho Penal Parte General. Valencia, España. Tirant lo Blanch.1998. página 228.

<sup>32</sup> Girón Palles, José Gustavo. Teoría del Delito. Guatemala. Instituto de la Defensa Pública Penal.2013. página 9. Disponibilidad y acceso: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/45580.pdf>. Consultada el 28 de julio del 2016.

- 1) *Estado de inconsciencia: es una situación especial, en donde la razón se ve temporalmente afectada, por origen patológico o fisiológico, que provoca una perturbación en el discernimiento.*
- 2) *Fuerza irresistible: Fuerza externa, y produce un efecto en el autor, de tal forma que no lo podría haber evitado. El autor lo explica, haciendo alusión a que el cuerpo humano no es dirigido psíquicamente por el propio hombre, conforme a su voluntad, sino que el cuerpo se comporta como un mero objeto material.*
- 3) *Movimiento corporales reflejos: son actos que no están bajo el control de la voluntad del sujeto.*<sup>33</sup>

Las tres causales de ausencia de acción que explica el autor concretamente se refiere por ejemplo en lo relativo al estado de inconsciencia, serían los actos que se realizan como el sueño, el sonambulismo, embriaguez letárgica, esta última sucede cuando la persona no está acostumbrada a ingerir alcohol, y ha ingerido tano o poco licor que se crea un estado de inconciencia y como consecuencia la persona ya no se encuentra en el uso de su voluntad. Siempre y cuando no se encuentre en estado de embriaguez para producir la acción en forma deliberada o haya consumido drogas, pues en ese último caso, constituye una agravante contenida en el artículo 27 inciso 17 del Código Penal.

En cuanto a la fuerza irresistible pues también existe una ausencia de voluntad, puesto que el sujeto actúa bajo las ordenes de otra persona y de las cuales se encuentra imposibilitado de desobedecer. El artículo 25 numeral 2° del Código Penal, establece que la fuerza tiene que ser absoluta o sin posibilidad de resistirla, pues si existe posibilidad de poner resistencia, no excluye la acción. En cuanto a los movimientos corporales reflejos el nombre lo explica, puesto que son actos que no están bajo el control estricto de la persona. Como por ejemplo, las convulsiones epilépticas.

---

<sup>33</sup> Tarrío, Mario C. Teoría finalista del delito y dogmática penal. España. Editorial Cathedra Jurídica. 2004. Página 43. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?ppg=44&docID=10406052&tm=1469729732050>. Consultada el 28 de julio del 2016.

## 1.3 La tipicidad

### 1.3.1 La acción típica

Girón Pallés<sup>34</sup> afirma que la acción típica es la conducta humana tanto de acción como de omisión, que encuadra en uno de los tipos penales vigentes. En tanto que la tipicidad, es la cualidad o característica que tiene una conducta (acción u omisión) de encuadrar en un tipo penal. Y tipificar es la acción de encuadrar esa conducta en un tipo penal.

De acuerdo con Tarrío Mario, “*la tipicidad, es la característica que tiene la conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada, como prohibida por un tipo penal, mientras que el tipo penal, es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida.*”<sup>35</sup>

Modernamente Tarrío Mario<sup>36</sup> asocia la tipicidad, con tres funciones:

- a) Función garantizadora: en donde se plasma el principio *Nullum crimen, nula poena sine lege*; con lo cual se le da seguridad al ciudadano, puesto que no hay crimen ni pena sino se encuentra tipificado en la ley. Subyaciendo de esta forma la función limitadora del poder punitivo del Estado. Y se garantiza al ciudadano contra abusos o arbitrariedades que puedan presentarse.
- b) Función fundamentadora: la cual se encuentra relacionada de forma estrecha con la garantizadora, y consiste en que si no se encuentra descrita la conducta dentro de un texto legal punitivo entonces, será lícita.
- c) Función sistematizadora: permite hacer una diferenciación entre la Parte General y Parte Especial del derecho penal, estableciendo entre ambas una interrelación lógica.

### 1.3.2 Relación entre acción y bien jurídico

Para este apartado, hay que considerar que existen dentro de la doctrina, delitos instantáneos, permanentes y de estado. Un delito instantáneo produce una situación antijurídica que se inicia y culmina con la producción del resultado prevenido. Por ejemplo, en el delito de aborto, la consumación se da con la muerte del *nasciturus*. Por

---

<sup>34</sup> Girón Palles, José Gustavo. Óp. Cit. Página 29.

<sup>35</sup> Tarrío Mario C. Óp. Cit. Página 43.

<sup>36</sup> *Loc. Cit.*

otro lado, el delito permanente, es aquel que, por voluntad del sujeto activo, mantiene una situación antijurídica que perpetua la realización del tipo. Por ejemplo el delito de detenciones ilegales, continuara hasta que el autor no deje en libertad al sujeto pasivo y se prolonga durante el tiempo, también se puede mencionar dentro de esta categoría, los delitos contra el ambiente o delitos ecológicos. En cambio, los delitos de estado, aunque produce una situación antijurídica, ésta no es perpetuada mediante la voluntad del agente, sino que se consuma al producirse, por ejemplo los delitos e matrimonios ilegales, o el de falsedad documental.<sup>37</sup>

De igual forma existen delitos de lesión y de peligro. Los primeros, son aquellos que exigen un menoscabo a la integridad de un bien jurídico; mientras que los de peligro exigen solo la puesta en peligro de dicho bien. Empero esta categoría no debe de confundirse con los llamados delitos de resultado y de actividad. Pues la clasificación de delitos de lesión y peligro atiende a la modalidad de la acción típica sobre el bien jurídico; y no al efecto que produce en el bien jurídico.

Se puede afirmar entonces que la acción típica esperada de un delito sea de peligro o de lesión, instantáneo, de estado o permanente, es aquella conducta (acción u omisión) que fácilmente se puede encuadrar o subsumir dentro del tipo penal previsto en la norma, esto es que ya se encuentra tipificado.

#### **1.4 El dolo**

Bacigalupo<sup>38</sup> sostiene que el dolo puede definirse como conocimiento (saber) y voluntad (querer) de realización de los elementos del tipo objetivo. Comprendiendo tal actividad las circunstancias constitutivas del tipo objetivo.

En el mismo sentido se ha pronunciado Claus Roxin, quien lo define como *“un “saber” y “querer” todas las circunstancias del tipo legal.”*<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Lecciones ius poenale. Estructura del tipo y clases de tipos. Disponibilidad y acceso: <https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/leccion6.pdf>. Página 102. Consultada el 28 de julio del 2016.

<sup>38</sup> Conf. Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. Madrid. Akal/lure. 1994. Página 33.

<sup>39</sup> Tarrío, Mario C. Debates en torno al Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Cathedra Jurídica. 2007. Página 23. Disponibilidad y acceso:

De acuerdo con Fakhouri Gómez, Yamila, *“el dolo y error constituyen dos caras de la misma moneda, es por ello que de acuerdo con este autor la teoría de que el error excluye el dolo no parece ser muy acertada.”*<sup>40</sup>

Blanco Lozano sostiene que *“el dolo puede ser definido en cuanto conocimiento y voluntad, por parte del sujeto activo, de ejecutar la infracción penal;”*<sup>41</sup>

Por lo que actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo. De acuerdo con la legislación penal guatemalteca, todos los delitos tipificados son dolosos salvo que la propia ley expresamente señale que son culposos como por ejemplo el aborto culposo. Esto es que el agente actúa conociendo o prediciendo los resultados de su actuar.

Existe una diferencia entre dolo y culpa ya que al hablar de delitos culposos debe de cometerse una acción por imprudencia, negligencia o impericia. Esto quiere decir que no había intención por parte del sujeto activo para la comisión del delito. Es por ello que recibe una pena rebajada o menor al que comete el delito con intención de dañar o que lo planifico. Un ejemplo de un delito culposo podría ser la persona que limpiando su arma de fuego, de la cual tiene licencia de portación vigente, y mientras la limpia, ésta se acciona y la bala impacta en la cabeza de un invitado que se encontraba en ese momento en su casa de habitación, dándole muerte. Por lo tanto, no podría ser condenado por homicidio sino por homicidio culposo porque no hubo premeditación, no existía intención de dañar sino por no poner la debida diligencia al momento de limpiar su arma de fuego esta se acciono, encuadraría dentro de la acción por negligencia.

---

<http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?pgg=24&docID=10406004&tm=1470154950068>. Consultada el 2 de agosto del 2016.

<sup>40</sup> Fakhouri Gómez, Yamila. Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad: un modelo para afrontar la problemática del error en derecho penal en Temas actuales de investigación de ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales. España. Ediciones Universidad de Salamanca. 2011. Página 14. Disponibilidad y acceso:

<http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?pgg=14&docID=10903332&tm=1470158480638>. Consultada el 2 de agosto del 2016.

<sup>41</sup> Blanco Lozano Carlos. Tratado de derecho penal español. Tomo I: el sistema de la parte general. Volumen 2: la estructura del delito. Barcelona, España. Editorial J.M. Bosch Editor. 2005. Página 80. Disponibilidad y acceso:

<http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?pgg=6&docID=10227907&tm=1470159243597>. Consultada el 2 de agosto del 2016.

Bustinza Siu, Marco Antonio<sup>42</sup> afirma que el elemento de la voluntad es esencial para definir al dolo, y en ese sentido la voluntad se puede definir como un estado mental, algo que ocurre literalmente en la cabeza del autor, una entidad empírica que pertenece al universo psíquico de alguien.

Por lo que la voluntad es vista o entendida en un sentido psicológico- descriptivo. Pero es posible entender la voluntad de una persona desde un punto de vista atributivo-normativo; en donde la voluntad ya no es una cuestión interna que ocurre dentro de la psique del hombre, sino una atribución. Esto es, una forma de interpretar el comportamiento con amplia independencia respecto de la situación psíquica del autor.

Las cosas quedan más claras si por ejemplo: *“un estudiante no estudia a la víspera de un examen de la universidad al recibir el llamado de un amigo, sale a beber a bailar a una discoteca y luego a la mañana siguiente, reprueba el examen. La actitud del estudiante puede ser: a) no era mi intención reprobado, me siento mal y me arrepiento, fue sin querer. Pero luego un amigo muy honesto le dice: b) no reclames o te quejes, tú quisiste ser reprobado. La primera actitud se corresponde con la voluntad en sentido psicológico-descriptivo, y el amigo entiende la voluntad en un sentido atributivo normativo”*.<sup>43</sup>

Por su parte Rojas Vargas establece que *“el dolo es la decisión materializada de cometer un ilícito penal, presupone la voluntad de delinquir, el conocimiento de lo que se está haciendo, y por lo mismo el dominio de los factores causales. Inclusive afirma que la intención de delinquir como componente del dolo, también puede hallarse en los actos preparatorios, y llega a concluir que el dolo en la tentativa es el mismo que el dolo en el delito consumado.”*<sup>44</sup>

Se puede concluir que el dolo implica la voluntad y el conocimiento del sujeto de querer realizar un hecho que sabe se encuentra tipificado en la ley penal como un delito. Muchas

---

<sup>42</sup> Bustinza Siu, Marco Antonio. Página 3. Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia. Lima Perú. 2014. Tesis de Maestría con mención en Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú Disponibilidad y acceso: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140508\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140508_02.pdf). Consultada el 2 de agosto del 2016.

<sup>43</sup> *Loc. Cit*

<sup>44</sup> Rojas Vargas, Fidel. El delito, preparación, tentativa y consumación. Lima, Perú. Editorial Idemsa. 2009. Página 297 y 298.

veces se asocia con la imprudencia, con el error y se ha llegado a afirmar inclusive que estos últimos excluyen el dolo a pesar que algunos estudiosos sostienen que simplemente son dos caras de una misma moneda; no obstante, para imputar una conducta a título de dolo basta con que una persona tenga la información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar el resultado lesivo.

#### **1.4.1 Elementos del dolo**

Tarrío Mario<sup>45</sup> sostiene que existen dos elementos fundamentales del dolo: la consciencia o previsión (elemento cognitivo) y la voluntariedad (elemento volitivo) de realización del supuesto de hecho típico objetivo. Ambos elementos deben, necesariamente concurrir de modo que si falta uno de ellos no puede hablarse de dolo porque no basta la previsión sin voluntad, como tampoco la voluntad sin previsión. La previsión puede sin voluntad puede dar lugar a la culpa cuando concurra el componente de la negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos, pero no el dolo.

Según Esther Hava García<sup>46</sup> es sencillo de comprender ambos elementos. Puesto que el elemento cognoscitivo; implica que la persona sabe lo que hace y además conoce los elementos que conforman el hecho típico. (Por ejemplo en el caso del homicidio doloso, el sujeto activo sabe y conoce las consecuencias del hecho, sabe que mata a otra persona). Ese conocimiento constituye un requisito previo a la voluntad. Sin embargo, esto no implica que el autor del delito realice una reflexión profunda sobre su futura acción, será suficiente con que pueda reconocer que en su actuar concurren uno o varios elementos objetivos descritos dentro de los supuestos del delito. Asimismo no es necesario que tenga un conocimiento exacto de todos los elementos que conforman el delito, sino que será suficiente que tenga un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo.

---

<sup>45</sup> Tarrío, Mario C. *Óp. Cit.* Página 24.

<sup>46</sup> Derecho en Red. Apuntes de Esther Hava García, Doctora en Derecho Penal. El dolo: concepto, elementos y clases. España. Noviembre 2012. Disponibilidad y acceso: <http://www.infoderechopenal.es/2012/11/dolo-concepto-elementos-clases.html>. Consultada el 2 de agosto del 2016.

El otro elemento a considerar es el volitivo, esto es, la voluntad. Este último término proviene del latín *voluntas* formada del verbo *volo/ velle* (querer y desear).<sup>47</sup>

*“La voluntad es la potestad de dirigir el accionar propio; se trata de una propiedad de la personalidad que apela a una especie de fuerza para desarrollar una acción de acuerdo a un resultado esperado.”*<sup>48</sup>

Por lo tanto, el elemento volitivo como ya se ha expresado, es el querer realizar el delito y es por eso que algunos delitos no admiten error sino que necesariamente se van a calificar como delitos dolosos por ejemplo, en la sustracción de menores, no se puede justificar el actuar del sujeto activo, afirmando que fue un error, negligencia, imprudencia sino que necesariamente el autor del delito sabe y conoce las consecuencias de llevarse a un niño lejos de sus padres y de su hogar. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente; quien actúa con dolo se ha decidido en contra del bien jurídico protegido en el tipo correspondiente.

#### **1.4.2 Clases de dolo**

De acuerdo con el Derecho Romano, se reconocían dos tipos de dolo: *dolus malus* y *dolus bonus*, sin embargo esta clasificación confundía el dolo bueno con la falta de otro elemento del delito, que es la ausencia de antijuridicidad y se llegó a esa conclusión pues se utilizaba el dolo bueno para describir por ejemplo: la defensa a la patria, la compasión.

Posteriormente, surgen dentro de la doctrina, el dolo directo e indirecto, determinado e indeterminado, el genérico y el específico.

##### **a) Dolo directo**

Se presenta cuando el autor ha previsto y querido los resultados de su acción u omisión; y aquellos corresponden a su conocimiento y voluntad. El dolo entonces equivale al reproche grave del hecho, éste por su parte, es una propiedad valorativa y no fáctica del hecho. Barberá Perez, Gabriel establece que: *“El derecho Penal acude a propiedades*

---

<sup>47</sup> *Voluntad*. Etimologías de Chile. Disponibilidad y acceso: <http://etimologias.dechile.net/?voluntad>. Consultada el 2 de agosto del 2016.

<sup>48</sup> *Voluntad*. Definición de. Disponibilidad y acceso: <http://definicion.de/voluntad/>. Consultada el 2 de agosto del 2016.

*normativas o valorativas para caracterizar algunos delitos en particular, asimismo emplea dos propiedades normativas para caracterizar todo caso jurídico- penalmente relevante.”*

49

Estas son precisamente, el dolo y la imprudencia; por lo que un caso penal o es doloso o es imprudente, en el sentido que la imprudencia excluye al dolo. Recalcando el concepto inicial de este apartado, el dolo es la voluntad de querer producir los resultados ya previstos por la acción u omisión. En tanto que la imprudencia es uno de los supuestos para configurar un delito culposo, al igual que la negligencia y la imprudencia; para el caso del Derecho Penal guatemalteco. Por lo que se puede concluir que en el dolo directo se da una coincidencia entre la acción u omisión querida y ejecutada con el resultado obtenido y deseado y el dolo indirecto en cambio, es una especie de dolo de primer grado, mediato, o de segundo grado que es consecuencia necesaria, esto es, el resultado excede la acción querida pero era una consecuencia necesaria de la actividad ilícita.

#### **b) Dolo eventual**

Según Silvia Hernán<sup>50</sup> desde hace varias décadas se ha venido discutiendo e investigando (Etcheberry, Garrido, Labatut, Politoff, Roxin y otros); un tipo especial de dolo que se aleja de los clásicos conocidos en el Derecho Penal, como lo es el dolo eventual o condicionado. A grandes rasgos, se puede señalar en que se inicia una acción que tiene como consecuencia la probabilidad que suceda un hecho ilícito, que el autor no desea pero que una vez producido el resultado lo acepta, y ello constituye el dolo eventual. Cabe mencionar, que dentro de la teoría de la culpabilidad, que es un elemento subjetivo del delito, uno de los aspectos más relevantes es el dolo eventual (*dolo eventualis*) que es completamente diferente al dolo directo o de primer grado, inmediato o directo.

---

<sup>49</sup> Barberá Pérez, Gabriel. *Dolo como reproche, hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Argentina. Disponibilidad y acceso: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf>. Página 13. Consultada el 7 de agosto del 2016

<sup>50</sup> Silva Silva, Hernán. “Dolo eventual”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. No 16 (117-130). Chile. 2011. Universidad San Sebastián. Página 2.

Se establece entonces que el dolo eventual, es cuando el autor o sujeto activo del delito no quería ese resultado, no eran sus intenciones, pero que si lo contempló como algo probable o posible y lo acepto una vez ejecutado.

Zaffaroni señala que el dolo eventual es cuando: “ a) el sujeto se representa el resultado como relativamente probable y b) incluye esa probabilidad (no el resultado a secas sino la probabilidad del resultado).”<sup>51</sup>

Mario Garrido Montt, citando pensamientos de Kaufman, sostiene, “*hay dolo eventual cuando el sujeto, si bien no persigue el resultado ilícito, se lo representa como mera posibilidad de su acción*”.<sup>52</sup>

Recordando lo que se había establecido en un inicio, en cuanto al dolo, hay dos elementos esenciales, el primero es el querer, la voluntad de querer realizar la acción, en la doctrina se le conoce como elemento volitivo. El segundo es el conocimiento, saber que lo que está realizando, es ilícito. Sin embargo, estos elementos no concurren en el dolo eventual.

De esta forma se han pronunciado los penalistas Bullemore y Mackinnon: “*En consecuencia podemos decir que la diferencia radical entre el dolo directo y el eventual se encuentra en que en el primero la verificación del tipo objetivo es la meta de la voluntad del sujeto y su conducta es el medio escogido para tal verificación, en tanto que en el dolo eventual la verificación del tipo penal es una consecuencia previsible de la propia conducta del agente, pero no es perseguida ex profeso por el agente, de tal modo que su conducta no es un medio escogido para arribar a tal verificación, sino el medio para alcanzar otros fines, siendo la verificación del tipo objetivo solo una consecuencia colateral previsible y ante la cual el sujeto activo manifiesta indiferencia para el caso de producirse*”.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. México, Cárdenas Editor y Distribuidor.1988. página. 355.

<sup>52</sup> Montt Garrido, Mario. *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Chile. Editorial Jurídica de Chile.2009. 4ta edición. Página 74.

<sup>53</sup> Bullemore G. Vivian R y John Mackinnon R. *Fin y Función del Derecho Penal y de la pena: las teorías de la pena*. Chile. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2004. Página 5 y 6.

Esta manifestación a la que hacen referencia los autores citados, es lo que se había venido comentando, puesto que, la principal distinción entre dolo directo y el dolo eventual, es que existe coincidencia entre lo que se quiere realizar y lo que en realidad se realiza, el autor está de acuerdo con el resultado de su actuar desde un inicio. En tanto que en el dolo eventual, el autor sabe que posibles resultados pueden producirse y su actuar no va en función del resultado que se produjo, esto es, no era su meta ni su objetivo pero no manifiesta desacuerdo, y simplemente lo acepta.

Por lo que dentro del ámbito de los delitos dolosos, debe existir una coincidencia absoluta entre la finalidad y el hecho típico del delito; porque la finalidad adecuada al tipo es el dolo del delito. Esto porque la finalidad es orientativa de la conducta y se corresponde con el propósito de quien actúa u omite, anticipándose mentalmente a dicha meta. Ese fin es el que orienta la conducta de quien dolosamente comete homicidio, producir deliberadamente la muerte a otra persona, pero el autor del delito, tenía desde un inicio esa intención y ese objetivo. Es por ello que se había afirmado, que la imprudencia excluye el dolo, y se concuerda con los doctrinarios que sostienen tal teoría. Porque al final el dolo no es más, que la voluntad, el conocimiento y la intención de cometer un hecho que es ilícito, y que se sabe constituye delito, así sea directo o eventual, al final termina calificándose como doloso. Es por ello que algunos delitos se consideran como dolosos y no admiten error o imprudencia sino necesariamente tuvo que existir la intención del autor de dañar o de causar un daño al bien jurídico tutelado.

### **c) Dolo determinado e indeterminado**

De acuerdo con Tarrío<sup>54</sup> dentro del dolo directo se puede encontrar una subdivisión, pues se reconoce en la doctrina un dolo determinado que es cuando el autor se propuso específicamente a cometer el delito realizado, y el indeterminado cuando el autor se propone realizar un resultado entre varios que ha previsto y pueden producirse o no, por ello se le conoce también como dolo alternativo porque el sujeto activo puede escoger entre varios hechos delictivos, el agente procura realizar indiferentemente cualquiera de ellos.

---

<sup>54</sup> Tarrío, Mario C. *Óp. Cit.* Página 30.

#### **d) Dolo genérico y específico**

Mario Tarrío afirma que *“El dolo genérico, consiste cuando el autor se propone en realizar un ilícito con ánimo global, entonces se dirige a cometer una acción prohibida por la ley penal, mientras que el dolo específico consiste en realizar un hecho en específico con un fin determinado.”*<sup>55</sup>

Finalmente se puede establecer que el dolo es la cualidad que adquiere el delito cuando el autor ha tenido la voluntad, la intención, de cometerlo a sabiendas de resultado o aun cuando no tenía ánimos de infligir ese daño u obtener ese resultado en específico, sí era previsible y posible por el autor y aun así lo aceptó y ejecuto el hecho ilícito. Recordando también que dentro de la legislación penal guatemalteca, se admite la comisión de delitos culposos, en donde la causa del delito es por imprudencia, negligencia o impericia.

El delito que es la acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible, puede adquirir distintas cualidades, características, tener distintos sujetos activos, sujetos pasivos, ser delitos dolosos o por imprudencia, asimismo cada delito tendrá un bien jurídico tutelado a proteger distinto y es por ello que el Libro Segundo del Código Penal los separa en quince Títulos cada uno subdividido en capítulos; esto porque el legislador ha conservado un orden para poder comprenderlos, para poder clasificarlos.

## **Capítulo 2 Delito de Detenciones ilegales y Aprehesión ilegal**

### **2.1 Delito de detenciones ilegales**

#### **2.1.1 Antecedentes históricos**

A lo largo de la historia existieron periodos por asombroso que parezca, en donde las leyes u ordenamientos a que fueron sometidos los hombres se contemplaron ciertas garantías como la libertad y se regulo jurídicamente protegiendo la misma frente a abusos o arbitrariedades. Sin embargo, permanecieron siempre instituciones que fueron la negación total de la libertad, y algunos hombres fueron incluso reducidos a la categoría de cosas, de ellos se sirvieron para asistencia personal, para el trabajo y prestaciones de otra índole. Y fue así como la esclavitud apareció reduciendo a los hombres y privándolos de todo tipo de libertades en consecuencia eran las personas susceptibles de venderse,

---

<sup>55</sup> *Loc. Cit.*

comprarse, pignorarse, inclusive se crearon mercados para ello asimismo una serie de castigos para conservarlos siempre en esa condición. Moras Mom al respecto sostiene: *“Por lo que hombres libres y esclavos convivieron juntos los primeros siempre tratando de conservar y proteger legalmente su categoría y los segundos soportando los actos arbitrarios.”*<sup>56</sup>

De acuerdo con Moras Mom: *“Luego de esclavo el hombre paso a ser “siervo de la gleba” en donde a cambio de una contraprestación de dación de seguridad y protección ante el enemigo, o de uso de puentes o caminos, o de otras promesas o entregas que el que detentaba el poder podía hacer a la masa de los débiles estos a su vez ofrecían sus servicios personales, trabajos, entregaban sus patrimonios para su administración y pagan toda clase de dadivas con el objetivo de recibir del “señor” algún tipo de protección como se mencionó al inicio. De este modo los “señores” engrosaron sus arcas contrario censu los hombres perdían sus tierras y llegaron a confundirse con las mismas de modo que el “siervo de la gleba” era vendido y comprado.”*<sup>57</sup>

Tanto en la antigüedad como en la Edad media, la servidumbre continuaba pero el “señor” fue perdiendo su importancia y poderío conservando solamente derechos pero ya no podía dar protección a sus siervos. Llega entonces un momento de gran trascendencia junto con la Edad Contemporánea a través del cual el ser humano se institucionaliza y surge de este modo el hombre como centro de todo de modo que todo lo que le rodea se construye sobre su base. Por consiguiente su don fundamental es la libertad, con su triunfo se eliminaron todas las formas de sumisión que fueron admitidas en los regímenes que ignorando al hombre simplemente reconocieron libertad para algunos pocos y la negaron para otros. Pero el hombre en sociedad necesitaba de un orden sistemático que le asegurara la vigencia de su descubrimiento es decir, de ese reconocimiento. Si en otros tiempos se les había negado la libertad a los hombres ahora más que nunca debían los individuos mantener esa libertad y consolidarla, fue de ese modo que cambiaron la

---

<sup>56</sup> Mom, Moras Jorge R y Laura T.A Damianovich. Delitos contra la libertad. Argentina. EDIAR. 1972. Pág. 19-20

<sup>57</sup> *Ibíd.* Página 21.

faz de los estados y crearon sus propios estatutos fundamentales que son lo que se conoce con el nombre de Constitución.

Para el caso de Guatemala vemos en la Constitución que en el artículo 5 se consagra la libertad de acción pero aún más importante el artículo 6 del mismo cuerpo legal en cuyo epígrafe se lee “Detención Legal” y el mismo establece que: *“Ninguna persona puede ser detenida o presa sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ningún otra autoridad...”*<sup>58</sup>

De igual forma el artículo 7 del cuerpo ya citado establece que todo detenido debe ser notificado de la causa de su detención sea en forma verbal o por escrito. Por si fuera poco el artículo 8 ha establecido que todo detenido debe ser informado en forma inmediata de los derechos que le asisten no obstante el delito de detención ilegal se refiere más que todo a la acción de encerrar o detener por parte de un particular sin embargo, la Constitución ha establecido los lineamientos para que la detención sea calificada como legal. De ahí que el artículo 10 establezca: *“Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto, o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas...”*<sup>59</sup>. Derivado de esta última disposición se comprende porque la detención para que sea legal no puede configurarse en una habitación oscura, en una cueva, en cualquier otro lugar que no sea de los que la ley ha establecido de lo contrario se convierte en una detención ilegal.

Podría decirse que nuestro código penal decreto 17-73 ha tomado como guía o ejemplo otros códigos de otras legislaciones y la forma en que se legisla la detención ilegal; el artículo 405 del Código penal español establece: “El que encerrare o detuviere a otro,

---

<sup>58</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. 1985 y sus reformas. Fecha de emisión: 31/05/1895 Fecha de publicación: 14/01/1986.

<sup>59</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. 1985 y sus reformas. Fecha de emisión: 31/05/1895 Fecha de publicación: 14/01/1986

privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor”.<sup>60</sup>Y el artículo 203 del código penal guatemalteco de igual forma utiliza las dos palabras clave “encerrar” y “detener” lo hace de la siguiente forma: “ *La persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad...*”.

## 2.1.2 Concepto

### a) Doctrinario:

Previo a definir el delito de detención ilegal se considera necesario dar un concepto de que se entiende por libertad puesto que los delitos objeto del presente trabajo son precisamente aquellos que atentan en contra de la libertad y la seguridad de la persona pero al hablar de detención ilegal inevitablemente se habla de una privación de libertad en consonancia con lo que dice la normativa esto es el Código Penal; al definir la detención ilegal comienza por la frase “ *el que privare de libertad*” por lo que en definitiva se debe comprender que la libertad es para comenzar uno de los valores más valiosos de la persona.

Blanco Lozano afirma:“*Empero la libertad puede decirse que es pluridimensional en el sentido que existe libertad de pensamiento, de culto, locomoción, ambulatoria, de residencia, sexual, de expresión, asociación, reunión, catedra entre otros. Las libertades son por tanto dimensiones de la libertad genérica, la libertad es un valor tan amplio que todos los atentados contra la persona son en esencia atentados contra el ejercicio de su libertad por lo que todos los delitos contra otros bienes personales son delitos que también atentan contra el ejercicio de la libertad.*”<sup>61</sup>

Por ejemplo el delito de homicidio constituye un atentado en contra de la vida de la persona pero a su vez atenta contra la libertad del individuo de tomar la decisión de continuar con su propia existencia, en el caso del delito de hurto se lesiona el patrimonio primordialmente pero asimismo se lesiona el ejercicio de la libertad de disponer de su

---

<sup>60</sup> Dona Alberto, Edgardo. *Derecho Penal, parte especial*. Argentina. Rubinzal-culzoni Editores. 2004. Tomo II- A. pág. 126.

<sup>61</sup> Blanco Lozano, Carlos. *Tratado de derecho penal español*. Tomo II: el sistema de la parte especial. Volumen I: delitos contra bienes jurídicos individuales. Barcelona, España. Librería Bosch, S.L. 2005. Pág. 182.

propio patrimonio. Blanco Lozano establece: *“La libertad es por tanto un “Atributo configurador de la conducta humana, inherente y consustancial a la persona y de carácter multidimensional, inalienable, indisponible, irrestringible e ilimitable”*.<sup>62</sup>

De acuerdo con Cabanellas el delito de detención ilegal es: *“La privación de la libertad de quien se sospecha autor de un delito tiene carácter preventivo y previo a la presentación del mismo ante el Juez”*.<sup>63</sup>

Según Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela lo definen como: *“El delito de detención ilegal, que otras legislaciones llaman privación ilegal de libertad, consiste en que el sujeto activo detiene al pasivo o lo encierra, privándolo con ello de su libertad.”*<sup>64</sup> Por lo que el delito es sencillo de comprender puesto que como afirman estos autores es la acción de privar a alguien de su libertad mediante la acción de detener y encerrar a una persona sin necesidad de profundizar en más detalles sin embargo la normativa si contempla agravantes a la pena cuando concurren ciertas circunstancias tema que será desarrollado más adelante.

Ricardo C. Núñez establece lo siguiente: *“La libertad individual no solo se puede atentar mediante un encierro o detención, sino por otros actos que, sin importar un encierro o detención privan a la persona de su libre acción física”*.<sup>65</sup> Por lo que para este autor la detención ilegal es más amplia y conlleva más que solo encerrar o detener el autor engloba cualquier acción, cualquier acto inclusive una conducta negativa como omitir el deber de liberar a la persona derivado de una ley, convención o de un hecho por lo que el sujeto activo puede valerse de cualquier medio para cometer el delito. Bastara con que el sujeto activo no este judicialmente autorizado para detener a la persona y aun así proceda a sabiendas de ello.

Guillermo Portilla Contreras citado por Miguel Alberto Trejo y otros lo define como: *“Podría hablarse de detención ilegal en aquellos supuestos en los que la privación de libertad se*

---

<sup>62</sup> *Ibíd.* Pág. 188.

<sup>63</sup> Detención ilegal. Cabanellas, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual, tomo V, pág. 86

<sup>64</sup> Velasco de León, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix. 2012. 15ª edición. Pág.426.

<sup>65</sup> Núñez C, Ricardo. *Manual de derecho penal parte especial*. Argentina. Editorial Córdoba. 1988. Página. 172.

*efectúa fuera de los casos permitidos por las leyes o cuando tal privación sea legal, pero se incumplan las formas establecidas.”*<sup>66</sup>

De los conceptos expuestos se puede concluir que el delito de detenciones ilegales tal como lo ha tipificado el código penal guatemalteco consiste en un delito doloso a través del cual un particular priva de libertad a otro sujeto deteniéndolo o encerrándolo asimismo comete el delito la persona que proporciona el lugar para ejecutar el delito.

**b) Legal:**

Tal como se ha ido mencionado a lo largo del trabajo; el delito de detenciones ilegales se encuentra regulado en el artículo 203 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala el cual establece: “*La persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a quien proporcionare lugar para la ejecución de este delito*”.<sup>67</sup> El código penal establece pena tanto para quien priva de su libertad a una persona como para el individuo que proporciona el lugar del encierro o detención por lo que nuestra normativa contempla como autor del delito a ambos sujetos sea el que realice la detención per se o el que proporcione el lugar. Cabe mencionar que es un delito doloso y de carácter permanente, debe existir la intención de privar de libertad al sujeto pasivo para considerarse un delito.

El código penal contempla además agravantes especiales en el artículo 204 bajo el epígrafe “Circunstancias agravantes” que aplican tanto para las detenciones ilegales como para el delito de plagio o secuestro siendo las mismas las siguientes:

1. *“Si el secuestro o plagio, encierro o detención, durare más de tres días.*
2. *Si en la ejecución del delito mediare amenaza de muerte, trato cruel o infamante para la persona ofendida,*
3. *Si el delito fuere cometido por más de dos personas.*
4. *Si fuere debilitada o anulada la voluntad de la víctima, de propósito o por cualquier medio.*

---

<sup>66</sup> Trejo, Miguel Alberto y otros. *Manual de Derecho Penal, parte especial I*. El Salvador. Centro de Investigación y capacitación Proyecto de Reforma Judicial. 1993. Tomo II. Página 593.

<sup>67</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código penal. decreto 17-73.

5. *Si la víctima a consecuencia del hecho, resultare afectada mentalmente, temporal o en forma definitiva.*<sup>68</sup>

Por ende si concurre cualquiera de estas situaciones la pena se aumentara en una tercera parte.

En el caso de la primera agravante enumerada, luego de tres días de detención o encierro que es el caso que ocupa para el presente trabajo, se considera que la pena se debe aumentar en una tercera parte recordando que la pena original a imponer es de uno a tres años. Importante mencionar que esta disposición fue el resultado de una reforma mediante el decreto 9-2009 a través del artículo 49 del citado decreto. Ya que anterior a ello la disposición establecía que solamente el plagio o secuestro pero que durare más de diez años situación que fue modificada puesto que incluye también al delito de detenciones ilegales y favorece al sujeto pasivo puesto que si han mediado más de tres días el sujeto activo deberá cumplir una pena mayor a que si tuvieran que haber pasado diez años como lo establecía previo a la reforma.

En cuanto a la amenaza o tratos crueles, ello se refiere al modo de cometer el delito y es entonces cuando la privación de libertad se ha logrado pero ejerciendo violencia sobre el cuerpo del agraviado o sujeto pasivo o inclusive sobre terceros que tratan de impedir o que pueden impedir la comisión del delito. De manera que el sujeto activo perpetua sobre el cuerpo del sujeto pasivo una serie de malos tratos físicos o le anuncia un mal que puede provenir en caso no obedezca. En caso la violencia ejercida ocasionare lesiones algunos autores son de la opinión que estas de ningún caso quedan absorbidas por el tipo agravado de privación de libertad en todo caso se trata de otro delito cuya pena se deberá imponer toda vez que se trata de otra figura que provino de la comisión de un delito pero que es autónoma y no un resultado del delito de detenciones ilegales. Opinión que se comparte al parecer acertada ya que si de la comisión por ejemplo del delito de robo resultare que también existieron lesiones o inclusive fallece la persona son acciones que deberán ser juzgadas por aparte de acuerdo al delito que corresponda.

---

<sup>68</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

Para el caso de que el delito sea perpetrado por más de dos personas pues es claro se refiere a que el sujeto pasivo de ninguna forma podrá defenderse pues se encuentra en desventaja en cuanto al número y existe cooperación entre varias personas para ejecutar el delito estando en una posición de superioridad respecto del agraviado.

En cuanto al agravante cuarto; en donde la voluntad de la víctima es por completo anulada es decir obligarla a hacer o no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Es una coacción ejercida por el autor del delito tendiente a impedir que la víctima pueda decidir, la injusticia del modo de reclamar como establece Núñez. *“La víctima realiza o soporta o tolera acciones o situaciones en contra de su voluntad”*.<sup>69</sup>

Finalmente el ultimo agravante contemplado por la normativa se refiere a un daño psicológico probablemente permanente ocasionado en la victima derivado de la detención ilegal, esto es, fue tan grande el impacto de permanecer encerrado o detenido en cierto espacio físico donde pudo o no existir violencia que la persona ha quedado en una especie de trauma psicológico difícil de poder olvidar o superar que puede afectarle el desarrollo normal de su vida.

### **2.1.3 Elementos del tipo objetivo**

#### **a) Bien jurídico tutelado**

Creus<sup>70</sup> sostiene que si bien la libertad es un presupuesto de cualquier delito, pues toda ilicitud penal se fundamenta en la pretensión de que no se amengüen arbitrariamente los medios a través de los cuales las personas en sociedad puedan desarrollar su vida sin la intromisión o injerencia de terceros; hay hechos en los que la libertad aparece como el interés preponderante y que es objeto de protección legal.

Se trata de la protección de garantías constitucionales; de la libertad de una persona frente a posibles abusos por parte de funcionarios públicos. Tal como establece Landrove Díaz citado por Edgardo Alberto Donna: *“Con la tipicidad de detención ilegal, integrada*

---

<sup>69</sup> Creus, Carlos. *Derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1993. 4ta edición. Pág. 310

<sup>70</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 293.

*por los verbos nucleares de encerrar o detener, se protege a uno de los derechos básicos de la persona: la libertad de movimiento locomotriz o ambulatoria*".<sup>71</sup>

De acuerdo con Cobo del Rosal, Manuel *"el bien jurídico tutelado en este delito es la libertad ambulatoria refiere el autor, una libertad de movimiento tal como han afirmado otros doctrinarios; que no es más que la libertad del sujeto pasivo de fijar su situación en el espacio, trasladándose o permaneciendo en el lugar deseado."*<sup>72</sup>

Debido a que el objeto del delito de detención ilegal es privar a una persona de su libertad, de transportarse de un lugar a otro o de movilizarse con libertad; entiéndase de desplazarse de un lugar a otro y en la dirección que desee o caso contrario de ir a donde no desea. Se trata como ya se ha expresado de una privación del hombre de fijar por sí mismo cuál será su posición dentro del espacio físico o dentro de un área determinada.

Recordando que la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 60 establece: *"Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad..."*.<sup>73</sup> Por consiguiente la propia norma suprema y fundamental reconoce el principio de legalidad y que nadie puede ser apresado sin justa causa, esto es sin la existencia de la comisión de un delito, asimismo debe ser bajo la observancia de la ley y no en forma arbitraria además que establece otra condición o requisito para que la detención pueda ser calificada como legal y esto es que sea por autoridad competente.

Por último la persona detenida deberá ser puesta a disposición de una autoridad judicial es decir un Juez dentro de un plazo que no exceda de seis horas. Por lo tanto, cualquier detención que no reúna o cumpla con los presupuestos establecidos en la propia Constitución; tal acción será calificada como delito de detención ilegal ya que el código

---

<sup>71</sup> Donna Edgardo Alberto. Óp. Cit. página 174.

<sup>72</sup> Cobo del Rosal, Manuel. *Derecho Penal Español: parte especial*. Madrid, España. Editorial Dykinson, S.L. 2005. Segunda Edición. Página. 179.

<sup>73</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. 1985 y sus reformas.

penal contempla en su artículo 203 del código penal: *“La persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a quien proporcionare lugar para la ejecución de este delito”*.<sup>74</sup>

Dentro de la misma línea la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente: *“Nadie puede verse privado de la libertad personal sino por causas o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”*.<sup>75</sup>

Por lo que inclusive la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver casos sobre detenciones ilegales, formar jurisprudencia y pronunciarse al respecto de este delito en específico distinguió dos aspectos dentro de su análisis uno material es decir, como personas y seres humanos nadie podrá ser privado de un derecho tan fundamental como lo es la libertad sino se encuentra específicamente tipificado en ley y ello va de la mano con el principio de libertad de acción consagrado en el artículo 5 de la Constitución Política de la República De Guatemala, recordando que el particular puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe por lo que la persona cuyo actuar no se encuadre por la ley como un delito o como una acción prohibitiva expresa no podrá por ende ser privada de libertad, ser detenida.

Asimismo la Corte estableció un aspecto formal y ello es si la persona fue detenida basado en ley esto es la causa que lo motivo se fundamenta en ley; pues entonces debe seguirse el procedimiento que la misma normativa ha establecido y no basarse en un actuar arbitrario. Ello es fundamental para comprender la importancia de la existencia de esta figura puesto que dentro de los casos que fueron objeto de análisis por la Corte, concurren situaciones en donde la persona sufría de una detención ilegal sin causa o

---

<sup>74</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código penal. decreto 17-73.

<sup>75</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de la Libertad: Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica. 2010. Disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf>. Consultada el 10 de marzo del 2016.

motivo basado en ley o bien si había fundamento para ser detenido mas no era enviado a la granja penal donde correspondía por lo que su detención no era legal.

Derivado de lo anterior, se puede concluir que el bien jurídico para esta clase de delito no es nada más que la libertad, una libertad de movimiento, de ir a un lugar a otro sin ser privado arbitrariamente o encerrado. Lo que se intenta proteger es el derecho fundamental de la libertad pero entiéndase libertad como la acción de trasladarse sin ser detenido.

#### **b) Sujeto activo:**

Es un delito doloso, porque quien lo comete necesariamente tiene el conocimiento de que está privando de libertad a otra persona sin justificación alguna y en contravención a la ley. Abusando de formalidades prescriptas por la ley para privar a alguien de la libertad. Sin embargo, si se debiere a un error, una equivocación ello eliminaría el dolo. Por consiguiente la conducta quedaría impune en los casos de error, ya que en algunos casos la doctrina concibe que es posible una detención o encierro imprudente por el ejemplo que el encargado de la bóveda de un banco por descuido la cierra dejando encerrado durante toda la noche a otro empleado. Sin embargo este delito hay que comprenderlo como dentro de los hechos contra la libertad y reconducirlos a aquellos delitos en relación a ella como por ejemplo la coacción y amenaza.

Ricardo González<sup>76</sup> establece que el sujeto activo puede ser cualquier persona particular pero no los funcionarios públicos, agentes, autoridades que tengan facultad para ordenar o realizar detenciones, pues en estos casos estas autoridades cometen delito de detención irregular. De ahí que el texto del código penal en el artículo 203 establezca en su parte conducente: *“La persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad”*<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> González Soto, Ricardo Antonio. Dificultades de Interpretación y aplicación judicial de la reforma al artículo 201 del código penal decreto 17-73 contenido en el decreto 17-2009, ambos del Congreso de la República. Guatemala 2012. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 78.

<sup>77</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código penal. decreto 17-73

Por lo que no menciona que el autor de delito sea un funcionario público o autoridad sin embargo el sujeto activo puede ver aumentada la pena de prisión en dos terceras partes si en la comisión del delito hubiere simulado ser una autoridad. Por consiguiente el sujeto activo será cualquier persona que dolosamente limite la deambulaci3n de otra persona y que como ya se ha expresado cometa la acci3n de encerrar, detener, imponer obst3culos a la libre movilizaci3n de una persona.

Importante recalcar que el sujeto activo debe ser siempre un particular asimismo tal como se expuso con anterioridad el art3culo 203 considera tambi3n autor del delito a quien proporciona el lugar para la ejecuci3n del delito. De acuerdo con la doctrina el que proporcione el lugar destinado para la ejecuci3n del delito debe responder como cooperador necesario aunque si ya estaba previamente relacionado con el o los ejecutores de la detenci3n puede ser considerado coautor del delito. Se considera que para el caso de la legislaci3n penal de Guatemala, la persona que proporciona el lugar resulta ser c3mplice del delito pero el art3culo 203 claramente le atribuye la calidad tambi3n de autor del delito y por ende debe cumplir la pena establecida en el mismo.

Mu3oz Conde<sup>78</sup> establece que otras formas de participaci3n, ser3a cuando la persona construye o acondiciona un lugar para ejecutar las detenciones ilegales y la tenencia de dichos lugares por lo que puede ser considerada como cooperaci3n necesaria o complicidad seg3n la importancia de la contribuci3n. El agente priva de libertad a la persona a sabiendas de ellos, se trata de una imposici3n no justificada. De acuerdo con Mu3oz Conde las detenciones ilegales no requieren de ning3n elemento subjetivo en espec3fico adem3s del dolo.

No son sujetos activos las personas que por ley han sido facultadas para detener a otro particular como es el caso de detener a un delincuente in fraganti situaci3n que contempla la Constituci3n Pol3tica de la Rep3blica de Guatemala en el art3culo 6 al describir la detenci3n legal.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Mu3oz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Editorial Tiran lo Blanch. 1999. P3g. 170

<sup>79</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Constituci3n Pol3tica de la Rep3blica de Guatemala. 1985 y sus reformas.

### c) Acción típica esperada:

La conducta esperada es la de encerrar o detener a una persona por lo que quedan fuera o al margen aquellos comportamientos en que los que ni se encierra ni se detiene al sujeto pasivo verbigracia; cuando se impide a otro el acceso a un lugar o por el contrario cuando se le conmina a abandonarlo. El núcleo de las conductas típicas lo constituyen entonces “encerrar” o “detener”. Para la doctrina *encerrar* es introducir a una persona en un espacio cerrado sea mueble o inmueble del que no pueda salir, ingresando a la persona en el en contra de su voluntad y precisamente a ello se refiere el Código Penal en el artículo 203 al decir en su parte conducente “*La persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad...*”<sup>80</sup> Sin embargo existen otros autores como Díez Ripollés que entienden por *encerrar* esa “*acción de impedir abandonar un lugar determinado con lo que se podrían incluir situaciones de encierro en espacios abiertos como una isla, un poblado o inclusive un barrio marginal de la ciudad*”.<sup>81</sup> Juan Bustos Ramírez entiende por “*encerrar: situar a un sujeto en un lugar delimitado, esto es, del cual no pueda salir.*”<sup>82</sup>

Por lo que el termino *encerrar* desborda un significado y una interpretación extensa que podría entenderse privar de libertad a una persona en un espacio cerrado, pequeño o bien podría ser impedir que la persona pueda salir libremente de un área o espacio considerablemente más amplio. De manera que una de las conductas o acciones que se espera del sujeto activo es la de *encerrar*.

Por otro lado otra de las acciones típicas esperadas para este delito sería la de *detener* eso es impedir ya sea a través de la aprehensión o sujeción, el movimiento de una persona en un lugar abierto por ejemplo atándola a un poste sin embargo otros doctrinarios consideran que no necesariamente la sujeción deba darse en un espacio abierto sin exigir necesariamente esa sujeción o aprehensión pero si definitivamente una inmovilización.

---

<sup>80</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>81</sup> Cobo del Rosal, Manuel. *Óp. Cit.* Página 180.

<sup>82</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal parte especial.* España. Ariel Derecho. 1991. Pág. 105.

Por tanto, la acción de detener concuerda con inmovilizar a la persona pero no necesariamente en un espacio abierto o público, esto es impedir que el sujeto pasivo pueda desplazarse libremente o alejarse de un lugar. Es por ello que se dice que el sujeto pasivo impone una serie de obstáculos o limitantes a la persona para que esta pueda moverse o abandonar un espacio libremente.

No obstante, se podría afirmar que si bien encerrar y detener son dos acciones que se esperan concurren para el delito de detención ilegal, estas más bien constituyen el resultado de la acción puesta en marcha por el sujeto activo para lograr privar de libertad a la persona. Consiguiente de ello, el comportamiento del sujeto activo está determinado por la consecución de esos dos resultados: *encerrar* y *detener*.

Por lo que se podría decir que las acciones esperadas lo constituyen la fuerza y ese poder que el sujeto activo ejerce sobre el pasivo, una fuerza física por ejemplo ataduras sobre las manos o inclusive sobre un tercero; se encuadran también aquellas acciones destinadas a implementar algún tipo de obstáculo material tal como construir un muro, cerraduras, guardián que impida la salida de una persona y que este último más bien constituye un obstáculo de tipo humano. De modo que son todos aquellos comportamientos u obstáculos impuestos por el sujeto activo que le impiden al sujeto pasivo salir de un lugar sea cerrado o abierto, movilizarse o desplazarse libremente mas no constituye una acción típica del delito de detención ilegal aquella conducta destinada a impedir que el sujeto pasivo se pueda desplazar o tome la decisión de moverse a través de una intimidación que ello constituye más bien una amenaza.

#### **d) Sujeto pasivo:**

En principio el sujeto pasivo es toda aquella persona que tenga capacidad volitiva natural de movimiento; esto es, poder decidir o determinar su situación en el espacio físico. Ello implica que pueden ser sujetos pasivos del delito de detenciones ilegales los menores, incapaces de manera que puede tratarse de cualquier persona, es cualquier persona que se ve anímicamente constreñida, impedida o en contra de su voluntad a estar confinada en un espacio determinado. Para el caso de los menores de edad el código penal si menciona que la pena a imponer se aumentara en dos terceras partes si la acción se hubiere ejecutado con simulación de autoridad o bien si la víctima es persona menor

de dieciocho años y mayor de catorce años; en tres cuartas partes si es menor de catorce y mayor de diez años y del doble si la víctima es persona menor de diez años.

Por lo que un niño fácilmente puede ser víctima del delito de detenciones ilegales casos para los cuales la ley ha aumentado la pena en vista del nivel de superioridad entre el sujeto activo y el pasivo y el poder y manipulación que fácilmente se puede ejercer sobre la víctima situación que se había comentado en el caso de las agravantes de la pena. Por el contrario Creus, considera que “*el sujeto pasivo no puede ser cualquier persona, sino que necesariamente debe tratarse de una persona con capacidad para determinarse con libertad, es decir, con posibilidades de formar y expresar su voluntad.*”<sup>83</sup> Por lo que para este autor no puede ser sujeto pasivo el niño de escasa de edad, ni quien en el momento del hecho está inconsciente, si es que la detención ilegal no se prolonga más allá del lapso de inconsciencia (por ejemplo: atar a una persona mientras duerme).

El problema reside en determinar quiénes no son sujetos pasivos. La doctrina en este sentido ha considerado que puede ser sujeto pasivo toda persona que, en el momento del hecho, pueda expresar libremente su voluntad, por eso se ha descartado a los niños de pocos meses y el caso de la persona que se encuentra inconsciente, viéndose impedida de actuar con voluntad pero el código penal guatemalteco regula como agravante de la pena el que la voluntad de la víctima sea por completo anulada considerando a esta persona de igual forma un sujeto pasivo por lo que el código penal no precisamente concuerda del todo con la doctrina pues prevé como víctima y sujeto pasivo de detenciones ilegales a aquella persona inconsciente o que de alguna forma se vea impedida de expresar su voluntad.

No obstante Díez Ripollés ha sostenido al respecto de este punto: “*Es analizar la capacidad volitiva natural de movimiento y no la capacidad de ponerle en práctica autónomamente*”.<sup>84</sup> Por lo que derivado de este argumento de Ripollés se puede deducir que pueden ser sujetos pasivos los que necesitan ayuda para moverse por parte de terceras personas, o medios auxiliares, como por ejemplo las muletas, sillas de ruedas, en la medida que se les prive de ellas.

---

<sup>83</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 300.

<sup>84</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Op.Cit.* Página 131.

Finalmente se puede concluir derivado del análisis expuesto y en concordancia con el código penal vigente en el país, que el sujeto pasivo si puede ser cualquier persona incluyendo al menor de edad pues el artículo 204 de esta forma lo ha regulado.

#### **2.1.4 Elementos subjetivo del tipo:**

Consiste en el dolo penal, que la detención se realice en forma arbitraria e injustificada, siendo este delito, tal como se mencionó previamente, eminentemente intencional por lo que no cabe la comisión por imprudencia.

El autor debe actuar con conciencia de su accionar ilegal y con la voluntad de realizar la privación de la libertad de la víctima. Núñez al respecto menciona *“que se requiere que el autor realice la acción “a sabiendas” de que no se encuentra autorizado jurídicamente para realizar el hecho”*.<sup>85</sup> De igual forma se ha manifestado el autor Sebastián Soler. Por lo que no parece quedar descartado el dolo eventual, cuando el agente duda de la legalidad y, sin embargo, continúa con su acción, ya que el dolo abarca la conciencia y la voluntad de llevar a cabo una privación de libertad prohibida por la ley. Recordando que el dolo es precisamente ello, es decir, el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

Por tanto son dos elementos que integran el dolo: intelectual o cognoscitivo y el elemento volitivo. Para poder actuar dolosamente, el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que conforman el hecho típico. Por ejemplo, en el delito de homicidio doloso debe saber el autor del delito que mata a otra persona, en el hurto debe saber que sustrae cosas ajenas sin el consentimiento de su dueño, y ese conocimiento del que se habla constituye un requisito previo a la voluntad.

No es necesario que previo a la comisión del delito el sujeto activo reflexione o analice su futura acción; bastara con que reconozca que en su actuar concurren los elementos objetivos descritos en la norma tipo. Asimismo para que exista dolo es necesario el querer

---

<sup>85</sup> Donna Alberto Edgardo. *Óp. Cit.* Página 134.

realizarlo. *“Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor disvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente.”*<sup>86</sup>

Algunos autores, excepcionalmente han admitido la posibilidad de que la figura de detenciones ilegales admita la modalidad culposa sin embargo, ello no es aceptado por el código penal vigente de Guatemala. Por lo que al hablar de detenciones ilegales siempre existirá dolo y nunca será admitida la comisión por imprudencia o por ignorancia más cabe aclarar que la doctrina si menciona que no podrá ser considerado delito cuando el sujeto pasivo lo consintiere.

### **2.1.5 Disposiciones especiales:**

#### **a) Momento de consumación:**

La consumación se origina desde que la detención se produce. *“Se trata de una consumación instantánea y se produce en el momento en que el sujeto pasivo pierde su capacidad de moverse libremente como consecuencia del encierro o detención. Por lo que sus efectos se puede afirmar que son permanentes; prolongándose la lesión al bien jurídico hasta que el sujeto pasivo quede en libertad”*.<sup>87</sup>

Al ser un delito material, se consuma cuando el impedimento físico a la libre actividad corporal de la víctima se ha producido para mostrar la dirección de la acción del sujeto en cuanto ataque a la libertad. La consumación puede realizarse mediante omisión, cuando el autor no hace cesar la situación de privación de libertad preexistente, en que se encuentra la víctima por obra de un tercero o cuando no hace cesar la que habiendo sido legítima se convierte en ilegítima, estando obligado a ello. Se dice que es un delito permanente porque la acción se prolonga mientras no haya cesado la privación de libertad.

---

<sup>86</sup> Derecho Penal. Derecho en Red. El dolo: concepto, elementos y clases. España. 2012. Disponibilidad y acceso: <http://www.infoderechopenal.es/2012/11/dolo-concepto-elementos-clases.html>. Consultada el 12 de marzo 2016.

<sup>87</sup> Derecho Penal. Derecho en Red. Delitos relativos a las detenciones ilegales y secuestros. España. 2013. <http://www.infoderechopenal.es/2013/03/detenciones-ilegales-y-secuestros.html>. Consultada el 12 de marzo del 2016.  
Disponibilidad y acceso: <http://www.infoderechopenal.es/2013/03/detenciones-ilegales-y-secuestros.html>. Consultada el 10 de marzo del 2016.

Existe posibilidad para la tentativa porque el delito de acuerdo con Muñoz Conde se consuma cuando se produce el objetivo que es privar de libertad.

## **2.2 Delito de aprehensión ilegal**

### **2.2.1 Antecedentes históricos**

Para el delito de aprehensión ilegal hay que tomar en cuenta que es un tipo penal similar al delito de detenciones ilegales más tiene ciertas características que lo distinguen.

Donna Alberto<sup>88</sup> sostiene que autores como Kant, Rousseau, Locke, Hobbes entre otros, habían establecido que ni aun con el cristianismo cesó la esclavitud. Por lo que desde época de la antigüedad inclusive antes de la llegada de la Edad Media con los abusos del señor feudal, ya existían “acciones” destinadas a reducir al hombre a una cosa, un objeto, por lo que se atentaba seriamente contra su derecho de libertad el cual aún no había sido reconocido en ningún texto mucho menos tipificado como conducta delictiva en un Código Penal. De tal forma, que la protección de la libertad se inscribe dentro de la idea de la historia universal, como el progreso en la conciencia de la libertad. El hombre no era libre per sé y se encontraba sujeto a vejámenes y malos tratos. Se decía que no era un hombre libre.

Como expresa Tomás Vives Antón, *“Las garantías constitucionales son una especie de contra instinto, por las cuales, frente a ciertos hechos que aparecen como atentados al individuo o a la sociedad, que llevan instintivamente a buscar una respuesta rápida del Estado o de sus propios habitantes, se pone un límite, se les dice a las demás personas: No cuidado, no se debe detener sin orden judicial, toda persona es inocente; no se puede entrar a domicilio de otra persona sin orden de allanamiento, entre otros”*<sup>89</sup>. Porque con ello se protege la libertad y dignidad de la persona. Son precisamente esas garantías constitucionales las que han dado paso a una tipificación de aquellas conductas que atentan contra la libertad del individuo como lo sería, aprehender a una persona sin justa causa.

---

<sup>88</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 108.

<sup>89</sup> *Loc. Cit.*

Desde Hobbes hasta nuestros días, debe el Derecho buscar la limitación de esos abusos, y una manera de hacerlo, es dándole mayor protección y castigando con sanción penal la violación de esos abusos. En el capítulo primero, la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 5° consagró un principio fundamental: la libertad de acción. El cual establece que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.<sup>90</sup>

De acuerdo con Donna Alberto<sup>91</sup>, en el Derecho Romano, los delitos que atentaban contra la libertad eran asociados con el crimen *vis*, constituido por amenazas y coacciones, de tal forma, que el Derecho imperial recoge dos formas de crimen *vis*, toda vez que, por una parte, castigó algunas formas de coacción pública, de porte de armas, y por otra parte, reprimió gran cantidad de formas de coacción privada y de ejercicio arbitrario. Dentro de la ley *Plautia* fue necesario que se abarcaran ciertas formas de abuso de autoridad, detención ilegal, exacción, extorsión, cárcel privada entre otros.

Feuerbach, en su tratado, en el Título Tercero y bajo el título Delitos contra el derecho de los ciudadanos a la libre disposición de su cuerpo en el 251 afirma que: *“En general, el hombre tiene derecho sobre su cuerpo, como también a la libre disposición del mismo...”*<sup>92</sup>

Se puede concluir que los antecedentes en general de los delitos contra la libertad y seguridad de la persona son prácticamente los mismos, en donde el hombre vivió en un estado de esclavitud, luego de servidumbre, hasta que aparecen las garantías constitucionales que reconocen derechos fundamentales del hombre entre ellos, su libertad. Al mismo tiempo que surgen documentos internacionales de gran magnitud como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>90</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. 1985 y sus reformas.

<sup>91</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 113

<sup>92</sup> *Loc. Cit.*

## 2.2.2 Concepto

### a) Doctrinario

De acuerdo a la Real Academia Española, la palabra “aprehender” significa: “Coger, asir, prender a alguien, o bien algo, especialmente si es de contrabando.”<sup>93</sup>

Ripollés citado por Cobo del Rosal “aprehender” “*debe interpretarse como equivalente a encerrar o detener*”.<sup>94</sup>

Segrelles de Arenaza citado nuevamente por Cobo del Rosal expresa al respecto: “*El tipo exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto, cual es la finalidad de presentar al detenido a la autoridad de forma inmediata, presentación que debe entenderse como puesta a disposición, sin que sea imprescindible una presentación física*”.<sup>95</sup>

Según De León Velasco y Mata Vela<sup>96</sup>; en este delito la acción se realiza por un particular que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehende a una persona, para presentarla a la autoridad. También es una variedad de la detención o privación ilegal de la libertad, pero exige un elemento interno o propósito específico: la presentación de la persona aprehendida a la autoridad, sin estar autorizado previamente por la autoridad. Los casos a que se refiere la ley, permitidos por ella para aprehender personas, se refiere al auxilio que los particulares han de prestar, la conducción de personas y eventualmente en los casos de delito flagrante a que se refiere el artículo 257 del Código Procesal Penal.

Por lo que se puede decir, que este delito, consiste en la acción de aprehender a una persona (coger, tomar, agarrar) para el propósito de entregarla a la autoridad pero no es un delito flagrante, no existe orden judicial, sino un particular toma a una persona no para encerrarla sino para presentarla a la autoridad.

---

<sup>93</sup> Aprehender. Real Academia Española. Disponibilidad y acceso: <http://www.rae.es/>. Consultada el 26 de marzo del 2016

<sup>94</sup> Cobo del Rosal, Manuel. Óp. Cit. Página 186. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?ppg=21&docID=11126097&tm=1454881958853>. Consultado el 26/03/2016

<sup>95</sup> *Loc. Cit.*

<sup>96</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Óp. Cit. Página 428.

## **b) Legal**

El artículo 205 del Código Penal lo define como: *“El particular que, fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad, será sancionado con multa de cincuenta a doscientos quetzales”*.<sup>97</sup>

De tal forma que el artículo 205 establece “fuera de los casos permitidos por la ley” al respecto, la norma remite entonces al artículo 257 del Código Procesal Penal el cual regula de alguna forma la aprehensión. El cual establece: *“La policía deberá aprehender a quien sorprenda en delito flagrante. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Procederá igualmente la aprehensión cuando la persona es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. La policía iniciara la persecución inmediata del delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho. Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario que exista continuidad entre la comisión del hecho y la persecución.*

*// En el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores. Deberá entregar inmediatamente al aprehendido, juntamente con las cosas recogidas, al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial más próxima.// El Ministerio Público podrá solicitar la aprehensión del sindicado al juez o tribunal cuando estime que concurren los requisitos de ley y que resulta necesario su encarcelamiento, en cuyo caso lo pondrá a disposición del juez que controla la investigación. El juez podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado”*.<sup>98</sup>

Esta disposición autoriza la aprehensión para el caso de flagrancia, esto es, el sujeto ha cometido un delito y es descubierto en el instante mismo de la comisión o segundos después con efectos e instrumentos que hacen pensar razonablemente que es el autor

---

<sup>97</sup>Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73. Fecha de emisión: 5/07/1973. Fecha de publicación: 15/09/1973.

<sup>98</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Procesal Penal. Decreto 51-92.

del hecho delictivo. Pero el artículo menciona que cualquier persona, esto es, un particular está facultado para aprehender igualmente en caso de flagrancia y siempre que el hecho punible pueda producir consecuencias ulteriores de tal forma que la persona particular pueda impedirlos pero aún más el particular que aprehenda deberá inmediatamente entregar al autor del hecho delictivo junto con cualquier cosa que pueda servir posteriormente como evidencia, al Ministerio Público o cualquier autoridad judicial que encuentre cercana.

Continúa estableciendo el artículo 257 del mismo cuerpo legal, que el Ministerio Público está facultado para solicitar la aprehensión de un sindicado al Juez o Tribunal que corresponda; ello cuando resulte necesario su encarcelamiento, en todo caso, se pondrá a disposición del Juez competente.

Por lo que, fuera de los casos enunciados por el artículo previamente citado, cualquier aprehensión que realice un particular se considerara como delito de aprehensión ilegal.

De igual forma el artículo 258 contempla otros casos de aprehensión: *“El deber y la facultad previstos en el artículo anterior se extenderán a la aprehensión de la persona cuya detención haya sido ordenada o de quien se fugue del establecimiento donde cumple su condena o prisión preventiva. // En estos casos el aprehendido será puesto inmediatamente a disposición de la autoridad que ordenó su detención o del encargado de su custodia”*.<sup>99</sup>

Por lo que para el supuesto del artículo 258, será legal la aprehensión cuando exista una orden de detención sobre la persona o bien cuando esta se haya dado la fuga del establecimiento donde se encuentra guardando prisión aun cuando sea solo preventiva.

### **2.2.3 Elementos del tipo objetivo**

#### **a) Bien jurídico tutelado**

Al igual que para el delito de detenciones, el bien jurídico protegido es la libertad de movimientos, la libertad ambulatoria. Pues se priva al sujeto pasivo de trasladarse de lugar según su voluntad.

---

<sup>99</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Procesal Penal. Decreto 51-92.

Entiendo la libertad desde un punto de vista espacial, esto es moverse de un lugar a otro sin ser aprehendido de un momento a otro. Protege la libertad física de las personas en su sentido amplio, libertad de movimiento corporal y de trasladarse de un lugar a otro.

Díez Ripollés establece: “*Se configura como la libertad de la persona para abandonar el lugar en donde se encuentra. En consecuencia, no se tutela frente a conductas en que se impide el acceso a determinado lugar, o se compele a abandonar éste*”.<sup>100</sup>

Lo que el autor explica, es que si bien intenta proteger la libertad del sujeto pasivo, no lo protege frente a situaciones en donde la persona es obligada a abandonar un lugar por ejemplo, si una persona se encuentra en un restaurante y de la nada se quita toda la ropa, ello va en contra de las políticas del lugar y por ende será obligado a abandonarlo, en esa situación, la persona no podría alegar que se ha atentado contra su libertad o que de alguna forma fue aprehendido. En todo caso el delito de aprehensión intenta proteger abuso de particulares que de alguna forma toman a la persona y la obligan a presentarse ante autoridad competente. Sin que el sujeto pasivo haya cometido delito necesariamente.

Ello se ve más claro, con los agentes de seguridad privada, vigilantes de seguridad, escoltas particulares o guardias privados. Quienes al momento de ver que el sujeto de alguna forma se comporta contrario a las reglas o políticas del lugar para el cual trabajan, aprehende a la persona abusando de sus facultades. De tal modo que el artículo 205, protege ese tipo de conductas de las cuales intenta proteger al individuo.

De acuerdo con Bustos Ramírez, “*el bien jurídico, es una especificación de la libertad, esto es, la capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto. Por lo que desde el punto de vista delictivo, es una especie de coacción. Nuevamente se hace mención que el bien jurídico protegido no es otro que la libertad ambulatoria, la capacidad del sujeto para trasladarse de un lugar a otro*”.<sup>101</sup> Por ello mismo, puede haber dificultades en la delimitación con el delito de coacción. Lo importante para este delito, es que se afecta la capacidad de actuación en general.

---

<sup>100</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 128.

<sup>101</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Óp. Cit.* Página 104.

Por lo que como ya se ha expresado tanto en el presente capítulo como en el que le precede, lo que se intenta proteger es la libertad de locomoción sea ambulatoria o de desplazamiento; y de movimiento corporal de las personas. Pues si la persona resulta aprehendida en forma arbitraria por un particular, se verá vedado de poder irse a su casa por ejemplo, o a su lugar de trabajo o a cualquier lugar a donde se dirigía en el momento que fue aprehendido por el sujeto activo del delito. Esencialmente por encontrarse este delito dentro del Título IV denominado: "De los delitos contra la libertad y seguridad de la persona", se deduce que el bien jurídico protegido sea el de resguardar la libertad de la persona.

### **b) Sujeto activo**

En principio, al igual que en el resto de delitos objeto de estudio en el presente trabajo, el sujeto activo será siempre un particular pues la normativa no especifica cualidades específicas con las que deba contar el autor para ser considerado como tal. De tal forma, que el artículo ya citado, el 206, inicia con la frase: "*El particular, que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a una persona...*".<sup>102</sup> De ahí que, el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona.

Será suficiente que el sujeto activo restrinja cualquier libertad de movimiento. Si bien, el artículo 257 del Código procesal penal<sup>103</sup>, autoriza a personas particulares a aprehender, ya se explicó que deben concurrir ciertas circunstancias para que la aprehensión sea legal siendo estas:

- 1) Que se trate de delito flagrante o delincuente *in fraganti*

El Ministerio Público, podrá de igual forma solicitar al Juez la aprehensión de una persona cuando:

- 1) Resulte necesario el encarcelamiento del sindicado, pues concurren todos los requisitos de ley para ser detenido.

---

<sup>102</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>103</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Procesal Penal. Decreto 51-92.

El artículo 258 permite que el Ministerio Público o la autoridad Judicial puedan aprehender cuando:

- 1) Se haya ordenado la detención de una persona,
- 2) Al fugado de un establecimiento penal.

Tal como se indicó en el inicio del presente capítulo, lo importante para este delito, es que la intención del sujeto activo, sea la de presentar a la autoridad a la persona detenida. Esta intención es, pues, un especial elemento subjetivo del injusto que trasciende del simple dolo de la detención. Caso de que no existiere, se estaría en presencia de una simple detención ilegal. En realidad se trata de una causa de justificación incompleta, porque, aunque se da el elemento subjetivo de actuar conforme a Derecho (para presentar a la autoridad) no se da, en cambio, el objetivo (fuera de los casos permitido por las leyes). Podría también considerarse como un caso específico de error de prohibición vencible. Sin embargo, Muñoz Sánchez y Díez Ripollés<sup>104</sup> lo consideran como un supuesto de exceso que entraña que el sujeto tiene conciencia de que actúa fuera de la legalidad, aunque sea con la finalidad de entregar al detenido a la autoridad, lo que difícilmente casa con el carácter privilegiado de esta figura.

### **c) Acción típica esperada**

A diferencia del delito de detenciones, lo que se espera para este delito, no es el de detener o encerrar, por el contrario es la acción misma de “aprehender” esto es de prender, coger, detener a una persona de forma ilegal. Es decir, capturar a una persona pero tiene un elemento importante que lo va a distinguir por completo del delito de detenciones, y es que en este delito de aprehensión ilegal, el sujeto activo tiene la intención de presentarlo de forma inmediata a la autoridad judicial sin estar autorizado por la autoridad. Y ese es un requisito que debe concurrir para que pueda calificarse como delito de aprehensión ilegal, de lo contrario podría confundirse con detener y encerrar a la persona (detención ilegal) o bien con el delito de secuestro. Lo importante aquí es presentar a la autoridad a la persona. Es por ello que se ha dicho que es común

---

<sup>104</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Óp. Cit.* Página 171.

que lo cometan los agentes de seguridad privada quienes abusando de sus facultades, aprehenden o capturan a un sujeto.

Se dice que es fuera los casos permitidos por ley porque el artículo 257 del cuerpo legal citado anteriormente, claramente expresa las condiciones que deben concurrir para que una aprehensión sea calificado como legal lo mismo que sucede con el delito de detenciones en donde la Constitución establece lo que debe concurrir para que sea legal la detención, de lo contrario, todos los casos que no encajen con la disposición, constituyen delito.

En el apartado del Código Penal dedicado a la protección de la administración pública, en el capítulo de los delitos cometidos por funcionario o por empleados públicos, se incluye el tipo de “detención irregular”, que está vinculado al bien jurídico tutelado de libertad personal.

López Orozco<sup>105</sup> establece que desafortunadamente las garantías constitucionales no se cumplen por los agentes de autoridad, quienes continúan constantemente privando de libertad a particulares sea mediante detenciones ilegales o aprehensiones ilegales. Cometiendo la aprehensión sin orden de Juez competente, y esto conlleva a la violación a los derechos humanos.

Según Mom y Damianovich “*la actividad típica consiste en privar ilegítimamente a otro de su libertad personal*”.<sup>106</sup>

Es decir que la acción típica es de la capturar o prender a un individuo pero que el sujeto activo sea un particular y no constituya delito flagrante. De tal forma que no existe tampoco orden de aprehensión emanada de un órgano jurisdiccional competente.

#### **d) Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo será cualquier persona que se halle en la situación de ser capturada o aprehendida por el particular que desea presentarlo a la autoridad.

---

<sup>105</sup> López Orozco, Luis Fernando. Causas por las que se da la Detención Ilegal en el delito de daños. Guatemala. 2006. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 35.

<sup>106</sup> Moras Mom R., Jorge y Laura T. A Damianovich. *Óp. Cit.* Página 100.

Al respecto Bustos Ramírez establece que si bien “*el sujeto pasivo puede ser cualquiera, éste debe de estar dotado de procesos volitivos para su determinación psico-espacial ya que se trata de una libertad ambulatoria*”.<sup>107</sup>

Ahora bien aunque el Código Penal no lo menciona, se considera importante que se realiza en contra de la voluntad del sujeto pasivo, que no exista su consentimiento. Pues la doctrina al respecto menciona que al igual que en las detenciones o privación de libertad, el consentimiento del sujeto pasivo podría constituir anti juricidad y por ende justificar esa privación de libertad.

De acuerdo con Núñez<sup>108</sup>, el consentimiento, sin coerción o error, prestado por una persona capaz de comprender el sentido de su propia conducta, excluye el tipo delictivo. Este requiere que la privación de libertad sea ilegalmente realizada por el autor del delito, que no esté jurídicamente autorizado para hacerlo y que proceda a sabiendas de ello.

Es necesario que el sujeto pasivo no haya prestado su consentimiento, es decir, se haya hecho en contra de su voluntad, es aprehendido por el sujeto activo, rehusándose expresamente a ello pues quien lo hace no está facultado. Pero en principio general, el sujeto pasivo es cualquier persona.

#### **2.2.4 Elemento subjetivo del tipo**

De igual forma, guarda similitud, con el delito de detenciones, pues bastara el dolo. Requiere esa voluntad de impedir a alguien el empleo de su libertad ambulatoria. En lo que atañe a este tipo de delitos de privación ilegal de libertad, no requieren de ningún otro tipo de elemento subjetivo además que el dolo.

De acuerdo con Moras Mom, “*se trata del adverbio “ilegal” puesto que el autor debía tener conocimiento de la contrariedad de su acción y el ordenamiento jurídico. Conocimiento en el cual estaba asentada la incriminación de la conducta. Para quienes sustentan este pensamiento, es lo que denominan elemento subjetivo de lo injusto.*”<sup>109</sup> Se entiende que se trata de un elemento subjetivo del tipo legal, por ser un contenido psíquico del autor o sujeto activo quien obra sin que precepto legal alguno le mande observar el

---

<sup>107</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Óp. Cit.* Página 104.

<sup>108</sup> Núñez C, Ricardo. *Óp. Cit.* Página 185.

<sup>109</sup> Moras Mom R., Jorge y Laura T. A Damianovich. *Óp. Cit.* Página 106.

comportamiento. Esto es, el autor desea aprehender a la persona, posee toda la intención y el dolo de hacerlo a sabiendas que va en contra del ordenamiento jurídico.

Asimismo, al respecto, se vuelve a citar a Bustos Ramírez<sup>110</sup> quien se pronuncia igualmente que para el delito de detenciones pues afirma que es necesario el dolo, y aun cuando se ha discutido la posibilidad de la culpa para las detenciones; para el caso de la aprehensión se cree que sería poco probable el elemento de la culpa puesto que el particular tendría que tener total ignorancia de que no está facultado para aprehender o capturar a una persona para luego ponerla a disposición de orden competente. En el caso del agente de seguridad privada de una tienda por ejemplo, tendría que tener total desconocimiento que la aprehensión que realiza es ilegal por no estar prevista en la normativa. Para este autor al igual que para el delito de detenciones, es imposible el elemento de la culpa y por ende será un delito esencialmente doloso.

Donna al respecto establece que, *“es un delito doloso, el autor debe actuar con consciencia de su accionar ilegal y con la voluntad de realizar esa aprehensión ilegal.”*

<sup>111</sup>De igual forma el autor cita a Agustín Jorge Barreiro quien afirma que la jurisprudencia española ha sostenido que se requiere para este delito el mal llamado dolo específico, ya que tendría un elemento subjetivo del injusto como ya se ha mencionado.

Lo que verdaderamente sirve de fundamento es la invasión abusiva y arbitraria de la libertad del particular quien ha sido aprehendido sin mediar orden judicial, sin ser un sindicado que se ha fugado del establecimiento penal, sin existir solicitud del Ministerio Público, sin existir delito flagrante. En todos los delitos contra la libertad, se podría afirmar, que está presente la actitud de abuso, que no está muy alejada del dolo, pues se actúa contra la voluntad del sujeto.

Como casos de anti juricidad o justificación son los ya mencionados con anterioridad y se encuadran en el artículo 257 del Código procesal penal el cual establece cuando la aprehensión es legal y cuando el particular puede aprehender, que como ya se ha

---

<sup>110</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Óp. Cit.* Página 105

<sup>111</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 134.

mencionado únicamente se encuentra facultado para aprehender en casos de delito flagrante y para auxiliar en la conducción de personas.

## **2.2.5 Disposiciones especiales**

### **a) Momento de consumación**

El delito se consuma con el impedimento de la libre locomoción o movimiento de la víctima. Aunque para algunos doctrinarios admite tentativa, porque el sujeto activo puede hacer varios actos tendientes a privar de libertad, sin lograrlo. El delito es instantáneo. Al ser un delito material, se consuma en el momento en que se produce la aprehensión.

Muñoz Conde afirma que *“se consuma el delito cuando se ha producido el resultado de privación de libertad. Por lo que el autor infiere que es un delito de resultado y al serlo está admitiendo que cabe la tentativa.”*<sup>112</sup>

De acuerdo con Núñez citado por Creus, al igual que las detenciones ilegales, *“Se trata de un delito material que se consuma cuando el impedimento físico a la libre actividad corporal de la víctima se ha producido con suficiente significación para mostrar la dirección de la acción del sujeto en cuanto ataque a la libertad”*.<sup>113</sup>

A lo que refiere al autor es que no es suficiente con detener las manos de la persona por un instante para impedirle tomar algo, o simplemente agarrarlo por un segundo para impedirle entrar a un lugar. Por lo que debe ser significativa la acción de aprehender a la persona y aún más importante de presentarla a la autoridad sin estar facultado por la misma.

Por lo que el delito de aprehensión ilegal se consuma desde el momento en que el particular aprehende a una persona sin la cualidad de “in fraganti” y lo presenta de forma inmediata a la autoridad judicial. Al contrario con la detención ilegal en donde se trata de un delito de omisión, esto es, encerrar o detener al sujeto pasivo, no dejarlo moverse a otro lado y en caso fuere in fraganti; no presentarlo a la autoridad. Cuando se habla de la aprehensión ilegal, se entiende, como un delito de acción porque realmente se consuma en dos momentos el de aprehender al sujeto pasivo y más importante aún, el momento

---

<sup>112</sup> Muñoz Conde. *Óp. Cit.* Página 198.

<sup>113</sup> Creus. Carlos. *Óp. Cit.* Página 299

en que el sujeto activo presenta a la persona aprehendida a la autoridad judicial ya que como se habló anteriormente sin esta particular característica, no puede hablarse del delito de aprehensión ilegal.

## **Capítulo 3 Delito de Allanamiento**

### **3.1 Antecedentes históricos**

En época primitiva no existía la idea de Estado como hoy en día, los seres humanos se agrupaban en núcleos familiares sin cohesión organizada y en forma esporádica se unían para realizar determinados fines de beneficio común. Históricamente el allanamiento de morada fue desconocido para el derecho romano. Groizard citado por Alberto Trejo justifica esta omisión del Derecho Romano diciendo que “*no debe extrañarnos que el domicilio no estuviese tan protegido en Roma como en los pueblos modernos. Los ciudadanos romanos vivían más que en sus casas, en el foro, en las basílicas, en las termas o en los vestíbulos y cercanías de los templos. La vida pública tenía entre ellos una importancia superior a la privada, ocupando su atención y su tiempo aquella más que esta otra*”.<sup>114</sup> Según Roberto Lérica Lafarga<sup>115</sup> cuando se introdujo al proceso penal se hizo una noción amplia del delito de injuria en la ley Cornelia ello sin olvidar el carácter sagrado que se le atribuyó a la *domus* romana, recordando que esta última era la casa romana en donde la cabeza de familia llevaba el título de *dominus*. Estas *domus* eran viviendas de patricios, los ricos y personajes influyentes. Se ha establecido que los textos legales como pretorios con registran más que supuestos daños materiales a la *domus* romana.

Sostiene Ripollés Quintano<sup>116</sup> que fue en la Edad Media cuando se le atribuyó a la casa de habitación un papel más importante quizá ello se debió más que todo por razones de seguridad (dado a que la misma era precaria en ese periodo); surgió de esta forma un nuevo concepto de santidad del hogar. Por lo que cuando no se fortificaban grandes

---

<sup>114</sup> Trejo, Miguel Alberto. *Óp. Cit.* Página 659.

<sup>115</sup> Patrimonio Romano de Aragón. Lérica Lafarga, Roberto. *Domus*. 18/03/2015. Disponibilidad y acceso: <http://www.catedu.es/aragonromano/domus.htm>. Consultada el 18/03/2016.

<sup>116</sup> Ripollés Quintano Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo I, II Parte Infracciones Contra la Personalidad. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1972. Segunda Edición. Página 951.

muros se pretendió suplir ello mediante un respeto legal o consuetudinario. En Alemania se utilizó la frase: “Hausfriedensbruch” para hacer referencia al allanamiento lo que significa: “*La ruptura de la paz de la casa*”. Entonces, en el derecho germánico, existía una íntima relación entre la seguridad y la paz de la casa, a la cual el derecho germánico le dio carácter sagrado puesto que su objetivo era garantizar la seguridad personal de los ciudadanos en la casa habitada o bien donde se moraba, frente a ataques violentos de particulares y funcionarios públicos inherentes al sistema de convivencia de la época.

Afirma Delgado Duarte<sup>117</sup> que para poder comprender mejor, en la Edad Media, el señor feudal impartía “justicia” en forma arbitral y autoritaria y únicamente respondiendo a sus propios intereses. Fue así como surgió la justicia impartida por la iglesia y sus tribunales siendo estos los únicos eficientes para esa época. Respecto al derecho penal de la Alta Edad Media, se destacó el papel central que cumplió el concepto de paz, referente a la paz común y dentro de esta la paz doméstica y la paz de la casa (*pax domus*).

Delgado Duarte<sup>118</sup> afirma que estos últimos conceptos sirvieron de base para lo que posteriormente constituiría una limitación a los allanamientos. El derecho foral español consideraba toda entrada a la casa ilegal (porque era realizada contra la voluntad del dueño) y el encerramiento que era el ataque violento a la casa desde el exterior.

De acuerdo con Ripollés Quintano en estos fueros españoles, la protección se extendía a nobles, villanos inclusive contra los abusos de los señores y funcionarios reales. Se utilizó la frase que decía: “*En la famosa disposición del fuero leonés, vedando la entrada en los hogares privados a los merinos y sayones del Rey*”<sup>119</sup> inclusive se permitía matar al allanador.

Como antecedentes de esta figura se encuentran derechos y libertades individuales como la paz doméstica y la seguridad personal del individuo. Asimismo se puede mencionar la propiedad privada y la intimidad por cuanto podría vulnerarlos como se explicara más adelante en el presente capítulo.

---

<sup>117</sup> Delgado Duarte, Edwin y Francisco Segura Montero. *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. San José. Editec Editores, 1996. Página 18.

<sup>118</sup> *Loc. Cit.*

<sup>119</sup> Ripollés Quintano Antonio. *Óp. Cit.* Página 952.

Por último el autor Sanz Morán dice que *“Sólo con la ilustración, y el consiguiente reforzamiento de la posición del individuo, volverá a reivindicarse, frente a los poderes públicos, el carácter “santo” e “inviolable” de la morada, tal y como irá plasmándose en las primeras Declaraciones Generales de Derechos”*.<sup>120</sup>

Siguiendo dentro de la misma línea, del autor Morán, quien ha establecido un carácter inviolable y sagrado de la morada, en Guatemala la Corte Suprema de Justicia ha establecido *“ La calidad de morada debe calificarse en razón directa de la privacidad en que se vive y proyecta, por así decirlo, la personalidad humana en determinada habitación y sus dependencias, hasta donde el morador puede desenvolverse en su vida íntima y familiar sin que sea necesario que se trate de una obra concluida o terminada.”*<sup>121</sup>

De tal modo que, hace una calificación de morada relacionando la misma con la privacidad del individuo, su intimidad y vida familiar y bastara con esas características para considerarse morada.

De igual forma la Constitución Política de la República de Guatemala ha consagrado en el artículo 23 la Inviolabilidad de la vivienda de la siguiente forma: *“La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar la morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo por orden escrita de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia y nunca antes de las seis ni después de las dieciocho horas. Tal diligencia se realizara siempre en presencia del interesado, o de su mandatario”*.<sup>122</sup>

En tal disposición se trata de proteger la morada, la vivienda de la persona sin embargo menciona excepciones y es si se trata de orden de Juez competente pues en algunas diligencias en materia penal es necesario para la investigación de la comisión de algún ilícito “allanar” la vivienda de la persona y siempre que sea dentro del horario establecido para el efecto por la normativa constitucional. De tal forma que el Código Penal ha

---

<sup>120</sup> Morán Sanz, Ángel José. *El Allanamiento de Morada, Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público*. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 2006. página. 18.

<sup>121</sup> Varas Delgado, Katty Marcela. *El allanamiento Civil: Constitucional y Legalidad*. San José, Costa Rica. 2008. Tesis de: Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Página 7. Disponibilidad y acceso: [http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/el\\_allanamiento\\_civil\\_constitucionalidad\\_y\\_legalidad.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/el_allanamiento_civil_constitucionalidad_y_legalidad.pdf). Consultada el 18/03/2016.

<sup>122</sup> Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*. 1985 y sus reformas.

tipificado el delito de Allanamiento. Dentro del mismo menciona la palabra morada, y quien entre a ella sin autorización o contra la voluntad expresa o tácita del morador será sancionado con prisión de tres meses a dos años.

### **3.2 Concepto**

#### **3.2.1 Doctrinario**

De acuerdo con Muñoz Conde citado por Alberto Trejo y otros se entiende por el delito de allanamiento: *“El que entrare en morada ajena o sin habitar en ella se mantuviere en la misma contra la voluntad del morador”*.<sup>123</sup>

De acuerdo con Ricardo Núñez el delito de allanamiento es el hecho de entrar a morada ajena o casa de negocio, dependencias, recinto habitado por otro, contra la voluntad de quien tenga derecho a excluirlo. Por morada se entiende *“el hogar o casa de la persona, estos es, el lugar donde ella mantiene la intimidad de su persona, afecciones y bienes y, siendo el caso, reside con su familia o núcleo semejante.”*<sup>124</sup> Puede consistir en un edificio o en alguna de sus partes, en una construcción fija o movable o en otro albergue, incluso natural, capaz de proporcionar intimidad en alguna medida.

Molinario y Aguirre Obarrio citados por Edgardo Donna, establecen que *“no se está ante un delito contra la propiedad, pues la ley penal no protege la porción de espacio ni la construcción material que constituyen la casa donde la persona habita, sino la libertad necesaria para el ejercicio de la soberanía doméstica del individuo.”*<sup>125</sup>

De acuerdo con Quintano Ripolles, *“el allanamiento de morada puede adoptar una doble forma comisiva de acción y de omisión, la primera por el hecho de penetrar, y la segunda, por la de permanecer indebidamente.”*<sup>126</sup>

En principio se debe distinguir entre “morada” y “domicilio”. “morada” y “casa” no pueden ser sinónimos pues, tal como se explicara a continuación, el concepto de morada no implica necesariamente la existencia de un inmueble, pues en efecto cualquier espacio delimitado puede ser *morada*.

---

<sup>123</sup> Trejo, Miguel Alberto y otros. *Óp. Cit.* Página 688.

<sup>124</sup> Núñez C, Ricardo. *Óp. Cit.* Página 192.

<sup>125</sup> Donna Albertdo, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 292.

<sup>126</sup> Quintano Ripolles, Antonio. *Óp. Cit.* Página 123.

El Domicilio de acuerdo con la legislación civil, “*El domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él*”.<sup>127</sup> Asimismo el artículo 36 del citado cuerpo legal establece “*El domicilio legal de una persona es el lugar en donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente*”.<sup>128</sup>

Por lo que el domicilio se puede considerar como la morada fija y permanente de la persona en tanto que la morada que el Código Penal establece para el delito de allanamiento, es cualquier espacio determinado. Además que el domicilio implica ese ánimo de permanecer en ella, mientras que morada comprende también la residencia accidental (la habitación de un hotel, camarote de un barco).

De acuerdo con Suárez Montes la morada se puede definir de la siguiente forma “*Es el espacio, cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior en condiciones tales que hagan patente la voluntad de los moradores de excluir de él a terceras personas*”.<sup>129</sup>

Según Sebastián Soler la morada es “*El conjunto de recintos dentro de los cuales una persona o un conjunto homogéneo de personas por ejemplo, una familia, viven, permaneciendo en ese lugar durante considerable tiempo y generalmente pernoctan, aunque no es indispensable este último requisito*”.<sup>130</sup>

Sin embargo, debe tomarse en cuenta, que no es necesario que el “recinto” sea un bien inmueble, puede tratarse de vagones o furgones inclusive donde las personas habiten o pernocten. Importante es que el espacio físico delimitado se encuentre ocupado, pues no constituye delito el penetrar en un departamento desocupado donde nadie lo habita. No obstante, el entrar a una casa o habitación no habitada en el momento de la infracción; es decir el que penetra en una casa durante la ausencia de sus moradores, de acuerdo con la doctrina, sí comete el delito de allanamiento.

---

<sup>127</sup> Peralta Azurdía, Enrique. Código Civil, Decreto-ley 106 y sus reformas. Artículo 32.

<sup>128</sup> Peralta Azurdía, Enrique. Código Civil, Decreto-ley 106 y sus reformas

<sup>129</sup> Trejo Alberto, Miguel y otros. *Óp. Cit.* Página 660.

<sup>130</sup> Soler Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Argentina. editorial Tipográfica. 1992. Página 88.

Por lo que finalmente se puede definir al delito de allanamiento como aquel delito que se fundamenta por hecho de entrar en morada ajena con o sin el consentimiento de la persona que la habita y sin autoridad suficiente para poder hacerlo.

### 3.2.2 Legal

De acuerdo al artículo 206 del Código Penal, el delito de Allanamiento es: *“El particular que, sin autorización o contra la voluntad expresa o tácita del morador, clandestinamente o con engaño, entrare en morada ajena o en sus dependencias o permaneciere en ella, será sancionado con prisión de tres meses a dos años.”*<sup>131</sup>

Del concepto anteriormente descrito pueden deducirse dos tipos de allanamiento:

- a) Allanamiento activo el cual que se refiere a la entrada en morada ajena contra la voluntad del morador.
- b) Allanamiento pasivo: lo constituye el hecho de permanecer o mantenerse en morada ajena contra la voluntad sea tácita o expresa del morador.

Asimismo el mismo cuerpo normativo en el artículo 207 estipula un agravante: *“Si los hechos descritos en el artículo anterior se ejecutaren con simulación de autoridad, con armas, con violencia, o por más de dos personas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión”.*<sup>132</sup>

Al respecto es importante mencionar que como el allanamiento constituye elemento esencial del hurto agravado (inciso 3° del artículo 247 del Código Penal), no puede ser considerado como delito concurrente, para no sancionarse dos veces el mismo hecho. La materialidad pues, consiste en entrar efectivamente en la morada ajena, siendo indiferente que se emplee o no violencia, armas, más de dos personas o simulación de autoridad, puesto que tales circunstancias agravan la pena impuesta al delito.

Sostienen De León Velasco y Mata Vela<sup>133</sup> siguiendo la misma línea de análisis, que desde el punto legal, morada debe entenderse tanto al local donde habita una persona,

---

<sup>131</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73

<sup>132</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73

<sup>133</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco parte General y parte Especial*. Guatemala. Editorial estudiantil Fénix. 2012. 15ª edición. Página 432.

como (nuestra ley extiende este concepto) todas las dependencias de la casa habitada en comunicación interior con ella, pero es importante mencionar que el lugar esté destinado a habitación y se encuentre como ya se mencionaba con anterioridad, efectivamente habitado siendo indiferente que el morador sea el propietario o inquilino, o aún, un vigilante del lugar.

De acuerdo con el artículo 208 del cuerpo legal anteriormente citado, existen excepciones para el delito de allanamiento, el mismo establece: *“Lo dispuesto en los artículos 206 y 434, no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave; asimismo, a los moradores o a un tercero. Tampoco tiene aplicación respecto a los cafés, cantinas, tabernas, posadas, casas de hospedaje y demás establecimientos similares, mientras estuvieren abiertos al público. No están comprendidos en esta excepción, las habitaciones privadas de los hoteles y demás establecimientos a que se refiere el párrafo anterior, que constituyan morada para quien las habita.”*<sup>134</sup>

Para el caso que se refiere la normativa, de evitar un mal grave, ello constituye un supuesto de estado de necesidad en el que se violenta el derecho del morador a vivir libre y seguro en su morada. Pero dentro de la excepción que contempla la normativa, se entiende que incluye al funcionario que allane un domicilio cumpliendo con órdenes emanadas de autoridad competente ni en el caso del llamado allanamiento judicial a que hace referencia el artículo 187 del Código Procesal Penal.

Dentro de la misma línea de análisis, Soler afirma que *“no es posible que atendiendo a motivos psicológicos y subjetivos se excluya el poder del elemento subjetivo del delito”*.

135

Lo que podría ocurrir es que el autor, equivocadamente, y sin culpa, crea en la existencia real de una de las situaciones previstas en el artículo 208 del Código Penal, pero entonces, la situación se resuelve exactamente lo mismo que cuando media justificación putativa: la fuerza excusante viene del error, no ya del móvil, del cual nada dice la ley.

---

<sup>134</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73

<sup>135</sup> Soler Sebastián. *Óp. Cit.* Página 110

Gómez y Molindario también citados por Soler, refieren respecto al estado de necesidad del que se hablaba (para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero...), “*que el mismo no hace referencia a un mal inminente, sino que comprende situaciones objetivamente no calificables como estados de necesidad strictu sensu.*” <sup>136</sup>

Según Soler<sup>137</sup> esta situación de: *evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero*. Puede llegar a entenderse como una lesión a un bien jurídico que el sujeto no está jurídicamente obligado a soportar. En esto se muestra la diferencia con el estado de necesidad. Por ejemplo: un sujeto agrede o hiere a otro, y éste, ya herido, persigue al agresor, a pesar de haber cesado en su ataque. El perseguido se refugia en una casa. No hay estado de necesidad, porque quiere librarse de una situación de peligro a la que no ha sido extraño, pero el sujeto no está obligado a dejarse matar, aunque ese hecho sea punible como lesiones, porque el perseguidor intenta cometer un hecho que es, a su vez, punible. En cambio, si hay un agente que persigue a un prófugo (no en flagrancia) y éste se refugia en una casa, comete allanamiento de morada, porque el agente cumple con un deber para cuyo desempeño puede emplear la fuerza, y si bien el prófugo no es punible por la fuga, si puede ser condenado por los efectos de su desobediencia y por la comisión del delito de allanamiento de morada o como es conocido en otras legislaciones, violación de domicilio.

La ley es más específica, al señalar que es lo que no se considera como morada ajena, y establece que no constituyen morada ajena los cafés, tabernas, posadas, casas de hospedaje y demás establecimientos similares mientras estén abiertos al público; ello puesto que la finalidad de tales establecimientos, es de ser de atención al público. Sin embargo; la entrada a una de las habitaciones de una posada o un hotel, ello si constituye morada ajena. Aun cuando la posada u hospedaje se encuentren abiertos, siempre y cuando la habitación le sirva de morada en términos de permanencia.

---

<sup>136</sup> *Loc. Cit.*

<sup>137</sup> Soler Sebastián. *Óp. Cit.* Página 111.

Continua estableciendo el artículo 208 que la morada particular que en dichas casas públicas tengan acceso los que allí ejercen su industria no deben considerarse accesibles al público, aun cuando dichas casas estuvieren abiertas.<sup>138</sup>

### **3.3 Elementos del Tipo objetivo:**

#### **3.3.1 Bien jurídico tutelado**

El delito de allanamiento se encuentra regulado en el Título IV denominado: “De los delitos contra la libertad y seguridad de la persona”, Capítulo II, del Código Penal<sup>139</sup>, es por ello que el tipo penal tiende a proteger una de las manifestaciones de esa libertad, esto es, el derecho de elegir quienes pueden entrar en el domicilio propio. Pero además de la libertad varios autores coinciden en que como bien jurídico protegido, se encuentra también el derecho a la intimidad del ser humano. Se trata de proteger la morada o casa de habitación como ese espacio de intimidad del sujeto pasivo.

Tal como afirma Creus, *“una de las manifestaciones de la libertad individual es el mantenimiento de una esfera de reserva dentro de la cual el individuo puede desenvolverse sin la injerencia de terceros”*.<sup>140</sup> Esa esfera a la que hace referencia el autor, es el ámbito de intimidad del individuo constituido por su morada.

En el mismo sentido Núñez, refiere que el bien jurídico protegido *“Es el aspecto de la libertad relativo al ámbito material de intimidad personal exigido por nuestra concepción del hombre libre. Esa concepción no solo exige un hombre dotado de posibilidades razonables de desenvolverse con seguridad su personalidad y sus capacidades físicas y económicas, sino también un hombre con posibilidades de lograr una intimidad para entregarse a sí mismo, a sus afecciones, a su familia o a sus asuntos”*.<sup>141</sup>

De tal forma que Núñez<sup>142</sup> afirma que el delito de allanamiento protege un tipo de libertad y es precisamente la libertad de desarrollarse dentro de su propio hogar, tener derecho a proteger su intimidad. El bien jurídico que se protege en forma inmediata entonces, es la intimidad, considerado como uno de los derechos de la personalidad, esto es, atributos

---

<sup>138</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>139</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>140</sup> Creus, Carlos. *Óp Cit.* Página 190.

<sup>141</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit* pagina 192 y 193.

<sup>142</sup> Núñez C, Ricardo. *Óp. Cit.* Página 188.

del propio sujeto de derecho, de la propia persona. No es un derecho subjetivo sino una substancia de la persona, como la vida, el honor, la libertad entre otros. La intimidad es considerada como un derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. Tal como ya se había expuesto anteriormente la libertad es muy amplia y puede abarcar libertad de locomoción, de expresión, de movimiento, pero en este apartado en específico se trata de tutelar o de proteger la morada, su inviolabilidad.

Por lo contrario, existen otros autores como Rodríguez Devesa y Soler, consideran que *“El bien jurídico protegido es la libertad de voluntad”*.<sup>143</sup>

Este punto de vista resulta un poco criticable, pues el bien jurídico se hace más amplio y vago, en menoscabo de la función limitadora que debe caracterizarlo. Por lo que si se considera la libertad de voluntad del morador como bien jurídico protegido, se estaría ante una confusión porque en principio todos los delitos se producen en contra de la voluntad de la víctima. Asimismo de ser cierta esta postura; el tipo se ampliaría inadecuadamente, pues el allanamiento podría recaer sobre cualquier espacio físico y no específicamente sobre la casa de habitación o morada.

Existe otra opinión acerca del bien jurídico en este caso se trata de una opinión “patrimonialista”; pues se considera que como bien jurídico protegido en la violación de morada es el derecho de propiedad o el de que “tranquila posesión”. Este criterio es sin embargo, inadecuado porque contradice el concepto de morada ya que lo asemeja a un derecho real y no a un espacio determinado además que se ha expresado antes, que el morador no necesariamente es el legítimo propietario de la morada sino que puede ser un inquilino inclusive un guardia de seguridad que temporalmente habita una casa o una habitación y por lo tanto no se puede decir que el bien jurídico sea el derecho de propiedad porque realmente no se está ante un derecho real y para ello existen otros delitos.

---

<sup>143</sup> Trejo Alberto, Miguel y otros. *Óp. Cit.* Página 661.

Por su parte el autor Suárez Montes, considera que *“el bien jurídico protegido es la libertad personal del morador, o el derecho a la inviolabilidad de la morada”*. El autor citado le denomina *“libertad individual localizada”*.<sup>144</sup>

Sin embargo, esta denominación resulta demasiado formal porque no permite arribar a un contenido concreto del bien jurídico protegido; no señala el objeto inmediato de protección, en consecuencia resulta apropiado considerar como bien jurídico protegido el de la intimidad.

En la ley penal, el objeto jurídico de tutela es la inviolabilidad de la morada, es decir, de la casa de habitación. De acuerdo con Eusebio Gómez *“el lugar destinado a la habitación hace posible el desenvolvimiento de la libertad personal en lo que atañe a las exigencias de la vida privada aun cuando dicho lugar este totalmente cerrado o parcialmente abierto, móvil o inmóvil, sea de uso permanente o transitorio.”*<sup>145</sup>

Derivado de lo establecido por el autor Gómez se vuelve a confirmar que la morada no necesariamente va a tratarse de una casa puede ser una casa rodante esto es algo móvil que se puede mover de un lugar a otro. Asimismo no siempre se trata de una habitación completamente cerrada puede tratarse de un espacio abierto pero que sirve de habitación para una persona o inclusive una familia. De modo que el autor citado, amplía el concepto de morada. Como consecuencia, se puede indicar que son dependencias de la morada, los lugares inmediata o mediatamente dependientes del departamento, vivienda o aposento que, sin formar parte integrante del ambiente, que constituye la habitación están destinados a su servicio o lo complementen, por lo que participan de su naturaleza como lo accesorio participa de lo principal. Por consiguiente, son dependencias, una azotea, la escalera de una casa, el garaje, entre otros.

Finalmente se puede concluir, derivado de lo expuesto por los autores citados, que la tutela penal se encamina a proteger el derecho de vivir libre y seguro en la morada, derecho que corresponde al morador, que no siempre se va a identificar con el propietario del lugar o casa.

---

<sup>144</sup> Trejo Alberto, Miguel y otros. *Óp. Cit.* Página 661.

<sup>145</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Óp. Cit.* Página 430.

### 3.3.2 Sujeto activo

Se debe recordar que en un inicio del presente capítulo se mencionó respecto a dos tipos de allanamiento que la doctrina distingue, pues el allanamiento activo es el hecho de entrar a morada ajena contra la voluntad ajena, entendiéndose entonces que el sujeto activo en este tipo de allanamiento, es cualquier persona, pudiendo ser inclusive parientes legales del morador.

En el caso del allanamiento pasivo, es el hecho de permanecer en morada ajena, el elemento interno consiste en la conciencia del sujeto activo de permanecer en morada ajena en contra de la voluntad expresa del morador.

Recordando que el artículo 206 del Código Penal<sup>146</sup>, establece que “el particular”, esto es cualquier persona, que entrare en morada ajena, sin autorización o contra la voluntad expresa o tácita del morador, inclusive contempla que el sujeto activo utilice engaños o lo haga en forma clandestina, esto es, a escondidas. Tal disposición no especifica un sujeto en específico pudiendo ser cualquier persona sin importar el cargo que ocupa, sexo, edad.

Sin embargo, según Núñez<sup>147</sup> importante es el hecho que el sujeto activo entre a morada ajena *contra la voluntad expresa* de su titular o representante (ya que como se ha expresado puede o no ser propietario de la morada), a sabiendas que, uno de ellos, gozando del derecho a excluirlo, clara y directamente le ha prohibido la entrada. Y el sujeto activo entra en morada ajena *contra de la voluntad presunta* del titular o de su representante si, dadas las circunstancias, sospecha o puede llegar a conjeturar, que el titular de derecho de exclusión, se opondría a su entrada. Esta voluntad contraria, se presume o manifiesta, por ejemplo, respecto del desconocido o conocido que persigue fines ilícitos al penetrar a la morada ajena, o lo hace en horas inadecuadas, o en circunstancias que exigen el resguardo de la intimidad.

Por lo que, el sujeto activo, tiene el conocimiento de la inexistencia del consentimiento del dueño. Ese conocimiento surge con toda claridad cuando el violador de la morada, según Carrara, ha empleado medios que suponen evadir la manifestación de voluntad

---

<sup>146</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>147</sup> Núñez C, Ricardo. *Óp. Cit.* Página 193.

contraria: introducción clandestina o insidiosa, como lo contempla el Código Penal. O tal como lo indica el maestro Lúques citado por Soler<sup>148</sup> “impedir la prohibición”. Y por ende ha impedido la prohibición, el que busca introducirse en una casa ajena, de manera que el inquilino no lo sepa.

De acuerdo con Donna Edgardo<sup>149</sup>, concuerda con lo que para el efecto ha contemplado la legislación guatemalteca, pues el autor indica que como sujeto activo para el delito de allanamiento puede ser cualquier persona. No obstante ha llegado a afirmar que el dueño de la propiedad puede ser sujeto activo del delito y se expresa así porque para el caso del dueño de un hotel, podría suceder que el propietario del mismo, invada la habitación de un huésped, lo mismo sucede con el propietario que viola la casa de habitación del inquilino.

Por otro lado, para ser autor del delito el sujeto no debe tener derecho a ingresar en el domicilio, de allí que, por ejemplo, un hijo o un conviviente no puedan ser sujetos activos del delito pues tienen derecho a ingresar en la vivienda. Con respecto al cónyuge, en caso de divorcio se puede cometer inviolabilidad de morada, pues el vínculo se halla disuelto. En el supuesto de separación en general, se admite el delito cuando la misma es virtualmente definitiva, sin voluntad de unirse, y uno de los cónyuges le ha prohibido al otro el ingreso a la casa.

Se puede concluir que el sujeto activo para el delito de allanamiento, puede ser cualquier persona, quien puede o no ser propietario de la morada o casa de habitación que penetra en forma clandestina o con engaño, sin autorización o contra la voluntad expresa o tácita del morador. Cuyo objetivo es penetrar a la morada ajena o bien permanecer en la misma. Y siempre y cuando el autor por ningún motivo, tenga derecho a ingresar en la casa de habitación.

### **3.3.3 Acción típica esperada**

La conducta típica la describe el propio Código Penal al establecer que el particular que sin autorización o contra la voluntad expresa o tácita del morador, clandestinamente o

---

<sup>148</sup> Soler, Sebastián. *Óp. Cit.* Página 99

<sup>149</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 297.

con engaño, “*entrare en morada ajena o en sus dependencias o permaneciere en ella*”<sup>150</sup>. Por lo que consiste en la acción del particular que sin habitar en la casa de habitación entra a la misma o se mantiene en esa morada en contra de la voluntad de su morador. La primera modalidad según Muñoz Conde<sup>151</sup> es la acción de entrar esto es de introducirse en alguno de los espacios que integran la morada, siendo indiferente el medio empleado, pero el Código agrava la pena para quien utilizare armas o lo hiciere simulando violencia o autoridad o bien si es cometido por más de dos personas. (Artículo 206 y 207 del Código Penal). Lo que en apartados precedentes se denominó *allanamiento activo*.

La segunda modalidad es “permanecer” en la morada sin habitar en ella. Supone entonces que el sujeto se encuentra ya adentro y que esa entrada fue consentida. Es lo que en apartados anteriores se denominó *allanamiento pasivo*.

De acuerdo con Muñoz Conde: “*Lo común a ambas modalidades es que se realizan en contra de la voluntad del morador, misma oposición que puede ser expresa o tácita. Ha de existir un contraste efectivo entre la voluntad dl autor del delito y la del morador. La voluntad de este último, ha de ser, por ende, manifestada al exterior, debe ser real y existente. Si el morado consiente la entrada, no existe el delito de allanamiento*”.<sup>152</sup>

Ahora bien en caso sean varios los moradores, se plantea el problema de quien es el legitimado para dar el consentimiento: por ejemplo el caso, del familiar o de la persona que trabaja en la casa que abre la puerta de noche a su amante en contra de la voluntad del padre de familia. En un principio, todos los “moradores” están legitimados para permitir la entrada de alguien; pero existe un principio general que dice que el que prohíbe la entrada es de mejor derecho, es decir, en caso de que uno consienta y otro niegue la entrada en la morada, prevalecerá el derecho del que niega la entrada.<sup>153</sup>

Lo importante es en todo caso, el derecho a la intimidad del que prohíbe, que sólo está legitimado para prohibir la entrada a alguien a pesar del consentimiento del otro morador, si con esa entrada se viola gravemente su derecho a la intimidad.

---

<sup>150</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73. Artículo 206.

<sup>151</sup> Muñoz Conde, Francisco. Óp. Cit. Página 258.

<sup>152</sup> *Loc. Cit.*

<sup>153</sup> *Loc. Cit.*

De acuerdo con Donna Edgardo, *“la acción consiste en “entrar” en el domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo. La persona entra al domicilio cuando pasa a su interior desde afuera.”*<sup>154</sup>

Por lo que según este último autor la acción típica esperada es el de entrar o penetrar morada ajena. Y se configura la acción cuando pasa desde afuera hacia adentro de la casa de habitación. Importante recalcar que si no se penetra en la morada realmente el delito no se configura. No se configura entonces el delito de allanamiento, si por ejemplo se perturba a los ocupantes desde afuera verbigracia, tirando piedras, estacionándose en la puerta como un vigilante, ni tampoco realizando cualquier otro acto de invasión o de intimidación. Como consecuencia, el único modo típico de comisión consiste en ingresar en la morada ajena.

Con respecto a la acción típica del delito objeto de este capítulo, se discuten dos cuestiones importantes según Donna Alberto<sup>155</sup>:

- a) Se discute si comete el delito de allanamiento el sujeto que, habiendo ingresado a morada ajena con la conformidad del habitante, se introduce en algún lugar o dependencia del mismo contra la voluntad expresa o presunta de aquél. Sería por ejemplo, el caso de un cartero quien deja pasar a la sala principal pero en un momento de distracción el cartero se introduce en una de las habitaciones de la casa.

De acuerdo con Núñez *“No ocurre la inviolabilidad de morada, si el sujeto, que sin haber entrado ilegalmente, pasa a un ámbito reservado en contra de la voluntad del titular.”*<sup>156</sup>

Por el contrario, la mayor parte de doctrinarios, consideran típica la conducta antes analizada. De esta forma, Fontán Balestra, señala que también comete el delito de allanamiento, *“quien entra estando en determinados lugares de una morada o casa de negocios ajena, penetra en otros que se encuentran delimitados de modo visible. El consentimiento se ve limitado, por ejemplo, quien es recibido en la sala no está autorizado a meterse a los dormitorios; esto se ve claramente, en los casos en que habiendo entrado*

---

<sup>154</sup> Donna Alberto Edgardo. *Óp. Cit.* Página. 293.

<sup>155</sup> *Ibíd.* Página 294.

<sup>156</sup> Núñez C, Ricardo. *Óp. Cit.* Página 77.

*el sujeto activo a un local de negocios abierto al público se introduce en lugares de la casa de negocio no abiertos al público.”*<sup>157</sup>

Por lo que Balestra no concuerda con Núñez respecto si la acción típica sea también la de entrar a otros espacios o ambientes de una casa una vez ingresado a la misma de forma legal y con autorización del morador.

De hecho en el mismo sentido se pronuncia Creus, quien afirma que en estos casos *“El agente de cualquier modo entra en un recinto habitado por otro, violando su intimidad, aunque el titular de la morada hubiere autorizado su presencia en otra parte de ella.”*<sup>158</sup>

Asimismo Estrella y Godoy citado por Donna<sup>159</sup>, comparten el mismo criterio, quienes hacen referencias al recinto o dependencias de la casa de habitación y aunque no resguarden el mismo grado de intimidad, sería débil la protección a la misma, si la entrada autorizada a una habitación de un domicilio habilitara al extraño a introducirse a cualquier habitación. Pues entra en esas dependencias en contra de la voluntad del morador. Así por ejemplo, al jardinero que se le han dado llaves para que guarde sus herramientas adentro del garaje incurre en delito de allanamiento si penetra otras habitaciones y procede a acostarse en alguna cama o utilizar el baño.

Se considera como una acción no tan común del delito sin embargo, puede suceder el caso que estando legítimamente en un ambiente de la casa se entre a otro sin autorización del morador por lo que, sí se considera y concuerda con los autores citados, que de igual forma comete inviolabilidad de morada o delito de allanamiento. Sin embargo Soler destaca que para que se configure el delito en estos casos descritos es necesario que se cometan contra la voluntad expresa del morador, esto es, que el sujeto pasivo lo haya prohibido expresamente. Y con ello también se concuerda, pues es una violación que sucede del interior de la vivienda hacia el interior y porque se encuentra adentro de forma legítima y autorizada.

---

<sup>157</sup> Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal: introducción y parte general*. Argentina. Editorial Abeledo-perrot. 2002. Página 364

<sup>158</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 363.

<sup>159</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 295.

- b) De igual forma se cuestiona o discute, si comete el delito de allanamiento, el sujeto que ingresa legalmente al lugar, pero luego permanece en él contra la voluntad del titular de exclusión o el ocupante. Por ejemplo, el conocido que ingresa con la conformidad del dueño a la morada, pero cuando éste le exige que se marche, se niega a irse, permaneciendo en el lugar.

Para este caso, la doctrina y la ley guatemalteca han dado la respuesta pues se contempla la figura del allanamiento pasivo por lo que sí existe comisión del delito. Por su parte Núñez citado por Donna<sup>160</sup> considera que no viola el domicilio ajeno el que, sin haber entrado ilegalmente, permanece en él contra la voluntad del titular. Agrega el autor que esto rige también para las casas de negocio, pues en estos casos la violación de domicilio consiste en entrar contra la voluntad del titular del negocio y no en encontrarse allí contra esa voluntad. Por lo que dependerá de cada legislación si lo consideran un delito o no y esa circunstancia se analizara en el apartado de derecho comparado. Lo importante ahora, es saber que la legislación guatemalteca a la acción de permanecer en morada ajena habiendo entrado legalmente, la considera como inviolabilidad de morada y por ende lo configura como el delito de allanamiento.

Por lo que el delito de allanamiento puede adoptar una doble forma de comisiva, de acción y de omisión, la primera por el hecho de entrar y la segunda por el hecho de permanecer.

#### **3.3.4 Sujeto pasivo**

A lo largo del presente capítulo se ha mencionado la palabra “morador”, lo que se identifica con el sujeto pasivo del delito. El sujeto pasivo al igual que el activo puede ser cualquier persona. En el allanamiento activo, la voluntad contraria del morador puede ser como se ha mencionado expresa o tácita, es decir, la voluntad de no permitir la entrada a un extraño en la morada. Puede presumirse entonces, que el morador esto es el sujeto pasivo, no dio su consentimiento y que en consecuencia, la entrada tuvo lugar contra su voluntad, pueden establecerse en consecuencia, varios tipos de entrada a morada ajena contra la voluntad del sujeto pasivo siendo tales:

---

<sup>160</sup> Donna, Alberto Edgardo. *Óp. Cit.* Página 296.

- a) La realizada en presencia del sujeto pasivo (el morador), contra su voluntad.
- b) La entrada oculta o clandestina sin contar con la voluntad del morador, en este caso se presume que el sujeto pasivo no ha dado su consentimiento.

El derecho de oponerse a la entrada en la morada según Cuello Calón, citado por De León Velasco y Mata Vela, “*pertenece exclusivamente al morador o a los que puedan representarle en ese derecho, como el cónyuge, sus hijos o sus dependientes como criados, porteros, entre otros*”.<sup>161</sup>

De modo que la persona que habita el lugar con ánimo de permanencia, siempre posee el derecho de exclusión o de impedir la entrada, cualquiera que sea el título por el cual disfruta de la morada: como inquilino, propietario, comodatario y aun contra el propietario del bien.

Al respecto el Código menciona “*contra la voluntad expresa o tácita del morador*” (artículo 206)<sup>162</sup> por lo que debe existir un contraste o conflicto entre la voluntad del sujeto pasivo y el autor del delito. No es suficiente con la simple falta de consentimiento del morador. Esa voluntad contraria del morador debe exteriorizarse, y por eso se dice que dicha manifestación del sujeto pasivo puede ser tácita o expresa. Será expresa cuando el sujeto pasivo claramente exterioriza su oposición al ingreso de la morada y es tácita tal como ya se ha expresado cuando de las circunstancias se deduce la oposición del sujeto pasivo, en estos casos se debe considerar las costumbres del lugar y las relaciones interpersonales. Cabe considerar además, las relaciones de amistad o enemistad entre los sujetos, entre otros.

Según Alberto Trejo<sup>163</sup>; el momento de exteriorización de la voluntad contraria del morador puede ser cualquiera y no debe mediar revocación es por ello, que no es necesario que sea inmediata o simultánea al acceso a la morada. En el caso que entre la entrada y la manifestación de voluntad contraria mediare un periodo considerable de

---

<sup>161</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Óp. Cit.* Página 433.

<sup>162</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>163</sup> Trejo, Alberto y otros. *Óp. Cit.* Página 670.

tiempo, que haga dudar al sujeto activo de la prohibición, deberá atenderse a las relaciones personales entre los sujetos activo y pasivo.

De manera que es importante el elemento de la voluntad para este delito, pues el “contra la voluntad del morador” es parte del tipo, por lo que, si no ocurre así, se excluye la existencia de tipicidad. Como consecuencia, el ingresar o permanecer en morada ajena con el consentimiento del sujeto pasivo es una conducta atípica.

Ahora bien, para el sujeto activo se contempla la posibilidad que sea dos o más inclusive la legislación penal lo contempla como uno de los agravantes de la pena (artículo 207 del Código Penal)<sup>164</sup>. Sin embargo, para el sujeto pasivo tal como se mencionó en otro apartado, cabe la posibilidad de que existan pluralidad de habitantes o bien sujetos pasivos. La doctrina al respecto habla sobre el principio general del que se habló antes, si uno prohíbe la entrada, esa voluntad contraria prevalece sobre el resto. No obstante la doctrina ha considerado dos posibilidades en cuanto al sujeto pasivo se trata y de esta forma lo expone Alberto Trejo<sup>165</sup>:

a) Convivencia total o parcialmente jerarquizada:

En estos casos, la generalidad de la doctrina acepta que el derecho de admisión y el de exclusión corresponden, en principio, al jefe o cabeza del grupo. Los subordinados no tienen derecho de admisión, tan solo de exclusión en los lugares reservados para su uso exclusivo (por ejemplo sus habitaciones). De tal modo que, el que toma la decisión de quien entra o no a la morada será el jefe de familia, y el derecho de exclusión de cualquiera de los convivientes siempre que se refiera a su espacio personal.

b) Convivencia familiar:

En principio, se acepta la titularidad del jefe de familia respecto del derecho de exclusión o de admisión de terceros ajenos a los moradores, aunque debe reconocerse también la facultad delegada derivada de esos derechos para los demás miembros de la familia. De modo que al existir conflicto entre el jefe de familia y algún miembro de familia respecto

---

<sup>164</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>165</sup> Trejo, Miguel Alberto y otros. *Óp. Cit.* Página 673.

al permiso o prohibición del ingreso de un extraño, el problema ha sido resuelto conforme al principio anteriormente mencionado. Adoptado del Derecho Civil: “El que prohíbe es de mejor derecho”. Por otra parte, esta solución es criticada establece Alberto Trejo<sup>166</sup> porque es indiscutible en lo civil mas no lo es en el ámbito penal, específicamente para el delito de allanamiento de morada por la siguiente razón: tanto el padre de familia como el miembro que disiente poseen la calidad de morador, ambos son titulares del bien jurídico de la intimidad y se considera que se lesiona dicho principio cuando se le impide a un miembro de la familia tomar contacto con otra persona por prohibición arbitraria del jefe de familia.

De modo que, la forma razonable de solucionar estos conflictos de voluntades consiste en reconocer que la voluntad permisiva prevalece sólo cuando no se lesione ni ponga en peligro la intimidad a que tiene derecho cada uno de los co-moradores.

Por lo tanto, el sujeto pasivo puede ser cualquiera, el dueño de la morada, el arrendatario, basta cualquier título por precario que sea. Suficiente con ser morador la existencia de la voluntad contraria sea tácita o expresa tal como se ha desarrollado.

### **3.4 Elemento subjetivo del tipo**

Establece Bustos Ramírez<sup>167</sup> que tanto la doctrina como la jurisprudencia, estiman que basta con el dolo. En un principio sería posible la tipicidad culposa, no obstante, ello queda excluido por la propia estructura del delito de allanamiento que al igual que el delito de detenciones ilegales implica el abuso a la libertad ajena, y por eso requiere el conocimiento de que se hace contra la voluntad ajena.

Por lo tanto se establece que se trata de un tipo penal doloso, lo que significa que el autor debe tener conocimiento y voluntad de ingresar a la morada ajena contra la voluntad expresa o tácita del morador. Como en cualquier caso, el dolo debe ser probado durante el proceso penal.

Soler señala, que *“No se necesita un propósito o finalidad específica para cometer el delito. Suficiente con que la acción sea ejecutada con conocimiento de que se penetra*

---

<sup>166</sup> Trejo, Miguel Alberto y otros. *Óp. Cit.* Página 675.

<sup>167</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Óp. Cit.* Página 90.

<sup>167</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 3

*en morada ajena contra la voluntad del titular del derecho de exclusión, esto es el morador. Para el caso de voluntad de exclusión expresa no hay dificultades, en cambio, al hablar de voluntad contraria presunta, la misma debe concebirse sobre la base de la posición del autor del hecho, de manera que el juez debe formular un juicio apreciativo sobre la existencia o inexistencia de buena fe en la creencia del sujeto activo acerca del consentimiento presunto.”*<sup>168</sup>

De tal forma que, basta con el dolo, y en el caso de que el delito de allanamiento se haya cometido contra la voluntad expresa del morador no hay ningún problema, la dificultad de determinar ese dolo es cuando se ha cometido contra la voluntad presunta o tácita por lo que varios autores coinciden al igual que Soler que se trata de un trabajo que realiza el Juez y de determinar la buena fe o no del morador.

Soler<sup>169</sup> sostiene que el tipo penal admite tanto el dolo directo como el eventual. Comete por ello violación de morada el sujeto que duda acerca de la prohibición del ingreso y a pesar de ello decide penetrar en la casa de habitación. Por eso Soler expresa que, el hecho puede cumplirse *sabiendo* que no puede presumirse el consentimiento o al menos dudando de que el ingreso sea consentido.

Pero importante recalcar, que si el sujeto pasivo creyó erróneamente que se le permitió el ingreso a la casa de habitación, la conducta se vuelve atípica. Verbigracia, incurre en error de tipo el que ingresa o penetra a la casa de un amigo o un familiar ignorando que éste se había disgustado y le había prohibido la entrada. De modo que, al no preverse en la ley la forma culposa, tanto el error de tipo vencible como el invencible producen la atipicidad de la conducta.

Según Alberto Trejo y otros<sup>170</sup>, el tipo subjetivo del delito de allanamiento sólo precisa dolo: conocer y querer la realización del tipo objetivo, que consiste en entrar a la morada (allanamiento activo) o permanecer en la misma (allanamiento pasivo), en contra de la voluntad del sujeto pasivo o morador. Por lo que se puede afirmar que no se necesita de ninguna clase de elemento subjetivo especial, porque no los requiere ni expresa ni

---

<sup>168</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 312.

<sup>169</sup> Soler, Sebastián, *Óp. Cit.* Página 99.

<sup>170</sup> Trejo Alberto y otros. *Óp. Cit.* Página 673.

tácitamente el tipo legal. Por lo tanto, el dolo existe cuando la acción se realiza con conocimiento de lo ajeno de la morada y aun así se penetra en la misma o bien permanece en la casa de habitación que se sabe es ajena. Y tal como ya se ha afirmado por la doctrina y autores citados previamente, no existe la comisión culposa, porque no está previsto en el tipo legal; en consecuencia la conducta en los casos de error será siempre atípica.

### **3.5 Disposiciones especiales**

#### **3.5.1 Momento de consumación**

El delito se consuma apenas el sujeto se ha introducido en la morada o deja transcurrir tiempo suficiente para abandonarla, desobedeciendo la orden de salida. Dada la estructura típica, basta con entrar o permanecer. En la práctica es difícil considerar los grados de desarrollo, pero sí sería posible concebir la tentativa, y el delito imposible en el caso de entrar. Dadas las características del bien jurídico, puede ser un delito permanente, esto es, prolongarse en el tiempo la violación de la intimidad, en la medida en que se prolonga la estancia en la morada.

De acuerdo con Donna<sup>171</sup>, el delito se consuma en el mismo momento en que el sujeto activo “ingresa” en el domicilio; de allí que estamos en presencia de un delito instantáneo. Es necesario que ingrese toda la persona del autor, siendo insuficiente con el hecho de penetrar una parte de su cuerpo como un pie o una cabeza.

Aunque de acuerdo con el autor citado sí admite tentativa cuando el autor comienza a ejecutar ciertos actos tendientes a ingresar al domicilio, pero no lo logra por causas ajenas a su voluntad.

Sin embargo, tal como se ha hablado a lo largo del presente capítulo, al poder distinguir allanamiento activo y allanamiento pasivo, se considera que la consumación debe atender a esta clasificación. El allanamiento de morada activo se consuma según Alberto Trejo<sup>172</sup> cuando el sujeto activo se ha introducido (con todo su cuerpo, no partes de él), contra la voluntad del morador, en la morada de éste. En el allanamiento pasivo, se

---

<sup>171</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 314.

<sup>172</sup> Trejo Alberto y otros. *Óp. Cit.* Página 678.

consume cuando se permanece o mantiene, contra la voluntad del morador, en la morada de éste por un lapso mayor del necesario desobedeciendo la orden de salida hecha por el morador.

## **Capítulo 4 Delito de Sustracción de menores (propia e impropia), Sustracción agravada, Inducción al abandono del hogar y Entrega indebida de un menor**

### **4.1 Delito de Sustracción de menores (propia e impropia)**

#### **4.1.1 Antecedentes históricos**

En el Fuero Juzgo se castigó el hecho de sustraer los hijos de los hombres libres de casa de sus padres, la pena consistió en que el culpable quedaba como siervo del hijo robado o pagaba una pena pecuniaria asimismo si el culpable además de sustraer al hijo de un hombre robaba siervos, la pena consistía en trabajo perpetuo.

De acuerdo con José Apolonio Melgar Castillo<sup>173</sup>; el Código penal español de 1822 reguló el rapto de niños previo a la pubertad y el código de 1848 definió este delito como sustracción de un menor de siete años trasladando esta figura ya tipificada al código de 1870 y de este a los de 1932 y 1944. De igual forma el código penal guatemalteco de 1936 decreto 2164 contemplo la sustracción de menores así como el abandono de niños. En cuanto a la sustracción de menores, fue regulada tal como la actual legislación la contempla: propia e impropia. Se establecía que la sustracción de un menor de siete años se castigaba con la pena de diez años de prisión y la misma pena se aplicaba para la persona que se encontraba a cargo de un menor y no lo presentara a sus padres o guardador, ni diera explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición (la cual es calificado como impropia por el actual código penal). El modo de regular la sustracción propia no vario mucho ya que el actual código penal contempla en el artículo 209 la sustracción de un menor de doce años de edad o un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargado del mismo así como de quien lo tuviere en contra de la

---

<sup>173</sup> Melgar Carrillo, José Apolonio. Estudio Jurídico-Doctrinario de la Institución Jurídica de Asistencia Social “La Adopción”, En El Caso De Los Menores De Edad, Y Su Actual Transformación En Un Medio De Enriquecimiento. Guatemala. 2008. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 76.

voluntad de estos. En cuanto a la sustracción impropia la ley refiere a una omisión pues consiste en la no presentación.

Donna Alberto<sup>174</sup> afirma que este tipo de figura se vinculaba con antiguos modos de delincuencia, el robo de niños como comúnmente se le denominaba en la antigüedad, cuya gravedad determinaba una represión particularmente severa pues era castigado el culpable con la muerte. Por su parte el código penal español contemplo en el artículo 408 la figura de “sustracción de menores” dentro de los delitos contra la libertad. El código de 1995 no hace una tipificación autónoma, analizándose el delito dentro de las detenciones ilegales o secuestros de los artículos 165 y 166 del código penal español vigente.

Cabe mencionar que esta figura era considerada una gravísima infracción en el derecho antiguo español y germano.

#### **4.1.2 Concepto**

##### **a) Doctrinario**

De acuerdo con Bustos Ramírez, se trata de “*Un delito contra la familia, en el cual lo afectado son los derechos y deberes inherentes a la patria potestad*”.<sup>175</sup>

Núñez citado por Donna Alberto lo define como “*Consiste en la interferencia del autor, interruptora (mediante el apartamiento del menor de su sede) de la tenencia del titular de ella, o impeditiva de su reanudación.*”<sup>176</sup>

De acuerdo con Moras Mom es “*hacer salir al menor de la órbita o esfera de poder de los encargados legítimamente de su custodia formativa.*”<sup>177</sup>

Derivado de los conceptos anteriores, se puede concluir que es un delito de los que atenta contra la familia pero también contra la libertad del menor de edad, además que la acción típica de sustraer implica despojar al menor de los padres o legítimos guardadores. De modo que es apartar al menor de la esfera de custodia en que el menor se encuentra, confiada por la ley a los padres, tutores o a otros encargados aunque solo lo sean temporalmente, como maestros, niñeras, guardadores. De modo que no bastaría la

---

<sup>174</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 215-216.

<sup>175</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Óp. Cit.* Página 108.

<sup>176</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 218

<sup>177</sup> Mom, Moras Jorge R y Laura T.A Damianovich. *Óp. Cit.* Pág.184.

sustracción de los padres como comúnmente se podría pensar. Sin embargo se desarrolla a continuación lo que la legislación considera como sustracción de menores.

## **b) Legal**

Para poder dar un concepto legal respecto a este delito es necesario explicar que existen tres modalidades de acuerdo al código penal. Se contempla la sustracción propia, la impropia y la agravada. En este apartado se desarrollara únicamente las primeras dos reservando la sustracción agravada para otro capítulo.

De acuerdo con el artículo 209 del código penal la sustracción propia es : *“Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de estos, será sancionado con prisión de uno a tres años. La misma pena se aplicara si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte. La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento.”*<sup>178</sup>

La sustracción propia consiste básicamente en sustraer esto es alejar al menor de doce años de sus padres pero la normativa concibe que también puede tratarse de una persona incapaz, entiéndase declarada en estado de interdicción mediante sentencia.

En cuanto a la sustracción impropia el artículo 210 del mismo cuerpo legal establece: *“ Quien hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años”*.<sup>179</sup> Para el caso de sustracción impropia es diferente, puesto que el sujeto activo se encuentra en custodia del menor en manera temporal y sin embargo llegado el momento de devolver al mismo no lo entrega a sus padres, ni guardadores y agregado a ello no ofrece una explicación que sea satisfactoria respecto a su desaparición. Se puede asumir que el legislador por satisfactoria entiende que sea suficiente, razonable y lógica.

---

<sup>178</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código penal. decreto 17-73.

<sup>179</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código penal. decreto 17-73.

Ello va de la mano con lo que al respecto establece el artículo 261 del Código Civil, el cual dice: “ *Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación.// Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el artículo 166// En todo caso el que por vías de hecho sustrajere al hijo del poder de la persona que legalmente lo tenga a su cargo, será responsable conforme a la ley; y la autoridad deberá prestar auxilio para la devolución del hijo, a fin de reintegrar en la patria potestad al que ejerza especialmente*”.<sup>180</sup>

De esta última disposición, se entiende que los menores están en poder de la madre si los padres no estuvieren casados o unidos de hecho; por lo que corresponde la patria potestad a ambos padres si estos estuvieren casados. Y establece el Código Civil que comete el delito de sustracción, aquella persona que extrae al menor de edad de sus padres o de quienes ejercen la patria potestad sobre el mismo.

Es el hecho de no presentar a un menor que ha sido confiado, ni de dar explicación satisfactoria respecto a donde se encuentra el mismo por lo que se puede afirmar que existen dos elementos y la ley no indica la edad únicamente menciona un menor de edad por lo que se entiende que se trata de un menor de dieciocho años.

#### **4.1.3 Elementos del tipo objetivo**

##### **a) Bien jurídico tutelado:**

La legislación penal guatemalteca ubica este delito al igual que la sustracción agravada dentro del Título de delitos contra la libertad y seguridad de la persona lo que hace suponer que el bien jurídico que tutela es precisamente la libertad y la seguridad de los menores de edad. Aunque Creus<sup>181</sup> indica que el ataque no está dirigido directamente contra la libertad individual del menor, sino contra la tenencia de él por parte de quienes ejercen legítimamente la patria potestad (padres, tutores, guardadores, entre otros). Es por ello, que se dice que en realidad se trata de ofensas contra la familia del menor. Sin embargo, el Código Penal, lo regula como ataques contra la libertad, por lo que la ley lo

---

<sup>180</sup> Figueroa Sarti, Raúl. *Óp. cit.* Página 179.

<sup>181</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 340.

que toma en consideración es el libre ejercicio de las potestades que surgen de las relaciones de familia, que ciertos sujetos ya sea en forma originaria o por delegación, tienen sobre la persona del menor.

Otra parte de la doctrina, intenta justificar la ubicación de estos delitos, en el apartado de libertad y seguridad, al sostener que lo que sucede de conformidad con Soler es que el menor “*Se encuentra en una situación de dependencia... de otra voluntad*” y de esa forma lo afirma Soler, por lo que se intenta proteger que el menor no salga de la esfera de quienes legalmente deben cuidar y velar por su seguridad.<sup>182</sup>

De acuerdo con Donna, “*El bien jurídico, es el derecho básico a tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y a estar junto a ellos*”<sup>183</sup>. Desde esta perspectiva, el bien jurídico en estos tipos penales pasa por esta idea, y es desde esta idea que debe entenderse.

Este doctrinario, considera el bien jurídico protegido para la sustracción de menores, el derecho de tener una familia, de estar bajo el cuidado de sus padres y no de extraños. Más que hablar de libertad individual atiende más al punto de vista de otros autores, que establecen que el bien jurídico debe ser el orden familiar.

De acuerdo con Rodríguez Ramos, Cobo, Diego Díaz-Santos, citados por Bustos Ramírez<sup>184</sup>, se trata de un delito contra la familia, en el cual, lo afectado son los derechos y deberes inherentes a la patria potestad. Sin embargo el citado autor, hace énfasis en que lo que se afecta con este tipo de delitos, es la seguridad como presupuesto de la libertad en general (como en el abandono de familia y de niños) pero, además, la seguridad, como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor. (Criterios semejantes Muñoz Conde y Quintano Ripollés).

Moras Mom<sup>185</sup>, refiere que dentro de la familia, se han podido caracterizar un cumulo de obligaciones impuestas a ambos progenitores respecto de sus hijos. Obligaciones que

---

<sup>182</sup> Soler, Sebastián. *Óp. Cit.* Página 300

<sup>183</sup> Donna Albertdo, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 215.

<sup>184</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Óp. Cit.* Página 108.

<sup>185</sup> Moras, Mom Jorge y Laura T. A Damianovich. *Óp. Cit.* Página 166.

hacen referencia a la tenencia, guarda, alimentación, salud, educación. Todo ello supone ineludible actividad que se centra todo en la protección del menor. No obstante, las conductas de *sustracción, ocultación, retención* no afectan a la familia en su calidad de instituto básico, ni en su trascendencia social, como tampoco se está destruyendo las relaciones de familia. Se está sí, entorpeciendo el ejercicio de la patria potestad, desempeñar el papel de educación, protección, alimentación, guarda y custodia. Porque se está negando la libre integración “padres-hijos” y la ofensa va directamente contra la libertad de ejercer la patria potestad. Como consiguiente, este autor, no comparte la opinión de los autores que postulan y afirman que la sustracción de menores atenta contra el orden familiar, y por ello no concuerda con la ubicación del delito dentro de la categoría de libertad y seguridad de la persona.

Por lo que se concuerda con este último criterio y el de Ripollés, pues se trata de un delito que se encuentra ubicado en el Código Penal dentro del grupo de delitos contra la libertad y seguridad de la persona de ahí que se diga que se trata de proteger una seguridad como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor, de poder estar con su familia, con sus padres o quienes ejercen la patria potestad, pero también seguridad para los padres de que pueden cuidar de su hijo menor de edad con total libertad sin injerencia de terceros que pudieren sustraerlo, o de personas que encargándoles el cuidado temporal luego no lo entreguen, de tal forma que se considera que el bien jurídico tutelado para el delito de sustracción propia e impropia, es la seguridad del menor de poder estar libremente con sus padres pero también implica proteger la libertad de ejercer la patria potestad sobre el menor de aquellos a quienes corresponda legalmente sin que terceros puedan sustraer, retener al menor de sus padres o guardadores, o tutores.

#### **b) Sujeto activo:**

En cuanto a la sustracción propia, el precepto 209 del Código Penal, establece al igual que los delitos antes desarrollados, un sujeto activo indeterminado “*Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz...*”<sup>186</sup> por lo que puede ser cualquier persona pero desde luego, la disposición no incluye a los progenitores, o legítimos tutores

---

<sup>186</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

o guardadores pues lo debe cometer un tercero quien no tiene la patria potestad del menor, y aun así lo extrae del cuidado de los padres o tutores.

Conforme a Moras Mom y Laura Damianovich<sup>187</sup>; sostienen que se ha presentado un conflicto doctrinario, extendiéndose inclusive a la jurisprudencia, pues varía la opinión, considerando algunos autores como posible sujeto activo, uno de los progenitores que sustrajere al hijo de ambos del poder del que, contra su voluntad, lo hubiere conservado consigo. Afirmando otros autores, que ello sería inadmisibles. Recordando que depende ello también, del bien jurídico que la doctrina considere pues como se ha explicado en el apartado anterior, algunos consideran que el bien jurídico es el orden familiar y otros la seguridad y libertad. En efecto, las legislaciones penales alemana e italiana, dan pie sobre la base de que lo que protegen son las relaciones de familia, de tal forma que para ellos, el sujeto activo puede serlo también el padre que lo sustrae del otro progenitor, que en la separación o divorcio lo ha conservado. Por el contrario, una tendencia minoritaria en Italia, sostiene que ello no es admisible, y que los padres deben ser excluidos por cuanto, la ley de haber sido esa la voluntad del delito, hubiese incluido a los progenitores como sujeto activo del delito.

De acuerdo con Creus<sup>188</sup>, el autor puede ser cualquier persona compartiendo el mismo criterio que Donna. Quien, afirma que el problema estriba en determinar si los propios padres pueden ser autores del delito. Creus afirma que *“esta posición se basa en la idea que el delito es una ofensa contra los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela o guarda.”* Pero agrega, que la conducta del padre que así actúa vulnera la libertad de ejercicio de esos derechos, con lo cual la doctrina no es coherente en ese sentido.

Núñez por su parte, afirma que *“Es posible que el otro padre sea el autor del hecho, ya que la posición de que los padres sean autores del delito se basa en un derecho francés y no en la legislación nacional.”*<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> Moras, Mom Jorge y Laura T. A Damianovich. *Óp. Cit.* Página 177.

<sup>188</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 343

<sup>189</sup> Núñez C, Ricardo. *Óp. Cit.* Página 63.

Por el contrario, Soler niega totalmente la posibilidad de que alguno de los progenitores pueda ser autor del delito de sustracción, al sostener que “*No es posible adecuar la conducta del padre que sustrae a su hijo del progenitor que lo tenía legalmente, y que lo retiene para sí, salvo que lo haya hecho desaparecer.*”<sup>190</sup>

Ello quiere decir, que en la doctrina se ha presentado el problema sobre si incluir como sujeto activo para el delito de sustracción propia o impropia a los progenitores, y se considera que independientemente de lo que para el efecto regulen otras legislaciones, para el caso de Guatemala, no pueden ser los progenitores sujeto activo del delito. En función, que los padres en tanto conserven su patria potestad intacta, no pueden ser aprehendidos por esta norma penal, aun cuando por la fuerza le sacaran de su poder al hijo al otro progenitor.

Para el caso de la sustracción impropia, tal como lo estipula el Código Penal<sup>191</sup>, lo comete quien se halle encargado de la persona de un menor, y no lo presenta a sus padres o guardadores. Por lo que para este delito se considera que, al igual que la sustracción propia, puede ser autor cualquier persona y aquí si se considera que está más claro que el autor no puede ser el padre o progenitor del menor, o es poco factible porque la disposición afirma que el delito se consuma cuando el que lo tuviere bajo su cuidado en manera temporal o breve (se presume que así es), no lo entrega luego a sus padres. Aunque de igual forma la doctrina establece que puede ser progenitores y otros autores lo consideran inadmisibles.

Al final se puede establecer que para el caso de Guatemala, son autores del delito de sustracción propia e impropia, cualquier persona no incluyéndose como tales a los progenitores por los motivos ya expuestos y porque se considera que el espíritu de la norma y atendiendo al bien jurídico, es la de proteger, resguardar el libre ejercicio de la patria potestad de los padres, tutores, guardadores o quienes legítimamente tengan a su cargo la guarda y custodia de los menores.

---

<sup>190</sup> Soler, Sebastián. *Óp. Cit.* Página 69. En el mismo sentido se pronuncia Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, Argentina. Abeledo – Perrot. 2008. Decimoséptima edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma Página 363.

<sup>191</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73

Aunque se debe tener presente lo que para el efecto establece el artículo 261 del código civil que en su momento fue analizado, pues esta disposición si deja abierta la posibilidad que el padre que no tiene la patria potestad legalmente en algún momento pueda sustraer al menor de edad.

Pues se puede haber seguido previamente un juicio oral de suspensión o pérdida de la patria potestad y de haber sentencia estimatoria, el padre que no tiene la patria potestad del menor en algún momento puede ser sujeto activo en caso de llevar a cabo la sustracción. Es por ello, que en algunas legislaciones se le denomina secuestro parental y es figura espejo del secuestro pero cuando es cometido por los progenitores en contra de sus hijos aunque a tal punto la legislación guatemalteca no concuerda con ello.

Al respecto se estima conveniente citar algunos expedientes de la Corte de Constitucionalidad en donde se ventila la apelación de amparo en donde se ha contemplado como sujetos activos a los propios padres e inclusive a abuelos. Tales como los expedientes 1555-2008, 356-2009; en especial el expediente 3572-2013.<sup>192</sup>

Este último hace referencia a un caso de sustracción internacional en donde el menor fue trasladado de su residencia en Suiza hacia Guatemala por su padre y la madre solicita ahora su restitución a Suiza nuevamente pero para el presente caso se cuestiona un poco la configuración del delito puesto que la madre autorizo expresamente la salida del menor con su padre bajo la condición que debía volver luego de tres meses además que el padre si tenía la guarda y custodia provisional. Es por ello que fue objeto de discusión el retorno o restitución del menor mas no se certificó a lo penal al padre toda vez que el menor no fue sustraído de la esfera de custodia simplemente se trasladó a la esfera de cuidado del padre y aplico para el efecto el Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

### **c) Acción típica esperada:**

Las acciones típicas para el delito de sustracción de menores son la de *sustraer* al menor y la de *retener* u *ocultar* a un menor que en primer lugar ya fue sustraído. Es decir primero

---

<sup>192</sup> Corte de Constitucionalidad, Gaceta y jurisprudencia. Apelación de Amparo en materia de sustracción de menores. Disponibilidad y acceso: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>. Consultada el 15 de abril del 2016.

será la de sustraer y luego necesariamente será la de retener. De acuerdo con la Real Academia Española *sustraer* se refiere a apartar, separar, extraer. Y la palabra *retener* se refiere a impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca.<sup>193</sup>

Por lo tanto, de ambos conceptos se entiende que para el delito de sustracción de menores es necesario que exista la acción de separar o apartar de sus padres o tutores a un menor y además de ello implica que el autor del delito impida que el menor se encuentre nuevamente con sus padres o tutores por el contrario lo esconde y coarta completamente su libertad.

De manera que la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas. En la sustracción el agente o autor del delito se apodera de la persona del menor, y despoja al mismo de quien o quienes lo tenían legítimamente, apartándolo completamente del o de los lugares donde permanecía.

Para Creus<sup>194</sup>, las acciones típicas son tres: la de sustraer al menor y retener u ocultar a un menor que ya ha sido sustraído. Para la sustracción propia, se trata entonces de sustraer y retener y para la impropia se trata de ocultar pues no lo presenta a sus padres o guardadores. El autor continúa afirmando que se trata de acciones totalmente distintas y autónomas entre sí. La retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído previamente para que tales conductas resulten típicas. En la sustracción el agente se apodera del menor, despojándolo de quien lo tenía legítimamente en su poder, apartándolo del lugar donde ejercía su tenencia pero además lo retiene esto es, el que guarda al menor ya sustraído (Sustracción propia). Y lo oculta el que lo esconde, impidiendo el conocimiento de su ubicación por parte del legítimo tenedor (sustracción impropia); en este último caso no se trata simplemente de impedir el restablecimiento del vínculo de tenencia, sino de impedirlo por el particular medio de ocultar al menor. Pero

---

<sup>193</sup> Sustraer. Real Academia Española. Disponibilidad y acceso: <http://www.rae.es/>. Consultada el 7 de marzo del 2016.

<sup>194</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 342.

importante destacar que, ambas acciones tienen que referirse a la persona de un menor sustraído por la actividad de un tercero.

La acción de sustraer es primordial y tal como refiere Soler, “Substraer, en este artículo, quiere significar *“la acción de apartar al menor de la esfera de custodia en que el menor se encuentra, confiada por la ley a los padres, tutores, o a otros encargados, aunque éstos lo sean temporalmente”* (maestros, guardadores, niñeras).<sup>195</sup>

Por lo que este autor, confirma lo ya establecido, aun cuando el menor estuviere bajo el cuidado de alguien que no fuere su progenitor. Moras Mom, divide la sustracción en dos grupos: *“a) sustracción de la sede mediante apartamiento del menor de la misma; b) apoderamiento de éste fuera de aquella. Y como consecuencia distingue el despojo: a) en el primer supuesto el agente interrumpe la tenencia del titular de ella; b) en el segundo produce un impedimento de su reanudación.”*<sup>196</sup>

Se considera que el autor se refiere a la acción de la sustracción propia (artículo 209 del Código Penal) pues habla de sustraer y retener más no de ocultar o no presentar. De tal forma, que doctrinariamente se puede distinguir a la sustracción como aquella que sucede apartando al menor de su hogar o donde se encuentre con sus padres, o bien la que sucede fuera del lugar de tenencia; pero en este último caso se impide que se reanude su tenencia.

Para Moras Mom<sup>197</sup> es posible independizar las acciones de *retener* y *ocultar* sin previo desapoderamiento. Esto es, sin que hubiere existido sustracción, más ello no aplica para la legislación penal vigente de Guatemala pues la doctrina coincide en su mayoría que no es posible que cuando se habla de *sustraer*, *retener* u *ocultar* se esté en presencia de tres acciones diferentes, sino que la retención o el ocultamiento del menor deben referirse a un niño previamente sustraído.

Para Moreno<sup>198</sup>, las conductas penadas en la sustracción propia, son dos:

---

<sup>195</sup> Soler, Sebastián. *Óp. Cit.* Página 65.

<sup>196</sup> Moras, Mom. *Óp. Cit.* Página 184

<sup>197</sup> *Loc. Cit.*

<sup>198</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 216

- a) Sustracción de un menor;
- b) Retención del mismo.

Por lo que lo afirmado por Creus acerca de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, ha quedado superado, pues la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas. Como consiguiente, la esencia del delito está en la sustracción del menor, y no en las otras dos conductas que requieren, como presupuesto, que se haya dado ésta.

De acuerdo con Donna Alberto: *“Para que el delito concurra se requiere que el hecho se produzca mediante sustracción, que la persona sustraída sea un menor de doce años y que además la sustracción se produzca del poder de las personas encargadas del cuidado del niño (entiéndase, padres, tutores, guardadores), es decir que no exista consentimiento por parte de estas últimas”*<sup>199</sup>. Lo que lleva a Núñez a afirmar que se trata del robo de un niño en palabras más sencillas.

Al hablarse de una especie de robo de niños como lo establece Núñez citado por Donna<sup>200</sup>, la esencia del delito, es la del despojo que consiste en la interferencia del autor, de forma interruptora o impeditiva de reanudar el apoderamiento del menor por parte de sus padres.

Los medios utilizados por el autor del delito son indiferentes, puede ser con violencia o sin violencia y con o sin la voluntad del menor siendo ello indiferente. El Código Penal, menciona que debe ser menor de doce años (artículo 209) y esta edad como se analizara más adelante difiere de una legislación a otra pero las diferentes edades de los distintos códigos no influyen en el concepto del delito lo que importa es que el menor en cuestión no tiene capacidad para consentir. Por ello se explicaba antes, que si de analizar el consentimiento se trata, debiera ser el consentimiento de los padres pero no del niño menor de doce años de edad. No reviste mayor importancia que la sustracción de menor haya sido del hogar familiar, del instituto educativo o de la vía pública; cualquier medio utilizado para la comisión es admisible incluyendo violencia o engaño.

---

<sup>199</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 217.

<sup>200</sup> *Loc. Cit.*

La idea del legislador es que la persona menor de edad no puede ser considerada como propiedad de sus padres, guardadores, pero que debe ser cuidado por estos. Y es por ello que el Código Penal habla de sustracción y no de detención ilegal.

La acción de sustraer implica apoderarse para sí o para un tercero del menor o apartarlo o sacar al niño de la esfera de custodia a la que se encuentra sometido. Oderigo citado por Donna<sup>201</sup>, había planteado que el sustraer implica el traslado del menor a un sitio distinto de aquel en que el menor se encuentra bajo el amparo de las personas a que hace referencia la figura analizada.

En cuanto a la sustracción impropia (artículo 210 del Código Penal)<sup>202</sup>, parte del supuesto de una previa entrega en guarda del menor a un sujeto que, luego y ante requerimiento del que produjo aquella, no lo restituye. No se trata entonces, de una sustracción, sino de una no devolución. Esta figura se centra en dos conductas: a) no presentar; b) no dar razón satisfactoria de su desaparición. En ambos supuestos la referencia es a la persona menor de edad.

De acuerdo con Muñoz Conde<sup>203</sup>; supone que el sujeto activo tiene derecho a la custodia del menor o incapaz; de lo contrario, el delito que cometería sería un delito de detenciones ilegales. Es por ello que, el artículo 210, lo que castiga es la no presentación cuando exista obligación de presentar al menor o incapaz, pero no de entregarlo a la persona que requiere la presentación. Lo que el precepto sanciona es, pues, una ocultación, por eso el delito puede cometerse respecto a aquellos menores o incapaces que no puedan decidir por sí mismos, pues de lo contrario, habría también un delito de detenciones ilegales.

Por el contrario para el caso de separación, según Muñoz Conde<sup>204</sup> considera que para el caso en los que el cónyuge tiene la custodia del menor o incapaz y no permite el derecho de visita al otro cónyuge, esta conducta no constituye delito de sustracción

---

<sup>201</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 217

<sup>202</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>203</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Óp. Cit.* Página 309.

<sup>204</sup> *Ibíd.* Página 310

impropia, sin perjuicio de que pueda ser acusado de desobediencia a la decisión judicial en la cual se acordó tal derecho.

Por lo que, este autor junto a los ya citados acuerda que los progenitores no serán autores del delito y su actuar jamás encuadra para en los supuestos para cometerlo. Pero en cuanto a la conducta de la sustracción impropia, cabe explicar, que el término *presentar* o *presentación* al que hace alusión la normativa, no puede ser entendido solamente como *observar* o *ver* al menor tiene que implicar retornar al menor a la esfera de guarda de los padres, esto es, devolver al menor que fue previamente entregado. El padre lo que busca es que se le entregue su hijo, poder tenerlo bajo su guarda y custodia y no simplemente mirarlo.

De tal forma, que Moras Mom establece que *“Reducir el vocablo presentar a solamente exhibir; es minimizar la figura legal a una simple demostración del menor, el cual se puede ver sí, pero a distancia, a lo lejos. Y la figura legal no tendría sentido; no puede interpretarse el termino presentar solamente como exhibir al menor para luego quedárselo implica una devolución de lo ya entregado.”*<sup>205</sup>

Moreno por su parte establece que la retención de un menor supone que *“el agente no ha sustraído al menor, pero que habiendo llegado éste a su poder, lo retiene en vez de entregarlo a las personas que lo tenían a su cuidado o de dejarlo para que vuelva a donde aquellas estuvieren siempre que fuese posible.”*<sup>206</sup>

Ello quiere decir, que para la sustracción impropia realmente no ha existido una sustracción como tal, sino el menor fue voluntariamente entregado pero se ha negado a devolverlo, se trata de ocultar o esconde al mismo de aquel que tiene legítimamente la tenencia.

La diferencia entre el artículo 209 y 210 del Código Penal<sup>207</sup> (Sustracción propia e impropia) estriba en que en el caso de la primera, el menor es extraído, expulsado de la esfera donde se encontraba, despojado de la tenencia de sus legítimos guardadores o

---

<sup>205</sup> Moras, Mom. *Óp. Cit.* Página 194

<sup>206</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 217

<sup>207</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73

padres. Que puede ser con violencia o sin la misma, con consentimiento del menor o sin el mismo. La acción implica entonces sustraer al menor de doce años de su casa, de su centro educativo o de donde se encuentre de ahí que Núñez afirme que se trata de un robo de niños.

En tanto que la sustracción impropia, implica que el sujeto activo se encuentra con la tenencia del menor de edad, la ley no establece una edad, y al momento de que es requerido para presentarlo a sus padres o guardadores, éste no lo hace, y no da una razón satisfactoria de la desaparición del menor. Se entiende que la presentación del menor, implica más que solo exhibir al menor, supone la entrega del mismo. Por lo que el menor fue entregado al sujeto activo pero el delito se activa al momento de negarse éste a devolver al menor.

#### **4.1.4 Elemento subjetivo del tipo:**

Es necesario el dolo el cual requiere la intención de apropiarse del menor, no obstante Creus<sup>208</sup> considera que basta con que se quiera desapoderar al legítimo tenedor, pero si la sustracción se utiliza para cometer otro delito, la figura del artículo 209 por ejemplo quedaría desplazada, como ocurriría en los casos de secuestro o rapto.

Sostenido por Bustos Ramírez<sup>209</sup>; la estructura de sustraer, implica un comportamiento intencional. La edad es solo una delimitación típica con las detenciones ilegales, de tal forma que si es mayor de doce años, el dolo cubre la detención ilegal, es un error irrelevante. El problema surge a la inversa, si se cree que es mayor de doce años pero tiene menos, con ello resultaría favorecido el autor del delito pues habrá que aplicar la sustracción de menor, aun cuando se diese alguna de las circunstancias de la detención ilegal.

De acuerdo de Donna<sup>210</sup>, sin lugar a duda, es un delito doloso que consiste en sustraer con la intención de quitar la tenencia del menor, por lo que si el autor tiene otras intenciones, el tipo penal se desplaza según sea la intención. Tal sería el caso de la

---

<sup>208</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 344.

<sup>209</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Óp. Cit.* Página 109.

<sup>210</sup> Alberto Donna, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 219.

extorsión, miras deshonestas entre otros. De igual forma se expresó Creus<sup>211</sup>, pues como se mencionó anteriormente, la figura de la sustracción podría quedar desplazada por la comisión de otro delito posterior. Por consiguiente, solo se admite, de acuerdo a la doctrina, el dolo directo.

Caso contrario Aboso afirma que “...Admite el dolo eventual. El autor debe conocer y querer sustraer a un menor de diez años de la tenencia o guarda de sus progenitores, tutores o guardadores”.<sup>212</sup>

Por su parte el maestro Núñez considera que “el dolo directo es requisito sólo si el hecho se comete por sustracción, pero el autor de éste delito en la modalidad retención u ocultamiento debe...obrar con la conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Pero aquí vale incluso el dolo eventual”.<sup>213</sup>

En este último agregado Núñez se refiere a la sustracción impropia esto quiere decir que para este doctrinario solamente hay dolo directo para el caso de la sustracción propia (artículo 209 del Código Penal).

Y en el mismo sentido se expresa Creus: “...cuando el delito está constituido por las acciones de retener u ocultar al menor sustraído por otro, el agente tiene que conocer esta circunstancia; en éste caso la duda equivale al saber...”. Admite un dolo eventual para el caso de sustracción impropia, esto es que la motivación del agente no necesariamente es causar daño.<sup>214</sup>

Pero tanto para Núñez como para Creus, el dolo directo se da únicamente en la acción típica de sustraer, pero en el caso de retener y ocultar al menor cabe entonces un dolo que sea eventual el que recaerá sobre el conocimiento de la sustracción delictiva previa del menor en cuestión. No obstante, el jurista Pérez Lance, no está de acuerdo respecto a otorgar un dolo eventual a la figura de sustracción pues ello afectaría la

---

<sup>211</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 346.

<sup>212</sup> Recalde, Javier y María M. Biglieri. Código Penal Comentado de acceso libre. Argentina. Asociación Pensamiento Penal. página 13. Disponibilidad y acceso: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37760.pdf>. Consultada el 6 de abril del 2016.

<sup>213</sup> Núñez, Ricardo C. *óp. Cit.* Página 60

<sup>214</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 320.

constitucionalidad al permitir la duda en el autor quien no podría admitir desconocer la sustracción previa del menor, quien debió sospechar su origen.

Continuando con el análisis Buompadre<sup>215</sup> afirma que el autor debe perseguir con la apropiación el ejercicio de actos de poder sobre la persona del menor, sea para tenerlo para sí, entregárselo a un tercero. Otros autores consideran que sólo requiere la intención de despojar al sujeto pasivo de la tenencia y poder que tenía sobre el menor, no parece necesaria la intención de apropiarse del menor, ya que el delito se consuma aun cuando el autor de la sustracción, luego de lograda ésta, se desapodere del menor o lo entregue a otro, temporaria o definitivamente, para su retención u ocultamiento. Opinión que comparte Creus y Pérez Lance.

Por lo tanto, derivado de lo expuesto se puede afirmar que para las acciones de retener y ocultar al menor el tipo subjetivo se complementa con el conocimiento de que el menor fue previamente sustraído. Esto para el caso de Guatemala, sucedería por ejemplo en la sustracción propia donde una persona se encarga de sustraer al menor para entregárselo a un tercero quien lo retiene u oculta pero que debe tener conocimiento de la acción delictuosa previa de la sustracción esto es, no podría alegar desconocimiento ello es la opinión que merece para el caso de la legislación penal guatemalteca no obstante que la doctrina se fracciona en dos opiniones ; por un lado los que consideran que se admite un dolo eventual para tal circunstancia y por otro , los que al igual que la opinión expresada, no cabe duda o ignorancia de la procedencia del menor.

Y siendo que, tanto la sustracción propia como la impropia, no exigen móviles, ellos resultan irrelevantes no importa la finalidad lo que importa es la intención de despojar al menor de sus padres o guardadores sin necesidad de indagar en la finalidad. Pero tal como ya se ha hablado, la figura puede quedar desplazada si se comete sustracción para cometer otro delito por ejemplo, se sustrae al menor de doce años para atentar contra su integridad sexual , en este caso el autor del delito deberá atenerse a la pena que se establece para tal delito.

---

<sup>215</sup> Recalde, Javier y María M. Biglieri. *Óp. Cit.* Página 14.

Según Estrella y Godoy Lemos, citando entre otros a González Roura y Díaz, sostienen la postura que *“cuando el móvil es justo y honorable como el de extraer al menor de malos tratamientos, a fin de evitar un mal inminente y grave, ello quita el dolo y el carácter delictuoso.”*<sup>216</sup> Pero estos doctrinarios confunden la atipicidad como causas de justificación por lo que no se está de acuerdo con lo que establecen, además que estos autores citados pertenecen a la escuela antigua en donde no aceptan que los fines del autor cambien el tipo penal.

#### **4.1.5 Disposiciones especiales**

##### **a) Momento de consumación**

Este delito doloso se materializa con las acciones de sustraer, retener y ocultar al menor de doce años en donde para la sustracción propia implica sustraer y retener y para la impropia se refiere a ocultar o no presentar al menor. Por consiguiente, el mismo se consuma cuando se da la sustracción y retención y en su caso la ocultación o no presentación del menor con el objetivo de apropiarse del menor despojándolo de quien ejerce la patria potestad sobre el mismo. Esto es, para la sustracción propia se considera se consuma en el momento en que el sujeto activo lo despoja de quienes legítimamente lo tenían; y además lo retiene contra la voluntad de estos. En tanto que, para la sustracción impropia se consuma al momento de negarse a presentar al menor al ser requerido y además no da razón de su paradero.

De acuerdo con Núñez, *“La consumación de la sustracción inicia con el desapoderamiento del menor de su legítimo tenedor o impidiendo la reanudación de su tenencia, pero el delito se prolonga en el momento en que se retiene u oculta al menor y en consecuencia se vuelve un delito permanente.”*<sup>217</sup>

Por su parte Fontán Balestra, *“la acción queda cumplida con el simple hecho de sustraer al menor, no importando los hechos posteriores, siempre y cuando no constituyan delito.”*<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 219.

<sup>217</sup> Núñez, Ricardo C. *Óp. Cit.* Página 68.

<sup>218</sup> Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal, Parte Especial.* Buenos Aires, Argentina. Abeledo – Perrot. 2008. Decimoséptima edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma Página 363.

Ello quiere decir, que se consuma tanto con el apoderamiento del menor por el autor o sujeto activo y por el desapoderamiento del legítimo tenedor.

María C Maiza al tratar sobre el tema afirma que: *“Se consuma cuando se logra privar el ejercicio de la tenencia, al momento de el niño ser extraído de la esfera de custodia donde el mismo se encontraba, al sacarlo del domicilio o el impedir que sea reanudado el ejercicio.”*<sup>219</sup>

Derivado de lo expuesto, cabe afirmar, que la sustracción propia e impropia es un delito de instantáneo y la doctrina lo confirma; pues basta con desapoderar al menor de sus legítimos tenedores o bien negarse a presentar al menor a sus guardadores o padres. No requiere consolidar el poder sobre el menor. Asimismo se trata de un delito de resultado, que se consuma tal como ha sido expuesto cuando se logra el despojo en virtud de la interferencia o interrupción del vínculo (padres-hijo) sin que sea necesario que el sujeto activo consolide dominio sobre el menor de edad. Cabe mencionar, que algunos autores, afirman que si la sustracción se prolonga en una detención u ocultación del niño por el sujeto activo, entonces el delito se vuelve permanente a pesar que se ha dicho que es considerado como un delito instantáneo.

## **4.2 Delito de sustracción agravada**

### **4.2.1 Antecedentes históricos**

El delito de sustracción agravada presenta similar origen que los delitos de sustracción propia e impropia puesto que implican sustraer, sacar al menor de edad de la esfera y guarda de sus padres o tutores pero la figura se ve agravada al momento en que la persona menor de edad desaparece por completo tal como se explicara más adelante.

De los antecedentes se puede establecer que tiene origen según Melgar Carrillo<sup>220</sup> en el Derecho Romano cuando en el Fuero Juzgo se castigaba el hecho de sustraer a los hijos de los hombres libres de casa de sus padres. El culpable o autor del delito quedaba como siervo del hijo que había sido robado o bien debía pagar una pena pecuniaria. De tal forma que la figura viene desde épocas antiguas considerada como un robo de niños.

---

<sup>219</sup> Recalde, Javier y María M. Biglieri. *Óp. Cit.* Página 16.

<sup>220</sup> Melgar Carrillo, José Apolonio. Melgar Carrillo, José Apolonio. *Óp. Cit.* Página 75.

Dentro de la legislación penal guatemalteca, la figura es relativamente reciente pues surge con el actual Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala emitido el cinco de julio de mil novecientos setenta y tres, ya que el Código Penal Decreto 2164<sup>221</sup> de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala del veintinueve de abril de mil novecientos treinta y seis no contemplaba la figura de sustracción agravada, el mismo únicamente hacía referencia a la “substraccion de menores” tanto propia como impropia aunque con algunas variaciones y sin darle tan denominación pues se contemplaba como sujeto pasivo al menor de siete años y no de doce años como actualmente se contempla aunque como ya se ha expresado la edad es indistinta basta con que sea una persona menor de edad, incapaz de poder prestar consentimiento y fácil de poder ser manipulada. La pena para tal delito era de diez años de prisión correccional y mencionaba la misma pena para quien hallándose encargado de la persona del menor no lo presentara a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición (impropia para el Código actual).

De tal forma que en el Decreto 2164 en los artículos 372 al 374 se regulaba la “Substraccion de menores”, más no contemplaba una figura agravada en caso el menor desapareciera. Cabe mencionar, que dentro del Código Penal derogado se contemplaba también dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, el abandono de niños situación que cambio con el Código Penal vigente, puesto que ahora se encuentra contemplado en el Capítulo VII, De la Exposición de personas al peligro.

#### **4.2.2 Concepto**

##### **a) Doctrinaria**

La doctrina tiende a definir únicamente la sustracción propia e impropia, siendo la agravada específica para el Código Penal guatemalteco no obstante, se debe tener en cuenta que de acuerdo con Etcheberry “*El término sustracción indica la idea de quitar al menor de la esfera de cuidado y dependencia en que se encuentra*”.<sup>222</sup> La misma coincide con autores anteriormente citados y se trata de un delito en donde el menor desaparece del cuidado de sus padres o guardadores en el mismo sentido Labatut señala

---

<sup>221</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 2164.

<sup>222</sup> Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, T. III. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. 3era edición. Página 211.

que “*substraer significa apartar al menor de la esfera de cuidado y vigilancia en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente, y sea que la custodia emane de una situación de hecho o de derecho*”.<sup>223</sup> Por su parte Politoff, Matus y Ramírez sostienen, al respecto, que “*sustraer significa básicamente sacar al menor de la esfera de resguardo en que se encontraba*”.<sup>224</sup> Garrido concuerda con los autores ya citados, y afirma que “*el comportamiento prohibido es sustraer a un menor de edad, sacarlo de la esfera de custodia en que se encuentra*”.<sup>225</sup>

Hermosilla<sup>226</sup>, al tratar el tema, sostuvo que sustraer se refiere a quitar al menor del lugar donde estaba, específicamente del ámbito de resguardo, protección o dependencia que le corresponde.

Los conceptos anteriormente descritos hacen referencia a una sustracción propia esencialmente pero se debe tener presente que la agravada implica que una vez realizada la sustracción por el agente, el menor de edad en cuestión desaparece, y el sujeto activo no puede dar ninguna explicación sobre su desaparición o bien que tal desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción lo que es diferente a la no presentación del menor, pues en la impropia comprende el ocultar al menor de edad, en este caso la sustracción agravada implica que el agente no puede explicar el paradero del menor y debido a tal circunstancia la sustracción se ve agravada.

## **b) Legal**

El artículo 211 del Código Penal establece que en caso de desaparición del menor de edad previamente sustraído, y cuando los responsables no probaren el paradero de la víctima o bien que su desaparición o muerte se debió a causas ajenas a la sustracción; estos serán sancionados con prisión de seis a doce años. Sin embargo, si la persona

---

<sup>223</sup> Labatut, Gustavo. *Derecho Penal*, Parte Especial, V. II. Santiago Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1983. 7ª edición. Página 33

<sup>224</sup> Politoff, Sergio; Jean Pierre Matus y otros. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2006. 2ª edición. Página 212. En el mismo sentido Gustavo Balmaceda, Ver: Balmaceda, Gustavo. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Santiago. editorial Librotecnia, 2014. página 174.

<sup>225</sup> Garrido, Mario. *Derecho Penal*, T. III. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005-2010. 4ª edición. Página 397.

<sup>226</sup> Hermosilla, Nurieldín. *Sustracción de Menores, Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142, Memoria de Prueba*. Chile Santiago. 1963. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago. Página 31.

sustraída aparece, la pena se debe reducir en la forma que corresponde, mediante recurso de revisión.

La normativa no hace referencia a si se trata de una sustracción propia o impropia; pero se asume se puede tratar de ambas, puede ser el caso que el sujeto activo sustrae al menor del poder de sus padres y lo retiene pero luego el menor de edad ya no aparece, no puede determinarse en donde se encuentra, o bien puede suceder que al sustraer al menor y no presentarlo o exhibirlo, el sujeto pasivo desaparece por completo pero ello implicaría que el sujeto activo ha sido indagado ya respecto al paradero del menor de edad puesto que de lo contrario, no podría saber si el menor sustraído efectivamente ha desaparecido o no.

Al respecto y luego de haber expuesto respecto a los delitos de sustracción propia, impropia y por último la figura agravada de los dos anteriores, es importante mencionar que algunas legislaciones contemplan inclusive la figura de la sustracción de menores pero para llevarlo fuera del país de donde este se encuentra y por consiguiente cruzar las fronteras, una de estas legislaciones es la argentina por ejemplo que en el apartado de derecho comparado se explicara. Más en el ámbito internacional se habla también sobre la figura de sustracción de menores internacional.

#### **4.2.3 Elementos del tipo objetivo**

##### **a) Bien jurídico tutelado**

A diferencia del delito de detenciones ilegales o aprehensión ilegal donde existe unanimidad respecto a que el bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria; para la sustracción de menores agravada es más discutido y no existe un consenso en la doctrina respecto al bien que intenta tutelar la figura de sustracción en general incluyendo la propia, impropia y agravada pues tal como ya se ha expuesto puede tratarse de un delito que atenta contra la libertad y seguridad del menor o por otra parte, puede ser que en realidad se atente contra los derechos tutelares de los padres o la familia.

Al respecto Alfredo Etcheberry se pronuncia de la siguiente forma: *“La protección a la libertad ambulatoria aparece muy mezclada con la tutela de la seguridad del menor, y aun cuando se refiere a aquélla, la lesión se produce a veces a través de la particular*

*forma que asume la libertad en estos casos, que es ejercida en lugar y a nombre del menor por aquellos a quienes el orden jurídico encomienda su cuidado y protección”<sup>227</sup>*

Para el citado autor, es viable que se confunda y se pueda llegar a pensar que el bien jurídico protegido para esta clase de delito, se vea mezclado. En especial porque indirectamente quienes también se ven afectados por la comisión del delito son los padres o tutores.

Bustos<sup>228</sup> al igual que Politoff, Matus y Ramírez, exponen que el bien jurídico tutelado es la seguridad del menor como presupuesto de la libertad pero aún más la seguridad como un presupuesto de la libertad ambulatoria.

Como ya ha sido expuesto en el capítulo anterior se trata de salvaguardar la seguridad del menor y también proteger la libertad de poder ejercer la patria potestad sobre el menor de edad por parte de quienes están legitimados por ello es indiferente que el menor de edad haya prestado o no consentimiento, pues se afecta también a los padres. Gustavo Labatut<sup>229</sup> sin profundizar en el tema y a grandes rasgos afirma que tal delito constituye un gravísimo atentado contra la libertad personal.

Por último Nurieldín Herмосilla<sup>230</sup> concluye que el bien jurídico protegido con la sustracción es la libertad del menor pero un bien que es complejo y compuesto porque puede mostrar en varias facetas en determinado momento, y es complejo porque la libertad del menor se confunde con distintos conceptos de la libertad en el sentido, de considerar la libertad como aquella facultad que no es ejercida por el menor sino por otra persona a nombre de él por mandato expreso de la ley y por ello se considera que se unen la libertad del menor con su seguridad.

En cuanto a la segunda postura se refiere, Manuel Cobo<sup>231</sup> afirma que el delito de sustracción de menores protege a la familia, representada en los derechos y deberes relativos a la patria potestad, la tutela, o la guarda.

---

<sup>227</sup> Etcheberry, Alfredo. *Óp. Cit.* Página 211.

<sup>228</sup> Bustos Ramirez, Juan. *Óp. Cit.* Página 110.

<sup>229</sup> Labatut, Gustavo. *Óp. Cit.* Página 35.

<sup>230</sup> Nurieldín Herмосilla. *Óp. Cit.* Página 34.

<sup>231</sup> Cobo del Rosal, Manuel. *Óp. Cit.* Página 229.

Por su lado Joaquín Pacheco<sup>232</sup> expresa que quien se apodera de un niño, solo para encerrarlo y privarlo de libertad y luego lo devuelve a sus padres; no responde por el delito de sustracción sino conforme a la disposición que sanciona las detenciones ilegales.

Se concuerda con este último autor; pues a pesar que se trata de un menor de edad no cumple con los elementos necesarios para calificar como sustracción recordando que debe de apoderarse del menor y retenerlo o bien no presentarlo a sus padres y para el caso de la sustracción agravada, desaparecer al menor de edad en cuestión. Importante además destacar que se diferencia del delito de secuestro en el sentido que su objetivo no es lograr canje o rescate, además que la pena a imponer es pena de muerte para este último la cual difiere para los delitos de sustracción propia, impropia y agravada. Tomando en cuenta que para la sustracción agravada cabe reducción de pena si el menor aparece circunstancia que no sucede para el delito de secuestro y por lo tanto no puede asimilarse amabas figuras.

Finalmente José Rodríguez Devesa<sup>233</sup> concluye que lo fundamental para el delito es el menosprecio a la voluntad de aquel a quien está atribuida la custodia del menor, siendo realmente éste el bien jurídico protegido.

Al respecto el artículo 211 del Código Penal, se refiere al recurso de revisión para reducir la pena en caso el menor de edad aparezca. Recordando que la revisión es un recurso extraordinario y procede por motivos taxativamente fijados en el artículo 455 del Código Procesal Penal<sup>234</sup>, para rescindir sentencias firmes de condena y es por ello que se le considera un límite a la cosa juzgada pues se plantea en procesos ya fenecidos. Para el caso en concreto, la revisión procedería pues se encuadra en el numeral quinto del artículo 455 el cual refiere a que procede tal recurso cuando aparecen nuevos hechos o elementos de prueba que hacen evidente que el hecho o una circunstancia agravante no existió o que el reo no lo cometió.

---

<sup>232</sup> Pacheco, Joaquín, *El Código Penal Concordado y Comentado*. Madrid. Edisofer. 2000. Página 1165

<sup>233</sup> Rodríguez Devesa, José, *Derecho Penal Español, Parte Especial*. Madrid. Artes Gráficas Carasa, 1983. 9ª edición. página. 298.

<sup>234</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Procesal Penal. Decreto 51-92.

De esta forma, si el menor aparece después, ello hace desaparecer la circunstancia agravante por lo que es lógico que la pena sea reducida a la de una sustracción propia por ejemplo.

De acuerdo con los criterios de la Corte Suprema de Justicia<sup>235</sup>; el motivo de su agravación consiste en que no solamente se tutela el derecho que le asiste a la persona que legalmente le corresponde tener la tutela del menor, y el derecho de la víctima, de estar en poder de quien legalmente debe estarlo, sino que también va más allá, en pro de tutelar la integridad de la persona sustraída, ello implica que al sujeto activo no solamente se le carga la responsabilidad de la sustracción, sino también la responsabilidad por el cuidado de la integridad personal del sujeto pasivo, mientras dure tal retención.

Finalmente se puede concluir que al igual que la sustracción propia y la impropia el bien jurídico a tutelar es la seguridad del menor de edad como presupuesto de la libertad pero de cierta forma se protege la libertad de ejercer la patria potestad y tutela sobre el menor por quienes la ley ha otorgado tal facultad y a no ser interrumpida en tal ejercicio, ni a ser apartado del menor de edad por alguien ajeno que además de la sustracción, hace desaparecer al menor.

#### **b) Sujeto activo**

Por sujeto activo del delito se entiende que es la persona que efectúa la conducta descrita en el tipo, quien conjuga el verbo núcleo del tipo.

Al ser la figura agravada del delito de sustracción (propia e impropia), necesariamente el sujeto activo debe ser entonces el autor de la sustracción, esto es, la persona luego de sustraer al menor de edad, lo hace desaparecer, no se puede encontrar al menor de edad y el sujeto activo no puede dar razón de su paradero o justificar que la desaparición fue ajena a la sustracción.

---

<sup>235</sup> Organismo Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia material penal 2012. Guatemala. Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. (CENADOJ). 2014. Página 436. Disponibilidad y acceso: <http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/pdfs/Criterios%20Jurisdprudenciales/Penal%202012.pdf>. Consultada el 14 de abril del 2016.

Se trata de cualquier persona pues la ley no establece requisitos, pudiendo ser hombre o mujer, pariente o extraño menos quien tenga a su cuidado al menor. Sin embargo se discute tal como ya se ha expresado con anterioridad si podría ser sujeto activo alguno de los padres al respecto Politoff, Matus y Ramírez<sup>236</sup>, comparten la idea de que el sujeto activo no pueden ser los padres y señalan que como autor del delito puede ser cualquier persona menos quien tenga a su cuidado al menor; lo importante es averiguar si la persona que toma al menor es de aquellas que por ley están a su cargo. De esta forma ni los padres, tutores o guardadores legales pueden cometer este delito.

Por el contrario Eugenio Cuello Calón<sup>237</sup>, afirma que el sujeto activo puede ser cualquier persona, incluyendo los padres del menor cumpliéndose determinadas características. No obstante, algunos autores consideran que los padres actúan motivados por el natural cariño hacia sus hijos cuando por distintas circunstancias la autoridad, con razón o no, les ha separado de su prole, y por tanto si lo cometen los padres, no se considera que exista una verdadera lesión o riesgo para la libertad o integridad del menor de edad.

Se vuelve a afirmar que los padres no podrían ser sujeto activo del delito de sustracción y para este caso la figura agravada pues se ha sustentado como bien jurídico protegido la integridad, libertad y seguridad del menor de edad y en ese entendido los padres no atentan o se considera que no existe riesgo que los padres atenten contra esos principios.

### **c) Acción típica esperada**

La acción típica para este delito es no haber probado el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción pues será ese el motivo por el cual la figura de sustracción de menores se vea agravada. Es importante recalcar que previamente tuvo que haber existido tal sustracción por lo que el agente activo es

---

<sup>236</sup> Politoff, Sergio; Jean Pierre Matus y otros. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2006. 2ª edición. Página 211. En el mismo sentido Labatut Hermosilla: "Nosotros podemos decir, sobre todo después del enfoque que hemos hecho del bien jurídico amparado, que cualquiera persona, menos los padres o guardadores del menor, puede caer en esta infracción". Hermosilla, *Sustracción de Menores, óp. cit.* Página 44.

<sup>236</sup> Aguilar Aravena, José Mauricio. El delito de sustracción de menores: análisis en doctrina y jurisprudencia. Talca, Chile. 2002. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Página 26.

<sup>237</sup> Aguilar Aravena, José Mauricio. El delito de sustracción de menores: análisis en doctrina y jurisprudencia. Talca, Chile. 2002. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Página 26.

responsable no solo de la sustracción sino incluso de la desaparición del menor en cuestión.

Por lo tanto la acción típica es sustraer y desaparecer al menor sin poder comprobar que esta última fue ajena a la sustracción.

Julio Zenteno<sup>238</sup> entiende que la acción típica consiste en apartar al menor de edad de la vigilancia y cuidado en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente, y sea que la custodia emane de una cuestión de hecho o de derecho (entiéndase padres, tutores, guardadores, niñeras, entre otros). El citado autor le agrega la característica que tal despojo pueda suceder de aquellos que quizá legalmente no tienen el cuidado del menor pero debido a ciertas circunstancias de manera temporal se encuentra bajo el cuidado de la persona que el padre o la madre ha designado. A ello habría que agregar que luego de haber realizado tal sustracción, el sujeto activo se deshace de cierta forma del menor de edad y de ahí que la doctrina pueda considerar la muerte del sustraído.

Etcheberry ha expresado que *“La idea de quitar al menor de la esfera de cuidado y dependencia donde se encuentra”*,<sup>239</sup> por su parte Labatut señala que: *“La sustracción implica apartar al menor de la esfera de vigilancia en que se encuentra”*.<sup>240</sup> Por consiguiente, concuerda con Zenteno pues afirma que tal vigilancia puede ser temporal, transitorio o accidental. Finalmente Garrido termina por coincidir con los doctrinarios citados pues indica que: *“La conducta prohibida no es otra que la de sustraer al menor de edad, sacándolo del estado de vigilancia bajo el cual se encontraba”*,<sup>241</sup> y habría que agregar entonces que para ser agravada como se contempla en Guatemala, la sustracción debe ir seguida por el hecho de la desaparición del menor.

Es importante mencionar que aun cuando el sujeto activo de la sustracción no sepa realmente el paradero del menor porque tal desaparición no fue por su cuenta, aun así se le deberá aplicar la pena de prisión de seis a doce años a diferencia de la sustracción propia o impropia que implica una pena de prisión de uno a tres años. Esto debido a que

---

<sup>238</sup> Zenteno, Julio, *Modificaciones al Código Penal 1979 – 1983, Modificaciones Legales del Quinquenio 1979 - 1983*, Santiago Chile. Universidad de Chile. 1984, página 255.

<sup>239</sup> Etcheberry, Alfredo. *Óp. Cit.* Página 211.

<sup>240</sup> Labatut, Gustavo. *Óp. Cit.* Página 33.

<sup>241</sup> Garrido, Mario. *Óp. Cit.* Página 397.

la disposición del artículo 211 del Código Penal establece que en caso de desaparición del sustraído y si los responsables no probaren el paradero de la víctima o no pudieren probar que tal desaparición o muerte se debió a causas ajenas a tal sustracción, se le deberá condenar por sustracción agravada.

#### **d) Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo es el menor sustraído. Para el caso de agravarse la sustracción propia debe ser una persona menor de doce años de edad o un incapaz. De nuevo la doctrina discute respecto a si es necesario o no el consentimiento del menor pero se llega a la conclusión que si el sujeto pasivo tiene una edad inferior a doce años, entonces es lógico que el consentimiento es irrelevante, configurándose siempre el delito de sustracción y para el caso que ocupa la agravación de tal delito. Sin embargo, se ha considerado que en caso de que el menor sustraído sea mayor de doce años pero menor de dieciocho años es posible que el consentimiento válido desplace el delito de sustracción.

Asimismo algunos autores hablan sobre un estado de “vagancia”; y este estado de vagancia en su sentido más amplio puede ser transitorio o permanente. Será transitorio cuando el menor salga de manera voluntaria de su esfera de resguardo por un determinado periodo de tiempo, como por ejemplo cuando sale de vacaciones. Por el contrario, sería permanente cuando no exista probabilidad futura o cierta de que el menor vuelva a esa esfera de resguardo, como por ejemplo, cuando el menor ha sido abandonado y vive en las calles, en ese caso, no podría configurarse una sustracción agravada ni siquiera una sustracción (propia o impropia).

En la práctica sería relativamente fácil determinar si el menor se encuentra en un estado de vagancia permanente mas no sucede así cuando se da un estado de vagancia transitorio y es de relevancia porque en base a ello se puede determinar si se configura o no el tipo penal de sustracción de menores e incluso la figura agravada. De tal forma que, cuando los padres, o el adulto responsable no se encuentren en las condiciones de ejercer la patria potestad de forma directa o a través de terceras personas, se puede decir que le menor en realidad no se encuentra en una esfera de resguardo. Pero cabe recordar que esa esfera de resguardo puede tener su origen en una ley o convención. Asimismo

es viable que el menor se encuentre en una esfera de custodia distinta a la que generalmente se encuentra.

Por tanto, los menores que no se encuentran bajo una esfera de custodia no podrían ser considerados víctima de este delito precisamente porque no podrían ser sustraídos de una esfera de resguardo al no existir la misma. Ahora bien algunos consideran que la única forma de fundar una legítima aplicación del delito de sustracción y aún más de la sustracción agravada, sería si se forma tal esfera de resguardo dentro de ese estado de vagancia. Existen quienes afirman que las personas siempre se encuentran bajo una esfera de cuidado debido a que en una sociedad actual no existen personas aisladas o ermitañas. De tal suerte que aun los niños que deambulan en las calles sin un hogar, desprovistos de padres o tutore, aún ellos se encuentran bajo una esfera de custodia ejercida por ellos mismos respecto de sus pares o iguales, esto es, entre ellos se cuidan como una esfera horizontal y recíproca.

Sin embargo, se considera que tal esfera de custodia no reviste las cualidades que el legislador plasmo en un inicio en el artículo 209 del Código Penal<sup>242</sup>, quien a todas luces estaba pensando en una esfera formalmente constituida y no necesariamente dentro del seno de un matrimonio pero si claramente ejercida por un adulto responsable recordando que esa custodia emana precisamente de la ley. Por lo que si los menores en estado de vagancia pudieran ejercer derechos de tutela respecto de sus pares, el ámbito de aplicación de la sustracción de menores y aun la agravada, sería demasiado amplio y cualquier detención o encierro de un menor de doce años o menor de dieciocho años constituiría delito de sustracción; incurriendo en una des conceptualización de la esfera de resguardo.

No obstante lo anterior, se considera que ello no implica de ninguna forma que la ley y en especial la ley penal han dejado desprotegidos a esta clase de menores de edad pues el derecho penal no podría dar la espalda a estos niños. Al respecto Etcheberry<sup>243</sup> señaló que al tratarse de niños en estado de vagancia, la sustracción más bien consistiría en secuestro o algún tipo de detención ilegal en caso de retener al menor, pero el autor

---

<sup>242</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>243</sup> Etcheberry, Alfredo. *Óp. Cit.* Página 211.

desafortunadamente no dice ahonda más sobre el tema, de modo tal que no es posible saber si él estaba o no a favor de aplicar igualmente el delito de sustracción de menores o de aplicar el delito de secuestro.

Hermosilla<sup>244</sup> también abordó el mismo punto y al respecto expuso que es penoso y vergonzoso que existan en las calles y grandes ciudades niños y niñas en total descuido y abandono, desprovistos de protección estatal y de familia o padres. En estos casos la acción no se verificaría extrayendo al menor de una situación de cuidado y resguardo por el contrario se extrae de una situación de abandono y falta de cuidado por lo que cabe preguntarse si realmente se comete delito de sustracción de menores; pues normalmente se realizaría ocultando al menor, reteniéndolo, o encerrándolo, que más se asemeja a la figura de secuestro. Podría entonces aplicar ese último y desplazar a la figura de la sustracción pero existe un pequeño detalle pero de gran importancia, relevancia y que además juega un papel diferenciador a opinión de la autora, y ese elemento de primerísima importancia es la edad del sujeto pasivo pues se refiere a un niño.

El autor termina sosteniendo que estos casos deben calificarse como una sustracción impropia y reserva el concepto de sustracción propia cuando el autor realmente despoja al menor de una esfera de guarda y cuidado. Mas no parece ser acertada la solución propuesta por la autora, pues se considera que debe ser desestimada toda vez que para el Código Penal guatemalteco, la sustracción impropia procede únicamente cuando el menor en cuestión ha sido entregado a un tercero para que lo cuide y al ser requerido para que lo devuelva niega la presentación del mismo pero el legislador no hace referencia a un menor desprovisto por completo de familia o de tutores. Además que la ley ha sido clara en cuanto al verbo sustraer, y ello implica extraer al menor o apartarlo de una esfera de protección y por ende al no existir la misma difícilmente se puede configurar el delito objeto de análisis.

Por lo tanto la solución es que se considera correcta, es analizar el caso concreto y establecer que tipo penal de los señalados se puede aplicar, respetando siempre los principios generales y los requisitos especiales de cada delito.

---

<sup>244</sup> Hermosilla, Nurielidín. *Óp.Cit.* página 32.

#### 4.2.4 Elemento subjetivo del tipo

Para que el agente sea encontrado culpable y asuma una responsabilidad penal, debe haberse configurado la comisión de una acción. Es por ello que el sujeto activo debe estar en pleno uso de sus facultades para que pueda decirse que actuó con conciencia y voluntad. Se asume existe un dolo para la sustracción agravada puesto ya ha existido una sustracción previa y por consiguiente la posterior desaparición del sujeto pasivo implica una intención o consentimiento de hacerlo.

De acuerdo con la Revista de Política Criminal<sup>245</sup>; el delito se puede cometer con violencia o intimidación, por lo que si el agente con violencia sustrae al menor de la esfera de cuidado, sin lugar a duda comete el delito de sustracción y si en caso desaparece el sujeto pasivo y no logra el sujeto activo probar su paradero o que el mismo fue ajeno a la sustracción se habrá configurado la sustracción agravada. Lo mismo sucede si se emplea intimidación por ejemplo si se amenaza al menor mediante arma de fuego y se le exige que vaya con él por consiguiente existe un dolo. Esta violencia o intimidación puede ser contra un tercero, como el sujeto activo que amenaza a los padres para llevarse al niño.

En cuanto al engaño utilizado para la comisión del delito, puede ser dirigido este hacia la persona del menor de edad o hacia el adulto responsable. Si el sujeto pasivo es menor de doce años su consentimiento tal como se ha expresado con anterioridad es irrelevante. Pero si es mayor de doce años, se considera que cobra importancia ya que no siempre se configurara el delito de sustracción de menores incluyendo la agravada; pudiendo ser desplazado por el delito de inducción al abandono del hogar como se explicara en el capítulo siguiente.

Según la revista de Política Criminal<sup>246</sup>; el engaño debe recaer y afectar la circunstancia de estar abandonando la esfera de resguardo, elemento que lo encuadra dentro de la figura de sustracción. Esto quiere decir, que como producto del engaño el menor no sabe que lo que realmente está haciendo es abandonando la esfera de cuidado de sus padres, él no tiene consciencia de ello. Para ilustrarlo mejor, sucedería en caso que el autor del

---

<sup>245</sup> "Faz objetiva del delito de sustracción de menores". *Política Criminal*. Vol. 10. N° 20. Chile. Diciembre 2015. Página 489.

<sup>246</sup> *Ibíd.* Página 490.

delito le indica al menor de edad que tiene instrucciones de su padre de llevárselo y que viene por él, por lo que en este caso habrá sustracción de menores y no inducción al abandono del hogar ya que el menor no sabe que está abandonado su esfera de resguardo.

Ahora bien para el caso de engaño dirigido contra el adulto responsable, simplemente cabe mencionar que sucederá cuando el consentimiento del padre o de la madre ha sido viciado para entregar a su hijo, pero en el caso de la sustracción impropia por ejemplo, existe consentimiento de entregar al menor pero cabe recordar que se consuma ese delito cuando el autor se niega a presentarlo y no así en el momento mismo de la sustracción. Para el caso de la sustracción agravada, la cual es objeto de análisis, caben mencionar que puede o no existir engaño en la sustracción pero que al igual que la sustracción propia e impropia se considera en efecto un delito doloso, que implica la voluntad, consciencia e intención del autor del delito de la sustracción pero que posteriormente no da justificación de su desaparición.

#### **4.2.5 Disposiciones especiales**

##### **a) Momento de consumación**

Es un delito de resultado, de acuerdo con el artículo 211 del Código Penal<sup>247</sup> y al ser un delito agravado, queda consumado en el momento mismo que se pregunta por el paradero del menor y el autor no puede dar respuesta alguna, o el momento en que se descubre que el menor en cuestión ha desaparecido y agente no da respuesta sobre su paradero.

Cabe pensar en algunas situaciones donde podría admitirse la tentativa por ejemplo la persona no consigue trasladar al menor que estaba bajo la custodia del otro cónyuge porque es detenido en el aeropuerto; o que uno de los padres toma un avión con su hijo y se instala en otra ciudad, pero devuelve a su hijo antes de que su ex-pareja lo denuncie a las autoridades, en tales casos cabría tentativa pero si se analiza a profundidad el delito no se cometió pero por causas ajenas al autor, por ejemplo, que lo haya detenido la policía antes, y la acción de sustraer sí se llevó a cabo en teoría pues el menor sí fue

---

<sup>247</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

extraído de su esfera de custodia. Para el delito agravado es más complicado poder afirmar tentativa, se vuelve afirmar más bien que se trata de delito de resultado y que puede convertirse en permanente en caso el menor efectivamente nunca aparezca pero que puede desaparecer la agravación de la pena tal como ha dicho el legislador en momento que el menor aparezca no obstante, el delito de sustracción se perfeccionó y deberá responder por ese delito con pena de tres a seis años.

### **4.3 Delito de Inducción al abandono del hogar**

#### **4.3.1 Antecedentes históricos**

Según Ramon Ribas y Núria Torres<sup>248</sup> este tipo penal tiene su origen, al igual que la mayoría de delitos relativos a menores, en el Derecho español, específicamente en el artículo 410 del Código de 1848. En éste la única diferencia es que se refería a la inducción de un menor, pero mayor de siete años de edad. El tipo penal de ese entonces fue criticado por estar basado en sospechas e incluso argumentaban algunos que debía ser declarado inconstitucional no obstante pues no era compatible con el marco constitucional español toda vez que se trataba de un delito de sospecha no obstante, la constitucionalidad del precepto fue convalidada por diversas resoluciones del Tribunal Constitucional. Guatemala entonces, adopta la figura dentro del Código Penal.

Asimismo desde hace varios años, es evidente la presencia de niños en las calles, o que se unen a pandillas juveniles para delinquir, ello es una estadística alarmante dentro de las instituciones que se dedican a este tipo de estudios, por supuesto que son varios los factores que provocan este tipo de disfunción social o familiar, pero está claro que el delito de inducción al abandono del hogar es una de las principales causantes y por ello fue necesario que se creara una figura que pudiese tipificar tal conducta dentro de la sociedad, un tipo penal que castigara a la persona que es capaz de manipular a un menor de edad e influenciarlo a abandonar su hogar.

---

<sup>248</sup> Ramon Ribas, Eduard y Núria Torres Rosell. *Los delitos contra las relaciones familiares*. España. Editorial Universitat Oberta de Catalunya. Página 30.

### 4.3.2 Concepto

#### a) Doctrinaria

De acuerdo con Creus: *“Inducir implica aconsejar seriamente al menor para que se fugue por lo que no es suficiente la simple manifestación a él formulada de la conveniencia de que lo haga o la alabanza de la acción de un tercero que adoptara esa conducta”*<sup>249</sup>.

Por lo que el sujeto activo tiene que realizar todo un proceso destinado a convencer o persuadir al menor de edad que se fugue, esto es, a que abandone el hogar donde se encuentra. Sin embargo no constituye delito si lo convence que de que salga de su hogar por lapsos maso menos prolongados con la intención de volver pues tal conducta no implicaría el abandono del hogar. El autor habla sobre abandonar el lugar en donde el menor se encuentra, por lo que deja abierta la interpretación de que no necesariamente se trata de la casa donde usualmente vive el sujeto pasivo, puede ser abandonar la casa del guardador, tutor, de su niñera, de su encargado temporalmente, el colegio por ejemplo.

Por su parte De León Velasco y Mata Vela establecen que la inducción significa: *“instigación o seducción para que el menor abandone su casa, no importando el motivo o destino final, el elemento psicológico o interno está integrado por la voluntad y conciencia de que se induce al menor a abandonar el hogar, que es el hogar de sus padres.”*<sup>250</sup>

Estos autores enfatizan, que la acción punible es la de seducir al menor a que abandone la casa y aquí no amplían como lo hace Creus pues concretamente se refieren a la casa de los padres. No importa que acciones posteriores se realicen, no importa el motivo, simplemente esa manipulación para abandonar el hogar.

Eduard Ramon Ribas y Núria Torres Rosell, *“Es un delito donde el sujeto activo insta al menor o al incapaz a abandonar el domicilio familiar o el lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores”*.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> Creus, Carlos. *Derecho penal*. página 346.

<sup>250</sup> Velasco de León, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Óp.Cit.* Página 436.

<sup>251</sup> Ramon Ribas, Eduard y Núria Torres Rosell. *Óp.Cit.* Página 31.

Para el caso de la legislación española, se contempla como víctima también al incapaz y es por ello que estos autores refieren al incapaz dentro de su concepto.

Ramón Ribas y Núria Torres<sup>252</sup> sugieren que la inducción sea directa, determinante, eficaz y dolosa. Directa porque debe estar dirigida a una persona o personas en concreto y a una determinada conducta, asimismo determinante porque debe provocar en el menor la decisión firme de abandonar su hogar y por ende no puede tratarse de una simple sugerencia o consejo. Por tanto, la acción del menor responde y es consecuencia directa de las instrucciones del autor del delito. En cuanto a la eficacia se refiere cabe evaluar el grado de ejecución de la conducta del abandono por parte del menor para determinar si realmente se produjo tal abandono.

Moras mom afirma que: “*inducir a fugar es instigar, mover a un sujeto hacia algo.*”<sup>253</sup>

Por su parte Armendáriz, Carmen afirma que: “*El abandono del domicilio supone un alejamiento espacial del menor que hace imposible la guarda y custodia por parte del que legalmente la detenta.*”<sup>254</sup>

Se puede concluir que se trata de un delito cuyo único propósito es instigar, persuadir, convencer a la persona menor de edad, pero mayor de diez años a que salga o abandone la casa de sus padres o de sus guardadores o encargados de su persona, no importando el motivo.

## **b) Legal**

El artículo 212 del Código Penal<sup>255</sup> establece que quien indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años de edad, a abandonar su casa donde vive con sus padres, o la de sus guardadores, o encargados de su persona, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

---

<sup>252</sup> Ramon Ribas, Eduard y Núria Torres Rosell. *Óp.Cit.* Página 31.

<sup>253</sup> Moras Mom, Jorge R y Laura T.A Damianovich. *Óp. Cit.* página 197.

<sup>254</sup> Armendáriz León, Carmen. “Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal Español”. *Revista penal México*. Número seis. México. Abril 2014. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Página 12

<sup>255</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

Derivado del precepto legal, se afirma que el menor puede ser persuadido a abandonar no solo la casa de sus padres sino también la casa de aquellos que lo cuidan o a quienes se les ha encargado su cuidado.

Según Carmen Armendáriz<sup>256</sup> por domicilio familiar o casa de padres se entiende que será la de los padres del menor, titulares de la guarda y custodia. En el caso de separación y custodia compartida, el que determina la autoridad judicial, y en el caso que no exista resolución judicial o administrativa los progenitores no cometen este delito pues el domicilio familiar será tanto el del padre como el de la madre. Por residencia del menor habrá que entender el lugar que sustituya al domicilio familiar temporalmente, con consentimiento de los padres o tutores, como puede ser un colegio, casa de los abuelos entre otros.

El delito configurado en el precepto legal es un delito común en cuanto puede ser cometido por cualquier persona excepto por los progenitores, doloso de resultado. Por lo que el sujeto activo insta al menor de edad a abandonar el domicilio familiar, o el lugar donde resida con anuencia de sus padres.

#### **4.3.3 Elemento del tipo objetivo**

##### **a) Bien jurídico tutelado**

Moras Mom y Damianovich sostienen que: *“El deambular en este tipo de figuras al igual que en la sustracción, obedece a una realidad que nos ha ido presentando la historia del hombre en cada una de las etapas por los que debido pasar. Realidad que se ve reflejada en las distintas formas en que se organizó aquel unido a su pareja, generando descendencia y los sujetos y efectos que se servía para subsistir”*.<sup>257</sup>

La mencionada organización es la que eternamente se ha llamado “familia”, y es esa familia la que muchos autores concuerdan es objeto del bien jurídico protegido de estas figuras penales, siendo una de ellas la inducción al abandono del hogar. Es por ello que se ha discutido en la doctrina tal como ya se expuso en el capítulo IV relativo a la

---

<sup>256</sup> Armendáriz León, Carmen. *Óp. Cit.* Página 13.

<sup>257</sup> Moras Mom, Jorge R y Laura T.A Damianovich. *Óp. Cit.* Página 155.

sustracción de menores, si realmente lo que se protege es la seguridad del menor o bien la familia como tal.

De acuerdo con Moras Mom<sup>258</sup>, considera que lo afectado por este delito no es la tenencia del menor, sino el libre ejercicio de la protección llevada a cabo por el representante. Asimismo la palabra “casa” empleada por la normativa no se reduce solamente al lugar elegido por los padres, tutores o guardadores para vivir todos juntos, se trata del lugar que, determinado por ellos, sea ámbito seguro de ejercicio del poder conductor.

Se concuerda con el autor en cuanto a que el término “casa” no se agota en el lugar o espacio donde habita el menor con sus padres sino que abarca cualquier lugar donde el sujeto pasivo se encuentre bajo el cuidado de las personas a las que los padres le han encomendado tal tarea, sin embargo, se considera que el bien jurídico no trata solamente de proteger el libre ejercicio de la patria potestad por los padres y de todos los derechos y facultades que de la misma emanan sino más bien se trata de una combinación tanto de proteger la seguridad del menor como la seguridad y libertad de los padres del menor de edad y es por ello que se considera que es adecuado el concepto que a continuación se expresa.

Según Armendáriz León<sup>259</sup>; el bien jurídico protegido es la seguridad del menor pero también el derecho de los padres a tener a sus hijos bajo su cuidado y compañía, el velar por ellos y demás derechos que les otorga el ejercicio de la patria potestad en beneficio de los menores de edad. Por lo que se protegen dos bienes jurídicos: por un lado la seguridad del menor de edad pero mayor de diez años y por otro lado los derechos de los padres derivados de la patria potestad.

Por el contrario para Carbonell Mateu, “*Lo que en realidad se protege son los derechos-deberes inherentes a la patria potestad, tutela o guarda*”.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> Moras Mom, Jorge R y Laura T.A Damianovich. *Óp. Cit.* Página 197

<sup>259</sup> Armendáriz León, Carmen. *Óp.cit.* Página 11.

<sup>260</sup> Carbonell Mateu J.C., y González Cussac, J.L., Comentarios al Código Penal de 1995, coord. Vives Antón, T.S., vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch. 1999. Página 370.

Eduard Ramón Ribas y Núria Torres Rosell<sup>261</sup>, afirman que lo que se protege con este delito es la seguridad del menor partiendo de la base que el domicilio familiar o el lugar donde el menor resida con sus padres constituye ese centro donde mayor protección se le puede proveer además de una conducta natural positiva para que la persona del menor de edad pueda desarrollarse a plenitud.

Por su parte Soler<sup>262</sup> expresa que el bien jurídico protegido es el conjunto de derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o encargo de la persona del menor, que impliquen deberes de convivencia. Siendo los titulares los padres, guardadores, tutores así como los propios menores.

Se puede concluir que el delito lo que protege es la unidad de la familia en un principio pero de manera inmediata protege la seguridad del menor de edad; pues se supone que es dentro de la casa de habitación y en convivencia con la familia que se encuentra seguro y asimismo la libertad de los padres de poder cuidar de ellos aunque sí habría que considerar aquellas situaciones en donde el menor de edad lejos de encontrarse seguro en su propia casa con su familia, sucede todo lo contrario y es necesario que el niño o niña dejen su hogar pero para ello existe un procedimiento. Interviene la Procuraduría General de la Nación; podría intervenir la Policía Nacional Civil en caso de abusos, violencia que pueda certificarse lo conducente al Ministerio Público. Por lo tanto, lo que se sanciona es inducir a que el menor abandone su hogar pero sin la protección del Estado y de las instituciones públicas cuyo fin primordial es velar por la seguridad y bienestar del menor.

#### **b) Sujeto activo**

El sujeto activo puede ser cualquier persona y se considera que en este delito a diferencia de la sustracción de menores, resulta lógico que los progenitores del menor de edad no pueden nunca ser autores de esta figura penal pues es su voluntad la que decide donde reside el menor.

---

<sup>261</sup> Ramon Ribas, Eduard y Núria Torres Rosell. *Óp.Cit.* Página 33.

<sup>262</sup> Soler, Sebastián. *Óp. Cit.* Página 229

Según Armendáriz, Carmen: *“El sujeto activo será quien induce al menor o al incapaz, pero como el inducido es un menor la doctrina plantea si se está ante una inducción o ante una autoría mediata.”*<sup>263</sup>

En ese sentido, algunos autores consideran que no es una inducción técnica sino una autoría mediata, al ser la persona que abandona el domicilio o el hogar, un menor de edad o incapaz y por lo tanto inimputables. Por el contrario, otros doctrinarios sostienen que el menor de edad difícilmente podría cometer una conducta propia de autoría, pues su decisión de abandonar el hogar es atípica. Por consiguiente, la conducta del que implementa esa idea en la mente del menor, y provoca que éste efectivamente abandone su hogar, constituye una acción típica por imperativo legal.

Al respecto Cobo del Rosal<sup>264</sup>, establece que la duda surge porque la inducción necesita de cierta capacidad en el sujeto inducido, la necesaria para hacer nacer en él la idea de realizar la conducta, y es por ello que se podría poner en duda esta capacidad en algunos menores y en especial de los incapaces. De igual forma la acción o conducta del menor que abandona su hogar o casa de sus padres, resulta una conducta atípica, pues en ninguna parte la ley lo tipifica como delito, pero además no corresponde con la estructura de la autoría mediata precisamente porque el hecho principal es atípico (el menor que abandona su hogar), y resulta que tal característica es esencial para la autoría mediata (el que sea típica, punible) por lo que no puede calificarse como tal. Asimismo sucede en ocasiones que el sujeto pasivo, tiene cierto conocimiento de la irregularidad del abandono que realiza y eso lo aleja del concepto de “instrumento” que es esencial también en la autoría mediata.

Se considera que realmente no se está frente a una autoría mediata que es más compatible con el derecho español, además que lo que se tipifica es la conducta del sujeto activo, esto es cualquier persona, que induce, instiga y aconseja fuertemente al menor de edad a abandonar su hogar que puede que esté consciente que su actuar no es el adecuado pero que no lo hubiera hecho de no haber sido por las instrucciones del autor del delito, en cuanto a la duda de si el menor tiene la capacidad necesaria para ser

---

<sup>263</sup> Armendáriz León, Carmen. *Óp. Cit.* Página 12.

<sup>264</sup> Cobo del Rosal, Manuel. *Óp.Cit.* página 430.

objeto de una inducción, se concluye que sí la tiene pues el legislador ha previsto que el sujeto pasivo es un menor de edad pero mayor de diez años teniendo por tanto más conocimiento de lo que realiza.

### **c) Acción típica esperada**

Según Creus: *“La acción típica consiste en inducir, esto es, aconsejar seriamente, al menor para que se fugue, dentro de la edad establecida por la ley.”*<sup>265</sup>

El autor tiene que desplegar toda una actividad destinada a persuadir al menor para que se fugue, es decir, a que abandone el lugar donde se encuentra, sea la casa de sus padres, tutores, o guardadores o un domicilio distinto en que se encuentra a disposición de ellos o con su anuencia.

Por su parte Núñez afirma que: *“Inducir implica tanto como aconsejar de manera seria a que un niño mayor de diez años huya del lugar que sus padres, guardadores o encargados de su persona han destinado para habitar con el menor.”*<sup>266</sup>

Polaino Navarrete citado por Núñez <sup>267</sup> distingue dos acepciones de la inducción, una interpretación objetivista y otra subjetivista. La primera entiende a la inducción como una inducción directa y eficaz y por ende no admite una simple provocación o sugerencia. Si la inducción resulta ineficaz, no es posible apreciar entonces la realización del comportamiento delictivo. En tanto que la tendencia subjetiva, considera que resulta correcto interpretar el término inducción en un sentido no técnico, esto es no será necesario que la fuga del menor se perfeccione.

Se concuerda con la primera posición, puesto que se ve el delito desde un punto de vista objetivo en donde es necesario que la inducción sea directa y eficaz, que no baste con introducir simples ideas en el menor de edad.

Muñoz Conde<sup>268</sup> afirma que la inducción ha de ser directa y eficaz concordando entonces con la tendencia objetivista de este delito. Por ejemplo, dándole dinero al sujeto pasivo,

---

<sup>265</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 346.

<sup>266</sup> Núñez, Ricardo C. *Óp. Cit.* página 65.

<sup>267</sup> *Ibíd.* Página 68.

<sup>268</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Óp. Cit.* Página 310.

ofreciéndole empleo, o bien influyendo notablemente en su decisión; no es típico por consiguiente el mero consejo o recomendación por parte del sujeto activo. Pero para valorar la eficacia de la inducción hay que tener en cuenta las circunstancias personales del menor o incapaz, su grado de inteligencia, su edad, entre otras. Esto, porque no es lo mismo inducir a un menor de ocho años que para hacerlo con uno de diecisiete. Asimismo se debe tomar en cuenta el punto de vista sociológico, porque es importante analizar el nivel de dependencia económica que el menor tenga respecto de sus padres y hecho de que el menor viva ya solo, aunque sea con el consentimiento paterno. Si la inducción no va seguida del abandono del domicilio, o se frustra de alguno modo, cabría tentativa.

Por consiguiente, el autor valora también las circunstancias económicas del menor de edad en cuestión. Asimismo que el grado de la inducción varía dependiendo de la edad esto es, es más sencillo manipular a un niño de cinco años por ejemplo que hacerlo con un sujeto de diecisiete años de edad quien ya tiene más conciencia al respecto y capacidad de decidir lo correcto. La acción para que sea típica deberá ser eficaz, esto es debe complementarse con la fuga del menor de edad.

Armendáriz, Carmen sostiene que: *“La conducta típica consiste en inducir, esto es, hacer surgir en otro la idea de abandonar el domicilio familiar, sin intervenir en su ejecución, por tanto la inducción deberá reunir ciertas características: la inducción deberá ser directa además que debe estar orientada a una conducta concreta, en este caso el abandono. De igual forma la inducción debe ser determinante esto es, tiene que hacer nacer la idea en la mente del menor, suficiente como para provocar en él la decisión de marcharse o dejar su vivienda, por consiguiente no puede tipificarse si el menor ya tenía pensado huir o abandonar su casa, pues entonces no podría tipificarse porque tal como ya se expresó si la idea proviene del menor de edad, esa conducta no se encuentra tipificada.”*<sup>269</sup>

Continua afirmando Armendáriz<sup>270</sup>, que no es posible la inducción si el menor carece de capacidad natural de juicio eficaz porque el sujeto pasivo debe dar lugar a la ejecución del delito al momento de abandonar o fugarse de su casa, siendo posibles las formas

---

<sup>269</sup> Armendáriz León, Carmen. *Óp. Cit.* Página 12.

<sup>270</sup> *Loc. Cit.*

imperfectas de ejecución y dolosa, pero impune la ejecución imprudente pues no se encuentra tipificado en el artículo penal y porque la inducción debe ser dolosa.

Por su parte Eduard Ramon Ribas y Núria Torres Rosell<sup>271</sup>, afirman que la conducta típica consiste en hacer nacer en la persona del menor de edad la voluntad de abandonar el domicilio familiar o lugar de residencia, asimismo concuerdan con los autores citados en cuanto a que la inducción debe ser directa, eficaz, determinante y dolosa.

De acuerdo con Quinteros Telón: *“La acción típica se materializa cuando el autor del delito induce, convence y persuade al menor de edad pero mayor de diez años, a que sin importar el motivo, abandone la casa de sus padres, y desde ese momento el autor tiene consciencia y voluntad de su actuar, al influir en la decisión del menor.”*<sup>272</sup>

Se puede concluir que la acción típica esperada es la de influir de manera directa y suficiente en la mente del menor de edad pero mayor de diez años, provocando que abandone su hogar en donde vive con sus padres o bien en el lugar en donde se encuentre temporalmente bajo el cuidado de aquellos a quienes sus padres le han encargado el cuidado del menor, afectando de esta forma la seguridad del menor pero también el derecho de sus padres de ejercer la patria potestad, guarda y cuidado sobre el sujeto pasivo. Importante es que la inducción sea eficaz esto es, que realmente se dé el abandono por parte del menor y que no quede limitado en un simple consejo o sugerencia pues la acción consiste en la inducción que hace el autor.

#### **d) Sujeto pasivo**

Según Armendáriz: *“Los sujetos pasivos son los progenitores, tutores, guardadores y fundamentalmente los menores de edad y los incapaces.”*<sup>273</sup>

La autora describe como sujeto pasivo a los progenitores ello porque el bien jurídico para la referida doctrinaria, no es solo la seguridad del menor sino también el derecho de los padres de cuidar y tener bajo su cuidado a sus hijos. Es por ello, que como víctima del

---

<sup>271</sup> Ramon Ribas, Eduard y Núria Torres Rosell. Óp. Cit. Página 31.

<sup>272</sup> Quinteros Telón, Bertha Lydia. Consecuencias que genera a la víctima la comisión del delito de inducción al abandono del hogar. Guatemala. 2013. Tesis de: Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Página 6.

<sup>273</sup> Armendáriz León, Carmen. Óp. Cit. Página 12.

delito se considera no solo a los menores sino en alguna proporción a los progenitores. Y aunque el código penal ha consagrado como sujeto pasivo al menor de edad pero mayor de diez años, indirectamente se ven afectados los padres del menor que ha abandonado su hogar por haber sido inducido a hacerlo por un tercero sin importar el motivo.

Siguiendo el análisis de Armendáriz<sup>274</sup>; el consentimiento del menor es irrelevante porque el delito que comete el inductor siempre se realiza con el consentimiento del menor, pero su consentimiento no es válido por carecer de capacidad para consentir. En algunos supuestos parece inadecuado el tomar en cuenta el consentimiento del menor como irrelevante ya que la mayoría de edad no se alcanza hasta los dieciocho años y en menores cuya edad se encuentra próxima a la mayoría legal pueden surgir conflictos con otros derechos que le son propios por su cualidad de persona, como el derecho a la libertad. Cuanto más adulto sea el menor, más peso debe tener su consentimiento cuando sus derechos entran en oposición con los derechos de sus padres a tenerlo en su compañía.

Cobo del Rosal<sup>275</sup> concuerda con que el sujeto pasivo no son solo los menores de edad sino también sus padres, tutores, guardadores, en la medida que la conducta afecta tanto a los derechos de éstos como a la seguridad del menor, a cuya garantía sirven.

Por lo que en cuanto al sujeto pasivo se refiere respecto del delito de inducción al abandono del hogar, serán siempre los menores de edad pero mayores de diez años, lo que implica que pueden ser niños comprendidos entre las edades de once años a dieciocho años de edad, siendo indiferente el consentimiento prestado por estos, pues se entiende que son un objeto fácil de manipulación y su voluntad y consentimiento sería irrelevante en materia penal. Pero cabe la posibilidad de admitir como sujeto pasivo también a los padres quienes se verían vedados de poder ejercer la patria potestad sobre sus hijos o descendientes.

---

<sup>274</sup> Armendáriz León, Carmen. *Óp. Cit.* Página 12.

<sup>275</sup> Cobo del Rosal Manuel. *Óp. Cit.* Página 428.

#### 4.3.4 Elemento subjetivo del tipo

De acuerdo con Donna: *“Se trata de un tipo doloso, y de dolo directo, siendo inaceptable el dolo eventual ello responde al fin del autor, es decir, la fuga de la casa de los padres, guardadores o encargados. El error puede funcionar respecto de algunas de las circunstancias del tipo (la edad del niño que se induce por ejemplo), sin embargo, puede existir otra clase de error, en el sentido de que la persona crea que se le está causando un daño al menor en la casa donde vive y tiene derecho, por ello, a irse de ella. En este caso el error es de prohibición”*.<sup>276</sup>

Creus<sup>277</sup> expone que la naturaleza de la acción solo admite una culpabilidad constituida por el dolo directo. El error puede funcionar a propósito de ciertas circunstancias del tipo, como sería la edad del menor a quien se induce.

Moreno citado por Donna<sup>278</sup> opinaba que cuando el menor tiene menos de diez años se supone la ausencia completa de las facultades para consentir, situación diferente se da cuando el menor tiene más de diez años, ya que si bien no posee todas sus facultades se encuentra en mejores condiciones para la defensa que antes de haber alcanzado la edad descrita.

Derivado de ello, se supone que el sujeto pasivo tiene por lo menos conocimiento de lo que está sucediendo y de su conducta, sin embargo, ello no evita el dolo esencial en este tipo de delito al igual que el resto de delitos objeto del presente estudio.

Resulta difícil o más bien imposible que exista error o imprudencia precisamente porque la acción típica es la de inducir al menor a que deje su hogar, ya sea que le ofrezca dinero, trabajo, marcharse a otra ciudad, por lo que el autor sabe que su actuar no es adecuado y que tal inducción se verá tipificada.

---

<sup>276</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 232.

<sup>277</sup> Creus, Carlos. *Óp. Cit.* Página 346.

<sup>278</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 230.

### 4.3.5 Disposiciones especiales

#### a) Momento de consumación

El delito se encuentra estructurado de tal forma, que cabe preguntarse si es necesario que el menor se fugue, sobre ese punto existen dos posiciones claramente delimitables. Por una parte, un sector de la doctrina considera que para que el delito se perfeccione basta la inducción, sin ser necesaria la efectiva fuga del niño. Se sostiene que la sola acción de aconsejar, sugerir e inducir al menor de edad a que abandone su hogar vulnera los derechos tuitivos de los padres, guardadores o encargados de la persona del menor. Con lo cual según esta parte de la doctrina, el delito es formal y se consuma con la sola acción de inducir siguiendo la tendencia subjetiva de la cual ya se había hablado.

Por el contrario, Donna Alberto<sup>279</sup>, sostiene que se requiere para la consumación del delito la inmediata fuga del niño, no siendo suficiente la mera inducción de la cual habla el precepto legal. Se concuerda con esta opinión puesto que sería necesaria además de la inducción por parte del autor, que ese actuar se vea reflejado en el abandono del sujeto pasivo de su casa.

En ese sentido existen dos posturas; de acuerdo con Buompadre citado por Donna: *“La primera postura afirma que el tipo prevé la inducción, siendo la fuga una consecuencia directa de la inducción y es por ende extra típica. Sería un delito de pura actividad, que se consumaría con la acción de inducir al niño a que se fugara de la casa de sus padres o guardadores.”*<sup>280</sup> Bajo este contexto Buompadre considera que la fuga temporaria también constituye delito de inducción al abandono del hogar.

Moras Mom<sup>281</sup> expone de igual forma la teoría respecto de si es necesario o no la fuga efectiva por parte del menor, y al respecto menciona que la inducción necesita de la fuga del niño porque de lo contrario le bastaría al autor agregar a la simple inducción, al consejo, un acto material para entrar en la figura de detención ilegal, en un grado de

---

<sup>279</sup> Donna Alberto, Edgardo. *Óp. Cit.* Página 231. También concuerdan con esta postura Sebastián Soler y Fontan Balestra. En la doctrina española, Díez Ripollés sostiene que la “consumación solo se dará cuando por efecto de la inducción, se produce el efectivo abandono” (en el mismo sentido Serrano Gómez y Rodríguez Ramos).

<sup>280</sup> *Loc. Cit.*

<sup>281</sup> Moras Mom, Jorge R y Laura T.A Damianovich. *Óp. Cit.* Página 198.

tentativa; saliendo de tal suerte de la figura de inducción al abandono del hogar. Desde luego se exige que el consejo que aspira a la determinación de la huida, sea serio y lo suficientemente relevante como para generar el efecto propuesto. Por lo que finaliza expresando que la consumación no admite grado, se perfecciona con la huida y efectivo abandono del menor en cuestión, no bastara la simple inducción.

Por su parte Armendáriz<sup>282</sup> afirma que la inducción es un delito de resultado donde éste sería el abandono del domicilio familiar, en caso el menor no dé comienzo a la ejecución, se estaría ante un acto atípico, pues la inducción no habría sido eficaz y como consecuencia no cabe el castigo ni como tentativa ni como provocación por no estar prevista de esta forma en el Código Penal. Pero si el inducido da comienzo a la ejecución, y la inducción ha sido eficaz pero por motivos ajenos al inducido éste no logra su propósito; la doctrina no es unánime en este punto al momento de calificar el grado de ejecución del delito.

Para Prats Canut citado por Armendáriz<sup>283</sup>; el hecho se ha consumado desde el momento en que el menor intenta abandonar el domicilio, pues para este autor, la conducta de inducción habrá sido eficaz. Pero si el menor no consigue finalmente el abandono se abre la puerta a una tentativa porque el dolo del sujeto activo implicaba una lesión a los derechos inherentes a la patria potestad, tutela, guarda; pero por causas ajenas a su voluntad, la conducta que objetivamente tuvo que haber producido tal lesión no lo hizo. El delito puede entrar en concurso con otros delitos por ejemplo si el menor se encuentra en compañía de su inductor y no lo entrega a sus padres, ello implicaría una sustracción. Asimismo puede entrar en concurso con delitos contra la libertad, libertad sexual, la integridad y la vida.

Se puede concluir que luego de haber expuesto ambas posiciones consideradas por la doctrina, la inducción al abandono del hogar queda consumado con el eficaz abandono del menor producto directo de la inducción que realizó el autor del delito en la persona del menor de edad pero definitivamente mayor de diez años de edad, el motivo o las razones por las cuales, el autor ha querido que el menor abandone su hogar no importa

---

<sup>282</sup> Armendáriz León, Carmen. *Óp. Cit.* Página 13.

<sup>283</sup> *Loc. Cit.*

lo que se considera importante es el hecho de que el menor de edad, se de a la fuga de su hogar y por consiguiente se considera un delito de resultado que no admite tentativa y que no cabe el error o la imprudencia.

#### **4.4 Delito de Entrega indebida de un menor**

##### **4.4.1 Antecedentes históricos**

Se debe comprender desde el inicio del presente capítulo que el delito de entrega indebida de un menor el cual se encuentra tipificado en el artículo 213 del Código Penal del Congreso de la República de Guatemala, tiene su origen en el Código Penal español<sup>284</sup>, puesto que la figura viene de tal legislación, es por ello que en la doctrina a la entrega indebida del menor se le conoce como un abandono de niños pero no un abandono tradicional en donde los padres o tutores dejan a su hijo en las calles a su suerte, para este caso, la doctrina lo concibe como un abandono impropio y ello se explicara en el siguiente apartado. Sin embargo cabe mencionarlo en este momento pues para explicar su historia se debe tener presente que se trata en sí del abandono de un menor y no en realidad de una entrega como podría pensarse.

De acuerdo con Ruiz-Calderón<sup>285</sup>; la protección jurídica del menor de edad es un fenómeno relativamente nuevo, no así, la normativa referida al abandono, pues existen innumerables fuentes históricas que hacen alusión al tema. A la caída del Imperio Romano de Occidente, y el consiguiente establecimiento del reino visigodo en la península, no supone en principio una alteración de las normas relativas al tema. Por lo que el ordenamiento jurídico romano no solo se mantuvo sino fue incorporado a los códigos y la razón que aducen los doctrinarios es por la superioridad cultural del Imperio Romano respecto del pueblo visigodo así como la coexistencia prolongada entre ambos lo que provoco que el pueblo visigodo se identificara con la cultura hispano-romano e

---

<sup>284</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley orgánica 10-1995 y sus reformas.

<sup>285</sup> Ruiz-Calderón, Manuel Serrano. "El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal". *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*. Número 45. España. 2010. Página 31. Disponibilidad y acceso:

[http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/45/estudio2.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/45/estudio2.pdf).

Consultada el 02/05/2016.

inclusive adoptara todo su sistema político, económico y social. No fue sino hasta la Edad Media que el pueblo visigodo comenzó a legislarse por sí mismo, sin embargo no se alejó por completo de la normativa romana.

De conformidad con Ruíz-Calderón<sup>286</sup>, el *Liber Iudiciorum Lex Visigothorum* fue una ley emitida por el Rey Recesvinto y promulgada en el año 654 la cual fue considerada la obra cumbre de la legislación visigoda, la misma constaba de doce libros, subdivididos en títulos, siendo de especial relevancia para el presente análisis, el Libro IV de dicho documento, pues el mismo, contempló lo relativo a la familia. El legislador lo hizo en forma más desarrollada a comparación de la legislación romana, al condenar sin atenuantes el abandono de niños, y aumentar el castigo a los padres. De esta forma si un niño era abandonado pero posteriormente reconocido por los padres éstos estaban obligados a pagar a quien lo hubiere recogido por él, o bien proporcionarle un sustituto, pudiendo el Juez, si se negaban a ello, liberar al hijo utilizando los bienes de los padres, e incluso, si eran insuficientes, entregar a los propios padres. Otra norma, se refiere al supuesto en que los padres entreguen a su hijo a otra persona para que lo críe; en este caso el “acogedor”, podrá exigir cierta cantidad de dinero por año hasta que el niño cumpla diez debiendo el propio niño, con posterioridad a esa edad pagar su manutención, si se niega, podrá ser reducido a esclavitud en beneficio de quien lo mantiene. En este sentido cabe mencionar, que la normativa era bastante dura pero no solo con los padres sino también con el menor de edad en cuestión, dejándolo desprovisto de medios de protección en las situaciones en donde éste debía vivir con otra persona distinta a sus padres y debía proporcionar sus propios medios de subsistencia, pues de lo contrario quedaba reducido a una cosa, a un esclavo.

Siguiendo el análisis de Ruiz-Calderón<sup>287</sup>; De manera curiosa y al parecer un tanto contraria, se declaró la nulidad del contrato de compraventa de un hijo, estableciendo que el comprador no adquiriría ningún derecho sobre él; perdiendo entonces el precio pagado. Los castigos fueron aumentando con posterioridad. En *Decretales* de Gregorio IX se decreta la extinción de la patria potestad en caso de exposición del infante por el padre y

---

<sup>286</sup> Ruiz-Calderón, Manuel Serrano. *Óp. Cit.* Página 31.

<sup>287</sup> *Loc. Cit.*

aún más se estableció pena de muerte si a causa del abandono el menor fallecía. Pero la normativa que para efectos del presente capítulo interesa es la recogida en la Partida Cuarta la cual no dista mucho de la hasta ahora analizada; pues en esta se regula la obligación de los padres de criar a los hijos; en donde se compara con animales pues si estos que carecen de razonamiento, de inteligencia, por instinto crían a sus hijos de igual forma lo debieran de hacer los humanos quienes si razonan, poseen conocimientos e inteligencia. Se establece en la Ley V, a que hijos están obligados o no los padres a criar y en ese sentido, impone el deber tanto al padre como a la madre, la obligación de criar a todos los hijos. En el caso de los hijos legítimos, el deber se extiende no solo a los padres, sino también a los parientes ascendientes por la línea recta tanto del padre como de la madre, por ejemplo, los abuelos. En cuanto a los hijos habidos fuera del matrimonio, la obligación se impone únicamente a la madre y ascendientes de ésta, ello porque siempre es cierto el hijo que nace de la madre; mientras que tal deber en este caso no subsiste respecto del padre, y sus ascendientes.

#### **4.4.2 Concepto**

##### **a) Doctrinario**

Según Luis Roca de Agapito: *“Castiga la mera infracción formal del deber educacional, carente de cualquier contenido material de lesividad para los menores, lo que explica quizás la pena tan leve que tiene (una multa)”*.<sup>288</sup>

Sostiene el autor que la pena a imponer es leve debido a que no existe una intención de causar daño al menor, el delito consiste en entregar al menor a una institución pública sin dar aviso a la autoridad pero no hace referencia a una conducta lesiva para la persona del menor y por ello se coincide con el autor en cuanto a que la pena es leve.

Álvarez y Vizmanos indican que: *“El abandono de niño lo comete el padre o la madre que no cuida a su hijo, faltando a los deberes que la naturaleza y las leyes le imponen, sin entregarlo a hospicio o establecimiento de los que la beneficencia pública sostiene para la crianza y educación de los niños desvalidos y menesterosos”*.<sup>289</sup>

---

<sup>288</sup> Roca de Agapito, Luis. “Abandono de menores”. *Revista de derecho penal y criminología*. 3era. N° 8. España. Julio 2012. Página 21.

<sup>289</sup> Ruiz-Calderon, Manuel Serrano. *Óp. Cit.* Página 39.

Pacheco citado por Ruiz-Calderón afirma: “*Que se puede incluir en el delito de abandono el supuesto de entrega del menor en el torno de la Inclusa o por ejemplo, cuando se realice por ocultar la deshonra de la madre, aunque este autor aboga por la inculpabilidad*”.<sup>290</sup>

De acuerdo con Wolters Kluwer<sup>291</sup> el tipo delictivo es conocido en la doctrina como abandono impropio porque realmente no se abandona la menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección, sino que se da a un tercero para que cuide de él sin un control administrativo.

Por lo que de acuerdo con este concepto la sanción penal proviene porque el que teniendo a su cargo el cuidado de un menor o de una persona con discapacidad, lo entrega a un tercero o a una institución pero sin observar los trámites que la Administración y la Ley mandan, pues el hecho de que alguien tenga la guarda y custodia de un menor de edad, ello no implica que puedan disponer de su vida como ellos quieran o entregarlo a quien ellos deseen.

Según Justipedia: “*Consiste en la entrega a otra persona o a un establecimiento público de un menor o incapaz por quien lo tiene a su cargo para criarle o educarle, sin el consentimiento de quien se lo hubiere confiado, o en su defecto de la autoridad*”.<sup>292</sup>

No hay peligro para el menor porque no es un abandono per sé, incluso queda protegido al momento de ser entregado a una institución pública por lo que no hay un peligro para el menor, y nuevamente se hace mención también a la persona incapaz por lo que para la legislación española por ejemplo, no solo es víctima el menor de edad sino también la persona incapaz.

---

<sup>290</sup> *Loc. Cit.* Fue hacia 1796 cuando, tal y como se recoge en el Reglamento Interno de la Inclusa de Madrid, se estableció en España la instalación en las Inclusas del torno; se trataba de un mecanismo sencillo que constaba de un cilindro que giraba sobre su eje y tenía uno de sus lados abierto; el lado cerrado daba a la calle y cuando una persona, normalmente la madre, quería dejar a un recién nacido, tocaba el timbre, y la persona que estaba de guardia hacía girar el cilindro y presentaba al exterior el lado abierto, para posteriormente girarlo y recoger al niño.

<sup>291</sup> Guías Jurídicas. Wolters Kluwer. Abandono de familia, menores y personas con discapacidad. España. Disponibilidad y acceso: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento>. Consultada el 02/05/2016.

<sup>292</sup> Juspedia. Delitos contra las relaciones familiares. España. 2013. Disponibilidad y acceso: <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-penal-ii/parte-1-delitos-contra-las-personas/13-delitos-contra-las-relaciones-familiares#TOC-Abandono-impropio>. Consultada el 02/05/2016.

## b) Legal

El delito de entrega indebida de un menor se encuentra tipificado en Título IV De los delitos contra la libertad y seguridad de la persona; Capítulo III, en el artículo 213 del Código Penal mismo que establece que: *“Quien tenga a su cargo la crianza o educación de un menor de edad y lo entregare a un establecimiento público o a otra persona pero sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad en su defecto, será sancionado con multa de cien a quinientos quetzales”*.<sup>293</sup>

Primero se debe comprender que el legislador establece ciertos supuestos para esta figura y una que llama la atención es el término “crianza” que según el diccionario de la Real Academia Española, es: *“La acción y efecto de criar, especialmente las madres o nodrizas mientras dura la lactancia”*.<sup>294</sup> Por lo que la crianza la tienen a cargo las madres o bien una tercera persona a quien los padres encomienden tal acción aunque generalmente, en sociedad, es usual que la crianza la tengan los padres.

De conformidad con la Unión de Trabajadores y Trabajadoras: *“Las prácticas de crianza se refieren a la aplicación de acciones de atención a los niños, basadas en las creencias personales, derivadas de los patrones culturales de la pertenencia, conocimientos adquiridos e ideas de lo que debiera ser hecho”*.<sup>295</sup>

El precepto legal continua afirmando, que asimismo quienes tengan a cargo la educación de la persona menor de edad lo pueden cometer y por educación el Diccionario de la Real Academia Española, establece lo siguiente: *“Crianza, enseñanza y doctrina que se da a los niños y a los jóvenes”*.<sup>296</sup>

En ese sentido la crianza y educación de los infantes van de la mano pues la educación no se refiere exclusivamente a aquella encargada a los colegios o escuelas por ejemplo

---

<sup>293</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>294</sup> Crianza. Real Academia Española. Disponibilidad y acceso: <http://www.rae.es/>. Consultada el 02 de mayo del 2016.

<sup>295</sup> Unión de Trabajadores y Trabajadoras. Las prácticas de crianza. Disponibilidad y acceso: [http://www.unter.org.ar/imagenes/55307920-LAS-PRACTICAS-DE-CRIANZA\\_0.pdf](http://www.unter.org.ar/imagenes/55307920-LAS-PRACTICAS-DE-CRIANZA_0.pdf). Consultada el 02 de mayo del 2016.

<sup>296</sup> Educación. Real Academia Española. Disponibilidad y acceso: <http://www.rae.es/>. Consultada el 02 de mayo del 2016.

sino también a educar al menor de edad en cuanto a buenos modales, valores, integridad, y aquellos ámbitos que van más allá de lo que la escuela está destinada a enseñar.

Continúa afirmando el artículo 213 del Código Penal<sup>297</sup>, que consecuentemente a estar encargado de educar, criar al menor de edad, la persona encargada no lo conserva por el contrario decide mejor entregarlo a un establecimiento público que bien podría referirse a un hospicio, un hospital quizá o bien a un tercero en quien confiar el cuidado del infante y es por eso que la pena a imponer no sea privativa de libertad como el resto de artículos analizados en los capítulos anteriores, por el contrario, la pena es pecuniaria, esto es una multa que actualmente, viene siendo una cantidad no muy elevada para quien resulte condenado.

Cabe mencionar que es de la opinión de la doctrina, que este delito no es muy común, y resulta muy extraño que alguien siquiera resulte condenado por el delito de la entrega indebida de un mejor o mejor conocido por la doctrina por el abandono impropio de menores de edad, y con ello se concuerda pues no es una figura muy usual y conocida como consecuencia existen pocos estudios al respecto.

#### **4.4.3 Elementos del tipo objetivo**

##### **a) Bien jurídico tutelado**

En relación al bien jurídico protegido Muñoz Conde refiere que: *“Es en definitiva la seguridad; asimismo afirma que esta implicaría la ausencia de peligro, debe ser entendida como la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona de ser ayudada por sus familiares obligadas a ello, o por lo menos, de no ser puesto en situación de peligro por sus propios familiares.”*<sup>298</sup>

Esto es comprensible, puesto que el menor de edad confía en que sus padres o guardadores lo van a cuidar de la mejor forma posible; a ellos se les ha confiado su protección y seguridad por lo que no es concebible que sean aquellos que lo cuidan los mismos que lo entreguen a cualquier establecimiento público.

---

<sup>297</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>298</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Óp. Cit.* Página 311.

Algunas opiniones doctrinales involucran tanto la vida y seguridad del sujeto pasivo como el deber de asistencia impuesto por la ley. Garrido Montt sostiene que: “*Lo protegido por el legislador, es el desarrollo adecuado de la familia, a la cual la Constitución le reconoce su carácter de núcleo fundamental de la sociedad; la cual tiene entre otros, un rol de mutua protección de los que la integran, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha impuesto deberes recíprocos de asistencia*”.<sup>299</sup>

Por lo que el bien jurídico protegido en esencia consiste en la seguridad de la persona pero ello debido al cumplimiento de deberes de asistencia que impone la ley a los padres respecto de sus hijos.

Dentro de la misma línea, Etcheberry<sup>300</sup> postula que lo que se sanciona primordialmente es la violación a los deberes de asistencia familiar, agrega además que es un delito que atenta en cierta forma contra la vida, la salud del sujeto pasivo, pero no se encuentra reglamentado entre los delitos contra las personas, porque no es la lesión lo que quiere el agente, no existe la intención de dañar.

Concuerdan en gran medida con ello, Labatut Glenda citado por Etcheberry<sup>301</sup>, al afirmar que el bien protegido es la salud, vida y seguridad de la persona. De tal modo que doctrinariamente existen pluralidad de intereses que los autores identifican como bienes protegidos. Sin embargo, hay quienes limitan el bien jurídico tutelado exclusivamente a la vida y salud de las personas. Tal es la postura de Politoff, Matus y Ramírez.

Por lo tanto, doctrinariamente existe una división en cuanto a la configuración del bien jurídico protegido. Para algunos como lo expresa Lorenzo Copello<sup>302</sup> lo protegido es la seguridad personal del sujeto pasivo, en este caso del menor de edad; o conjunto de condiciones materiales y morales que garantizan una vida digna de estas personas.

---

<sup>299</sup> Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, parte especial*. Chile. Santiago editorial Jurídica. 2007. 3era edición. Página 233.

<sup>300</sup> Etcheberry Alfredo. *Derecho Penal*. Chile. Santiago Editorial Jurídica. 1998. 3era edición. Página 17.

<sup>301</sup> *ibid* página 11.

<sup>302</sup> Lorenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2001. Página 23.

Otros como Carbonell Mateu<sup>303</sup> afirman, que se trata de proteger los derechos inherentes a la patria potestad, tutela, o guarda en cuanto a presupuesto de la seguridad de los menores o en su caso los incapaces. Asimismo existe la opinión, que en cuanto el delito no precisa que se produzca riesgo alguno para la seguridad de las personas, el delito podría configurarse como mero incumplimiento a las normas del Derecho de Familia.

Según Roca Agapito<sup>304</sup>, a pesar que el delito se concibe como mero ilícito civil elevado a la categoría de infracción penal, no se debe perder de vista que las normas de Derecho de familia en cuestión, tienen su razón de ser al tratar de garantizar la indemnidad física, psíquica e inclusive moral de la persona menor de edad; con lo que ese sería el contenido de lo injusto en el delito de abandono de menores o entrega indebida de estos.

En esencia el interés que se intenta proteger, es la seguridad personal, al cual se puede otorgar cierta autonomía y concebirlo como el conjunto de condiciones que garantizan la indemnidad personal, en este caso fundamentalmente de los menores de edad. Siguiendo a Diez Ripollés, habría que incluir dicho bien jurídico al marco de la guarda.

De acuerdo con Roca de Agapito<sup>305</sup>, la familia no es objeto de protección del delito de abandono impropio o entrega indebida de menores, sino más bien el marco institucional en donde se producen las conductas delictivas que afectan a bienes jurídicos individuales. Por naturaleza se presupone que la familia está fundada en el amor y afecto que se profesan sus miembros, pero la intervención penal se produce cuando dichos sentimientos ya se han roto. El Derecho Penal interviene entonces, no para tratar de recomponer esa situación, sino simplemente para garantizar la protección de los individuos que componen la familia, y especialmente aquellos más vulnerables.

Finalmente derivado de lo anterior, se puede concluir que en la doctrina existe diversidad de opiniones en cuanto al bien jurídico tutelado por el delito de entrega indebida de un menor o como se le conoce usualmente por el abandono impropio de menores, algunos consideran que lo que se tutela es la vida, salud, integridad, indemnidad del menor de

---

<sup>303</sup> Carbonell Mateu, González Cussac. *Delitos contra las relaciones familiares*. Valencia. Tiran lo Blanch. 2004. Página 374.

<sup>304</sup> Roca de Agapito, Luis. *Óp. Cit.* Página 8.

<sup>305</sup> *Ibíd.* Página 6.

edad, otros consideran que en definitiva se protege todo ello pero como un presupuesto de la seguridad de la persona pues al entregar al menor de edad a un establecimiento se está atentando su debida protección y cuidado por aquellos a quienes la ley les impone tal obligación. Por otro lado, es de la opinión de un sector reducido, que en realidad no se atenta contra la vida o seguridad del infante sino se está incumpliendo con los deberes que el Derecho de Familia impone y en ese sentido es necesario la intervención del Derecho Penal para proteger los intereses de los más vulnerables, esto es la persona menor de edad o inclusive la persona incapaz, pues las relaciones familiares son inestables o se ha roto ese vínculo de protección y asistencia mutua.

Se considera que en definitiva lo que se protege es la seguridad del menor pero no en función que peligre la vida del menor de edad, pues con la entrega indebida del infante no se quiere dañar o en algún modo poner en peligro su vida, sino precisamente lo que referían autores ya citados, lo que se incumple es con un deber relacionado con derechos de familia, y obligaciones de los padres o tutores de cuidar y velar por el bienestar del menor, por lo que se intenta proteger al menor, y todo lo relativo a su seguridad.

#### **b) Sujeto activo**

Ruiz- Calderón sostiene que: *“El delito se denomina entrega indebida, porque supone la entrega del menor de edad por quien no tiene capacidad para ello, no tiene autorización o facultad para entregar al menor a un establecimiento público o a un tercero. Y es por ello que se denomina entrega indebida de un menor”*<sup>306</sup>. Por lo que no pueden ser sujeto activo: padres, tutores, guardadores. Por el contrario, se deben considerar como sujeto activo: sólo a las personas que hayan accedido al ejercicio de las funciones de crianza y educación ya sea por encomienda o por mandato de los titulares.

El precepto además establece un requisito para el autor del delito; el que tenga a su cargo la crianza o la educación puede ser cualquiera de las dos, se asume que el padre confió encargarle a un familiar, a un amigo, el cuidado de su hijo pero éste en lugar de permanecer con el menor decide entregarlo a un establecimiento público que además se considera puede ser alguna entidad privada , o bien a un tercero para que lo cuide pero no lo consulta con quien se lo confió en primer lugar o no dio aviso a la autoridad. Pero

---

<sup>306</sup> Ruiz-Calderon, Manuel Serrano. *Óp. Cit.* Página 27.

en principio puede ser cualquier persona siempre que reúna esa cualidad; la de tener a su cargo la crianza o educación.

Torres Sandoval afirma que: *“En Alemania, Strafgesetzbuc, es como se denomina al abandono y exposición de personas pero en particular sanciona a quien ponga en peligro, abandone y desampare, aunque este bajo su custodia o esté obligado de otra manera para asistir y lo exponga de esta forma al peligro, castigándolo con pena privativa de libertad. Pero la pena privativa de libertad es aún mayor cuando el autor lo cometa contra su hijo o una persona a la que le es encomendada para la educación o formación.”*<sup>307</sup>

Por lo que el *Strafgesetzbuc*, castiga de forma más severa el abandono o entrega indebida del infante, quizá sea porque la legislación alemana en primer lugar considera como sujeto activo a los propios padres que abandonan y causan una situación de peligro para sus hijos, además que dicho delito se encuentra tipificado en el apartado de delitos contra las personas al contrario de nuestra legislación que como se ha venido analizando a lo largo del presente estudio, es uno de los delitos que se ubican en el apartado de delitos contra la libertad y seguridad de las personas.

Para el caso del abandono impropio no importan los motivos que tenga el autor para entregar al menor sin estar facultado para ello, lo importante es que no representa un peligro real para el sujeto pasivo en especial cuando se entrega a un establecimiento público que por lo general serán aquellos encargados del cuidado de niños abandonados o desamparados. Pero que sí representa el incumplimiento de cuidar al menor, de su educación, crianza y protección.

### **c) Acción típica esperada**

Ruiz-Calderón establece que: *“No hay un abandono como tal, pues el menor de edad en ningún caso queda desatendido, sino que lo que se produce es un traspaso o cesión irregular del ejercicio de la guarda. En este caso no existe un riesgo claro para el menor, especialmente cuando el receptor es una institución pública de las que están encargadas*

---

<sup>307</sup> Torres Sandoval, Javiera. “Delito de Abandono de personas desvalidas”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLIII. No. 2. Chile. Segundo semestre 2014. Universidad Católica de Valparaíso. Página 11.

*de la protección de menores. Además el escaso castigo que se impone al autor, refuerza esta teoría.”*<sup>308</sup>

El tipo básico de abandono impropio, es pues, la mera actividad, consistiendo la conducta típica en la entrega del menor. De acuerdo con Blanco Lozano<sup>309</sup>, no es necesario que se ponga en peligro la vida o la integridad del menor; lo que se sanciona es la situación de peligro, de peligro abstracto en que se deja al menor solo y sin compañía durante varias horas en ocasiones. El autor genera un riesgo potencial, pues ante cualquier incidencia los menores no poseen capacidad de reacción para hacerle frente.

De acuerdo con Torres Sandoval, la conducta típica consiste en: *“Un delito de omisión, pues es el incumplimiento de los deberes de asistencia respecto de menores sometidos a tutela, guarda o acogimiento familiar, o bien, el incumplimiento de la obligación de proporcionar la asistencia necesaria para el sustento”*.<sup>310</sup>

Por su parte Roca Agapito; afirma que: *“Lo que se castiga es la entrega indebida de menores, por la persona que no está facultada para ello. Se castiga la mera infracción formal del deber educacional, carente de cualquier contenido material de lesividad para los menores, lo que se explica con la pena tan leve (una multa). Es por ello que se castiga simplemente un traspaso no autorizado de la crianza y educación por la persona que lo venía ejerciéndolas a otra, que puede ser incluso un establecimiento público (entendido como un organismo público encargado de la protección de menores o incapaces)”*.<sup>311</sup> Y tal como la doctrina ha expresado, la entrega a otra persona no tiene por qué ser un riesgo para el menor o inclusive al incapaz.

Dentro de la misma línea de análisis, Cobo del Rosal<sup>312</sup>, expresa que la conducta típica es la entrega y no el abandono, porque no se produce una cesación del apoyo y cuidado, sino un cambio de la persona que lo presta, pero lo que importa es, que fue una decisión

---

<sup>308</sup> Ruiz-Calderon, Manuel Serrano. *Óp. Cit.* Página 27.

<sup>309</sup> Blanco Lozano Carlos. Tratado de derecho penal español. Tomo II: el sistema de la parte especial. Volumen I: delitos contra bienes jurídicos individuales. Barcelona, España. Editorial J.M Bosch. 2005. Página 390.

<sup>310</sup> Torres Sandoval, Javiera. *Óp. Cit.* Página 6

<sup>311</sup> Roca de Agapito, Luis. *Óp. Cit.* Página 21.

<sup>312</sup> Cobo del Rosal Manuel. *Óp. Cit.* Página 442.

unilateral por quien lo venía dando hasta ese momento. Lo determinante, es pues, la falta de autorización de la persona que hubiere confiado al sujeto activo al menor, o de la autoridad en su defecto, lo que coloca en primer plano la infracción de los derechos de guarda y custodia.

Buenestado Barroso: *“La acción típica consiste en entregar al menor a un establecimiento público u otra persona, es decir, el paso del menor o incapaz a manos de una persona distinta de aquella a la que se le ha confiado”*.<sup>313</sup>

Por lo que se puede concluir que la acción típica, es la mera entrega del menor a un establecimiento público para que se hagan cargo de él o bien a un tercero y se castiga porque el autor no estaba autorizado o facultado para hacer el traslado del ejercicio de la educación o crianza que fueron encomendadas a él por los padres o tutores, guardadores. Es por ello que se dice que no implica un daño o poner en peligro grave al menor de edad porque realmente lo que se hace es un traslado de las facultades de educación, crianza, guarda y cuidado del niño.

#### **d) Sujeto pasivo**

El artículo 213 del Código Penal<sup>314</sup>, no establece cualidades especiales, la única que se estipula es que solo pueden ser sujeto pasivo los menores de edad, lo que para el caso de nuestra legislación serían todos los niños que no hayan cumplido aún los dieciocho años. Pero en principio cualquier menor de edad recordando que por menor de edad se entiende toda aquella persona que no ha alcanzado la mayoría de edad legalmente establecida en su país.

Algunas legislaciones contemplan también sujeto pasivo a la persona incapaz. Aunque el artículo 213 del cuerpo ya citado, específicamente menciona los menores de edad. La acción delictiva como ya se ha mencionado consiste en la entrega del sujeto pasivo a un establecimiento público o tercero sin la anuencia del titular de la patria potestad o de una autoridad en su defecto como la policía. El consentimiento del sujeto pasivo es irrelevante tal como sucede en los delitos de sustracción; sin embargo los derechos de alimentación,

---

<sup>313</sup> Buenestado Barroso, José Luis. *Óp. Cit.* Página 181

<sup>314</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

guarda, enseñanza, no se ponen en peligro pues el menor es entregado a un lugar donde se ocuparan de ello.

Cabe mencionar que como sujeto pasivo de forma indirecta se podría considerar también a los padres o tutores legítimos pues son ellos quienes se ven afectados por la entrega indebida o el abandono impropio que cometió el autor, sin su consentimiento, autorización o anuencia. Limitando de esta forma el poder ejercer la patria potestad y todos los derechos inherentes a la misma; pues no conocen de tal entrega.

#### **4.4.4 Elemento subjetivo del tipo**

De acuerdo con Buenestado Barroso: *“Es necesario el dolo. El error sobre la existencia de consentimiento de quien haya confiado debe tratarse como error de tipo.”*<sup>315</sup>

Por lo que requiere la presencia del dolo, esto es, la voluntad de abandonar ya sea en forma eventual o directa. Pero Buenestado dice que aun cuando exista dolo y al mismo tiempo exista el consentimiento del tercero, la conducta se convierte en un error de tipo como consecuencia; una conducta atípica y no punible.

Podría calificarse como delito de omisión porque constituye un incumplimiento a los deberes de asistencia respecto del menor en cuanto a alimentación, protección, cuidado, educación y la crianza que engloba todos asimismo un delito de resultado.

Martínez Guerra afirma que: *“Es un delito de omisión propia porque se sanciona el no prestar la asistencia debida, sin exigir la producción de algún resultado que pudiere afectar la vida o salud del sujeto pasivo.”*<sup>316</sup>

Derivado de lo anterior se puede concluir que es un delito esencialmente doloso y de resultado, la ley no tipifica atenuantes como tampoco agravantes, no admite tentativa toda vez que se considera como delito de comisión por omisión y de resultado, cuyo fin es entregar a un menor de edad a quien un tercero le confió su crianza y educación en lugar de protegerlo y cuidarlo lo entrega sin anuencia del tercero a un establecimiento público o tercero sin consentimiento o permiso del tercero o de la autoridad. Es por ello

---

<sup>315</sup> Buenestado Barroso, José Luis. *Óp. Cit.* Página 181

<sup>316</sup> Martínez Guerra, Amparo. *Del abandono de familia, menores o incapaces, Código Penal comentado y con jurisprudencia.* España. 2009. Página 756.

que se considera violentada la seguridad del menor pero que no implica un peligro a su vida porque la intención no es la de dañar al infante sino la de incumplir con los deberes de asistencia.

#### **4.4.5 Disposiciones especiales**

##### **a) Momento de consumación**

De acuerdo con Viada y Vilaseca: *“Existirá delito de abandono cuando haya una interrupción, aunque sea momentánea, de los cuidados que, a todas horas, se deben a los menores.”*<sup>317</sup>

De conformidad con Martínez Guerra<sup>318</sup>; el delito se consuma cuando la omisión ha provocado una real situación de inseguridad para el sujeto pasivo; asimismo se dice que es un delito permanente de omisión que se perpetra de manera ininterrumpida mientras el culpable persista en el abandono del menor de edad, por lo que sus efectos duran mientras persista la situación de incumplimiento.

El delito se consuma y perfecciona con la simple entrega indebida claro está; pues lo entrega quien no debe a un tercero o establecimiento público sin la autorización de los padres o de la persona quien le encomendó las tareas de educación y crianza del niño. El delito se considera permanente por algunos autores en cuanto que sus efectos se extienden por todo el tiempo que dure el abandono impropio pero ello en relación a los efectos que ocasiona la comisión del delito. Sin embargo, una vez realizada la entrega del niño a un tercero o al establecimiento público, se considera consumado el delito de entrega indebida de un menor.

---

<sup>317</sup> Ruiz-Calderon, Manuel Serrano. *Óp. Cit.* Página 11.

<sup>318</sup> Martínez Guerra, Amparo. *Óp. Cit.* Página 6.

## **Capítulo Final**

### **PRESENTACION, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

#### **1. Presentación**

Como parte de la técnica utilizada en el proceso del presente trabajo de tesis, se efectuaron cuadros de cotejo donde se logró la comparación de los delitos contra la libertad y seguridad de la persona, regulados en Guatemala con los de otras legislaciones como lo son España, Argentina, México, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Panamá y Costa Rica, el propósito de los mismos es lograr establecer las semejanzas y diferencias que pueden darse respecto a cada delito en los diferentes ordenamientos jurídicos, como por ejemplo la forma como están regulados, quien puede ser el autor del delito o el sujeto pasivo; la acción típica, el bien jurídico tutelado, la denominación que se le da a cada acción típica, antijurídica, culpable y punible por ejemplo lo que se conoce como detención ilegal en la legislación de un país; en otro se le conoce como privación ilegal de libertad.

Es por ello; que se realizó un estudio minucioso tanto en doctrina como en las diferentes legislaciones de manera que se puedan contrastar las distintas legislaciones y encontrar los supuestos de hecho en la norma penal que los hacen ser similares y también aquellas circunstancias que los diferencian. El bien jurídico tutelado también es otro factor que puede ser diferente en una y en otra legislación. Nuevamente; el cuadro de cotejo es un instrumento que permitió ilustrar el trabajo realizado y de alguna forma poder realizar ese compendio de doctrina respecto a los delitos que fueron objeto de estudio del presente trabajo, siendo estos: detenciones ilegales, aprehensión ilegal, allanamiento, sustracción de menores (propia e impropia), sustracción agravada, inducción al abandono del hogar y la entrega indebida de un menor.

#### **2. Análisis y discusión de resultados**

##### **Delito de detenciones ilegales**

## España

El Código Penal español contempla el delito de detención ilegal en el artículo 163 numeral 1; que estipula “*El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años*”.<sup>319</sup>

Se relaciona con el artículo 203 del Código Penal guatemalteco el cual establece: “*La persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a quien proporcionare lugar para la ejecución de este delito.*”<sup>320</sup>

Básicamente ambas figuras tienen la misma finalidad y es la de proteger la libertad de la persona, su libertad de deambular sin limitación alguna. El Código Penal español no denomina de ninguna forma a esta figura como sí lo hace nuestra legislación asimismo difieren en cuanto a la pena; pues la pena tiende a ser más severa en la legislación española (de cuatro a seis años) contrario a nuestro Código Penal que impone una pena máxima tres años y mínima de un año de prisión.

El artículo 163 de la ley penal de España, contempla además atenuantes a la pena pues establece que si el culpable diere libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención, y sin haber logrado su objetivo, se impondrá una pena inferior en grado. Situación que no ha contemplado el artículo 203. Continúa estableciendo el artículo 163 de la ley penal de España en su numeral tercero: “*Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días*”.<sup>321</sup> Para este caso, la pena se vería agravada puesto que el legislador contemplo que si el encierro tuvo una duración mayor a los quince días al sujeto activo deberá imponérsele una pena mínima de cinco años y máxima hasta de ocho años. Por lo que la legislación española ha sido más severa para sancionar una detención o encierro ilegal.

---

<sup>319</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley Orgánica 10-1995 y sus reformas.

<sup>320</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

<sup>321</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley Orgánica 10-1995 y sus reformas.

Sin embargo, el Código Penal guatemalteco en el artículo 204 contemplo circunstancias agravantes siendo las siguientes: 1) Si la detención durare más de tres días contrario a los quince días que estableció la legislación española al respecto; 2) si para ejecutar el delito se empleó amenaza de muerte, un trato cruel o infamante al ofendido; 3) si el delito fue cometido por más de dos personas; 4) si fue debilitada o anulada la voluntad de la víctima; 5) si como consecuencia del delito, la víctima resultó afectada mentalmente ya sea en forma temporal o permanente.

### **Argentina**

El Código Penal de Argentina lo contempla en el artículo 141: “*Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal*”.<sup>322</sup>

La doctrina argentina denomina a este delito, a diferencia de la ley penal guatemalteca, como una privación de la libertad personal, difiere asimismo en cuanto a la pena aunque se asemeja en cuanto a la pena máxima la cual es de tres años para ambas legislaciones. Cabe mencionar que en cuanto a este delito se refiere el sujeto activo y pasivo es igual en cualquier legislación, pues el autor del delito puede ser cualquier persona y pasivo de igual forma cualquier persona no obstante en el artículo 203 del Código Penal de Guatemala; el legislador considera también como sujeto activo, al que proporcionare el lugar para ejecutar el delito. Y difiere en ese sentido del resto de legislaciones a analizar.

En cuanto al texto penal de Argentina, este es escueto para describir el tipo penal sin embargo derivado de la doctrina se ha podido establecer que la esencia del delito estriba en privar a una persona de su libertad, de moverse a través del espacio físico; pero importante es que toma como sujeto pasivo inclusive a aquellos cuya libertad de movilización se encuentra en algún punto ya limitada, por ejemplo, podrían ser sujeto pasivo el invalido, o la persona que se encuentra reducida a servidumbre. No obstante en Argentina no se considera como sujeto pasivo de una detención ilegal al menor de edad, o aquellos que no pueden prestar su consentimiento o expresar su voluntad.

---

<sup>322</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Nación Argentina. Decreto 11-179.

En tanto, que en la relación con la legislación guatemalteca, el legislador no hace distinción o más bien es indiferente el consentimiento o la voluntad que pueda o no exteriorizar el individuo. Asimismo el sujeto activo podría ser aquel que solamente impida que alguien vaya a determinado sitio pero sin impedirle que vaya a cualquier otro lugar. De esta forma; la legislación penal argentina, considera ciertos supuestos especiales para el elemento objetivo del tipo. Tanto en Guatemala como en el resto de legislaciones, se está frente un delito doloso, que necesariamente implica la intención de encerrar, detener, privar a una persona de su preciada libertad.

Finalmente, Argentina al igual que España ha contemplado ciertas circunstancias que agravan la pena para el caso de Argentina la pena puede aumentarse de dos a seis años de prisión cuando:

- 1) El hecho fuere cometido con violencia, amenaza o fines religiosos;
- 2) Si lo comete contra un ascendiente, hermano, cónyuge
- 3) Si como resultado del delito resultare un daño grave la persona, a su salud o a sus negocios.
- 4) Si se comete simulando ser autoridad pública o la detención dura más de un mes.

## **México**

El artículo 364 del Código Penal Federal establece: “*Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa: Al particular que prive a otro de su libertad. Si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas, la pena de prisión se incrementará de un mes más por cada día.*

*La pena de prisión se aumentará hasta en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia, cuando la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta”.* <sup>323</sup>

---

<sup>323</sup> Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. Código Penal Federal y sus reformas.

En la legislación penal mexicana, el delito de detenciones ilegales es conocido como privación ilegal de la libertad difiere además de la legislación guatemalteca en cuanto a la pena, pues se impone de seis meses a tres años de prisión al autor del delito pero además contempla de veinticinco a cien días de multa. En este caso se agrava la pena si la privación excede de veinticuatro horas, en España se había mencionado que se agrava si no se restablece la libertad del individuo pasado quince días.

El tiempo que transcurre la persona en el encierro o detención es el factor que determina si la pena relativa al delito se agrava y que como se ha expuesto en estos tres primeros países es relativo y es diferente para cada legislación lo importante es que si la detención ilegal se prolonga en el tiempo mayor es la pena a imponer puesto que el sujeto pasivo se visto limitado en su propia libertad de movilizarse, de trasladarse de un lugar a otro y es precisamente ese el bien jurídico a tutelar. Importante mencionar que en México se contempla la posibilidad que la detención o privación ilegal sea utilizado con el propósito de obtener rescate convirtiendo al sujeto pasivo en un rehén; en ese sentido se cuestiona porque la legislación mexicana confunde dos tipos penales, por un lado la privación ilegal y por otro lado, el secuestro. Pues se utiliza el hecho del encierro con el fin de obtener recompensa a cambio de liberar a la persona.

## **El Salvador**

De acuerdo con el Código Penal de El Salvador el delito que se denomina como Privación de libertad consiste según el artículo 148 en: *“El que privare a otro de su libertad individual, será sancionado con prisión de tres a seis años”*.<sup>324</sup>

Una de las diferencias a resaltar es el nombre que la legislación salvadoreña le da al delito de detenciones ilegales, pues se le conoce como Privación de libertad. El bien jurídico a tutelar al igual que en Guatemala, no es más que la libertad de la persona y entonces el sujeto pasivo puede ser cualquier persona siendo irrelevante la edad, el consentimiento de la persona. En cuanto el sujeto activo puede ser cualquier persona. Al igual que en las anteriores legislaciones una de las diferencias a remarcar es la pena

---

<sup>324</sup>Asamblea Legislativa de la República del Salvador. Código Penal. Decreto 1030.

pues para el presente caso se trata de una pena de prisión de tres a seis años con lo cual supera la pena a imponer en Guatemala, pues la máxima en el caso del Código Penal guatemalteco es de tres años siendo en el Salvador la mínima.

## **Honduras**

El artículo 193 del Código Penal de Honduras en lo relativo a este delito estipula: “*Quien fuera de los casos previstos en el artículo anterior prive injustamente a otro de su libertad, será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años*”.<sup>325</sup>

Tal disposición quiere decir que fuera de los casos previstos para el delito de secuestro, la persona que privare injustamente a otro de su libertad será sancionada con una pena privativa de libertad la cual es diferente a la regulación guatemalteca pues la pena a imponer es de tres a seis años. Asimismo el Código Penal hondureño en su artículo 194 en lo que resulte aplicable, contempla ciertos agravantes a la pena:

- 1) Amenaza o trato cruel a la persona secuestrada;
- 2) Privación de la libertad por más de veinticuatro (24) horas; y
- 3) Aplicación de drogas o cualquier otro medio que debilite o anule la voluntad del secuestrado.

Similar a las circunstancias atenuantes que el Código Penal de Guatemala, contempla pues se trata de si el autor del delito lo comete utilizando violencia o amenazas o si la voluntad del detenido ha quedado de alguna forma debilitada o anulada incluso utilizan ambos códigos los mismos términos por lo que el artículo 194 del Código Penal hondureño se relaciona con el artículo 204 del Código Penal de Guatemala.

## **Nicaragua**

De acuerdo con el Código Penal de la República de Nicaragua; el delito de detención ilegal se encuentra contemplado en el artículo 226 conforme el cual: “*Comete delito de detención ilegal el particular o funcionario que no ponga en el término legal a la orden de la autoridad competente a los detenidos por delitos o faltas, y el juez o funcionario que*

---

<sup>325</sup> Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.

*detuviere a una persona u ordenare su detención sin cumplir con las formalidades legales o lo mantuviere detenido sin ponerlo a la orden del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de detención más el término de la distancia en su caso. La pena por este delito será de multa de doscientos a quinientos córdobas e inhabilitación especial por el término de 6 meses a 1 año en su caso”.*<sup>326</sup>

En este caso, el delito que describe el artículo 226 de la legislación penal nicaragüense se relaciona más con el delito de detención irregular contemplado en el artículo 424 del Código Penal de Guatemala, pues la figura es tipificada como el particular o el funcionario público que no pone en el término legal (veinticuatro horas) a disposición de Juez competente al detenido por alguna falta o delito. De ahí que el sujeto activo puede ser no solo un particular sino también un funcionario público, distinto a lo que contempla el Código Penal guatemalteco para el delito de detenciones ilegales. Asimismo la pena es distinta pues la ley penal de Nicaragua contempla una pena pecuniaria y no privativa de libertad además que por ser autor del delito un servidor público pues se contempla la inhabilitación especial de seis meses a un año.

También se contempla el hecho de que el Juez competente detenga al individuo sin cumplir con todas las formalidades, o bien lo haga en forma arbitraria y antojadiza. El bien jurídico tutelado continúa siendo la libertad del individuo y como sujeto pasivo se contempla la posibilidad que pueda ser cualquier persona que se encuentre en esas circunstancias (una detención irregular sin formalidades legales).

## **Costa Rica**

El artículo 191 del Código Penal de Costa Rica al respecto contempla lo siguiente: “*Será penado con prisión de seis meses a tres años al que sin ánimo de lucro, privare a otro de su libertad personal*”.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la República de Nicaragua. Decreto 641.

<sup>327</sup> Asamblea legislativa. Código Penal de Costa Rica. Decreto 4573.

A lo que tal legislación denomina como Privación de libertad sin ánimo de lucro precisamente porque el propósito o finalidad puede ser cualquiera excepto obtener recompensa de lo contrario se estaría ante la figura del secuestro. De tal forma, que la legislación penal de Costa Rica impone una pena de seis meses a tres años la máxima para quien por cualquier motivo privo a otra persona de su libertad, siendo el bien jurídico a tutelar esa libertad que cada ser humano por el hecho de serlo posee; y contempla como sujeto activo y pasivo a cualquier persona sin especificar siendo irrelevante el consentimiento de la víctima.

Costa Rica al igual que España, Argentina, México y Guatemala contempla agravantes a la pena siendo las siguientes de conformidad con el artículo 192:

La pena será de dos a diez años cuando se privare a otro de su libertad personal, si se perpetrare:

- 1) Contra la persona de un ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o de un funcionario público;
- 2) Con actos de violencia, o para satisfacer venganzas, o resultare grave daño en la salud del ofendido;
- 3) Durare más de cinco días; y
- 4) Con abuso de autoridad.

Si la detención es cometida contra un ascendiente, por ejemplo alguno de sus padres, contra su descendiente, verbigracia uno de los hijos, o contra su cónyuge o hermano o inclusive contra un funcionario público entonces la pena podrá ser de dos hasta diez años de prisión; de esta forma el legislador contempla quienes pueden ser sujeto pasivo además de la generalidad de que sea cualquier persona pero en especial si se tratare de familia entonces el sujeto activo deberá ser sancionado de forma más grave. Este apartado guarda similitud sin lugar a duda con la agravante que contempla también la legislación penal de Argentina pues también considera que si se comete contra alguno de sus familiares se debe aumentar la pena a imponer.

Por otro lado la segunda situación a considerar es si la detención fue cometida con violencia, malos tratos de igual forma guarda relación no solo con la legislación de Argentina sino también con el artículo 204 del Código Penal de Guatemala mismo que dentro de sus agravantes considero la circunstancia que el delito haya sido ejecutado con violencia y tratos crueles y también el hecho que como resultado de la detención; el sujeto pasivo resulte con daños a su salud sean temporales o permanentes. Diferente con Costa Rica, el Código Penal guatemalteco establece que si la detención dura más de diez días entonces se deberá aumentar la pena, en este caso, la detención debe durar más de cinco días para considerarse como una agravante a la pena. En España por ejemplo es pasado los quince días desde que ocurrió el hecho de la detención, por lo que cada legislación contempla un tiempo distinto pero que sin lugar a duda lo que intenta proteger es la libertad de la persona.

## **Panamá**

El artículo 149 del Código Penal de Panamá regula lo relativo a las detenciones ilegales, delito que para esta legislación no tiene una denominación en específico; y establece lo siguiente: “*Quien ilegalmente prive a otro de su libertad será sancionado con pena de uno a tres años de prisión o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana. Si la privación de la libertad fue ordenada o ejecutada por un servidor público con abuso de sus funciones, la sanción será de dos a cuatro años de prisión*”.<sup>328</sup>

En realidad la legislación panameña no se aparta mucho de las legislaciones ya analizadas, al igual que Guatemala toma como modelo que en su momento contempló la legislación penal de España. Es sencillo de comprender pues de conformidad con el artículo 149, cualquier persona que en forma arbitraria e ilegal prive a otra persona será sancionada con una pena de uno a tres años que es igual a la contemplada en el Código Penal de Guatemala; sin embargo, difiere en el sentido que también contempla una pena pecuniaria. Asimismo contempla dentro de la misma figura el delito de detención irregular que para el caso de Guatemala como ya se expresó en otra ocasión se encuentra tipificado en el artículo 424, sucede cuando es un funcionario público el que detiene a

---

<sup>328</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la República de Panamá. Decreto 14-2010.

una persona fuera de los plazos; es decir, no lo presenta ante autoridad competente dentro del plazo legal, y fuera de las formalidades contemplados en la ley.

Existen legislaciones que lo regulan en una sola disposición y prevén que puede ser autor del delito un particular o un funcionario y existen otras como la de Guatemala, que establece que el delito de detenciones ilegales o privación ilegal de libertad solo lo comete el particular que detiene a otra persona y la priva de salir o entrar a un lugar o de moverse, y por otro lado contempla la figura de detención irregular cuyo autor únicamente podrá ser un funcionario público.

## **Delito de Aprehesión ilegal**

### **España**

Se encuentra regulado en el artículo 163 numeral 4 de la siguiente forma: *“El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*.<sup>329</sup>

Contiene los mismos supuestos de hecho que ha establecido el legislador en el artículo 205 del Código Penal de Guatemala. El cual establece: *“El particular que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad, será sancionado con multa de cincuenta a doscientos quetzales”*.<sup>330</sup>

El sujeto activo y pasivo coinciden con la legislación penal guatemalteca toda vez que cualquier persona que no sea funcionario o empleado público puede ser autor del tipo penal. Asimismo el objetivo de la figura es la misma puesto que se detiene a la persona con la finalidad de entregarla a la autoridad pudiendo ser el cuerpo de policía, Tribunales de Justicia, entre otras instituciones públicas. El hecho ilícito se consuma al momento de que la persona no autorizada no investida por ley; detiene a un sujeto de forma ilegal, sin razón justificada y luego lo presenta a la autoridad.

---

<sup>329</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley Orgánica 10-1995 y sus reformas.

<sup>330</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

El bien jurídico tutelado de igual forma coincide con el que para el efecto contempla el Código Penal guatemalteco; que es la libertad del individuo como derecho fundamental e inherente a la persona.

No tiene denominación; pues la legislación española lo encuadra como una forma de detención ilegal por lo que no tiene un artículo separado o distinto al de la detención ilegal como sí sucede en el caso de la legislación penal de Guatemala. Sin embargo, guardan similitud en lo relativo a la pena puesto que contemplan una pena pecuniaria y no privativa de libertad.

#### **Argentina**

No existe este delito dentro de la legislación penal de Argentina.

#### **México**

No existe este delito dentro de la legislación penal de México.

#### **El Salvador**

No existe este delito dentro de la legislación penal salvadoreña.

#### **Honduras**

No existe este delito dentro de la legislación penal de Honduras.

#### **Nicaragua**

No existe este delito dentro de la legislación penal de Nicaragua.

#### **Costa Rica**

No existe este delito dentro de la legislación penal de Costa Rica.

#### **Panamá**

No existe este delito dentro de la legislación penal de Panamá.

#### **Delito de Allanamiento**

El Código Penal de Guatemala regula el delito en el artículo 206 que establece: *“El particular que, sin autorización o contra la voluntad expresa o tácita del morador, clandestinamente o con engaño, entrare en morada ajena o en sus dependencias o permaneciere en ella, será sancionado con prisión de tres meses a dos años”*.<sup>331</sup>

---

<sup>331</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

## **España**

Se encuentra regulado en el artículo 202 del Código Penal de España y establece que: *“El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”*.<sup>332</sup>

La doctrina se ha encargado de denominarle al delito tipificado en el artículo 202 como Allanamiento de morada, que en la legislación penal de Guatemala es conocido como simplemente allanamiento pero que en esencia coincide con el delito de la legislación española con la misma finalidad y mismos supuestos. Importante destacar que el allanamiento de morada; necesariamente implica un dolo con la finalidad de permanecer en morada ajena contra la voluntad de su morador y no con otro motivo distinto como por ejemplo el lucro pues ello des tipificaría la figura. También se consideran como agravantes el hecho de ejecutar el hecho con violencia o intimidación que da lugar a las penas de prisión de uno a cuatro años y la multa. En cuanto al uso de violencia para cometer el delito, de acuerdo con toda la legislación y jurisprudencia española, esencialmente se refiere a la ejercida contra la persona del morador o familiares que ahí habiten, no obstante también incluye cualquier tipo de violencia o fuerza ejercida contra los elementos de la casa de habitación como puertas, ventanas o inclusive el escalár para poder penetrar a la casa.

Asimismo se debe mencionar que esta figura puede ser el medio para cometer otro delito distinto diferente como el hurto por ejemplo o inclusive asesinato, de ahí que se haya mencionado con anterioridad que para ser calificado como delito de allanamiento de morada o como se le conoce en Guatemala, el delito de allanamiento, simplemente debe penetrarse al hogar para esa finalidad en específico.

---

<sup>332</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley orgánica 10-1995 y sus reformas.

Contrario a lo que contempla el Código Penal de Guatemala, el artículo 202 al igual que la doctrina estipula que pueden cometer el delito de allanamiento de morada no solo cualquier persona en particular sino también un funcionario público, de igual forma el sujeto pasivo de acuerdo con España no solamente lo es una persona individual sino también una persona jurídica, una empresa, un establecimiento, una Sociedad Anónima.

En cuanto a la pena coinciden en la pena máxima, puesto que tanto España como Guatemala fijan una pena de dos años en cuanto a la mínima; España la ha fijado en seis meses mientras que para el caso de Guatemala, la mínima, es de tres meses.

### **Argentina**

Se encuentra regulado en el Artículo 150 el cual estipula: “*Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.*”<sup>333</sup>

Es un delito de desplazamiento porque si resulta otro delito más grave que el de violación de domicilio entonces será penado el más grave. Para la legislación Argentina el delito de allanamiento se denomina violación de domicilio y se asimila a la forma en que se encuentra regulado en la legislación penal de Guatemala en el sentido que no solamente se puede cometer el delito penetrando en morada ajena o casa de habitación; sino también en casa de negocio, algún local por ejemplo, asimismo se contempla que puede ser contra la voluntad expresa o tácita de la persona del morador, son los mismos supuestos que ha contemplado el legislador para el caso de Guatemala.

Continuando con el análisis, se encuentra además tipificado en Argentina al igual que en España, el hecho de que un funcionario público pueda ser sujeto activo del delito de allanamiento o violación de domicilio.

---

<sup>333</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Nación Argentina. Decreto 11-179.

Se encuentra regulado en el artículo 151 de la siguiente forma: “*Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina*”.<sup>334</sup>

En este sentido difiere de la legislación penal guatemalteca, pues el artículo 206 contempla el caso que el autor sea una persona particular y no un funcionario público aunque podría darse el supuesto que el funcionario, sin orden de Juez competente, penetre la morada ajena y en este caso se violaría la disposición constitucional consagrada en el artículo 23. No obstante, en esencia el código penal guatemalteco contempla que sea un particular el autor del delito.

El artículo 152 contempla ciertas excepciones, por lo que guarda relación con el artículo 208 del Código Penal de Guatemala, y establece lo siguiente: “*Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia*”.<sup>335</sup>

Por consiguiente, el legislador ve en este artículo una especie de permiso para poder ingresar en morada ajena y solo bajo esas circunstancias que dicho sea de paso son las mismas que las previstas para el Código Penal guatemalteco. No obstante, se enfatiza en la legislación penal argentina, que el hecho de que el morador preste su consentimiento para permitir el ingreso, lo convierte en una acción atípica. Esto es, es necesario para tipificar el delito, una voluntad de exclusión.

En cuanto a prestar deber de humanidad asumo que la ley se refiere en casos de incendio o alguna catástrofe y el morador necesita ayuda, en cuanto a prestar auxilio a la justicia,

---

<sup>334</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Nación Argentina. Decreto 11-179.

<sup>335</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Nación Argentina. Decreto 11-179.

podría ser el caso de que el morador este siendo investigado por algún crimen y es necesario penetrar a la morada para buscar indicios o procesar evidencia.

En cuanto a la pena, similar a España y diferente al caso de Guatemala, es de seis meses a dos años de prisión. Esto si no hubiere otro delito más severo y es por ello que la violación de domicilio es un delito de desplazamiento. Asimismo es importante mencionar, que en Argentina, se le denomina violación de domicilio si el delito es cometido por particular en tanto que si es el funcionario público que sin autorización o sin orden de Juez competente penetra en morada ajena, entonces la figura se denomina allanamiento ilegal de domicilio de tal forma que son dos figuras en cierto punto diferentes las que se encuentran reguladas, diferentes en cuanto al autor o el sujeto activo.

## **México**

La legislación penal mexicana regula el allanamiento de morada en el artículo 285 del Código Penal Federal de la siguiente forma: “*Se impondrán de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos, al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencias de una casa habitada*”.<sup>336</sup>

La figura al igual que en Guatemala, tiende a mantener la inviolabilidad de la morada, mejor conocida como casa o casa de habitación, e incluye cualquiera de sus dependencias esto es, puede ser que se penetre solo a un cuarto de la vivienda y aun así, se comete el delito. Asimismo; contempla los supuestos que se penetre con engaño, con violencia, a escondidas, situaciones que también contempla el Código Penal de Guatemala ; sin embargo, la pena a imponer es diferente, puesto que se trata de una pena de un mes a dos años de prisión y de diez a cien pesos mexicanos.

---

<sup>336</sup> Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. Código Penal Federal y sus reformas.

Considero que cuando el legislador hace mención de las denominadas dependencias, hace alusión a aquellas habitaciones que de algún modo se encuentran conectadas o comunicadas con el resto de la vivienda, en el cual se realizan las ocupaciones, y actos fundamentales de la existencia de una persona como la alimentación, aseo, descanso entre otros.

Algo curioso sucede en México, pues al existir varios poblados, asentamientos, aldeas, el Código Penal Federal mexicano; contempla en el artículo 287 lo siguiente: *“Si los salteadores atacaren una población, se aplicarán de veinte a treinta años de prisión a los cabecillas o jefes, y de quince a veinte años a los demás”*.<sup>337</sup>

Para este caso, la legislación contemplo la posibilidad de que cuadrillas, bandas, asaltaren toda una población, penetrando en sus viviendas, y hace uso del término “salteadores”, haciendo referencia, a ladrones que van por el campo o caminando y deciden penetrar a morada ajena. Por consiguiente, el Código Penal de México va más allá de lo que ha contemplado nuestra legislación, protegiendo aquellos pueblos pequeños que fácilmente podrían ser “saqueados”.

Finalmente al igual, que en Guatemala, contempla como sujeto activo y pasivo a cualquier persona, no importando el consentimiento de la persona, pero si menciona el Código Federal, que puede ser sin el permiso de la persona que este autorizada para darlo, nuevamente se hace alusión al derecho de exclusión, esto es, el consentimiento para entrar a morada no puede darlo quien no es dueño de esa casa de habitación o quien no la habita porque entonces se tipificaría la figura y se consuma la misma.

## **El Salvador**

El artículo 188 del Código Penal de El Salvador contempla el allanamiento de morada estableciendo que: *“El particular que, sin habitar en ella, se introdujere en morada ajena o en sus dependencias, sin el consentimiento de quien la habitare, de manera clandestina o con engaño o permaneciere en la misma contra la voluntad del morador, pese a la*

---

<sup>337</sup> Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. Código Penal Federal y sus reformas.

*intimación para que la abandonare, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cincuenta días multa.*

*Si la introducción o permanencia se hiciere con violencia en las personas, la sanción será de uno a tres años de prisión y multa de cincuenta a cien días multa.”<sup>338</sup>*

El sujeto activo puede ser cualquier persona que sin autorización, en forma clandestina es decir, oculta, o con engaño permanece en morada ajena en contra de la voluntad del morador. A pesar de la petición del morador de que se retire de la casa de habitación.

La legislación salvadoreña tipifica el delito de igual forma que lo hace Guatemala, en esencia guardan la misma finalidad, con el mismo bien jurídico a tutelar, que es proteger la seguridad de la persona. La pena a imponer es de seis meses a dos años de prisión pero también contempla una multa de treinta a cincuenta días. Sin embargo, aquí no se contemplan excepciones como en Guatemala, lo que sí se establece es una agravante pues si el allanamiento ocurre con violencia hacia las personas, la pena se agrava con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días. Es un delito doloso, debe existir la intención de penetrar la casa de habitación ajena con el ánimo de permanecer en la misma sin intención de abandonarla. El sujeto pasivo, en esencia puede ser cualquier persona, no existe algún requisito en especial más que ser la persona del morador con el derecho a exclusión.

El artículo 189 del mismo cuerpo legal contempla el allanamiento en el lugar de trabajo o establecimiento abierto al público. *“El que ingresare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el lugar reservado de trabajo de una persona o en establecimiento o local abierto al público fuera de las horas de apertura, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cincuenta días multa. Si el ingreso o permanencia se hiciere con violencia en las personas, la sanción será de uno a tres años de prisión y multa de cincuenta a cien días multa”.*<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> Asamblea Legislativa de la República del Salvador. Código Penal. Decreto 1030.

<sup>339</sup> Asamblea Legislativa de la República del Salvador. Código Penal. Decreto 1030.

En dicho supuesto, se trata de interrumpir en el lugar de trabajo de una persona, en contra de la voluntad de la misma, podría pasar por ejemplo, que la persona propietaria de un local de negocios o una tienda cierra la misma luego del horario establecido de trabajo, y el sujeto activo decide romper candados y entrar al local, si se comete robo por ejemplo ya se configura otro delito y se desplaza el delito imponiendo la pena más severa. De tal forma, que la legislación penal salvadoreña, contempla no solo el allanamiento de casa de habitación que es donde normalmente la persona vive sino también el local de negocios o el lugar de trabajo de una persona. Cabe recordar que el artículo 208 del Código Penal de Guatemala contempla como excepciones los espacios abiertos al público por el contrario El Salvador castiga al que interrumpe o entra en un establecimiento abierto al público; pero entiendo que la legislación salvadoreña lo hace a manera de evitar el hostigamiento o tal como se explicó en el ejemplo el abuso o arbitrariedad de una persona de entrar inclusive al lugar de trabajo del sujeto pasivo sin importar cuál sea el propósito o finalidad. Se trata de proteger la seguridad y al mismo tiempo la libertad de la persona.

## **Honduras**

El delito de allanamiento de morada en Honduras, se encuentra regulado en el artículo 202 del Código Penal de Honduras: *“El particular que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador o habiendo entrado con el consentimiento expreso o tácito del mismo, permaneciere en ella a pesar de habersele conminado a abandonarla, será sancionado con tres meses a un año de reclusión.*

*Si los hechos anteriores se ejecutaren con violencia o intimidación o simulación de autoridad, la pena será de uno a tres años de reclusión”*.<sup>340</sup>

El Código Penal hondureño guarda bastante relación con lo que para el efecto regula Guatemala en cuanto al delito de allanamiento en el artículo 206. El delito básicamente

---

<sup>340</sup> Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.

es regulado de la misma forma porque inclusive se menciona que la interrupción en la morada ajena pueda ser con el consentimiento expreso o tácito de la persona del morador pero que habiendo este solicitado que la abandonara, el sujeto activo se niega y por el contrario decide permanecer en el recinto. El consentimiento tácito podría haberse dado, al momento, que el sujeto activo ingresa a la morada o casa de habitación y el sujeto pasivo nada dice o nada hace para impedir su entrada.

Pareciera ser que la pena es casi la misma a la que contempla Guatemala, pues el mínimo en prisión es de tres meses al igual que en la legislación penal guatemalteca sin embargo en Honduras se contempla una pena de prisión máxima de un año, y al igual que casi el resto de países que han sido objeto de comparación, contempla una agravante, en caso el hecho se haya perpetuado con violencia o intimidación dando como resultado que para esos casos, la pena se vea aumentada hasta tres años de prisión.

Es tan grande el símil que guarda la legislación penal hondureña con la guatemalteca que el artículo 204 de aquel establece: *“La disposición del párrafo primero del Artículo 202 no es aplicable a quien entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni a quien lo hace para prestar algún servicio a la humanidad o al ser requerido por la autoridad judicial”*.<sup>341</sup> El cual se relaciona con el artículo 208 del Código Penal guatemalteco; el cual establece en su parte conducente: “Lo dispuesto en los artículos 206 y 434, no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero”.<sup>342</sup>

De igual forma el artículo 205 de la legislación penal hondureña coincide con el artículo 208 segundo párrafo del Código Penal guatemalteco pues ambos contemplan como excepciones al delito de allanamiento: cafés, cantinas, tabernas, posadas y demás establecimientos abiertos al público.

---

<sup>341</sup> Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.

<sup>342</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona pero el artículo 203 de la legislación de Honduras contempla que también pueden ser autores del delito, los funcionarios o empleados públicos que allanen una casa sin autorización u orden de juez competente. Artículo 203: “*El agente de la autoridad, funcionario o empleado público que allane una casa sin cumplir los requisitos prescritos por la ley, será sancionado con dos (2) a cinco (5) años de reclusión e inhabilitación especial durante un tiempo igual al doble del aplicado a la reclusión*”.<sup>343</sup>

## **Nicaragua**

En la legislación penal nicaragüense; el artículo 244 contempla el delito de violación de domicilio de la siguiente forma: “*El particular que entrare en domicilio ajeno contra la voluntad expresa de su morador, comete el delito de violación de domicilio y será castigado con arresto de 1 a 2 meses y multa de diez a cien córdobas. Si la violación del domicilio se verificare con violencia o intimidación, se aumentara la pena de 2 a 4 meses de arresto y multa de veinte a doscientos córdobas*”.<sup>344</sup>

El delito de violación de domicilio guarda relación con el delito de allanamiento de morada; en tanto que contempla el hecho de que un tercero penetre en morada ajena en contra de la voluntad del morador, el artículo 244 contempla la posibilidad que sea en contra de la voluntad expresa de este último y el artículo 246 del mismo cuerpo legal contempla la posibilidad que la entrada al domicilio sea contra la voluntad tácita pues refiere: “*Se presume prohibitoria la voluntad del morador, cuando la introducción se verifica por puerta que él hubiese tenido cerrada o por lugares de entrada no acostumbrados*”.<sup>345</sup>

La pena a imponer difiere de la contemplada en el artículo 206 del Código Penal de Guatemala, pues en cuanto a Nicaragua se refiere la pena a imponer por el delito de violación de domicilio es de uno a dos meses y la multa de diez a cien córdobas. La pena

---

<sup>343</sup> Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.

<sup>344</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Republica de Nicaragua. Decreto 641.

<sup>345</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Republica de Nicaragua. Decreto 641.

tiende a ser más benigna en Nicaragua; pues si se recuerda, en Guatemala la pena a imponer por el allanamiento es de tres meses a dos años. Sin embargo, al igual que en Guatemala, el artículo 244 ya mencionado, contempla la posibilidad de agravar la pena en caso el hecho ilícito fuere cometido con violencia o intimidación.

En la misma línea de análisis, el artículo 245 del Código Penal nicaragüense se relaciona con el artículo 208 de la legislación penal guatemalteca, pues aquel regula ciertas excepciones que consisten en que no constituye delito de violación de domicilio, cuando se entra en morada ajena para evitar un mal a sí mismo, a los moradores o a un tercero.

Artículo 245 del Código Penal de Nicaragua: *“La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en morada ajena para evitar un mal grave, sea para sí, para los moradores o para un tercero, ni al que lo haga para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia”*.<sup>346</sup> Estas excepciones que contemplan la mayoría de legislaciones buscan evitar que al ayudar a una persona en peligro, o al intentar evitar un mal a una persona se configure el delito, pues el hecho de penetrar a casa ajena sin consentimiento, reúne los supuestos tipificados en la figura ya sea de allanamiento o de violación de domicilio, por consiguiente si la persona del morador, un tercero se encuentran en peligro y penetrando a la casa es la única posibilidad de evitar un daño, el legislador lo permite pero siempre bajo esas circunstancias.

Al momento de describir el delito, la Nicaragua al igual que Guatemala no descartan la posibilidad que el allanamiento pueda ser no solo en casa de habitación sino también podría ser el local de negocios o de trabajo, incluso El Salvador como se expuso, tipifica una figura consistente en allanar lugares de trabajo y establecimientos públicos. De esta forma, cabe el riesgo de mal interpretar, que al entrar a cualquier restaurante, hotel, cafés, exista la confusión si ello constituye también un delito; para aclarar ello, el artículo 247 de la legislación nicaragüense expresa que lo dispuesto para el delito de violación de domicilio no aplica para cafés, tabernas, posadas y demás establecimientos abiertos para

---

<sup>346</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Republica de Nicaragua. Decreto 641.

el público pues de lo contrario cualquiera cometería el delito cada momento que entra a cualquier establecimiento que por su naturaleza, su giro comercial, se encuentra abierto a todo el público siempre que se encuentre abierto. Artículo 247: “*Lo dispuesto en la primera parte del Arto. 249, No tiene aplicación a los cafés, tabernas, mesones, posadas y demás casas públicas mientras estuviesen abiertas*”.<sup>347</sup>

Finalmente Nicaragua, contempla la posibilidad que el sujeto activo, sea un funcionario público, fotógrafo o periodista, que penetre en domicilio ajeno invadiendo la privacidad y atentando contra la seguridad de la persona del morador. En este caso el delito se denomina allanamiento de morada. Por consiguiente si el sujeto activo es cualquier persona particular de los que no están descritos en el artículo 248, el delito se denomina violación de domicilio, pero si el delito es cometido por funcionario, agentes de seguridad, fotógrafos o periodistas ello constituye allanamiento de morada, pero que en esencia es lo mismo, pues consiste en el hecho de penetrar casa ajena, sin el consentimiento del morador. Para este último caso, la pena a imponer es de seis meses a dos años de arresto inconvertible y multa de cincuenta a veinticinco mil córdobas.

*“Arto. 248.- El funcionario público, agente de la autoridad, fotógrafo o periodista que penetrare en un domicilio ajeno sin permiso de moradores o sin las formalidades prescritas por las leyes, comete el delito de allanamiento de morada y sufrirá la pena de seis meses a dos años de arresto inconvertible y multa de cincuenta a veinticinco mil córdobas”.*<sup>348</sup>

## **Costa Rica**

El artículo 204 del Código Penal de Costa Rica denomina el delito de allanamiento como Violación de Domicilio; y establece lo siguiente: “*Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que entrare a morada o casa de negocio ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, sea contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga*

---

<sup>347</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Republica de Nicaragua. Decreto 641.

<sup>348</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Republica de Nicaragua. Decreto 641.

*derecho a excluirlo, sea clandestinamente o con engaño. La pena será de uno a tres años, si el hecho fuere cometido con fuerza en las cosas, con escalamiento de muros, con violencia en las personas, con ostentación de armas, o por más personas”.*<sup>349</sup>

Para el caso de Costa Rica el delito recibe por nombre “ Violación de domicilio”, difiere además en cuanto a la pena pues contempla una pena privativa de libertad de seis meses a dos años pudiendo aumentarse de uno a tres años si en la perpetración del hecho existiere violencia, uso de armas, escalamiento de muros. Al igual que Guatemala, se regula la posibilidad que el allanamiento o violación de domicilio ocurra en contra de la voluntad del morador sea expresa o tácita asimismo contempla un elemento importante, y es lo relativo al derecho de exclusión. Esto es, solo la persona del morador, puede ser el que permita la entrada a la morada o casa de negocios y será solamente la persona del morador la facultada para solicitar que el tercero abandone el recinto o casa.

Algo importante que mencionar es que Costa Rica al igual que otras legislaciones de Centro América; regulan un delito en específico, en caso sea un funcionario público el que penetre en morada ajena sin orden de juez competente. Artículo 205: “*Se impondrá prisión de seis meses a tres años e inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, de uno a cuatro años al agente de la autoridad o al funcionario público que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine*”.<sup>350</sup>

En este caso el delito se denomina: Allanamiento ilegal. Por consiguiente en Costa Rica existe un delito para el particular que penetra en morada ajena o casa de negocios y el mismo se denomina “Violación de Domicilio”, y por el otro lado, se contempla la figura del “Allanamiento Ilegal” para cuando es el funcionario público el que comete el ilícito.

## **Panamá**

---

<sup>349</sup> Asamblea Legislativa. Código Penal de Costa Rica. Decreto 4573.

<sup>350</sup> Asamblea Legislativa. Código Penal de Costa Rica. Decreto 4573.

La figura se encuentra tipificada en el artículo 161 y se refiere a la inviolabilidad del domicilio que para el efecto establece: *“Quien entre en morada o casa ajena o en sus dependencias, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, será sancionado con cincuenta a ciento cincuenta días-multa o arresto de fines de semana o trabajo comunitario. La misma sanción se impondrá al que permanezca en tal lugar contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo.*

*La sanción será de dos a cuatro años de prisión, si el hecho es cometido con fuerza en las cosas, con violencia o con armas o por dos o más personas”.*

Nuevamente se trata de proteger la seguridad de la persona, y es regulado en similar forma que el resto de legislaciones de la región Centroamericana, pues contienen los mismos supuestos que se reducen a: 1) entrar o permanecer en morada ajena contra la voluntad expresa o presunta del morador o de la persona con derecho de exclusión, 2) puede ser cualquier dependencia de la morada, casa de habitación o cualquiera de sus dependencias; 3) el delito se agrava si es cometido con violencia, fuerza, intimidación; 4) puede ser la entrada en forma clandestina o con engaño aunque esta última no se encuentra presente precisamente en todas las legislaciones.

Panamá al igual que El Salvador tipifica la figura de la inviolabilidad del lugar de trabajo y ello se encuentra regulado en el artículo 162: *“Quien se introduzca en oficina privada o en el lugar reservado de trabajo de una persona o permanezca en tal lugar, contra la voluntad expresa o presunta de quien ejerza en él sus funciones o actividad profesional o laboral, será sancionado con cincuenta a cien días-multa o arresto de fines de semana o trabajo comunitario. La sanción será de uno a dos años de prisión, si el hecho es cometido con fuerza en las cosas, con violencia o con armas o por dos o más personas”.*

En este caso, la posibilidad del allanamiento, no solamente se reduce a la morada o casa de habitación; sino que también se contempla la posibilidad que pueda allanarse o violarse en cierto punto el lugar de trabajo, que es para muchos, su segundo hogar pues permanecen durante un tiempo prolongado en el mismo. Lo que haría insoportable la

jornada laboral si se viera interrumpida por el sujeto activo que pretende entrar y/o permanecer en el centro de labores.

La pena contemplada en la legislación penal panameña resulta más benigna o favorable que la de Guatemala pues inclusive contempla la posibilidad de cumplir servicio comunitario, y la pena tiende a ser pecuniaria y no privativa de libertad.

Finalmente el artículo 163 del cuerpo legal ya citado; regula lo relativo al delito cometido por funcionarios públicos que allana una morada, sus dependencias, o lugar de trabajo nuevamente sin las formalidades de ley, esto es, con una orden dictada por Juez competente.

*Artículo 163: “El servidor público que allane morada, casa o sus dependencias o lugar de trabajo, sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que esta determina, será sancionado con prisión de dos a tres años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana”.*

### **Delito de Sustracción de menores (propia e impropia)**

Guatemala contempla el delito de sustracción de menores en dos modalidades: propia e impropia. Se encuentran tipificados en los artículos 209 y 210:

*Artículo 209. “Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de éstos, será sancionado con prisión de uno a tres años. La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte. La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento.”<sup>351</sup>*

---

<sup>351</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

Artículo 210. “*Quien, hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años.*”<sup>352</sup>

Por lo que la Sustracción propia hace referencia a la acción de extraer al menor de doce años de la esfera de custodia de sus progenitores o tutores y lo retiene en contra de la voluntad de estos; si es mayor de doce años pero menor de dieciocho la pena se agrava. En cuanto a la Sustracción impropia, se refiere, esta toma lugar, cuando el sujeto activo se encuentra ya en posesión del menor de edad pero niega a devolverlo a sus padres o tutores legítimos, no da explicación tampoco de en donde se encuentra la persona del menor de edad.

Por lo que son dos figuras estrechamente relacionadas pero cuyos supuestos difieren en cuanto a que en la propia, los padres son desamparados de su hijo; y en la impropia, el menor de edad por alguna razón fue entregado al autor del delito pero éste luego no lo presente o no lo entrega devuelta y tampoco da una explicación de la ubicación del menor de edad. Se verá a continuación, que cada legislación contempla una edad diferente, para el caso de Guatemala, la edad del sujeto pasivo es un menor de doce años en forma específica, no obstante, contempla la posibilidad que sea mayor de doce pero en todo caso siempre se trata de un menor de dieciocho años de edad porque el delito se denomina: Sustracción de menores, y siendo que en la legislación Guatemalteca, la mayoría de edad se adquiere hasta haber cumplido los dieciocho años, es lógico entonces, que el sujeto pasivo solamente pueda ser aquel que no ha cumplido la mayoría de edad. Nuevamente, cada legislación contempla una mayoría de edad diferente.

## **España**

El delito de sustracción de menores se encuentra tipificado en el artículo 225 bis del Código Penal Español de la siguiente forma: “*El progenitor que sin causa justificada para*

---

<sup>352</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

*ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a 10 años”.*<sup>353</sup>

Difiere de la sustracción de menores (propia e impropia) contemplada en el Código Penal de Guatemala, en cuanto al autor del delito, pues en España lo cometen principalmente cualquiera de los progenitores y de esa forma ha quedado tipificado, sin embargo, en Guatemala han existido casos de sustracción de menores perpetrado por uno de los padres y los trasladan incluso fuera del país, y han sido condenados por el delito de sustracción de menores a pesar que el Código Penal nada menciona respecto a los progenitores y se infiere de la lectura del mismo que hace alusión a terceros que sustraen al menor del poder de sus padres o tutores. Asimismo la pena es distinta, pues en España se contempla pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad hasta por diez años. Precisamente porque son los padres los principales autores del delito.

La disposición española que regula lo relativo a la sustracción de menores continua explicando:

“A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.”

Para este caso, se castiga el traslado del menor fuera del lugar de residencia o donde habitualmente convive con el otro progenitor o con las personas con las que viva el sujeto pasivo sin el consentimiento de aquellos. Situación similar ha regulado el artículo 209 de la legislación penal guatemalteca pues menciona sustraer al menor de sus padres que bien puede ser extraído del lugar de residencia.

---

<sup>353</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley orgánica 10-1995 y sus reformas.

Continúa expresando la legislación española que también se entiende por sustracción:

2º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa

De esta forma, se considera sustracción si el progenitor del menor, lo retiene o no lo entrega al otro padre en virtud de resolución judicial o inclusive administrativa que podría suceder en caso se esté discutiendo sobre la custodia de los hijos y como consecuencia le corresponde la guarda y custodia a uno de los padres y el otro en cambio lo retiene.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

Esto es lo que en otras legislaciones se denomina sustracción internacional; pues el menor en cuestión no solamente es sustraído sino además trasladado fuera de las fronteras del país de residencia y apartado de uno de sus progenitores. Es por ello que se agrava la pena impuesta. Asimismo la disposición establece; que puede suceder que el autor del delito exija alguna condición para retornar al menor, podría ser alguna compensación económica, que se le releve de alguna responsabilidad o deber, o bien que se le permita relacionarse por más tiempo con el menor en caso sean padres divorciados o separados en donde surgen con frecuencia ese tipo de conflictos.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciera, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

La legislación penal Española, contempla la posibilidad, que el sustractor devuelva al sustraído dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas y si se comunica con el otro progenitor, tutor, sobre el hecho de la devolución y que se encuentra en posesión del menor, queda absuelto de la pena puesto que su intención no es la de dañar al sustraído, ni preocupar al otro padre; por el contrario planea devolverlo y el plazo de la sustracción no paso las veinticuatro horas.

Si por el contrario no hubo tal comunicación, y la restitución se hace dentro de quince días, la pena a imponer es de seis meses a dos años. Ahora bien, hay que considerar que hay penas que son muy benignas para el hecho de sustraer a un menor de edad que dicho sea es similar a la figura del secuestro, con la diferencia que no se pide un rescate o compensación económica. Y por supuesto, en España, el autor por excelencia será uno de los padres de la persona del sustraído. Es decir, para el caso de una sustracción, el menor en cuestión desaparece por completo de la vista y cuidado de quien por ley lo tiene bajo su patria potestad. Es aun peor cuando sucede una sustracción de tipo internacional puesto que el niño sale del país de una forma ilegal y su restitución puede tardar años, sin ver al otro padre. Lo cual puede ser difícil no solo para el menor de edad sino también para el progenitor que no ve a su hijo e incluso queda incomunicado. Afectando la relación padre-hijo, impedido de poder ver a su hijo crecer y perdiendo de esta forma un vínculo importante por lo que la pena muchas veces no coincide o no compensa el daño causado no solo por no poder ver al menor sino no poder relacionarse con el mismo.

En Guatemala existen casos en donde es uno de los padres quien se lleva al menor lejos del otro progenitor, llevándolo incluso fuera del país y la figura para tipificar es la de sustracción a pesar que la ley nada dice respecto al progenitor que sustrae y lleva al menor fuera del país. Sin embargo cae dentro de los supuestos contemplados en el delito de sustracción propia e inclusive agravada.

El artículo 223 del Código Penal Español contempla lo relativo a la sustracción impropia pues establece lo siguiente: *“El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad*

*o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave”.*<sup>354</sup>

En este caso es quien teniendo la custodia del menor no lo presenta a sus padres, en el caso de la legislación guatemalteca es solamente en el caso de quien estando encargado de la persona de menor de edad y no lo entrega a sus padres. Pero en esencia se refieren a la misma situación. La pena en España es de seis meses a dos años y en Guatemala es de uno a tres años. Por lo que es castigado de forma más severa, en esta última que en España. El bien jurídico tutelado es el mismo para ambas legislaciones, esto es, la libertad y seguridad del menor de edad y a la vez la libertad de los padres, tutores, guardadores de poder ejercer la patria potestad sobre sus hijos. La sustracción impropia no es más que no presentar al menor de edad al momento de ser requerido.

## **Argentina**

El Código Penal de Argentina contempla la sustracción de menores propia e impropia en los artículos 146 y 147.

**Artículo 146:** *“Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”.*<sup>355</sup>

**Artículo 147:** *“En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.”*<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley orgánica 10-1995 y sus reformas.

<sup>355</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Nación Argentina. Decreto 11-179.

<sup>356</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Nación Argentina. Decreto 11-179.

Analicemos, en primer lugar, la disposición relativa a la sustracción propia, pues guarda estrecha relación con la regulada en la legislación penal guatemalteca, sin embargo se diferencia respecto a la edad del sujeto pasivo, puesto que en Guatemala se ha contemplado que sea menor de doce años en tanto que en Argentina, debe ser menor de diez años de edad. Asimismo la pena es más apropiada en esta última legislación, atendiendo a la gravedad del delito. Por el contrario, en Guatemala la pena es muy leve pues consiste en prisión de uno a tres años para sancionar el hecho de separar a un niño de sus padres o de uno de sus progenitores afectando el normal desarrollo y crecimiento del menor a la vez que se interrumpe el vínculo que existe entre padre-hijo.

En cuanto a la sustracción impropia, es en esencia lo mismo que para el efecto contempla el Código Penal de Guatemala pues contiene los mismos supuestos y finalidad. En el sentido que comete el delito de sustracción propia cualquier persona que teniendo a su cargo al menor de edad en forma temporal no lo presenta o lo devuelve a sus padres, no da razón de en donde se encuentra. De igual forma difiere de la legislación penal guatemalteca en cuanto a la pena.

Argentina contempla la sustracción de menores de dieciocho años pero esta tiene un propósito específico; la explotación del sujeto pasivo. Y la misma puede ser dentro de la Republica o inclusive una sustracción internacional. Paralelamente, tipifica la sustracción de personas mayores de dieciocho años de edad con fines de explotación, regulando agravantes al delito. Por lo que se puede afirmar que la sustracción de niños o de menores de edad, es penalizada y sancionada en forma más grave en Argentina que en Guatemala pues esta última legislación penal, dejó esos artículos casi en desuso, no prestándoles la atención debida y asignando penas muy leves para la gravedad del caso.

Finalmente es un delito sin denominación dentro del Código Penal de Argentina pero que se encuentra desarrollado dentro del Título IV, Delitos contra la Libertad, Capítulo I, delitos contra la libertad individual.

## **México**

México no regula la sustracción tal como lo hace España, Argentina, Guatemala pues se refiere en el artículo 366 Ter y Quáter al delito de tráfico de menores, sin embargo, éste último hace alusión a una sustracción de menores en el sentido que: *“Se impondrán las penas a que se refiere este artículo al padre o madre de un menor de dieciséis años que de manera ilícita o sin el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor, sin el propósito de obtener un lucro indebido, lo trasladen fuera del territorio nacional con el fin de cambiar su residencia habitual o impedir a la madre o padre, según sea el caso, convivir con el menor o visitarlo. Además, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el presente artículo. En los casos a que se refiere este artículo, el delito se perseguirá a petición de parte ofendida.”*<sup>357</sup>

La pena a que hace alusión la disposición es de tres a diez años de prisión, y de cuatrocientos a mil días de multa. Se entiende que las mismas quedan reducidas a la mitad pues el artículo 366 Quáter de esta forma lo indica: *“Las penas a que se refiere el artículo anterior se reducirán en una mitad...”*<sup>358</sup>

Derivado de lo anterior, se puede establecer que, México tipifica como sujeto activo de la sustracción al padre o madre del menor de dieciséis años y no de doce como lo establece Guatemala, quien sin el consentimiento del otro, o de quienes ejerzan la patria potestad, y sin ánimo de obtener compensación o beneficio económico; despoja al progenitor del niño y lo traslada fuera del territorio nacional. Como consecuencia, impide al otro padre de poder ver a su hijo y relacionarse con el mismo, configurándose todos los supuestos de una típica sustracción de menores con la diferencia que ésta es en específico internacional pues de esta forma se ha regulado en el cuerpo legal citado. No contempla una propia e impropia como sí lo hace Guatemala además que difiere en cuanto a la pena de igual forma los sujetos activo y pasivo son diferentes puesto que el sujeto activo principalmente será uno de los progenitores y como sujeto pasivo un menor de dieciséis

---

<sup>357</sup> Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. Código Penal Federal y sus reformas.

<sup>358</sup> Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. Código Penal Federal y sus reformas.

años de edad. Cabe mencionar que no tiene una denominación pero se encuentra en el Título Vigésimo Primero, Privación ilegal de la Libertad y de otras Garantías, Capítulo Único del Código Penal Federal.

## **El Salvador**

No existe este delito para la legislación penal salvadoreña.

## **Honduras**

La legislación penal de Honduras contempla la figura de sustracción de menores en los siguientes artículos:

*Artículo 197: “La sustracción de un menor de doce (12) años por personas distintas de sus padres será penada con reclusión de seis (6) a ocho (8) años. En el mismo caso, la sustracción de un mayor de doce (12) años y menor de dieciocho (18) años se sancionará con reclusión de cuatro (4) a seis (6) años.”<sup>359</sup>*

*Artículo 198: “En la misma pena establecida en el artículo anterior, incurrirá quien hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición”.<sup>360</sup>*

De tal forma, que Honduras al igual que Guatemala, tipifican la sustracción de menores propia e impropia. Asimismo contemplan como sujeto activo del delito otra persona distinta a los padres o progenitores. En cuanto a la edad del sujeto pasivo, coincide con Guatemala, pues se refiere a un niño menor de doce años o mayor de doce pero siempre menor de dieciocho años de edad. Los supuestos del delito son los mismos pero difiere en cuanto a la pena ya que es más severa en Honduras, siendo una pena privativa de

---

<sup>359</sup> Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.

<sup>360</sup> Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.

libertad de seis a ocho años. Y se reduce en caso sea mayor de doce años situación que también contempla el Código Penal de Guatemala.

Está de más mencionar que el artículo 198 de la legislación penal hondureña guarda relación con el artículo 210 del Código Penal de Guatemala pues este último establece: “Quien, hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años”. Defiriendo únicamente en cuanto a la pena pues la manera en que se ha tipificado el delito en ambas legislaciones es igual.

Asimismo el delito no se encuentra denominado como en Guatemala, no obstante, se encuentra en el Título VI; Delitos contra la Libertad y la Seguridad, Capítulo II, Sustracción de Menores.

## **Nicaragua**

Se encuentra tipificado en el artículo 227 de la siguiente forma: “*Será penado con prisión de 1 a 3 años el que sustrajere a un menor de 14 años, o a un incapaz, del poder de sus padres, guardador o persona encargada de su cuidado y el que lo retuviere contra la voluntad de estos*<sup>361</sup>”.

El sujeto activo se entiende que puede ser cualquier persona y no necesariamente uno de los progenitores. En cuanto al bien jurídico tutelado, se trata de proteger la seguridad del menor de edad y también la libertad de los padres de poder ejercer la patria potestad sobre sus hijos tal y como se ha venido comentando. La pena es relativamente leve en consideración con las legislaciones anteriores. Así por ejemplo; Honduras contempla una pena privativa de libertad de seis a ocho años; y Argentina contempla una pena de prisión de cinco a quince años. Esto debido a que se trata de la desaparición de niños y se veda

---

<sup>361</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Republica de Nicaragua. Decreto 641.

a los padres o tutores de poder cuidar y proteger al menor en cuestión. Nuevamente la edad es un elemento que difiere en todas las legislaciones, para el caso de Nicaragua se trata de un sujeto pasivo menor de los catorce años de edad. Más no contempla agravantes, como tampoco establece una sustracción impropia como sí lo hace Argentina, Honduras y Guatemala.

Finalmente la denominación que recibe el delito en Nicaragua es de “sustracción de menores” sin agregar propia o impropia pues se trata más bien de una típica sustracción en donde el menor desaparece de la guarda y custodia de sus padres. Sin embargo, hay que recalcar, que el sujeto pasivo también puede ser la persona incapaz tal y como lo regula la legislación penal de Guatemala y como sujeto pasivo indirecto se encuentran los padres, guardadores, o persona encarga de su cuidado. Asimismo se contemplan dos acciones típicas: 1) la sustracción como tal y 2) el retener al menor en contra de la voluntad de sus padres, guardadores o personas encargadas de su cuidado. El Código Penal de Nicaragua nada menciona respecto al consentimiento del menor de edad, pero dado que se trata de un niño opino que es indiferente.

### **Costa Rica**

La legislación penal de Costa Rica tipifica la sustracción en el artículo 184 de la siguiente forma: *“Artículo 184. Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva: Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien sustraiga a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas; igual pena se aplicará contra quien retenga a una de estas personas contra la voluntad de estos. Cuando sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años.”*<sup>362</sup>

---

<sup>362</sup> Asamblea Legislativa. Código Penal de Costa Rica. Decreto 4573.

La legislación costarricense contempla dos tipos de sujetos pasivo puesto que puede ser el menor de edad o bien la persona incapaz es decir, que ha sido declarada en estado de interdicción aunque el Código Penal utiliza los adjetivos “sin capacidad volitiva o cognoscitiva” pues se trata de personas que se ven afectadas en sus capacidades mentales, de poder tomar decisiones por sí solos, de discernir; y en fin de poder desarrollarse en su vida de manera independiente. De tal forma, que se asemeja a la legislación de Guatemala ya que ésta última en los artículos 209 y 210 al regular la sustracción propia e impropia, tipifica como sujetos pasivos al menor de edad y a la persona incapaz.

De igual forma, Costa Rica contempla que el autor del delito pueda ser una persona ajena a la persona menor de edad o incapaz, o bien los padres, guardadores, curadores, tutores del sujeto pasivo. Con la diferencia que al ser estos últimos los autores del delito, la pena se ve agravada de seis meses a dos años de prisión. Aunque cabe mencionar que aún agravada la pena, es leve, pues supone el hecho de sustraer a un niño y alejarlo de las personas en quien confía y quienes mejor lo cuidan en la mayoría de los casos. Sin embargo, al ser la sustracción un delito en cierta forma antiguo, ha quedado en la mayoría de las legislaciones como un hecho ilícito que rara vez se comete o que rara vez es castigado y por ende la pena a imponer ha quedado en desuso y muy leve. Tal es el caso de Costa Rica, Nicaragua y Guatemala. En tanto que Argentina, México, España han contemplado penas privativas de libertad un poco más duras.

## **Panamá**

Se encuentra tipificado en el artículo 158 conforme lo siguiente: “*Quien sin fines de lucro sustraiga a un menor de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada de su guarda, crianza o cuidado, o quien lo retenga indebidamente o lo saque del país sin la autorización de quien tenga la patria potestad o el cuidado de este será sancionado con prisión de tres a seis años.*”<sup>363</sup>

---

<sup>363</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la República de Panamá. Decreto 14-2010.

Aunque no tiene denominación el delito dentro del Código Penal de Panamá se encuentra ubicado en el Título II, Delitos contra la Libertad, Capítulo I, Delitos contra la Libertad Individual. Por lo que hace suponer que el bien jurídico tutelado es la libertad del menor de edad o incapaz de poder quedar bajo el cuidado y resguardo de sus padres, tutores, guardadores pero al mismo tiempo la libertad y seguridad de estos de poder cuidar de aquellos sin interrupción por parte de un tercero. La sustracción en Panamá es penada con prisión privativa de libertad de tres a seis años por lo que no es tan benigna como en Nicaragua o Guatemala. Panamá contempla la figura de sustracción propia, pues establece que quien sustraiga al menor de edad o incapaz del poder de sus padres, sin fines de lucro o lo retenga de forma indebida, será sancionado conforme a la pena descrita. Pero de igual forma tipifica lo relativo a la sustracción internacional al igual que Argentina y México, Guatemala aun no lo tipifica a pesar que han existidos sustracciones fuera de fronteras.

Asimismo en Panamá el artículo 159 agrava la pena cuando el ilícito es cometido por uno de los padres del menor de edad. *“Artículo 159. La sanción prevista en el artículo anterior será aumentada de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho sea cometido por uno de los progenitores. Esta sanción también se aplicará a los parientes cercanos del progenitor que tomen parte en la ejecución del hecho. En este caso el autor del delito, puede ser uno de los padres o un tercero ajeno al menor de edad.”*<sup>364</sup>

## **Delito de Sustracción agravada**

### **España**

No existe este delito para la legislación penal de España.

### **Argentina**

---

<sup>364</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la República de Panamá. Decreto 14-2010.

No existe este delito para la legislación penal de Argentina.

### **México**

No existe este delito para la legislación penal mexicana.

### **El Salvador**

No existe este delito para la legislación penal salvadoreña.

### **Honduras**

No existe este delito para la legislación penal hondureña.

### **Nicaragua**

No existe este delito para la legislación penal nicaragüense

### **Costa Rica**

No existe este delito para la legislación penal de Costa Rica.

### **Panamá**

No existe este delito para la legislación penal de Panamá.

### **Delito de Inducción al abandono del hogar**

En Guatemala se encuentra tipificado en el artículo 211 del Código Penal el cual establece: *“En caso de desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción, serán sancionados con prisión de seis a doce años. Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada la pena se reducirá en la forma que corresponde, mediante recurso de revisión.”*<sup>365</sup>

### **España**

Se encuentra tipificado en el artículo 224 de la siguiente forma: *“El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida*

---

<sup>365</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73.

*con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa*<sup>366</sup>.

El sujeto activo puede ser cualquier persona excepto los progenitores pues el ilícito consiste en inducir a la persona menor de edad de abandonar su hogar, no obstante, se contempla la posibilidad que uno de los padres pueda ser autor del delito si inducen a su hijo a infringir el acuerdo de custodia esto quiere decir, que el menor se encuentra por decisión judicial o administrativa bajo la guarda y custodia de uno de los padres y el otro decide inducir al niño a que abandone el hogar que comparte con el otro progenitor; por lo que se configura el abandono del hogar del menor en cuestión. Asimismo como sujeto pasivo la legislación penal de España contempla al incapaz o interdicto. Pero en Guatemala únicamente se regula como sujeto pasivo al menor de edad pero mayor de diez años. El consentimiento se asume que no es relevante, el delito se consuma en el momento en que el menor efectivamente abandona el hogar familiar o casa donde vive con sus padres y familia.

La pena es la misma para ambas legislaciones, y su finalidad es la misma. A pesar que no tiene denominación dentro del Código Penal español, se encuentra tipificada la figura dentro Capítulo III; De los delitos contra los derechos y deberes familiares; Sección I, Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio.

## **Argentina**

El artículo 148 del Código Penal argentino lo contempla de la siguiente forma: “ *Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y*

---

<sup>366</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley orgánica 10-1995 y sus reformas.

*menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona*".<sup>367</sup>

Considero que la edad es irrelevante, siempre y cuando se trate de una persona menor de edad aunque si fuera un adolescente de dieciocho años, el consentimiento se podría tomar como un tipo de atenuante o se podría pensar que la persona es más difícil de influenciar o manipular pero no por ello deja de ser un delito. En todo caso, Argentina considera, que el sujeto pasivo debe ser persona mayor de diez años pero menor de quince por lo mismo del consentimiento y la facilidad de manipular o de saber discernir entre irse de su hogar o quedarse. Asimismo deberá considerarse las condiciones bajo las cuales vive el menor de edad dentro de su hogar o casa de habitación puesto que muchas veces puede suceder que convive en un ambiente no sano, o donde puede ser víctima de violencia que en todo caso se debe solucionar con la ayuda de la institución apropiada pero no instigando al menor a dejar su hogar de tal forma que pueda tipificarse como delito. Por consiguiente, el bien jurídico tutelado es la libertad y seguridad tanto del menor como de los progenitores. Pero en aras de cuidar el bienestar del menor de edad.

Finalmente se trata de un delito sin denominación pero que se encuentra regulado dentro del Capítulo I, Delitos contra la libertad individual.

### **México**

No existe este delito para la legislación penal mexicana.

### **El Salvador**

Se conoce el delito como Inducción al abandono y se encuentra tipificado en el artículo 203, Capítulo III, De los atentados contra derechos y deberes familiares; conforme a lo siguiente: *"El que indujere a un menor de dieciocho años de edad a abandonar la casa*

---

<sup>367</sup> Asamblea Nacional. Código Penal de la Nación Argentina. Decreto 11-179.

*de sus padres, tutores o encargados del cuidado personal, será sancionado con prisión de seis meses a un año.*<sup>368</sup>

Guarda bastante similitud con la forma en que se encuentra regulado en el Código Penal guatemalteco; pues busca proteger al niño de las personas que fácilmente puedan influenciarlo de abandonar su hogar. El sujeto activo puede ser cualquier persona y el sujeto pasivo lo son tanto el menor de edad que en El Salvador, es menor de dieciocho años, y también los padres, guardadores, tutores o encargados pues en forma indirecta se ven afectados por la ausencia del menor y vedados de poder ejercer la patria potestad sobre el mismo. Semejante a la figura de la sustracción solo que en esta figura, es el niño el que voluntariamente abandona la protección de sus padres, al salir de su hogar y marcharse pero claro que bajo la influencia, manipulación de un tercero que logra convencerlo y causar ese efecto.

La pena es similar aunque no la misma; tiene una pena privativa de libertad de seis meses como mínimo al igual que en Guatemala, sin embargo la pena máxima en el Salvador es de un año en tanto en que en Guatemala es de un año.

## **Honduras**

Se encuentra regulado en el artículo 199 del Código Penal hondureño: “*Quien induzca a un menor de dieciocho (18) años a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su cuidado, será sancionado con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años.*”<sup>369</sup>

La pena para este delito es más fuerte en Honduras en comparación con España, Argentina, El Salvador y Guatemala. Es una figura que además no tiene una denominación dentro de la legislación penal de Honduras pero se encuentra ubicado dentro del Título IV, Delitos contra la libertad y la seguridad, Capítulo II, Sustracción de menores. Asimismo figuran como autores del delito cualquier persona sin distinción de

---

<sup>368</sup> Asamblea Legislativa de la República del Salvador. Código Penal. Decreto 1030.

<sup>369</sup> Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.

sexo, edad, aunque se asume no son los progenitores o familiares cercanos de la persona del menor de edad pues son estos los sujetos pasivos en forma indirecta. En cuanto a la edad, el delito va destinado a proteger la libertad y seguridad de un menor de edad, por lo que tiene que ser una persona que aún no ha cumplido la mayoría de edad, es por ello que Honduras establece como sujeto pasivo directo a la persona menor de dieciocho años de edad aunque el consentimiento en este caso, sería irrelevante aunque tal como se ha discutido; es más difícil manipular y convencer a una persona que tiene cerca de los dieciocho años.

La finalidad y los supuestos del delito son los mismos que en las legislaciones anteriormente descritas en especial guarda similitud con la de El Salvador y Guatemala. Pues este delito en esencia es sencillo de comprender, únicamente hace alusión a la persona, cualquier persona, que convenza, induzca, manipule a la persona menor de edad y en algunas legislaciones (España) inclusive a la persona incapaz, de abandonar su hogar.

### **Nicaragua**

No existe este delito para la legislación penal de Nicaragua.

### **Costa Rica**

No existe este delito para la legislación penal de Costa Rica.

### **Panamá**

No existe este delito para la legislación penal de Panamá.

### **Delito de entrega indebida de un menor**

#### **España**

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 231 del Código Penal de España de la siguiente forma: *“El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia*

*de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.*

*Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años”.*<sup>370</sup>

De tal forma que el sujeto activo, puede ser cualquier persona excepto los progenitores del menor de edad o incapaz, quienes son los únicos sujetos pasivos del delito. Considero que es una figura un poco inusual pues se trata de entregar a un menor de edad a un establecimiento público pudiera ser un hospital, un orfanato, inclusive el Ministerio Público o Policía pero sin el consentimiento de quienes se lo hubieren confiado o en su defecto la propia autoridad. Lo cual suena un poco contradictorio pues el delito supone la entrega del menor a una institución pública. Sin embargo se encuentra tipificado en la legislación española dentro del apartado de abandono de menores y es de esta forma como se le ha denominado dentro de la doctrina española lo que difiere radicalmente de la denominación con la que se identifica esta figura dentro de la legislación penal guatemalteca. Asimismo es totalmente diferente a la figura de la sustracción, pues éste supone que los padres o encargados del menor lo han confiado a una persona y éste en lugar de devolverlo solamente lo deja o entrega a un tercero o una entidad pública sin el consentimiento o conocimiento de los padres. La pena no es privativa de libertad, por el contrario es una multa de seis a doce meses y se agrava la pena, de seis meses a dos años, cuando con la entrega se hubiere puesto en peligro la vida, salud, integridad o libertad sexual del menor de edad. En tanto que en Guatemala, se sanciona de una forma pecuniaria de cien a quinientos quetzales. Sin considerar agravantes.

## **Argentina**

No existe este delito dentro de la legislación penal argentina.

---

<sup>370</sup> Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley orgánica 10-1995 y sus reformas.

## **México**

No existe este delito dentro de la legislación penal mexicana.

## **El Salvador**

La figura se encuentra tipificada en el artículo 202 de la siguiente forma: *“El que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto, será sancionado con prisión de seis meses a un año.”*<sup>371</sup>

Se denomina como “Separación indebida de menor o incapaz” no obstante que la denominación sea distinta, en esencia se encuentra regulado de la misma forma que en Guatemala pues los supuestos son los mismos. Se trata de cuando a la persona a quien se le haya confiado la crianza o educación de un menor de edad (aunque el Salvador y España también contemplan como sujeto pasivo al incapaz), y esta persona lo entrega a un tercero o a un establecimiento público pero sin el consentimiento de quien se lo confió o de la autoridad. La pena es privativa de libertad con prisión de seis meses a un año. A pesar que se trata de la seguridad de un menor de edad, Guatemala solamente contempla una multa que ha quedado en desuso pues son únicamente de cien a quinientos quetzales. El Salvador si ha contemplado una pena privativa de libertad aunque no tan dura pero a diferencia de España y Guatemala, es más que una multa.

## **Honduras**

Se encuentra regulado en el Título VI, Delitos contra la libertad y la seguridad; Capítulo II, sustracción de menores, Artículo 200: *“Quien teniendo a su cargo la crianza de un menor de dieciocho (18) años lo entrega a un establecimiento público o a otra persona sin el consentimiento de quien se lo hubiera confiado, o de la autoridad, en su defecto, será sancionado con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años”.*<sup>372</sup>

---

<sup>371</sup> Asamblea Legislativa de la República del Salvador. Código Penal. Decreto 1030.

<sup>372</sup> Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.

El delito es el mismo que se contempla en España, El Salvador y Guatemala. Con la diferencia que en Honduras le han restado el elemento de la educación, ya que dentro de los supuestos del delito, se encuentra que el sujeto activo tiene a su cargo la crianza del menor pero no se contempla lo relativo a quien tuviere bajo su responsabilidad la educación del menor. Sin embargo, quien tiene a su cargo la decisión de cómo educar al menor de alguna forma tiene a su vez, la crianza del sujeto pasivo. No debiera de tener mayor relevancia el hecho que se haya omitido lo relativo a la educación. El sujeto pasivo al igual que el resto de legislaciones analizadas, es el menor de edad, y Honduras al igual que Guatemala, omiten como sujeto pasivo, a la persona incapaz; a diferencia de España y El Salvador.

La pena es privativa de libertad, y Honduras a diferencia de Guatemala, lo castiga de una forma más dura pues son de dos a cuatro años de prisión. Con lo cual se le da mayor relevancia a la protección de los menores de edad que de alguna forma son abandonados y con ello se pone en riesgo su vida, seguridad, alimentación, y es en delito delicado pues el autor del delito es la persona a quien se le confió la crianza y en algunas legislaciones como ya se mencionó, inclusive la educación del menor en cuestión por lo que debe ser sancionado con algo más fuerte que una multa como lo hace España y Guatemala. Es lo mismo que sucede con la figura de la sustracción de menores, es decir, se trata de delitos destinados a la protección de la seguridad del menor y del derecho a tener esa estabilidad familiar para crecer y desarrollarse dentro de un marco familiar que le pueda brindar amor y protección, es por ello, que el legislador debió castigar y sancionar con algo más fuerte que una multa.

### **Nicaragua**

No existe este delito dentro de la legislación penal de Nicaragua.

### **Costa Rica**

No existe este delito dentro de la legislación penal de Costa Rica.

## **Panamá**

No existe este delito dentro de la legislación penal de Panamá.

## CONCLUSIONES

1. Los delitos contra la libertad y seguridad de la persona; consagran un bien jurídico tutelado que es inherente a la persona humana, precisamente la libertad que además se encuentra reconocida por la norma fundamental, la Constitución Política de la República de Guatemala. Es por ello, que los delitos que pertenecen a este título del Código Penal y en especial los objeto de análisis del presente trabajo, tienden a resguardar la libertad de la persona en todo sentido y correlativamente la seguridad de la misma.
2. Son delitos dolosos por excelencia, esto es, la persona tiene toda la intención y voluntariedad de participar en la comisión del hecho delictivo ya sea de penetrar en morada, detener o aprehender al sujeto sin estar autorizado y sin la concurrencia de las formalidades necesarias, y el dolo se evidencia aún más en aquel catálogo de delitos dedicados especialmente a la protección de los menores quienes son los más vulnerables y es por ello que el consentimiento que puedan o no prestar estos últimos resulta irrelevante al momento de graduar la pena.
3. Los autores de estos delitos por lo general se refieren a cualquier persona, no se necesitan tener calidades especiales para ser considerado sujeto activo del mismo pero en cuanto al sujeto pasivo se refiere al momento de analizar los delitos de sustracción en todas sus modalidades, inducción al abandono del hogar y entrega indebida se determina que para ser sujeto pasivo se necesita ser menor de edad. Estando estas últimas figuras un tanto en desuso o desactualizadas especialmente en cuanto a las penas que establece el Código Penal; pues al tratarse de menores de edad que son extraídos del cuidado de sus padres, la pena debiera de ser más severa versus a lo que la legislación penal refleja hoy en día.

4. En cada legislación, de las comparadas, se regula de forma diferente la figura, y a pesar que varios países de Centroamérica contemplan una pena elevada o más dura para aquellos que atenten contra la seguridad de la persona del menor de edad, tal como ya se había mencionado, Guatemala ha quedado un tanto rezagada en ese sentido, recordando además que muchas de estas figuras obedecen al contexto histórico, cultura, político de la época en la que entra en vigencia el Código Penal. No obstante, casi la mayoría de delitos que fueron objeto de estudio en el presente estudio, se encuentran presentes en la mayoría de legislaciones solo que con otro nombre, o con algunos supuestos que varían dado el contexto del país respectivo. Pero teniendo toda la misma finalidad, proteger y resguardar dos derechos fundamentales de la persona, la libertad y por supuesto algo que va muy de la mano, la seguridad del sujeto.

## RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República de Guatemala reforme las penas contempladas para los delitos de sustracción de menores en todas sus modalidades (propia, impropia y agravada); así como para los delitos de inducción al abandono del hogar y la entrega indebida ya que son leves y no proporcionales al daño que produce el hecho delictivo.
2. Que el Estado cree instituciones destinadas a promover, resguardar, la integración familiar y la sana convivencia en familia, facilitar ayuda psicológica a los menores que se encuentran más propensos a ser manipulados para abandonar a su núcleo familiar, y fortalecer vínculos en familia para evitar en la medida de lo posible la comisión de delitos por sustracción de menores. Siendo la familia la base de toda sociedad y protegida por la Carta Magna.
3. Que el Estado de Guatemala, a través del Ministerio de Gobernación y en lo específico a los cuerpos de Policía Nacional Civil brinde seguridad eficiente y en todo momento a sus habitantes e incrementar la misma en aquellas áreas en donde las personas se encuentran más propensas a sufrir vejámenes ya sea por objeto de detenciones ilegales; privadas completamente de poder movilizarse o en aquellas colonias donde es usual que se allane su núcleo habitacional o morada para poder perpetuar otros delitos aún más graves.
4. Que el Estado de Guatemala a través del Organismo Judicial fortalezca la administración de justicia y la celeridad en los procesos penales; evitando la impunidad a toda costa en especial de aquellos delitos que atentan contra derechos fundamentales como lo son la libertad y seguridad de las personas.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

1. Amuchategui Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. México. Harla. 1993.
2. Balmaceda, Gustavo. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Santiago. Editorial Librotecnia, 2014.
3. Blanco Lozano, Carlos. *Tratado de derecho penal español*. Tomo II: el sistema de la parte especial. Volumen I: delitos contra bienes jurídicos individuales. Barcelona, España. Librería Bosch, S.L. 2005.
4. Bullemore G. Vivian R y John Mackinnon R. *Fin y Función del Derecho Penal y de la pena: las teorías de la pena*. Chile. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2004.
5. Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal parte especial*. España. Ariel Derecho. 1991.
6. Carbonell Mateu J.C., y González Cussac, J.L., Comentarios al Código Penal de 1995, coord. Vives Antón, T.S., vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch. 1999.
7. Carbonell Mateu, González Cussac. *Delitos contra las relaciones familiares*. Valencia. Tiran lo Blanch. 2004.
8. Cobo del Rosal, Manuel. *Derecho Penal Español: parte especial*. Madrid, España. Editorial Dykinson, S.L. 2005. Segunda Edición.
9. Creus, Carlos. Derecho Penal, Parte general. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1999.

10. Creus, Carlos. *Derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1993. 4ta edición.
11. De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix. 2004.
12. De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco parte General y parte Especial*. Guatemala. Editorial estudiantil Fénix. 2012. 15ª edición.
13. Delgado Duarte, Edwin y Francisco Segura Montero. *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. San José. Editec Editores, 1996.
14. Detención ilegal. Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo V.
15. Dona Alberto, Edgardo. *Derecho Penal, parte especial*. Argentina. Rubinzal-culzoni Editores. 2004. Tomo II- A.
16. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, T. III. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. 3era edición.
17. Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Colombia. Editorial Temis. 1993.
18. Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal: introducción y parte general*. Argentina. Editorial Abeledo-perrot. 2002
19. Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal, Parte Especial*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo – Perrot. 2008. Decimoséptima edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma.

20. Garrido, Mario. *Derecho Penal*, T. III. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005-2010. 4ª edición.
21. Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, parte especial*. Chile. Santiago editorial Jurídica. 2007. 3era edición.
22. Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de derecho penal: La ley y el delito*. Buenos Aires Argentina. Editorial Sudamericana.
23. Labatut, Gustavo. *Derecho Penal, Parte Especial*, V. II. Santiago Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1983. 7ª edición.
24. Lorenzo Copello, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2001.
25. Martínez Guerra, Amparo. *Del abandono de familia, menores o incapaces, Código Penal comentado y con jurisprudencia*. España. 2009.
26. Mom, Moras Jorge R y Laura T.A Damianovich. *Delitos contra la libertad*. Argentina. EDIAR. 1972.
27. Montt Garrido, Mario. *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2009. 4ta edición.
28. Morán Sanz, Ángel José. *El Allanamiento de Morada, Domicilio de Personas Jurídicas y Establecimientos Abiertos al Público*. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 2006.
29. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 1998.
30. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Editorial Tiran lo Blanch. 1999.

31. Núñez C, Ricardo. *Manual de derecho penal parte especial*. Argentina. Editorial Córdoba. 1988.
32. Pacheco, Joaquín, *El Código Penal Concordado y Comentado*. Madrid. Edisofer. 2000
33. Politoff, Sergio; Jean Pierre Matus y otros. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2006. 2ª edición.
34. Ramon Ribas, Eduard y Núria Torres Rosell. *Los delitos contra las relaciones familiares*. España. Editorial Universitat Oberta de Catalunya.
35. Reyes Calderón, José Adolfo. *Derecho Penal Parte General*. Guatemala. Editorial Kompas. 2003. Tercera edición.
36. Ripollés Quintano Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo I, II Parte Infracciones Contra la Personalidad. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1972. Segunda Edición.
37. Rodríguez Devesa, José, *Derecho Penal Español, Parte Especial*. Madrid. Artes Gráficas Carasa, 1983. 9ª edición.
38. Rojas Vargas, Fidel. *El delito, preparación, tentativa y consumación*. Lima, Perú. Editorial Idemsa. 2009.
39. Trejo, Miguel Alberto y otros. *Manual de Derecho Penal, parte especial I*. El Salvador. Centro de Investigación y capacitación Proyecto de Reforma Judicial. 1993. Tomo II.
40. Velasco de León, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix. 2012. 15ª edición.

41. Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*. Reus, Madrid, 1927.

42. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. México, Cárdenas Editor y Distribuidor. 1988.

43. Zenteno, Julio, *Modificaciones al Código Penal 1979 – 1983, Modificaciones Legales del Quinquenio 1979 - 1983*, Santiago Chile. Universidad de Chile. 1984.

### **Normativas**

1. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. 1985 y sus reformas.
2. Asamblea Nacional. Código Penal de la Nación Argentina. Decreto 11-179.
3. Asamblea Legislativa de la República del Salvador. Código Penal. Decreto 1030.
4. Asamblea Nacional. Código Penal de la Republica de Nicaragua. Decreto 641.
5. Asamblea Legislativa. Código Penal de Costa Rica. Decreto 4573.
6. Asamblea Nacional. Código Penal de la República de Panamá. Decreto 14-2010.
7. Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. Código Penal Federal y sus reformas.
8. Congreso de la República de Guatemala. Código penal. Decreto 17-73.
9. Congreso de la República de Guatemala. Código Procesal Penal. Decreto 51-92.
10. Congreso Nacional. Código Penal de Honduras. Decreto 144-83.
11. Jefatura del Estado. Código Penal de España. Ley orgánica 10-1995 y sus reformas.
12. Peralta Azurdia, Enrique. Código Civil, Decreto-ley 106 y sus reformas.

### **Electrónicas**

1. Aprehender. Real Academia Española. Disponibilidad y acceso: <http://www.rae.es/>. Consultada el 26 de marzo del 2016

2. Barberá Pérez, Gabriel. *Dolo como reproche, hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Argentina. Disponibilidad y acceso: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf>.Página 13. Consultada el 7 de agosto del 2016
3. Blanco Lozano, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Español, Tomo I: el sistema de la parte general. Volumen 1: fundamentos del derecho penal español las consecuencias jurídico-penales*. España. Editorial J.M Bosch. 2005. Página 83. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?ppg=83&docID=10219560&tm=1469660721804>. Consultada el 27 de julio del 2016.
4. Blanco Lozano Carlos. *Tratado de derecho penal español. Tomo I: el sistema de la parte general. Volumen 2: la estructura del delito*. Barcelona, España. Editorial J.M. Bosch Editor. 2005. Página 80. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?ppg=6&docID=10227907&tm=1470159243597>. Consultada el 2 de agosto del 2016.
5. Corte de Constitucionalidad, Gaceta y jurisprudencia. *Apelación de Amparo en materia de sustracción de menores*. Disponibilidad y acceso: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>. Consultada el 15 de abril del 2016.
6. Corte de Constitucionalidad, Gaceta y jurisprudencia. *Apelación de Amparo en materia de sustracción de menores*. Disponibilidad y acceso: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>. Consultada el 15 de abril del 2016.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de la Libertad: Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Costa

- Rica. 2010. Disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf>. Consultada el 10 de marzo del 2016.
8. Crianza. Real Academia Española. Disponibilidad y acceso: <http://www.rae.es/>. Consultada el 02 de mayo del 2016.
9. Demetrio Crespo Eduardo y Cristina Rodríguez Yagüe. Curso de Derecho Penal: parte general. España. Ediciones Experiencia. 2004. Página 209. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?ppg=239&docID=11002604&tm=1469658625165>. Consultado el 27 de julio del 2016.
10. Derecho Penal. Derecho en Red. El dolo: concepto, elementos y clases. España. 2012. Disponibilidad y acceso: <http://www.infoderechopenal.es/2012/11/dolo-concepto-elementos-clases.html>. Consultada el 12 de marzo 2016.
11. Derecho Penal. Derecho en Red. Delitos relativos a las detenciones ilegales y secuestros. España. 2013. <http://www.infoderechopenal.es/2013/03/detenciones-ilegales-y-secuestros.html>. Consultada el 12 de marzo del 2016.
12. Disponibilidad y acceso: <http://www.infoderechopenal.es/2013/03/detenciones-ilegales-y-secuestros.html>. Consultada el 10 de marzo del 2016.
13. Derecho en Red. Apuntes de Esther Hava García, Doctora en Derecho Penal. El dolo: concepto, elementos y clases. España. Noviembre 2012. Disponibilidad y acceso: <http://www.infoderechopenal.es/2012/11/dolo-concepto-elementos-clases.html>. Consultada el 2 de agosto del 2016.
14. Educación. Real Academia Española. Disponibilidad y acceso: <http://www.rae.es/>. Consultada el 02 de mayo del 2016.
15. Fakhouri Gómez, Yamila. Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad: un modelo para afrontar la problemática del error en derecho penal en Temas actuales de investigación de ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes

- Investigadores en Ciencias Penales. España. Ediciones Universidad de Salamanca. 2011. Página 14. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?ppg=14&docID=10903332&tm=1470158480638>. Consultada el 2 de agosto del 2016.
16. Girón Palles, José Gustavo. Teoría del Delito. Guatemala. Instituto de la Defensa Pública Penal. 2013. Página 9. Disponibilidad y acceso: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/45580.pdf>. Consultada el 28 de julio del 2016.
17. Guías Jurídicas. Wolters Kluwer. Abandono de familia, menores y personas con discapacidad. España. Disponibilidad y acceso: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento>. Consultada el 02/05/2016.
18. Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Perú. 1987. segunda edición. Disponibilidad y acceso: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_04.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_04.pdf). Consultada el 26 de julio del 2016.
19. Juspedia. Delitos contra las relaciones familiares. España. 2013. Disponibilidad y acceso: <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-penal-ii/parte-1-delitos-contra-las-personas/13-delitos-contra-las-relaciones-familiares#TOC-Abandono-impropio>. Consultada el 02/05/2016.
20. Kierszenbaum, Mariano. El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Lecciones y ensayos no. 86. Alemania. 2009. Página 189. Disponibilidad y acceso: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>. Consultada el 26 de julio del 2016.
21. Lecciones ius poenale. Estructura del tipo y clases de tipos. Disponibilidad y acceso: <https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/leccion6.pdf>. Página 102. Consultada el 28 de julio del 2016.

22. Tarrío, Mario C. Teoría finalista del delito y dogmática penal. España. Editorial Cathedra Jurídica. 2004. Página 43. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?ppg=44&docID=10406052&tm=1469729732050>. Consultada el 28 de julio del 2016.
23. Tarrío, Mario C. Debates en torno al Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Cathedra Jurídica. 2007. Página 23. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?ppg=24&docID=10406004&tm=1470154950068>. Consultada el 2 de agosto del 2016.
24. Organismo Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia material penal 2012. Guatemala. Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. (CENADOJ). 2014. Página 436. Disponibilidad y acceso: <http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/pdfs/Criterios%20Jurisdprudenciales/Penal%202012.pdf>. Consultada el 14 de abril del 2016.
25. Patrimonio Romano de Aragón. Lérica Lafarga, Roberto. Domus. 18/03/2015. Disponibilidad y acceso: <http://www.catedu.es/aragonromano/domus.htm>. Consultada el 18/03/2016.
26. Soler Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Argentina. editorial Tipográfica. 1992. Página 88.
27. Sustraer. Real Academia Española. Disponibilidad y acceso: <http://www.rae.es/>. Consultada el 7 de marzo del 2016.
28. Recalde, Javier y María M. Biglieri. Código Penal Comentado de acceso libre. Argentina. Asociación Pensamiento Penal. Página 13. Disponibilidad y acceso: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37760.pdf>.

29. Unión de Trabajadores y Trabajadoras. Las prácticas de crianza. Disponibilidad y acceso: [http://www.unter.org.ar/imagenes/55307920-LAS-PRACTICAS-DE-CRIANZA\\_0.pdf](http://www.unter.org.ar/imagenes/55307920-LAS-PRACTICAS-DE-CRIANZA_0.pdf). Consultada el 02 de mayo del 2016.
30. *Voluntad*. Etimologías de Chile. Disponibilidad y acceso: <http://etimologias.dechile.net/?voluntad>. Consultada el 2 de agosto del 2016.
31. *Voluntad*. Definición de. Disponibilidad y acceso: <http://definicion.de/voluntad/>. Consultada el 2 de agosto del 2016.

## Otros

1. Aguilar Aravena, José Mauricio. El delito de sustracción de menores: análisis en doctrina y jurisprudencia. Talca, Chile. 2002. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca.
2. Armendáriz León, Carmen. "Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal Español". *Revista penal México*. Número seis. México. Abril 2014. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).
3. Bustinza Siu, Marco Antonio. Página 3. Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia. Lima Perú. 2014. Tesis de Maestría con mención en Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú Disponibilidad y acceso: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140508\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140508_02.pdf). Consultada el 2 de agosto del 2016.
4. Bustos Ramírez, Juan, "Los bienes jurídicos colectivos" en Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No, I/, Madrid, 1980.
5. Conf. Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. Madrid. Akal/lure. 1994. Página 33.

6. Faz objetiva del delito de sustracción de menores”. *Política Criminal*. Vol. 10. N° 20. Chile. Diciembre 2015.
7. González Soto, Ricardo Antonio. Dificultades de Interpretación y aplicación judicial de la reforma al artículo 201 del código penal decreto 17-73 contenido en el decreto 17-2009, ambos del Congreso de la República. Guatemala 2012. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.
8. Hermosilla, Nurieldín. Sustracción de Menores, Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142, Memoria de Prueba. Chile Santiago. 1963. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago.
9. López Orozco, Luis Fernando. Causas por las que se da la Detención Ilegal en el delito de daños. Guatemala. 2006. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.
10. Melgar Carrillo, José Apolonio. Estudio Jurídico-Doctrinario de la Institución Jurídica de Asistencia Social “La Adopción”, En El Caso De Los Menores De Edad, Y Su Actual Transformación En Un Medio De Enriquecimiento. Guatemala. 2008. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.
11. Quinteros Telón Bertha Lydia. Consecuencias que genera a la víctima la comisión del delito de inducción al abandono del hogar. Guatemala. 2013. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.
12. Ruiz-Calderón, Manuel Serrano. “El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal”. *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*. Número 45. España. 2010.

13. Roca de Agapito, Luis. "Abandono de menores". *Revista de derecho penal y criminología*. 3era. N° 8. España. Julio 2012.
14. Silva Silva, Hernán. "Dolo eventual". *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. No 16 (117-130). Chile. 2011. Universidad San Sebastián.
15. Torres Sandoval, Javiera. "Delito de Abandono de personas desvalidas". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLIII. No. 2. Chile. Segundo semestre 2014. Universidad Católica de Valparaíso.
16. Varas Delgado, Katty Marcela. El allanamiento Civil: Constitucional y Legalidad. San José, Costa Rica. 2008. Tesis de: Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Página 7. Disponibilidad y acceso:  
[http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/el\\_allanamiento\\_civil\\_constitucional\\_y\\_legalidad.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/el_allanamiento_civil_constitucional_y_legalidad.pdf). Consultada el 18/03/2016.

# ANEXOS

DELITOS	GUATEMALA	ESPAÑA	ARGENTINA	MEXICO	EL SALVADOR	HONDURAS	NICARAGUA	COSTA RICA	PANAMA
<b>DETENCIONES ILEGALES</b>									
<b>LEY QUE LO REGULA</b>	Código Penal	Código Penal de España	Código Penal de la Nación Argentina	Código Penal Federal y sus reformas	Código penal	Código Penal de Honduras	Código Penal de la Republica de Nicaragua	Código Penal de Costa Rica	Código Penal de la República de Panamá
<b>TIPO PENAL</b>	Detenciones ilegales	De las detenciones ilegales y secuestro	Privación de la libertad personal	Privación ilegal de la libertad	Privación de libertad	Detenciones ilegales	Detención Ilegal	Privación de libertad sin ánimo de lucro	Sin denominación.
<b>TIPICIDAD</b>	Art. 203	Art. 163. 1	Art. 141	Art. 364	Art. 148	Art. 193	Art. 226	Art. 191.	Art. 149.
<b>ELEMENTOS : OBJETIVO Y SUBJETIVO</b>	Bien jurídico: la libertad. Sujeto activo: el particular, puede ser cualquiera. Y el que proporcione lugar para ejecutar el delito.	Bien jurídico: libertad ambulatoria Sujeto activo: cualquier persona. Sujeto pasivo: todo el que tenga potencial de movimiento.	Bien jurídico: libertad de locomoción y de movimiento corporal. Sujeto activo: cualquier persona. Sujeto pasivo: la persona que pueda	Bien jurídico: la libertad. Sujeto activo: cualquier a que forzosamente realice un acto de voluntad de hacer	Bien jurídico: la libertad del individuo. Sujeto activo cualquier persona. Sujeto pasivo: cualquier individuo que resultare privado de	Bien jurídico: la libertad. Sujeto activo: el particular que privare de libertad. Sujeto pasivo: cualquier persona. Acción típica: privar de libertad,	Bien jurídico: la libertad. Sujeto activo: puede ser particular o funcionario público. Sujeto pasivo: cualquier persona Acción típica: no poner a disposición de	Bien jurídico: la libertad. Sujeto activo: cualquier persona. Sujeto pasivo: cualquier persona. Acción típica: privar de libertad sin ánimo de lucrar encerrando o	Bien jurídico: la libertad individual. Sujeto activo: particular o ser servidor público. Sujeto pasivo: cualquier persona. Acción típica: privar ilegalmente a

	<p>Sujeto pasivo: cualquier persona.</p> <p>Acción típica: la de encerrar y detener a una persona, privándola ilegalmente de su libertad.</p> <p>Elemento subjetivo: esencialmente doloso.</p>	<p>Acción típica: privar al sujeto pasivo de determinar su situación en el espacio.</p> <p>Elemento subjetivo: el dolo, impedir a alguien usar su libertad ambulatoria.</p>	<p>expresar su voluntad.</p> <p>Acción típica: encerrar o detener a la persona.</p> <p>Elemento subjetivo: las acciones se realizan para obligar a la víctima o un tercero a hacer o no hacer.</p>	<p>Sujeto pasivo: puede ser cualquier sujeto.</p> <p>Acción típica: privar de libertad, detener de forma ilegal.</p> <p>Elemento subjetivo: Es eminentemente doloso pero también considera el ánimo y deseo del sujeto activo.</p>	<p>libertad.</p> <p>Puede ser un menor de edad inclusive.</p> <p>Acción típica: encerrar o detener a la persona.</p> <p>Elemento subjetivo: delito doloso.</p>	<p>encerrar a la persona.</p> <p>Elemento subjetivo: debe existir la voluntad, el dolo del sujeto activo.</p>	<p>autoridad competente al sujeto pasivo dentro del término legal, o el Juez que detenga a persona u ordene detención sin cumplir con formalidades legales.</p> <p>Elemento subjetivo: es delito doloso.</p>	<p>deteniendo a la persona.</p> <p>Elemento subjetivo: la intención de privar de libertad, debe existir dolo.</p>	<p>otro de su libertad.</p> <p>Elemento subjetivo: delito doloso, con la intención de privar de libertad.</p>
<b>PENA</b>	<p>Será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a</p>	<p>De 4 a 6 años. Con posibilidad de atenuantes y/o agravantes.</p>	<p>Será reprimido con prisión de seis meses a tres años.</p>	<p>Seis meses a tres años de prisión y veinticinco a cien</p>	<p>Prisión de tres a seis años.</p>	<p>Prisión de tres a seis años.</p>	<p>La pena por este delito: multa de doscientos a quinientos córdobas e inhabilitación especial por el</p>	<p>Será penado con prisión de seis meses a tres años.</p>	<p>Con pena de uno a tres años de prisión o su equivalente en días- multa o</p>

	quien proporcionare lugar para la ejecución del delito.			días de multa.			término de 6 meses a 1 año en su caso.		arresto de fines de semana.
<b>ESPECIFICACIONES</b>	Considera como autor del delito a quien proporcione lugar para la ejecución del delito. Tiene como agravante: si la detención dura más de diez días, mediare amenaza, simulación de autoridad, el sujeto pasivo resultare afectada mentalmente, si fuere cometido por más de dos personas.	El delito de detención ilegal y aprehensión ilegal los regula como uno solo.	No considera como sujeto pasivo el niño menor de edad.	Contempla la posibilidad que la detención ilegal pueda ser utilizada con el propósito de obtener rescate estos es detenerla en calidad de rehén.		La pena se agrava si la detención durare más de 24 horas, para Guatemala la pena se agrava si la detención ilegal dura más de tres días.	El delito de detención ilegal es cometido no solo por particulares sino también por funcionarios públicos, se refiere a una detención irregular, el delito es más amplio.	La pena se agrava si la detención durare más de 5 días.	Si la privación de libertad fue ordenada o ejecutada por un servidor público con abuso de sus funciones, la sanción será de dos a cuatro años de prisión.

DELITOS	GUATEMALA	ESPAÑA	ARGENTINA	MEXICO	EL SALVADOR	HONDURAS	NICARAGUA	COSTA RICA	PANAMA
APREHENSION ILEGAL									
LEY QUE LO REGULA	Código Penal	Código Penal de España	X	X	X	X	X	X	X
TIPO PENAL	Aprehensión Ilegal.	Sin denominación	X	X	X	X	X	X	X
TIPICIDAD	Art. 205	Artículo 163.4	X	X	X	X	X	X	X
PENA	Será sancionado con multa de cincuenta a doscientos quetzales.	Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.	x	X	x	X	X	X	X
ESPECIFICACIONES	Se distingue de la aprehensión porque se detiene a la persona pero para presentarla a la autoridad sin estar autorizado por la misma para hacerlo.	Se considera por doctrinarios españoles como un atenuante de la detención ilegal, la ley lo tipifica dentro de las detenciones ilegales y secuestros.	x	x	x	x	x	x	x

DELITOS	GUATEMALA	ESPAÑA	ARGENTINA	MEXICO	EL SALVADOR	HONDURAS	NICARAGUA	COSTA RICA	PANAMA
ALLANAMIENTO									
LEY QUE LO REGULA	Código Penal	Código Penal de España	Código Penal de la Nación Argentina	Código Penal Federal y sus reformas	Código Penal	Código Penal de Honduras	Código Penal de la Republica de Nicaragua	Código Penal de Costa Rica	Código Penal de la República de Panamá
TIPO PENAL	Allanamiento	Allanamiento de morada	Violación de domicilio	Sin denominación	Allanamiento de morada	Sin denominación	Violación de domicilio	Violación de Domicilio	Delito contra la inviolabilidad del domicilio
TIPICIDAD	Art. 206	Art. 202	Art. 150.	Art. 258	Art. 188	Art. 202	Art. 244	Art. 204.	Art. 161.
ELEMENTOS: OBJETIVO Y SUBJETIVO	Sujeto activo: cualquier persona. Sujeto pasivo: el morador o quien habita un recinto o casa de habitación. Acción típica: penetrar	Sujeto activo: el particular o la autoridad o funcionario público Sujeto pasivo: la persona individual o persona jurídica o establecimiento mercantil.	Sujeto activo: cualquier persona o funcionario público. Sujeto pasivo: cualquier persona con derecho a excluir al sujeto activo. Acción típica: entrar en	Sujeto activo: cualquier persona. Sujeto pasivo: cualquier persona. Acción típica: sin motivo justificado, y fuera de los casos de	Sujeto activo: cualquier persona Sujeto pasivo: el morador, cualquiera. Acción típica: entrar en morada ajena sin habitar en la misma o en sus	Sujeto activo: el particular, cualquier persona. O el agente o funcionario (artículo 203). Sujeto pasivo: morador, cualquier persona que habite una vivienda. Acción típica: entrar en	Sujeto activo: el particular. Sujeto pasivo: el morador, habitante pero en principio cualquier persona. Acción típica: entrar en domicilio ajeno contra la voluntad expresa de su morador. No	Sujeto activo: cualquier persona. Sujeto pasivo: cualquier persona. Acción típica: entrar a morada o casa de negocios ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro. Sea contra	Sujeto activo: cualquier persona. O el funcionario público ( art. 163) Sujeto pasivo: cualquier persona. Acción típica: entrar en morada ajena o sus dependencias, contra la

	<p>en morada ajena sin autorización o contra voluntad expresa o presunta del morador. O bien permanecer en la misma.</p> <p>Elemento subjetivo: delito doloso.</p>	<p>Acción típica: entrar en morada ajena o permanecer en ella contra la voluntad de su morador.</p> <p>Elemento subjetivo: delito doloso.</p>	<p>morada o casa de negocio ajena, o en sus dependencias.</p> <p>Elemento subjetivo: delito doloso.</p>	<p>ley, se introduce, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada a darlo a un departamento, vivienda, y sus dependencias.</p> <p>Elemento subjetivo: el dolo.</p>	<p>dependencias, sin el consentimiento de quien la habita. O permanecer en la morada contra la voluntad del morador.</p> <p>Elemento subjetivo: la intención de penetrar, el dolo.</p>	<p>morada ajena contra la voluntad de su morador, o habiendo entrado con su consentimiento o expreso o tácito, permanece en ella.</p> <p>Elemento subjetivo: debe existir dolo.</p>	<p>habla sin embargo sobre voluntad contraria tácita. No obstante el artículo 246 establece que se presume la voluntad contraria si el morador hubiese tenido la puerta cerrada o se introduce por lugares de entrada no acostumbrados.</p> <p>Elemento subjetivo: delito doloso.</p>	<p>la voluntad expresa o tácita.</p> <p>Elemento subjetivo: la intención de penetrar morada ajena. Es delito doloso.</p>	<p>voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo o bien permanecer en el lugar contra la voluntad de éste.</p>
<b>PENA</b>	<p>Será sancionado con prisión de tres meses a dos años.</p>	<p>Será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. Si se ejecuta con violencia: prisión de uno a cuatro</p>	<p>Prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado.</p>	<p>Se impondrá de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos.</p>	<p>Será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cincuenta días de multa.</p>	<p>Será sancionado con tres meses a un año de reclusión.</p>	<p>Será castigado con arresto de 1 a 2 meses y multa de diez a cien córdobas. Hay agravante de pena cuando se verifica con violencia o intimidación.</p>	<p>Será reprimido con prisión de seis meses a dos años. La pena será de uno a tres años, si fuere cometido con fuerza, escalamiento de muros, violencia en las personas,</p>	<p>Será sancionado con cincuenta a ciento cincuenta días-multa o arresto de fines de semana o trabajo comunitario. Existe agravante cuando sea cometido con</p>

		<p>años y multa de seis a doce meses.</p> <p>Para el caso de personas jurídicas: prisión de seis meses a un año y multa de seis a 10 meses.</p> <p>Si lo comete funcionario público: será castigado con la pena prevista en los dos anteriores, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años.</p>						con ostentación de armas, o por más personas.	violencia, con fuerza, con armas o por más de dos personas.
<b>ESPECIFICACIONES</b>	Se agrava la pena si es cometido simulando autoridad, con violencia o	El delito lo puede cometer un funcionario público y como morador se contempla	Contempla al igual que el Código Penal de Guatemala, excepciones para este delito.	La ley mejicana amplía el concepto de morada al extremo de	Hay agravante si se penetra con violencia. Se tipifica además, allanar un	De igual forma que la legislación guatemalteca el código hondureño contempla excepciones.	Contempla como casos de excepción: Arto. 245.- La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en	Contempla el delito de allanamiento ilegal para el caso que el delito sea cometido por	Se tipifica la conducta de entrar sin autorización en oficina privada, o el lugar de trabajo de una persona (art.

	<p>armas. O por más de dos personas.</p> <p>Asimismo la ley regula excepciones: para evitar mal grave; asimismo, a los moradores o a un tercero.</p> <p>Tampoco aplica a: cafés, cantinas, tabernas, posadas y demás espacios abiertos al público.</p>	<p>no solo persona individual sino también jurídica.</p>	<p><b>ARTICULO 152.</b> - Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciera para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.</p>	<p>tipificar la conducta de atacar una población .</p>	<p>lugar de trabajo o un establecimiento abierto al público fuera de las horas de apertura.</p>	<p>ARTICULO 204. La disposición del párrafo primero del Artículo 202 no es aplicable a quien entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni a quien lo hace para prestar algún servicio a la humanidad o al ser requerido por la autoridad judicial.</p> <p>ARTICULO 205. Lo dispuesto en este Capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, cantinas y demás establecimientos del servicio al público</p>	<p>morada ajena para evitar un mal grave, sea para sí, para los moradores o para un tercero, ni al que lo haga para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.</p> <p>Arto. 247.- Lo dispuesto en la primera parte del Arto. 249, no tiene aplicación a los cafés, tabernas, mesones, posadas y demás casas públicas mientras estuviesen abiertas.</p>	<p>funcionarios públicos.</p>	<p>162) asimismo se tipifica el allanamiento de morada por funcionario público. ( art.163).</p>
--	--	--	--	--	---	--	--	-------------------------------	---

						mientras estuvieren abiertos.			
--	--	--	--	--	--	-------------------------------------	--	--	--

DELITOS	GUATEMALA	ESPAÑA	ARGENTINA	MEXICO	EL SALVADOR	HONDURAS	NICARAGUA	COSTA RICA	PANAMA
SUSTRACCION DE MENORES (PROPIA E IMPROPIA)									
LEY QUE LO REGULA	Código Penal	Código Penal de España	Código Penal de la Nación Argentina	Código Penal Federal y sus reformas	x	Código Penal de Honduras	Código Penal de la Republica de Nicaragua	Código Penal de Costa Rica	Código Penal de la República de Panamá
TIPO PENAL	Sustracción propia e impropia	Sustracción de menores	Sin denominación	Sin denominación.	x	Sin denominación	Sustracción de menores	Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva.	Sin denominación
TIPICIDAD	Art. 209 y 210	Art. 223 y Art. 225 Bis	Art. 146 y 147.	Artículo 366 Quáter.	x	Artículo 197 y 198	Art. 227	Art. 184	Art. 158 y art. 159
PENA	Será sancionado con prisión de uno a tres años	pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad	Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años. En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de	A quienes cometan el delito a que se refiere el presente artículo se les impondrá una pena de tres a diez años de prisión	x	Será penada con reclusión de seis (6) a ocho (8) años. En el mismo caso, la sustracción de un mayor de doce (12) años y menor de dieciocho (18) años se	Será penado con prisión de 1 a 3 años el que sustrajere a un menor de 14 años, o a un incapaz, del poder de sus padres, guardador o persona encargada de su	Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien sustraiga a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva.	Será sancionado con prisión de tres a seis años.

		<p>por tiempo de cuatro a 10 años.</p> <p>Sustracción impropia: será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave.</p>	<p>la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.</p>	<p>y de cuatrocientos a mil días multa. Reducidas a la mitad.</p> <p>Además, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el presente artículo.</p>		<p>sancionará con reclusión de cuatro (4) a seis (6) años.</p>	<p>cuidado y el que lo retuviere contra la voluntad de estos.</p>	<p>Cuando sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años.</p>	
<b>ESPECIFICACIONES</b>		<p>Los autores del delito son los progenitores. Se contempla la</p>	<p>Se contempla la sustracción de adultos. Y la sustracción de menores</p>	<p>Lo que se tipifica es una sustracción internacional pero</p>	x		<p>No contempla la sustracción propia e impropia. Únicamente hace alusión al menor de 14</p>	<p>Los sujetos activos pueden ser los padres o terceros. No se contempla la figura de sustracción</p>	<p>Se tipifica la sustracción propia únicamente y se contempla como sujeto activo tanto a</p>

		posibilidad de una sustracción internacional.	de dieciocho años y menores de trece años para fines de explotación.	no regula la sustracción propia e impropia como lo hace Guatemala.			años que es desamparado de sus padres.	impropia como tampoco la figura agravada.	los padres como a terceros ajenos al menor de edad. En caso de ser uno de los padres, la pena se agrava.
--	--	---	--	--	--	--	--	---	--

DELITOS	GUATEMALA	ESPAÑA	ARGENTINA	MEXICO	EL SALVADOR	HONDURAS	NICARAGUA	COSTA RICA	PANAMA
SUSTRACCION AGRAVADA	Código Penal	X	X	X	X	X	X	X	X
LEY QUE LO REGULA	Código Penal	X	X	X	X	X	X	X	X
TIPO PENAL	Sustracción agravada	X	X	X	X	X	X	X	X
TIPICIDAD	Art. 211								
PENA	Serán sancionados con prisión de seis a doce años. Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada se reducirá.	X	X	X	X	X	X	X	X
ESPECIFICACIONES		x	x	x	x	x	x	x	x

DELITOS	GUATEMALA	ESPAÑA	ARGENTINA	MEXICO	EL SALVADOR	HONDURAS	NICARAGUA	COSTA RICA	PANAMA
<b>INDUCCION AL ABANDONO DEL HOGAR</b>									
<b>LEY QUE LO REGULA</b>	Código Penal	Código Penal de España	Código Penal de la Nación Argentina	Código Penal Federal y sus reformas	Código Penal de El Salvador	Código Penal de Honduras	Código Penal de la Republica de Nicaragua	Código Penal de Costa Rica	Código Penal de la República de Panamá
<b>TIPO PENAL</b>	Inducción al abandono del hogar	Sin denominación.	Sin denominación.	X	Inducción al abandono	Sin denominación.	X	X	X
<b>TIPICIDAD</b>	Art. 212	Art. 224	Art. 148	X	Art. 203	Art. 199	X	X	X
<b>PENA</b>	Será sancionado con prisión de seis meses a dos años.	Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.	Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados	X	será sancionado con prisión de seis meses a un año.	Será sancionado con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años.	X	X	X

			de su persona.						
<b>ESPECIFICACIONES</b>	El sujeto pasivo deberá ser menor de edad pero mayor de diez años.	El sujeto pasivo puede ser también una persona incapaz.	Sujeto pasivo: un niño mayor de diez años pero menor de quince años.				x	x	x

DELITOS	GUATEMALA	ESPAÑA	ARGENTINA	MEXICO	EL SALVADOR	HONDURAS	NICARAGUA	COSTA RICA	PANAMA
<b>ENTREGA INDEBIDA DE UN MENOR</b>									
<b>LEY QUE LO REGULA</b>	Código Penal	Código Penal de España	Código Penal de la Nación Argentina	Código Penal Federal y sus reformas	Código Penal	Código Penal de Honduras	Código Penal de la Republica de Nicaragua	Código Penal de Costa Rica	Código Penal de la República de Panamá
<b>TIPO PENAL</b>	Entrega indebida de un menor.	Sin denominación	X	X	Separación indebida de menor o incapaz	Sin denominación	X	X	X
<b>TIPICIDAD</b>	Art. 213	Art. 231	X	X	Art. 202	Art. 200	X	X	x
<b>PENA</b>	Será sancionado con multa de cien a quinientos quetzales.	Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.	x	X	Será sancionado con prisión de seis meses a un año.	Será sancionado con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años.	X	X	X
<b>ESPECIFICACIONES</b>		El delito se contempla como un abandono de menores.	x	x	El sujeto pasivo puede ser un menor de edad o incapaz.	El sujeto pasivo solo es el menor de edad.	x	x	x

