

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



**VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PELIGRO CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES**

GERSON JOSÉ PABLO SOTOMAYOR DEL CID

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2015

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

**VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PELIGRO CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GERSON JOSÉ PABLO SOTOMAYOR DEL CID

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICA Y SOCIALES

Guatemala, noviembre 2015

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil.
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez.
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía.
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez.
VOCALV: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario.
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas.

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



Lic. Felipe Armando Barillas Fajardo
ABOGADO Y NOTARIO

Dirección: 7ª Av. 6-73 zona 1, Local 13, Comercial Girasoles, Villa Nueva,
Guatemala

Teléfono: 5847-2109 / 53133576

Guatemala, 20 de diciembre de 2012.

Señor Jefe:
Unidad de Asesoría de Tesis
Lic. Bonerge Mejía
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Distinguido Licenciado:

En atención a providencia de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala de fecha treinta de abril del año dos mil doce, en la que se me nombra como Asesor de Tesis del Bachiller, **GERSON JOSÉ PABLO SOTOMAYOR DEL CID**, para el DICTAMEN correspondiente.

Atentamente le informo que asesoré la tesis del Bachiller, **GERSON JOSÉ PABLO SOTOMAYOR DEL CID**, titulada “**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES**”, identificada mediante expediente No. 1404-11. Es de indicar que el contenido científico y técnico del trabajo es de carácter jurídico y social dentro del ámbito del derecho constitucional y penal, en el cual se desarrollan como contribución científica del presente trabajo los elementos dogmáticos relacionados a la teoría del delito, delitos de peligro y proporcionalidad de la pena, de la misma forma cuenta con un análisis jurídico del principio de última ratio y sus implicaciones en los delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Armas y Municiones. En el cual se destaca sus recomendaciones respecto a las acciones que el Congreso de la República debe realizar para desincentivar la utilización del Derecho Penal como *prima ratio*.

El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere la investigación de tal magnitud, de acuerdo con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, se hizo uso de los métodos inductivo y deductivo, la técnica de la investigación documental está acorde al

Lic. Felipe Armando Barillas Fajardo
ABOGADO Y NOTARIO

Dirección: 7ª Av. 6-73 zona 1, Local 13, Comercial Girasoles, Villa Nueva,
Guatemala

Teléfono: 5847-2109 / 53133576



mismo, se revisó la redacción del trabajo, las conclusiones y recomendaciones llenan su cometido, así como la bibliografía utilizada.

Por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena los requisitos que exige el Reglamento para el Examen Técnico Profesional y Público de Tesis, estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emito **DICTAMEN FAVORABLE** indicando procedente ordenar se nombre el revisor respectivo, oportunamente su impresión y el examen público de tesis.

Lic. Felipe Armando Barillas Fajardo
Abogado y Notario
Colegiado No. 6785





FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIDAD ASESORÍA DE TESIS
Ciudad de Guatemala
GUATEMALA

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 05 de marzo de 2013.

Atentamente, pase al LICENCIADO MARÍA EUGENIA MIJANGOS MARTÍNEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante GERSON JOSÉ PABLO SOTOMAYOR DEL CID, intitulado: "VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes"


BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CEHR/iyf.

Guatemala, 30 de octubre de 2013.

Licenciado
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Distinguido Licenciado:

En cumplimiento de la designación emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, de fecha 05 de marzo de 2013, en la cual se me faculta para proceder a revisar el trabajo de tesis del estudiante **GERSON JOSÉ PABLO SOTOMAYOR DEL CID**, intitulado **"VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES"**.

De la revisión del trabajo de tesis en mención se estableció que el contenido científico y técnico de la tesis es apropiado y enriquecedor con respecto al tema investigado, pues profundiza en el tema de forma sistemática y ordenada. De la misma forma la metodología y técnicas de investigación utilizadas encuadran con las enumeradas en su plan de investigación, empleándose el método hipotético-deductivo, al analizar la información recolectada de manera deductiva y relacionada con la realidad, esto fue posible a través del uso de las técnicas bibliográficas, jurídicas y documentales. Siendo verificable en la redacción del trabajo y en la obtención de las conclusiones precisas. De la misma forma se puede precisar el uso constante de síntesis y análisis del contenido utilizado, el cual ha sido elaborado de manera adecuada y con la terminología correcta.

De esa cuenta, se determina que la investigación constituye una contribución científica y doctrinaria importante al sistema jurídico guatemalteco en cuanto al desarrollo adecuado del derecho penal en materia de los delitos de peligro. De allí

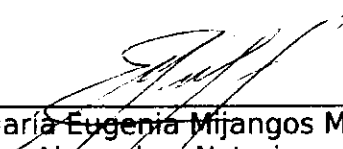


Licda. María Eugenia Mijangos Martínez
ABOGADO Y NOTARIO

Dirección: 6ta. Avenida "A" 1-74 zona 1, Guatemala, Guatemala.
Teléfono: 52027457

que las conclusiones son acordes a lo expresado en el cuerpo capitular de la investigación, logrando comprobar la hipótesis planteada. De la misma forma se determina que las recomendaciones son consecuencia directa de las conclusiones alcanzadas, fundamentadas en la investigación realizada y aportan soluciones viables a la problemática planteada. Por su parte la bibliografía que se utiliza se considera suficientemente amplia y adecuada pues tiene relación con el fondo de la investigación realizada.

De modo que por encontrarse el trabajo de tesis científica y técnicamente expuesto en su contenido, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los requisitos contenidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el trabajo presentado pueda ser utilizado como base para el examen público correspondiente.



Licda. María Eugenia Mijangos Martínez
Abogada y Notaria
Colegiado No. 3744

MARIA EUGENIA MIJANGOS MARTINEZ
ABOGADA Y NOTARIA

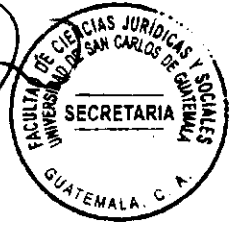


USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

[Handwritten mark]


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 09 de septiembre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante GERSON JOSÉ PABLO SOTOMAYOR DEL CID, titulado VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

[Handwritten signature]


BAMO/srrs.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
Lic. Avidán Ortiz Otellana
DECANO






DEDICATORIA

A MIS TIOS:

Thelma y Leonel por siempre estar presentes en mi crecimiento y haberme brindado apoyo incondicional en la carrera de la vida.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Con especial énfasis a la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme permitido hacer ese viaje hacia el conocimiento y nuevas experiencias.

ESPECIALMENTE A MI MADRE:

Por su abnegación y entrega demostrada en cada minuto de mi existencia, por los principios y valores que me ha inculcado, por el esfuerzo de ser padre y madre a la vez, y haber procurado cada día lo mejor para mí, y no haber abandonado jamás la capacidad de confiar en mí y creer en que podía cumplir mis sueños en pro de hacer el bien a otros.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Fundamentos generales de los delitos de peligro.....	1
1.1. Principios limitadores del poder punitivo del Estado.....	1
1.1.1. Principio de mínima intervención.....	5
1.1.2. Principio de legalidad.....	7
Principios limitativos para la protección de los derechos humanos.....	12
1.1.2.1. Principio de materialidad de la acción.....	13
1.1.2.2. Principio de proporcionalidad.....	13
1.1.2.3. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos.....	16
1.1.2.4. Principio de humanidad de las penas.....	16
1.1.2.5. Principio de prohibición de la doble punición.....	18
1.1.2.6. Principio de legalidad y la técnica legislativa.....	20

CAPÍTULO II

2. Teoría general del delito.....	23
2.1. Las categorías fundamentales de la teoría del delito.....	26
2.2. Elementos del tipo penal.....	29
2.2.1. Elementos normativos.....	29
2.2.2. Elementos subjetivos.....	29
2.2.3. Elementos objetivos.....	31
2.2.4. Elementos descriptivos.....	32
2.3. El delito como hecho consistente en la violación de los deberes éticos Sociales.....	32

..

2.4. El delito como hecho socialmente dañoso o teoría penal del acto.....	33
2.5. El derecho penal del autor.....	35
2.6. Clasificación de los tipos penales.....	36

CAPÍTULO III

3. Delitos de peligro.....	41
3.1. Tipo de delitos de peligro.....	44
3.1.1. Delitos de peligro concreto.....	44
3.1.2. Delitos de peligro abstracto.....	45
3.2. Teorías analíticas de los delitos de peligro.....	48
3.2.1. Teoría objetiva.....	48
3.2.2. Teoría subjetiva.....	49
3.2.3. Teoría mixta.....	49
3.3. Problemas de resultado en los delitos de peligro.....	50

CAPÍTULO IV

4. Bienes jurídicos protegidos y delitos de peligro.....	51
4.1. El origen social del bien jurídico.....	54
4.2. La derivación del bien jurídico de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	55
4.3. El merecimiento de protección.....	56
4.4. Expansión del derecho penal vrs. eficientismo penal en la protección de bienes jurídicos.....	57

CAPÍTULO V

5. Regulación de armas y municiones en Guatemala.....	63
---	----



Pág.

5.1. Contexto nacional en materia de criminalidad..... 63

5.2. Antecedentes de las armas de fuego en Guatemala..... 70

5.3. Aspectos generales del Decreto 39-89 del Congreso de la República..... 71

5.4. Reseña histórica de la aprobación del Decreto 15-2009 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones..... 74

CAPÍTULO VI

6. Violación al principio de última ratio en los delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Armas y Municiones..... 81

6.1. Derecho penal una moda legislativa..... 87

6.2. Distinción de los delitos peligro abstracto y concreto..... 88

6.3. Delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones..... 90

CONCLUSIONES..... 93

RECOMENDACIONES..... 95

BIBLIOGRAFÍA..... 97



INTRODUCCIÓN

El presente estudio es fruto de la preocupación por la desnaturalización del derecho penal y las implicaciones que los delitos de peligro tienen en el derecho penal guatemalteco, especialmente en lo relacionado a las armas y municiones, esto debido a las prácticas legislativas concurrentes de utilizar el derecho.

En cuanto al enfoque metodológico utilizado para el desarrollo del presente trabajo, está basado en el método hipotético deductivo, el cual permitió analizar la información recolectada y relacionada con la realidad, apoyándose para el efecto en las técnicas bibliográficas, jurídicas y documentales. Con lo cual se ha cumplido con el objetivo de construir un estudio jurídico doctrinario sobre los delitos de peligro contemplados en la Ley de Armas y Municiones, para fortalecer y contribuir a su conocimiento en la sociedad guatemalteca, que logra definir los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto, así como establecer sus diferencias, sus implicaciones en la sociedad guatemalteca y establecer la importancia de su regulación en el marco jurídico guatemalteco.

La hipótesis de la investigación fue ampliamente comprobada ya que los delitos de peligro abstracto contemplados en la Ley de Armas y Municiones, son violatorios de los principios de última ratio, ya que únicamente existe un peligro presunto, lo que ampliamente rompe con los principios de proporcionalidad y mínima intervención del derecho penal, mientras los delitos de peligro concreto contemplados en la Ley de

Armas y Municiones no son violatorios del principio de *Ultima Ratio*, proporcionalidad y mínima intervención ya que responden a la teoría de expansión del derecho penal.

El estudio describe dentro del primer capítulo, los distintos principios rectores del derecho penal especialmente aquellos vinculados a la aplicación y utilización del como limitante al poder punitivo del Estado; el segundo capítulo, se describen los distintos elementos de la teoría del delito, como fundamento para la construcción de cualquier tipo delictivo, especialmente aquellos elementos vinculados con la construcción de los delitos de peligro; el tercer capítulo detalla la teoría concerniente a los delitos de peligro concreto y abstracto, así como las teorías analíticas que los explican; el cuarto capítulo, esboza la vinculación de los delitos de peligro y los delitos de peligro y los bienes jurídicos que estos pretenden evitar su puesta en riesgo; al respecto, el quinto capítulo, describe la regulación en materia de armas y municiones en Guatemala, sus avances y retrocesos, así como una breve reseña de la aprobación de la normativa en materia de armas y municiones que se encuentra vigente en el país; y el capítulo sexto pretende concatenar el fruto del estudio realizado esbozando del porque se consideran violatorios del principio de ultima ratio del derecho penal los delitos de peligro abstracto y porque los delitos de peligro concreto encajan dentro de la descripción de la teoría del derecho penal de segunda velocidad.

Lo expuesto es suficiente para pensar que de darse una discusión profunda sobre las reformas a la parte penal en materia de armas y municiones, podría esto generar una armonización entre esta y el demás ordenamiento penal vigente, así como reflejar la tendencia de América latina a la eliminación de la crueldad en las penas.

CAPÍTULO I

1. Fundamentos generales de los delitos de peligro

Lo primero que debemos comprender, para avanzar de forma sustantiva en este trabajo, son los fundamentos generales de los delitos de peligro, que básicamente están constituidos por los principios limitadores del poder punitivo del Estado, estos sin duda como pilar fundamental en la construcción de los delitos de peligro y el resto del sistema del derecho penal, en estos se presupone una decisión eminentemente política que los condiciona, utilizando un método jurídico para su construcción, que será luego aplicado para el sistema jurídico con ciertos objetivos políticos como el de acotar y reducir el propio poder punitivo del Estado.

De esta manera, no solo deberá ser coherente el sistema entre de sus distintos elementos, sino que no deberá contradecir los principios limitadores que le impone la previa decisión política sobre la función que el sistema debe cumplir.

1.1. Principios limitadores del poder punitivo del Estado

La idea que las personas convivan de una forma pacífica y justa dentro de un sistema equitativo, que permita que los derechos mínimos o mejor llamados los derechos fundamentales, sean protegidos contra aquellas violaciones ocasionadas por la búsqueda desmedida del poder o la utilización exacerbada del mismo, con el paso del tiempo y tras haber experimentado como humanidad algunas de las formas más crudas de la violación de la calidades que como seres humanos tenemos, han logrado, de una

manera u otra, formar una base limitante a la aplicación del poder punitivo del Estado, y a aquellos particulares que cometen violaciones a los derechos humanos, para que el Estado y la efectiva aplicación de los mismos sean de verdad una forma de protección de las estructuras sociales más profundas, y no un instrumento de sometimiento a la población. Son precisamente estas ideas las que deben servir como fundamento para la construcción, aplicación y ejecución de las normas penales, para poder comprender la naturaleza de las mismas, así como entender la magnitud de aquellas garantías que protegen a los individuos del abuso de poder.

El origen de esta concepción suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado por los representantes electos por el pueblo y deja de ser un derecho divino o derivado del mas allá, para pasar a ser un derecho racional. Respecto a lo anterior Holvach y Helvetius propusieron el llamado utilitarismo, que pasa a justificar los derechos humanos, no porque sean divinos o naturales, sino porque son útiles y conducen a la felicidad. “Tal expresión ya había sido formulada por David Hume en 1739 cuando escribe el Tratado Sobre la Naturaleza Humana, que logró influir en dos de los representantes más importantes de la criminología en aquella época: Beccaria y Bentham.”¹

A partir de esa época el derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que solo debe ser utilizado

¹ Parman, Susan. **Dream and culture: An anthropological study of the western intellectual tradition.** Pág. 91.



contra ataques muy graves a esos valores y en una forma limitada y controlada por el imperio de la ley. La importancia de este adelanto se mostró posteriormente cuando el Estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible amenazando con penas, pero propugnando conductas indiferentes desde el punto de vista ético-social y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable, sin embargo la situación no ha cambiado tanto como para olvidarse de este problema.

En la evolución de la normativa penal guatemalteca se ha entrado en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad tiene como efecto el aumento de la dureza en la represión ejercida por el Estado que parece volver a los tiempos de la política penal autoritaria que se creía superada definitivamente.

En este sentido, es necesario que "el poder punitivo del Estado se funde en los principios del Estado social y democrático de derecho reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, sin olvidar la característica pluricultural del mismo."²

En principio, el contar con un Estado de derecho impone el postulado de un sometimiento a la voluntad punitiva del derecho, lo que da lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social, sirve para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para la protección de la sociedad. Lo anteriormente expuesto, implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la

² Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal, parte general**. Pág. 56.

necesidad social de la intervención penal. “Y fundamental, la concepción del Estado democrático que obliga a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.”³

“Los límites de la potestad punitiva derivan en unos casos con mayor énfasis del fundamento político y en otros del fundamento funcional, pero siempre guardan alguna conexión con los dos aspectos de la fundamentación del *ius puniendi*; es decir, que todos los principios limitadores se pueden derivar tanto del fundamento político y constitucional como del fundamento funcional, la necesidad del derecho penal para proteger bienes jurídicos a través de la prevención.”⁴

La Constitución Política de la República de Guatemala establece como modelo el Estado social y democrático de derecho, es decir un modelo que toma del Estado liberal el respeto a las garantías individuales y dignidad humana, y evoca el carácter personalista del Estado, pero al mismo tiempo supera las desigualdades generadas por un concepto individualista de dejar hacer, dejar pasar. De esa cuenta intenta superar las profundas desigualdades económicas a través de la intervención estatal, mediante una acción que plantea remover los obstáculos y discriminaciones que conducen a una inequitativa producción y distribución de la riqueza. Por ello es democrático, pues trata de garantizar la libertad e igualdad de los seres humanos, pero sin violar la dignidad inherente al ser humano.

³ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal, parte general**. Pág. 243.

⁴ Luzón Peña, Diego Manuel. **Derecho penal, parte general I**. Pág. 157.



El espectro político criminal concebido en la Constitución Política de la República de Guatemala constituye un derecho penal mínimo, “lo que significa que pretende no intervenir en la esfera de libertad del individuo, sino permitir a cada uno de los ciudadanos la posibilidad de elegir que hacer y no hacer. De donde deriva que los delitos o prohibiciones penales deben ser reducidos al mínimo y ser reservados únicamente para aquellos casos en los que sea absolutamente necesario proteger los bienes jurídicos fundamentales. De allí que la punición solo puede ser realizada siguiendo determinadas normas y límites, impuestas por las garantías penales y procesales, convirtiendo al modelo político constitucional del Estado en un modelo garantista, al establecer límites a la actividad de los funcionarios estatales en la prevención y persecución del delito, con el fundamento básico de impedir el castigo arbitrario a los ciudadanos. De esta manera se pretende construir un sistema político criminal, no de legalidad simple, sino de estricta legalidad.”⁵

1.1.1. Principio de mínima intervención

Tal y como se planteó anteriormente, el derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos mas importantes, esto quiere decir que: aunque el derecho penal solo pueda proteger bienes jurídicos, no todo bien jurídico debe de ser protegido penalmente, es mas, las infracciones mas leves cometidas contra el orden jurídico son objeto de las otras ramas del derecho, dejando el derecho penal como una aplicación de última ratio.

⁵ Rodríguez, Alejandro. **Análisis crítico sobre la tendencia político criminal del período 1994-1998.** Pág. 62.

Si partimos del principio que el derecho penal en el marco de un Estado social y democrático de derecho se legitima solo en cuanto protege a la sociedad, y este pierde su justificación si su intervención se demuestra inútil por ser incapaz de servir para evitar conductas delictivas que verdaderamente afecten a la sociedad, en relación al bien jurídico tutelado que se vea afectado.

Este principio se deriva del principio de necesidad, es decir, el fundamento funcional, pero es obvio que tiene su origen en la idea liberal de la mínima intervención indispensable, ya no de la actuación estatal pero si de los medios mas graves. Este principio es el mas importante dentro del presente estudio, porque constituye la columna vertebral de la última ratio, en el que se funda un sistema político criminal en donde se pretende limitar al máximo la intervención penal.

Este principio como se ha señalado en la Constitución Política de la República de Guatemala, ha creado un régimen personalista, en donde se reconoce que los ciudadanos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad. Así lo indica precisamente el artículo dos del cuerpo constitucional al establecer que es deber del Estado garantizar a los habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

El derecho penal, como todo el ordenamiento jurídico tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, pero no de todos ellos sino que solamente de aquellos con mayor relevancia para la sociedad, es decir, de aquellos bienes jurídicos

considerados fundamentales, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás formas de control establecidas en el ordenamiento jurídico, actuando de forma subsidiaria ante las demás ramas del derecho. En este sentido, debo decir que el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando la protección puede conseguirse por otros medios, que garanticen una menor afectación a los derechos de las personas.

1.1.2. Principio de legalidad

Para poder entender a cabalidad la magnitud y los alcances del principio de legalidad en el derecho penal, debemos por lo menos recordar de forma general el origen y el sentido político del mismo. En este sentido podemos decir que el principio de legalidad se expresa en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se deriva del principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo.

El principio de legalidad no es solo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además es la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no estén previamente contemplados en ley.

Este principio es de alcance universal al contemplarse en los convenios y tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como parte fundamental de la democracia y del imperio de la paz.

Sin embargo la mera existencia de una ley no constituye garantía suficiente para el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena, tal es el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1965, concebida en un régimen autoritario bajo el mando de Enrique Peralta Azurdía Jefe de Gobierno de la República y Ministro de la Defensa Nacional, que paradójicamente establecía en su Artículo 45: “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe. Ninguno esta obligado a cumplir ni acatar órdenes o mandatos que no estén basados en ley. Nadie puede ser perseguido o molestado por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción de la ley.

Es punible todo acto por el cual se impida o limite a los guatemaltecos ejercer sus derechos y cumplir sus deberes ciudadanos, salvo las restricciones que establece la Constitución.”. Por esa razón para evitar que el principio de legalidad sea solamente un proclamación vacía de contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea estricta, por lo tanto que establezca claramente las características del hecho punible.

Según los distintos momentos sobre los que opera, el principio de legalidad de los delitos y las penas contiene, en primer lugar, las denominadas garantías criminal y penal, lo que se corresponde con la originaria formulación de dicho principio.

Estas garantías actúan en el momento de la definición legal de los delitos y las penas y en la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable, pero a ellas se han unido otras que operan en momentos distintos, concretamente el principio de legalidad exige también que la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable se lleve a cabo mediante el proceso establecido penalmente y por los órganos judiciales competentes, en lo que se conoce como garantía procesal y jurisdiccional. Sin embargo, y tomando en cuenta el carácter estricto que la ley penal debe tener en base al principio de legalidad, se debe entender que la ley penal solo tiene validez o legitimidad absoluta cuando también cumple con las demás garantías y derechos establecidos en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

La estricta legalidad garantiza la verificación y refutabilidad de los supuestos típicos penales abstractos, asegurando, mediante las garantías penales procesales, los presupuestos empíricos de la carga de la prueba a cargo de la acusación y del derecho de la refutación a cargo de la defensa. Se trata por tanto que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuales serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles.

La Corte de Constitucionalidad ha reconocido que "el principio de legalidad no es solo una garantía formal, sino que tiene también una vertiente material, que vincula al



legislador en la definición de los tipos penales.”⁶ De acuerdo a lo anterior, no cabe calificar como delitos aquellas conductas que no están previamente establecidas en la ley, aunque sean desvalorizadas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales; así mismo a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas a las que están previstas en la ley.

a) Reserva de ley.

Como ya dijimos, la ley penal debe ser estricta, para que el principio de legalidad no sea simplemente una proclamación vacía, en ese sentido es válido decir que el derecho penal es eminentemente positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas, reservando con esto exclusivamente al Congreso de la República la potestad de definir los delitos y las penas: en el esquema propio de la división de poderes, solo el legislativo como representante de la voluntad popular se encuentra legitimado para decidir que conductas debe perseguir el Estado mediante el instrumento mas severo de que se dispone, esto es, la sanción penal.

Sin embargo, existen ciertas limitantes que establece el Estado social y democrático de derecho al legislador para poder decidir en torno a las conductas delictivas a perseguir, presupuestos como por ejemplo: que el contenido de la ley debe estar formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso.

⁶ Ibid.



Solo en la medida en que una ley, contenga supuestos que deben ser objeto de verificación o comprobación fáctica, se puede establecer la necesaria sujeción del juez a la ley. Por supuesto, esta afirmación debe ser matizada en cuanto a la analogía *in bonam partem*, la cual encuentra un reconocimiento en el Convenio 169 de la OIT, en donde se permite aplicar las costumbres indígenas como causas de exclusión de la responsabilidad penal.

b) Principio de taxatividad.

La garantía por la que la definición de los delitos y de las penas se reserva al legislador no es una exigencia meramente formalista, sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad: para que la ley cumpla con la función de establecer cuales con las conductas punibles debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que deje en la indefinición al ámbito de lo punible. La vaguedad de las definiciones penales además de privar de contenido material al principio de legalidad, disminuye o elimina la seguridad jurídica exigida.

Esta exigencia de clara denominación de las conductas punibles se expresa en el principio de taxatividad o mandato de certeza cuyo cumplimiento plantea uno de los retos mas grandes de la técnica legislativa, y dentro de este uno de estos riesgos para el legislador lo constituye la utilización de enumeraciones casuísticas que generalmente no agotan todas la posibilidades fácticas y obligan a la realización de interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad.



Efectivamente el legislador no puede pretender recoger todos los matices con que se expresa la realidad y debe acudir frecuentemente a términos amplios que deben ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas, porque es imposible que la ley enumere todas las posibles formas de aparición de una situación específica. Cuando ello se intenta se cae en la enumeración de situaciones casuísticas que generalmente no agotan todas las posibilidades fácticas y obligan a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad.

El mandato de taxatividad de los tipos penales, de establecer con certeza el alcance de las limitaciones, es un imperativo necesario para poder realizar un control empírico de las decisiones judiciales. Por el contrario, los tipos penales que contienen elementos descriptivos que pueden ser objeto de comprobación fáctica, permiten controlar la actividad judicial, pues delimitan concretamente el ámbito legítimo de intervención penal.

1.1.3. Principios limitativos para la protección de los derechos humanos

Existen principios limitativos al poder punitivo del Estado que van dirigidos a la exclusiva protección de los derechos humanos, estos son: la materialidad de la acción, proporcionalidad, protección exclusiva de bienes jurídicos, humanidad de las penas, prohibición de doble punición y por último el de legalidad y técnica legislativa, principio que vincula este primer capítulo con el objeto del mismo.

1.1.3.1. Principio de materialidad de la acción

Conforme a este principio ningún daño por grave que sea puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia, los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concentrarse en acciones humanas, materiales, físicas o externas, es decir empíricamente observables-describibles exactamente, en cuanto tales por la ley penal.

El Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala recoge este principio al establecer que solo son punibles las acciones y las omisiones. Esto quiere decir que nuestro derecho penal se configura como un derecho penal de acto, en contraposición con tendencias político criminales que proclaman un derecho penal de autor, basado sobre la personalidad o supuesta peligrosidad del supuesto delincuente.

En consecuencia el programa político criminal de la Constitución Política de la República de Guatemala, parte de un concepto que emerge de una de las reformas mas importantes de la ilustración: solo los actos externos, y no las acciones internas pueden ser objeto de sanción.

1.1.3.2. Principio de proporcionalidad

No solo es preciso que pueda culparse al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de esta resulte proporcionada a la del hecho cometido. Esta

se trata de una exigencia que no nació, sin embargo, para las penas, sino para las medidas de seguridad.

Al no encontrar estas el límite con el principio de culpabilidad, se hizo evidente acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva, así cuando para evitar que el pequeño ratero siguiera delinquiendo fuese necesario encerrarle durante toda su vida.

La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad no solo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que se constituye como principio general y fundamental de todo el derecho penal.

El principio de culpabilidad hay que entenderlo en su justa dimensión para asegurar la necesaria proporcionalidad entre el delito y pena. Aquel principio solo exige que pueda culparse al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere solo ciertas condiciones para poder imputarle la lesión, pero nada dice esto de la gravedad de la lesión, ni por lo tanto, de que esta deba ajustarse a la cuantía de la pena.

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, de que la pena misma sea proporcional al delito cometido. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base

a la importancia social del hecho.

La necesidad misma de la proporción se funda en la conveniencia de una prevención general no solo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva. Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las mas importantes que las que lo son menos, solo para evitar que aquellas se devalúen.

En un Estado democrático debe existir, además de la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionales, el que no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de nocividad social del ataque al bien jurídico protegido.

“También las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Hay que añadir que estas deben guardar proporción no solo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino mas en concreto, con el grado de peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que solo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves.”⁷

⁷ Mir Puig. **Ob. Cit.** .Pág 68.

1.1.3.3. Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos

El derecho penal de un Estado social ha de justificarse como un medio o sistema de protección social. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho penal se denominan bienes jurídicos, y esta expresión se utiliza en este contexto con un sentido político criminal, de objeto que puede reclamar la protección jurídico penal.

Esto en contraposición a su sentido eminentemente dogmático que alude a los objetivos que de hecho protege el derecho penal.

Es importante destacar que este principio complementa sustantivamente la presente investigación, ya que este establece que de acuerdo a la importancia del bien jurídico debe ser proporcional la protección penal que se le da al mismo.

Sin embargo, el derecho penal solo debe proteger bienes jurídicos, pero no todos los bienes jurídicos deben ser protegidos por el derecho penal y es aquí donde cobra trascendental importancia el principio de última ratio, objeto del presente análisis. El bien jurídico es pues mucho mas amplio que el bien jurídico penal.

1.1.3.4. Principio de humanidad de las penas

Tal vez sea este el principio que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo. Nació este de la mano de la



reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el derecho del antiguo régimen. Fue un punto central del programa de la ilustración que se concretó especialmente en el siglo XVII y que no ha dejado de inspirar evolución doctrinal posterior y buen número de las reformas penales que se han producido hasta el presente.

Se paso así primero, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las personas corporales, a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad. Las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida en los últimos tiempos en muchos países civilizados.

En nuestros días se aprecia una importante y progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas como la multa, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en suspensión del cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso a la renuncia a toda pena.

En esta línea se inscribe la tendencia internacional de la despenalización de ciertas conductas antes punibles. También se atenúa paulatinamente la gravedad de la pena señalada a los delitos. Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un límite máximo de quince años aunque se trate de una aspiración no realizada por la mayoría de países.

En Guatemala este principio es menos asumido por los legisladores, ya que la

tendencia en la definición de los delitos es a incrementar las penas en vez de hacerlas efectivas, contrario al planteamiento de Cesare Beccaria en su libro: de los delitos y de las penas, esto debido a simple presión pública combinado con un alto grado falta de conocimiento del adecuado tratamiento y peculiaridades que conlleva el legislar en materia penal.

1.1.3.5. Principio de prohibición de la doble punición

El principio procesal *ne bis in idem* y la prohibición de doble punición se hallan íntimamente vinculados, pero no coinciden en cuanto a su alcance: el primero opera aunque no haya habido punición, y el segundo también en casos en que el primero no se haya formalmente comprometido. Existen por lo menos tres casos en los que no entra en juego el principio procesal, dado en que en ninguno de ellos la persona es sometida dos veces a un proceso por el mismo hecho.

La primera hipótesis de doble punición tiene lugar cuando la administración y a veces las personas jurídicas, imponen penas, tratándose de coacciones que no tienen carácter reparador o restitutivo, ni de coacción directa, pero que conforme a los elementos negativos del discurso penal no son consideradas penas. Suele tratarse de multas, cesantías, exoneraciones e inhabilitaciones. Con frecuencia son más graves que las penas de la ley manifiestamente punitiva y se imponen fuera de los límites del derecho penal, por lo cual su exclusión del discurso penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo mas discrecional, y que además se suma al poder

punitivo manifiesto, que no toma en consideración la manifestación punitiva excluida de su ámbito discursivo. El remedio adecuado es la inconstitucionalidad a toda punición no manifiesta.

El segundo grupo lo constituyen los casos de personas que sufren lesiones, enfermedades o perjuicios patrimoniales por acción u omisión de los agentes del Estado en la investigación o represión del delito cometido. Dado que las cárceles no son lugares seguros, pues la privación de libertad aumenta las probabilidades de suicidio, homicidio, enfermedad y lesiones, no son raros los presos que sufren lesiones graves y gravísimas de consecuencias irreversibles. En este sentido el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes –OPCAT- establece ciertos lineamientos para la erradicación de los tratos crueles inhumanos y degradantes dentro de los centros de privación de libertad.

El tercer grupo lo constituyen aquellas personas que por pertenecer a pueblos indígenas con culturas diferenciadas, tienen su propio sistema de sanciones y de resolución de conflictos. Cuando una persona haya sido sancionada conforme a la cultura indígena a la que pertenece, “el Estado no puede imponerle un nueva pena o, al menos, debe computar la pena comunitaria como parte de la pena que pretende imponerle, so pena de incurrir en doble punición.

Si bien no existe disposición expresa al respecto en la ley penal, el reconocimiento

constitucional de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, obliga a tomarlas en cuenta, pues no puede afirmarse que la normativa penal no los reconoce, contrario esto al mismo texto constitucional.”⁸

1.1.3.6. Principio de legalidad y la técnica legislativa

Para la aplicación del principio de legalidad en el ámbito penal, se debe utilizar una técnica legislativa correcta que debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura, como de enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcan todos los matices de la realidad. El punto justo es en ocasiones tan difícil de establecer que quizás por ello la jurisprudencia constitucional es especialmente cauta cuando se refiere al principio de taxatividad.

En el mismo sentido, podemos decir que la legalidad tanto en su sentido estricto como en el lato, se configura como dos distintas tecnologías penales. Cuando el legislador utiliza términos ambiguos, que dan lugar a la valoración mas que a la comprobación, tales como actos obscenos, conductas malvadas, en estos tipos el legislador está utilizando un técnica legislativa que expande el ámbito de aplicación de los tipos penales, y en última instancia, permite aplicar analogía o en el peor de los casos valoraciones personales a los jueces con la consiguiente vulneración del principio de legalidad y de control de la función pública.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Derecho penal parte general**. Pág. 26.



Por consiguiente, podemos decir que la única técnica aceptable en el Estado de derecho instituido la Constitución Política de la República de Guatemala, es el principio de estricta legalidad. De modo, que los términos utilizados para describir las acciones u omisiones penalmente relevantes, deben estar redactados de manera precisa y con elementos que puedan ser susceptibles de proposiciones verdaderas o falsas.

Sin embargo, los principios del derecho penal en gran parte de los casos no están presentes en las consideraciones que los legisladores realizan en la elaboración, dictamen y aprobación de las iniciativas de ley dentro del Congreso de la República de Guatemala, esto permitiendo un desvío político y tendencioso del contenido de la normativa penal hacia la utilización del derecho penal como prima ratio y no como última ratio en el ejercicio de las facultades concebidas en el Estado de derecho.



CAPÍTULO II

2. Teoría general del delito

Podemos decir que el análisis de los elementos del tipo penal inicia con el descubrimiento realizado por Ernst Von Beling en su libro esquema de derecho penal, cuando analizaba al tipo penal desde el punto de vista eminentemente descriptivo, y por ende sus elementos contenían tal característica. Posteriormente apareció la propuesta de “Fischer sobre los elementos subjetivos del tipo penal, y los elementos normativos con Mayer, con lo que el tipo penal logró contener elementos descriptivos, objetivos, subjetivos y normativos. Los primeros identifican al delito con elementos tales como la acción, la antijuricidad, incluido en el tipo y la culpabilidad, en tanto en los segundos separan al tipo de la antijuricidad y analizan a estos como dos elementos distintos del delito.”⁹

En ese sentido los elementos esenciales del tipo penal son: “el sujeto activo, conducta y el bien jurídico”¹⁰. Por otra parte, con una tendencia adecuada a la teoría penal de la acción, Jescheck considera al tipo con un origen emanado de la conjunción de los *elementos que fundamentan el contenido de lo injusto de la correspondiente especie del delito* e identifica como pilares básicos de este a:

El bien jurídico,

⁹ Plascencia Villanueva, Raúl. **Teoría del delito**. Pág. 100.

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco. **Ob cit.** Pág. 259.



El objeto de la acción,

El autor y

La acción.

Lo anterior significa que en cada uno de dichos "pilares básicos deberán integrarse otros elementos que servirán de base para establecer los elementos del tipo, lo cual Claus Roxin, interpreta en el sentido de caracterizar al tipo penal con los siguientes subconjuntos:

El deber jurídico penal,

El bien jurídico,

El sujeto activo,

El sujeto pasivo,

El objeto material.

La voluntad dolosa o culposa, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión."¹¹ En este sentido podemos decir que el sistema del hecho punible sobrevive en medio de grandes obstáculos, muchos de los cuales parten de su propio modelo de imputación, o por lo menos sobre la conceptualización de su crítica definición.

De allí que al derecho penal le resulte sumamente difícil resultar exitoso de las

¹¹ Plascencia Villanueva, Raúl. **Ob Cit.** Pág. 102.

evaluaciones que continuamente y desde diversos ángulos exigen respuestas sobre el grado de violencia que utiliza tanto para la resolución del conflicto, cuanto para asegurar los fines básicos de asegurar la paz y armonía social y, de otro lado, la adecuación para aprender a convivir con la violencia del hecho ilícito y la propia respuesta intrínseca también violenta que emite el Estado.

La compleja labor hermenéutica de las categorías sistemáticas de la teoría jurídica del delito, impone determinar y clarificar las ideas básicas que marcan los criterios fundamentales del ejercicio dogmático. Valorar cada postulado de la legislación penal ordena en la administración de justicia encontrar la identidad esencial entre el caso previsto en la norma y el caso de la vida real, otros autores consideran a la ciencia del derecho penal como un “núcleo de la dogmática jurídico-penal que constituye su fundamento y límite... elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de la elaboración conceptual y sistémica.”¹²

En ese sentido, se puede aseverar que la teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no solo alcanza a los delitos sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal, entonces, será objeto de

12 Nieves, Ricardo, **Teoría del delito y práctica penal**, Pág. 11.



“análisis de la teoría del delito aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como los casos extremos en los que no obstante existir una lesión o bien , y especialmente para este trabajo de tesis, la puesta en peligro de un bien jurídico, el comportamiento humano resulte justificado, no reprochable, o bien, no punible.

En los términos anteriores, resulta conveniente tener presentes los presupuestos de punibilidad, circunstancia que nos remite al análisis sistemático de la ley penal, pues en dicho lugar es donde tienen cabida los tipos penales en la descripción de comportamiento, que plasma el legislador en las normas penales, bajo cuya base puede sobrevenir una pena o medida de seguridad, también resulta conveniente revisar aquellos preceptos legales que no obstante estar inmersos en una disposición de carácter eminentemente administrativo, contemplan tipos penales”,¹³ esto con el objeto de clarificar un concepto de delitos de peligro abstracto o también llamados delitos administrativos, ya que podrían causar confusión, ya que por su naturaleza no se lesiona de forma directa un bien jurídico tutelado.

2.1. Las categorías fundamentales de la teoría del delito

La teoría del delito contempla categorías que resultan fundamentales para su conformación, en tales términos encontramos la conducta o la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad. Bajo estas categorías Beling acuña el delito

¹³ Plascencia Villanueva, Raúl. **Ob cit.** Pág 26

como el continente de dichas categorías, matizando la punibilidad, como el ajuste a ciertas condiciones objetivas de punibilidad, dando paso al inicio de cuatro fases del desarrollo de la teoría del delito: la clásica, la neoclásica, el finalismo y por último el modelo lógico matemático.

Definiendo postulados específicos en cada una de ellas, específicamente en materia de las categorías de acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. En este sentido podemos plantear algunas diferencias entre cada una de las concepciones respecto de las categorías planteadas.

En el caso de **la acción**, "bajo la concepción clásica se define como una modificación causal del mundo exterior provocada por el ser humano; para la concepción neoclásica esta se concibe como un comportamiento humano, es decir como la realización de la voluntad de un ser humano, como una modificación del mundo exterior perceptible; para la concepción finalista a esta se le concibe como el ejercicio de finalidad, así toda acción es acontecer finalista y no causal, la acción es predeterminación de cursos causales."¹⁴

La **tipicidad**, vista desde la "concepción clásica se define como el acontecer de una acción que esta descrita en forma no valorativa de la ley; bajo la concepción neoclásica como un contenido de elementos valorativos, esto determina que es necesario consumir los elementos descritos en el tipo penal inmersos en la ley; desde el punto de

¹⁴ Hirsch, Hans Joachim, **Derecho penal, obras completas**, Pág. 213

vista finalista, esta surge como consecuencia de la concreción de los elementos del tipo penal, objetivos y subjetivos; y por su parte la teoría lógico matemática considera que esta es la correspondencia unívoca de los presupuestos y elementos del tipo penal con los presupuestos y elementos del delito.”¹⁵

La **antijuricidad** desde la teoría clásica, se definía como la contraposición de la acción típica con una norma penal; mientras que “para la teoría neoclásica establece que no solamente importa la ilicitud de la acción sino también el daño o la puesta en peligro que una acción representa para el bien jurídico.

Por su parte la teoría finalista evoluciona y distingue entre aspectos formales y materiales, definiendo lo formal como lo que es contrario a la norma penal, y lo material es la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico como consecuencia de la antijuricidad formal, de la misma forma se separa el dolo de la antijuricidad, y se introducen los supuestos de error de prohibición y de tipo.”¹⁶

La **culpabilidad**, “según la teoría clásica surge como consecuencia de la relación dolosa o culposa, entre el autor y su hecho; mientras que para la teoría neoclásica, esta se convierte en algo adicional, se introduce la posibilidad de excluirla cuando se cuenta con alguna causa de inculpabilidad o bien ante la no exigibilidad de otra conducta; mientras que para la teoría finalista se convierte en el juicio de reproche.”¹⁷

¹⁵ Ibid, Pág. 214

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid. Pág. 215.



2.2. Elementos del tipo penal

Para completar el análisis bastante somero acerca de la teoría del delito debemos evaluar los elementos que conforman el tipo penal, ya que esto es un punto fundamental para luego pasar al análisis de los delitos de peligro. Al efectuar este análisis de los elementos del tipo penal, resulta conveniente precisar las diversas variantes que este análisis ha tenido en el transcurso de la evolución del derecho penal.

2.2.1. Elementos normativos

Los elementos normativos son aquellos que requieren valoración por parte del intérprete o del juzgador que ha de aplicar la ley, esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo psíquico.

Es decir este tipo de elementos se refieren a hechos o circunstancias que solo pueden pensarse o imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma, por lo que incluyen los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos al sentido.

2.2.2. Elementos subjetivos

“La parte subjetiva del tipo se haya constituida siempre por la voluntad, dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado) o bien, a una sola conducta (en los

delitos imprudentes y a los de mera actividad), y a veces por especiales elementos subjetivos. Por lo que los elementos subjetivos pertenecerán al mundo psíquico del agente o de un tercero, en tal virtud, los identificaríamos a nivel de intangibles, inmateriales, pero perceptibles por medio de los sentidos.”¹⁸

En este sentido, podemos decir que en infinidad de ocasiones el tipo presenta una mera descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo, referidos a ciertos estado anímicos del autor en orden al injusto, son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras “maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, entre otros”.¹⁹

También “pueden sumarse al catálogo de elementos subjetivos ciertos contenidos interiores que deben demostrarse con una naturaleza intelectual o cognitiva, como el hecho de saber que se mata al ascendiente, descendiente o cónyuge; de naturaleza afectiva, como el estado de emoción violenta o de naturaleza volitiva cuando se refiere a una dirección intencional, como las miras deshonestas en el rapto.”²⁰

En conclusión podemos decir que los elementos subjetivos lo constituyen la cualidades intangibles que exige al tipo a quien comete el ilícito, en algunos casos dirigido a la voluntad y a la imputabilidad, y en otros, dirigido al dolo, a la culpa y a la intención del sujeto activo.

¹⁸ Rodríguez Devesa, José María, **Derecho penal español**, Pág. 399

¹⁹ Jiménez de Azua, Luis, **La ley y el delito**, Pág. 320, 321

²⁰ Arigabay Molina, José, **Derecho penal**, Pag. 203.

2.2.3. Elementos objetivos

La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. “En los delitos de resultado, es preciso además que este se produzca en términos tales que pueda ser imputado objetivamente a la conducta.

En este sentido el resultado se entiende como un efecto separado de la conducta y posterior a ella.”²¹ Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos, es decir tienen la característica de ser tangibles, externos materiales, por lo que podríamos decir que también son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante.

Por otra parte, el aspecto objetivo del tipo penal, traducido en sus elementos con lo que se entendía como el cuerpo del delito, se definía a partir de los elementos materiales del delito, como la objetividad jurídica, que esta formada por un objeto irreal, de indiscutible repercusión sistematizadora e interpretativa: el objeto de ataque es un trozo del mundo físico; pertenece al mundo de la realidad, y no es otra cosa sino el objeto sobre el que se dirige la acción.

Como por ejemplo el individuo en el homicidio, el bien mueble en el hurto o robo, que constituyen los llamados bienes jurídicos protegidos en el tipo penal. En tanto que la vida o la propiedad son las entelequias jurídicas integrantes del llamado bien jurídico.

²¹ Mir Puig . Ob. Cit. Pág. 212.

2.2.4. Elementos descriptivos

Los elementos descriptivos están formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos que en allí se encuentran, pero que difieren de los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos, por lo que en virtud de que pueden pertenecer al mundo físico y al psíquico, se acostumbra a distinguirse entre: Los elementos subjetivos descriptivos y los elementos objetivos descriptivos.

En efecto, “los elementos descriptivos podemos considerarlos conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real, pero que necesariamente son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como descriptivos aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico.”²²

2.3. El delito como hecho consistente en la violación de deberes ético sociales

Para poder tratar este punto, debemos preguntarnos ¿Qué determina que un hecho sea merecedor de pena?, al respecto esta claro que una primera respuesta consiste en referir el hecho a un orden de valores diverso del jurídico, entendiendo por ejemplo, que el orden estatal se compone de dos ordenamientos jurídicos: uno, el social, compuesto de las ideas morales generales de las que surgen las exigencias fundamentales de la vida social, y el otro, el estatal, que es su expresión también, aunque con otra

²² Rodríguez Devesa. *Ob. cit.* Pág. 399

formulación. El delito, en el sentido de comportamiento merecedor de pena consistiría en la infracción de ciertos deberes éticos.

2.4. El delito como hecho socialmente dañoso o teoría penal del acto

Para un derecho penal que deba respetar una estricta separación de derecho y moral, como no solamente el positivismo jurídico exige, el anterior punto de vista no resulta ser el mas adecuado. Por ese motivo, la orientación moderna cree resolver el problema y definiendo el problema definiendo al delito desde el punto de vista del daño social que ocasionan. Pero esta fórmula es excesivamente amplia. Tanto que ni siquiera es totalmente opuesta a la anterior, pues siempre cabe la posibilidad de considerar como socialmente dañoso a lo que represente una lesión de valores ético-sociales elementales.

Sin embargo "la teoría en su afán de mantener una estricta separación de derecho y moral quiere referirse fundamentalmente a la lesión de bienes jurídicos. La lesión de un bien jurídico sería, entonces, contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se caracteriza como delito. De ello se ha deducido que un principio fundamental es la exigencia de que todo delito constituye por lo menos la lesión de un bien jurídico.

Sin embargo el concepto de bien jurídico es particularmente discutido, en la medida en que bienes jurídicos sean todas aquellas situaciones o valores que el legislador quería proteger, prácticamente todo delito, es decir toda amenaza de pena referida a un

comportamiento determinado, protegerá un bien jurídico que será lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador. Bajo estas condiciones el principio fundamental pierde todo significado, ya que requiere lo mismo que la determinación del concepto que estamos tratando, una determinación del concepto del bien jurídico que no sea deducido del derecho positivo. Dicho en otras palabras, la teoría del bien jurídico cumpliría una función dogmática en la interpretación de la ley, y otra crítica cuando trata de identificar el objeto de la lesión constitutiva de un delito.”²³

Para Roxin por derecho penal del hecho se entiende como: “una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción solamente representa la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o lo peligros que en el futuro se esperan del mismo.”²⁴

En este sentido el bien jurídico ha sido entendido como el interés protegido jurídicamente, de allí que se considera que todos ellos son vitales para la convivencia en sociedad, unos en mayor medida que otros, los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico.

En las consecuencias, de todos modos, el referir el daño social a la lesión del bien jurídico no logra grandes progresos en relación al problema de la estricta separación del derecho penal y la moral. Pues la determinación de que intereses específicos merecen

²³ Bacigalupo Zapater, Enrique, **Manual de derecho penal parte general**. Pág. 9.

²⁴ Roxin, Claus. **Derecho penal parte general tomo I, fundamentos la estructura de la teoría del delito.**, Pág.177.



protección proviene de concepciones de la vida social cuyas vinculaciones con la ética y la moral son innegables. De allí que “La necesidad crea la protección y con el cambio de intereses cambia también el número y la especie de los bienes jurídicos. Por ello, las normas jurídicas están enraizadas, en última instancia, tanto en la sabiduría como en las concepciones religiosas, éticas, y estéticas del pueblo del Estado; ellas encuentran aquí su sostén firme y apoyado en la tierra y reciben de allí el impulso para su desarrollo”²⁵.

Toda selección y ordenación jerárquica de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y consecuentemente también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos presupone que el mismo legislador considera positivamente esos intereses, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal. De allí que la discusión relativa a la teoría del bien jurídico adquirió significación política inmediata, desde el punto de vista tradicional que, desde Binding y Von Liszt, concebía el delito como lesión de un bien jurídico.

2.5. El derecho penal del autor

Tanto la concepción del delito concebida como infracción de deberes ético-sociales, como la que considera que el delito es una acción socialmente dañosa, entendiendo por

²⁵ Von Liszt, *Lerhrbuch*, Pág. 4.



tales las que lesionan bienes jurídicos, son puntos de vista que vinculan la definición de un delito a la comisión de un hecho (y eventualmente a la omisión de algún comportamiento). Frente a ella se ha procurado desplazar el centro de gravedad de la definición desde el hecho al autor o dicho de otra manera, a la actitud del autor. Para este punto de vista, según su esencia el autor es un miembro personal de la comunidad jurídica con un sentimiento jurídico depravado.

Pero además, todo hecho legalmente tipificado no puede comprobarse si no se lo complementa mediante una tipificación judicial del autor. Por una parte la base irracional de este punto de vista y, por otro, su innegable cercanía con la ideología del nacional-socialismo o con corrientes autoritarias afines, ha hecho caer a esta teoría en cierto descrédito científico.

2.6. Clasificación de los tipos penales

Al referirse a los tipos penales, no podemos dejar de exponer una clasificación general de estos, atendiendo a su estructura formal, es factible agruparlos en: básicos, especiales, subordinados, elementales, compuestos, autónomos, en blanco, de daño, de peligro abierto o cerrado.

Esta clasificación nos podrá orientar para analizar los delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones, y servirá como una perfecta introducción previa a profundizar sobre las valoraciones



otorgadas a los delitos de peligro en sí mismos.

Básico: Conocidos igualmente como fundamentales, son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano, y por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro.

Especiales: Los que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de este.

Subordinados o complementados: Los que refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descritos en estos, por esa razón no pueden aplicarse de forma independiente; su vida jurídica dependen de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación solo en el momento procesal de la imposición de la pena. Tanto los tipos especiales como los subordinados pueden ser privilegiados o agravados; aquellos prevén una sanción mas leve que la de los básicos o los especiales, y estos, una de mayor gravedad.

Compuestos: Los que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podrían conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores.



Autónomos: Los que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del actor, sin que el interprete debe aludir al mismo u a otro ordenamiento jurídico para completar su significado.

En blanco: Aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto al legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal corrección no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica.

De daño o de puesta en peligro: Los primero requieren para su concreción que el bien jurídico sea destruido o lesionado, y los de puesta en peligro solo toman en consideración la posición de riesgo en la cual se coloca al bien jurídico.

Abiertos: Dentro de las leyes penales existen casos en los que el legislador adopta una concepción abierta en torno al tipo penal, es decir, la descripción solo es comprensible a partir del complemento que realice otro texto legal. Es decir aquellos en los que hace falta una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido del permitido con la sola ayuda del texto legal.

Cerrados: Son aquellos que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por sí mismos.

Sin duda esta gama de tipos penales, nos permite analizar de forma mas amplia e



integral el contenido y el lugar que ocupan los delitos de peligro, ya que su configuración puede estar determinada por cualquiera de las características anteriormente expuestas. De la misma forma, esta claridad de la configuración de la ubicación de los delitos de peligro y su relación con los principios y especialmente con los Bienes Jurídicos Protegidos, es el primer paso para la determinación de la naturaleza de los delitos de peligro en el marco del Decreto 15-2009, del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Armas y Municiones.



CAPÍTULO III

3. Delitos de peligro

El tipo tanto de un delito doloso como de un culposo adopta dos estructuras diversas según se trate de delitos de resultado o de actividad o predominante actividad. Los primeros están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado. “El resultado consiste, ante todo, en la lesión de un determinado objeto, es decir el objeto de la acción. Junto a los delitos de resultado material o de lesión se encuentran los delitos de peligro. En estos tipos penales no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente que con el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se requiere evitar.”²⁶

En primer lugar debemos de asumir que la idea de peligro no es un concepto puramente normativo ni puramente emotivo, pero que si justifica un primer énfasis es que el concepto de peligro no puede separarse del concepto de valor. Esto es de fácil verificación en el mundo de la naturaleza, en cuanto siempre el peligro lleva consigo el riesgo o la amenaza ante un mal.

Para ello debemos de tomar en consideración que son los bienes jurídicos protegidos los que se exponen a ese riesgo o peligro, de allí que el derecho penal busca la

²⁶ Bacigalupo, Enrique. **Ob. cit.** Pág. 85.

persecución de todas aquellas acciones u omisiones que vulneren o pongan en peligro estos bienes altamente valorados por la sociedad. Es por eso que el peligro es un parámetro digno de analizarse ya que significa hablar de la prevención de males para bienes dignos de tutela.

Sin embargo hay quienes han negado la concepción jurídica del peligro argumentando que es solamente un estado emocional, una especie de aprensión frente a una situación incierta, pero no se ha valorado en su justa dimensión que todas las aproximaciones a la realidad están construidas sobre criterios de probabilidad. Desde este punto de vista, se asienta la categoría racional del concepto de peligro, en cuanto a la relación de valor y en cuanto a relación de probabilidad. Del mismo modo que la ausencia de una experiencia universal sobre las leyes físicas no impide negarles su valor como leyes asentadas en la experiencia sobre la probabilidad.

La admisión de este carácter doblemente racional del peligro, como juicio de valor y de probabilidad, no significa decir que es la función atribuida dogmáticamente a los delitos de peligro. Una primera posición podría atribuirle al peligro un mero carácter fundante de la incriminación en el sentido de la política criminal, es decir recogida de la experiencia por la ley, la índole peligrosa de determinadas acciones, a las que tipifica y castiga con independencia de que de la existencia o no efectivamente de una situación de peligro.

En el hecho esta doctrina transforma los delitos de peligro, en cuanto se desinteresa del



peligro, en meros actos de indisciplina social, esto se da por ejemplo en delitos de desobediencia. En este sentido la remota vinculación con la idea de peligro estaría solamente en considerar si se debe o no tipificar. Como puede apreciarse, esta concepción, a la luz de un hecho penal, en cuanto castiga al sujeto rebelde, aunque el bien digno de tutela no haya corrido ningún riesgo, importa también una total ruptura con los extremos en que se constituye la idea misma del peligro: no sería una relación de probabilidad desde que se renuncia a establecerla, ni un juicio de valor puesto que no interesa la sensibilización del bien jurídico tutelado.

Una segunda postura cuyo mas ilustre representante es Binding, con el objeto de obviar estas dificultades, afirma que en todo delito de peligro, aún en aquellos en que parecía que el riesgo mas concreto puede ser descartado, hay una situación de peligro entendida como conmoción de la certeza de la existencia, consecuentemente Binding sostiene la igualdad del peligro con la lesión, pues contiene en su núcleo un daño material, un daño de los bienes jurídicos puestos en peligro en su existencia libre de molestias. Esta concepción significa, por lo menos, frente aquella que se satisface con la mera desobediencia, el reconocimiento de que en algunos delitos de peligro hay un efecto jurídicamente relevante que resulta de la acción.

El punto es trascendente, ya que como sabemos, existen otros tipos, los delitos de mera actividad y aun la tentativa, en la que la ley se desinteresa del resultado, que permanece fuera del tipo.

En cambio para Binding hay un resultado material en los delitos de peligro que yace en

el núcleo del tipo. “La idea de conmoción del bien jurídico, como efecto de la acción peligrosa en poco difiere de la idea de que toda puesta en peligro constituye una amenaza y un riesgo.”²⁷

3.1. Tipos de delitos de peligro

En las últimas décadas ha existido una creciente utilización de los conceptos peligro y peligrosidad. Diferentes autores han escrito en torno a los delitos de peligro, especialmente en el ámbito de la teoría de la imputación, y de la misma forma han proliferado los tipos de peligro, desgranados en dos formas los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, o bien entre peligro y peligrosidad.

3.1.1. Delitos de peligro concreto

Para iniciar a hablar de los delitos de peligro concreto o de los también conocidos como delitos de peligro efectivo, debemos esclarecer el significado de la palabra peligro en general para poder establecer su significado en el tipo penal. En este sentido el Diccionario de la Real Academia Española define como peligro: “el riesgo o contingencia inminente de que suceda un mal”²⁸, de allí que en los delitos de peligro concreto, el peligro como estado o situación de peligro constituye un resultado producido, tal y como se pone de manifiesto en la expresión y por eso peligran la integridad o la vida de otro o cosas ajenas de valor relevante.

²⁷ Joachim Hirsch, Hans, **Peligro y peligrosidad**, Pags. 545-563.

²⁸ Buscador del Diccionario de la Real Academia Española, que se puede encontrar en la página web siguiente: <http://www.rae.es/rae.html>, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=peligro.



Esto nos lleva a pensar que el peligro visto como el estado en el que se encuentra un objeto, necesita por su naturaleza un enfoque diferenciado debido a la necesidad de una valoración objetiva mayor que los delitos de peligro abstracto, ya que la puesta en situación de riesgo del bien jurídico tutelado, y no solo a la probabilidad del mismo, ya que esa condición de peligro constituye un paso previo hacia el daño o lesión inminente, esto quiere decir que la presencia inminente del peligro se debe probar en cada uno de estos casos.

Esto quiere decir, dogmáticamente que los delitos de peligro son aquellos donde la exigencia del peligro viene contenida en el tipo, como elemento del mismo y no solo por pura casualidad.

Uno de los principales ejemplos lo constituye el peligro del tráfico rodado, que requiere que el autor ponga en peligro "ponga en peligro la vida o integridad de otra persona o cosas ajenas de valor considerable"²⁹.

3.1.2. Delitos de peligro abstracto

Para poder referirnos con propiedad a los delitos de peligro abstracto es necesario que tomemos en cuenta la definición de probabilidad debido a que en buena parte de las dificultades de interpretación que se generan en torno a los delitos de peligro en general son debido a los delitos de peligro abstracto, para los cuales se ha postulado una especie de presunción de la existencia del peligro, que por lo mismo priva a la noción

²⁹ Ob. Cit. Roxin, Claus. Pág. 336.

del peligro de toda función en la estructura del tipo, rayando en el estado de la probabilidad del peligro. En este sentido el Diccionario de la Real Academia Española define probabilidad como: "la cualidad de probable, que puede suceder".³⁰

En los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad típica de una acción es motivo suficiente para su penalización, "sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. En este sentido podemos decir que hay un número limitado de casos, en que aún admitiendo esta categoría de delitos de peligro abstracto, con todas sus consecuencias, en que por ausencia de condiciones de punibilidad y de elementos subjetivos del tipo u otras circunstancias limitantes pudiera pretender que la existencia del peligro concreto sea enteramente irrelevante en el plano objetivo y en el plano subjetivo suficiente como para castigar la sola desobediencia."³¹

Los delitos de peligro abstracto presuponen el peligro en la misma conducta descrita en el tipo del injusto, y no admiten nunca prueba en contrario sobre la existencia de tal peligro. Como el legislador se apoya en una presunción iure et de iure, que en ciertas circunstancias quizás no responda a la realidad, pueden darse casos de delitos de peligro abstracto sin producción real del peligro. En estos delitos el peligro no es realmente un elemento típico; por eso parece mas correcto denominarlos delitos de peligro presunto, o delitos de mera desobediencia.

Ambas denominaciones implican diferencia conceptuales: los delitos de peligro

³⁰ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=probabilidad,

³¹ Bustos Ramírez, Juan, **Control social y sistema penal**, Pág. 327.



presunto, pueden admitir, si la ley lo expresa, prueba en contrario cuando falte el peligro; los delitos de mera desobediencia no admiten tal prueba, en cambio podrán admitir prueba en contrario por falta del elemento subjetivo de desobediencia, etc. Debido a lo anterior los delitos de peligro abstracto son considerados delitos de mera actividad, ya que para los mismos no es necesaria la consecución de un resultado ni la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico.

Cada día es mayor el número de delitos de peligro o abstracto o presunto incriminados en los códigos penales, sin embargo varios tratadistas han propugnado y propugnan la desaparición total de esta clase de tipos penales, por varias razones. La primera de ellas es que estos delitos carecen de contenido positivo, como objeto, en la antijuricidad, carecen materialmente de nocividad para los bienes jurídicamente protegidos; la segunda de ellas es que carecen de resultado relevante en el derecho penal; la tercera es que amenazan la seguridad jurídica; la cuarta es que pueden violar el principio de *nullum crimen sine culpa*; y por último es que desdibujan los límites entre el derecho penal y la ética.

De la misma forma Binding apuntó que la incriminación de los llamados de peligro abstracto, pueden provocar casos de injusticias, en cierto sentido, cuando la acción no haya sido realmente peligrosa. Pero subrayó la necesidad de sancionar algunos de esos llamados delitos de peligro abstracto, aunque de hecho no exista el peligro en el caso concreto, por el principio del mal menor.

Ese dilema fue solucionado castigando la mayor parte de esas acciones, no por el

incierto peligro, sino por la cierta desobediencia a la autoridad, la falta de obediencia debida es el objeto inmediatamente protegido. De todos modos ante las grandes dificultades de tipificar con precisión la comisión de estos delitos, y ante los inconvenientes de coartar la libertad y el desarrollo, limita al máximo su utilidad.

3.2. Teorías analíticas de los delitos de peligro

La mayoría de legislaciones vigentes no posee una definición del peligro, ya que esta laguna le corresponde llenarla a la doctrina. De esa forma la concepción jurídico penal del peligro suelen girar alrededor de dos extremos: El primero de ellos, según su naturaleza objetiva, subjetiva o mixta; y el segundo, por su relación de posibilidad o probabilidad con la lesión, en esto nos interesa profundizar sobre las teorías objetiva, subjetiva y mixta, para poder complementar lo expuesto anteriormente.

3.2.1. Teoría objetiva

La teoría objetiva merece especial atención, debido a que la concepción del peligro lo concibe como la probabilidad de un resultado lesivo, donde la puesta en peligro es una realidad, una perturbación de la situación jurídica, exponiendo las tres clases de la consecución del fin por medio de las normas en las formas y estructuras de los tipos penales. Plantea que todas las prohibiciones penales tienen el fin de Impedir que a causa de las acciones humanas, se produzcan modificaciones indeseadas en el mundo jurídico.

Para impedir estas modificaciones, el derecho penal estructura tres líneas de defensa.

“Los bienes jurídicos pueden estar protegidos según su valor hasta por una triple capa protectora de ser necesario, la primera capa es la que incrimina la lesión efectiva; la segunda es la que coloca delante de la prohibición de lesión una prohibición de peligro; y la tercera que busca mantener a la conducta ofensiva o amenazante mas lejos aún de los bienes jurídico protegidos, para evitar su lesión. En otras palabras los delitos de lesión, los delitos de peligro y los delitos de desobediencia.”³²

3.2.2. Teoría subjetiva

Por otro lado, la teoría subjetiva expone que el peligro es un ente de razón, pura fantasía creada por la imaginación o sensibilidad humana, lo que no existió, no puede existir. El derecho penal no puede considerar lo que en la realidad no sucedió, aunque alguna opinión subjetiva manifieste que pudo haber sucedido. El derecho penal no puede tener en cuenta el mero peligro que ni existió ni pudo existir.

3.2.3. Teoría mixta

Sin embargo los autores de la teoría mixta plantean la concepción en la que el peligro significa la posibilidad, la probabilidad cognitiva de la producción de un determinado acontecimiento dañoso. Se trata, por tanto de “un juicio fundamentado en la experiencia, en un conocimiento de las leyes que regulan los acontecimientos, expresa

³² Binding, Karl, **Teoría de la norma**, Pág. 381



el temor fundado e inmediato de la lesión de un bien jurídico.”³³

3.3. Problemas del resultado en los delitos de peligro

El resultado de los delitos de peligro plantea varios problemas, por ejemplo, respecto al concepto en sí, respecto a la posibilidad y oportunidad (imposibilidad o inoportunidad) de incriminar las formas imperfectas de la ejecución, respecto a la conveniencia, o no, de diferenciar los delitos de peligro concreto, de los delitos de peligro abstracto, pero mas allá, enfocado desde el ámbito del legislador, es el poder definir cuando aplicar o no la proporcionalidad si el tipo responde a un delito de peligro o a un delito de afectación de un bien jurídico determinado.

En el presente capítulo se profundiza en los delitos de peligro y sus formas ya que es la principal materia de este trabajo, que nos permite evaluar de mejor forma los delitos de peligro, su naturaleza, sus formas y especialmente el papel que juegan dentro del derecho penal, así como su relación con los principios del derecho penal especialmente en lo relativo al principio de última ratio y la humanidad de las penas.

³³ Mezger, Rdmundo, **Tratado de derecho penal**, Pág. 252.

CAPÍTULO IV

4. Bienes jurídicos protegidos y delitos de peligro

El pacto social propio de la modernidad, el derecho moderno y sus constituciones están ligados al intento de contener la guerra, de civilizar y de someter a reglas institucionales los conflictos políticos y sociales. En el interior de este proceso, la seguridad de los ciudadanos constituye una de las principales promesas del Estado. La condición de validez y de eficiencia del pacto es la eliminación de la violencia gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial. Sabemos por el contrario que el resultado histórico, a raíz de la crisis de la modernidad, que el intento por contener la violencia, ha terminado por ocultarla, excluyendo del pacto a los sujetos débiles, haciendo jurídicamente invisible la desigualdad y la violencia estructural en la sociedad.

En este sentido, con el avanzar de los años se ha llegado a la conclusión de la necesidad de que los tipos penales protejan bienes jurídicos determinados, al respecto, Muñoz Conde, define el bien jurídico como: los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social, pero matizando con el objeto de precisar un concepto material, que la consideración de intereses de grupo o de una clase dominante constituyen una perversión del concepto de bien jurídico y advirtiendo en contra de la instrumentalización de los intereses de clase del derecho penal bajo el amparo de una ideología encubridora como los derechos naturales. “Por ello, destaca

la necesidad de esa definición material, en contraposición a la forma, que perite una función crítica tanto de los bienes jurídicos ya protegidos, para desembocar finalmente en una función político criminal que determine que bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal.³⁴

Por su parte Mir Puig, propone con fundamentos sociológicos una teoría del bien jurídico. Su punto de partida es el concepto de nocividad social del delito, que se enfrenta con la legislación de la pena y de la medida de seguridad, cuando son necesarios para la protección de la sociedad. El contenido de la protección esta referido no a la protección de valores morales sino a la subsistencia de los sistemas sociales.

En este punto Mir Puig adopta la categoría de acciones funcionales o disfuncionales del modelo social y encuentra una base de sustentación racional para excluir de la sanción penal las conductas éticas o moralmente reprochables, ya que ellas o tendrían efectivas consecuencias para el funcionamiento de los sistemas sociales y para fijar un límite al poder punitivo estatal.

En ese sentido Mir Puig destaca la necesidad del bien jurídico como el portador de la función social del derecho penal y con ello la consideración del individuo y su libertad que median, como sujetos y objetos concretamente protegidos, en la protección de la estructura social. De la misma forma, plantea que los bienes jurídicos no son valores ni

³⁴ Hormazabal Malaree, Hernán, **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho.** Pág. 131

materiales, ni espirituales, sino posibilidades de participación en los sistemas sociales, que lo que la ley penal protege, es la correcta posibilidad de que un individuo pueda participar o no en una relación social, deriva el presupuesto político de un bien jurídico.

Sin embargo en los países en cuyas constituciones hoy poseen principios del Estado social de derecho y del derecho penal liberal; la eficiencia penal constituye una nueva forma de derecho penal de la emergencia, degeneración que ha acompañado siempre la vida del derecho penal moderno, la eficiencia representa un denominador común a la conflictividad ligada a una doble crisis: en primer lugar la crisis del sistema económico y social, producto de la globalización y de las políticas neoliberales dominantes en el mercado y, en segundo lugar, la crisis de la política de los partidos del sistema representativo. Los conflictos debidos a la distorsión del desarrollo económico dejan de buscar alguna mediación adecuada en el sistema político.

A pesar de las distintas apreciaciones hechas por los autores no podemos negar que el bien jurídico tiene siempre un contenido social y que la protección de bienes jurídicos es en todo caso protección al sistema social. En ese sentido podemos decir que en Guatemala donde las leyes penales juegan un papel sustantivo, donde el miedo, la inseguridad, la muerte de pilotos, femicidios, extorsiones, secuestros y las maras, entre otros, elevan el clamor popular por la emisión de leyes penales a un nivel muy lejano de los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas, alejando así la utilización del derecho penal del principio de Ultima Ratio, sino mas bien como Prima Ratio, esto ante el alto grado de ineficiencia por parte del sistema de justicia.



Sin embargo debemos analizar para tener el mayor nivel de objetividad posible, para evaluar las mutaciones o adaptaciones que los Bienes Jurídicos Protegidos han tenido debido a la evolución del contexto social, tecnológico y cultural, así como su grado de afectación en la elaboración de los tipos penales de armas y municiones.

4.1. El origen social del bien jurídico

En un Estado democrático la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducida a una exclusiva decisión del legislador. Formalmente, como consecuencia del principio de legalidad el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión.

Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos presupone no solo democracia, sino ejercicio de la democracia, esto es, participación y concurrencia en los procesos a través de los cuales se realizan la libertad política, en concreto, la libertad de pensamiento, de acción y sobre todo, de disensión.

El bien jurídico es el resultado del ejercicio democrático y se corresponde a la dinámica de la práctica democrática. Está en la base misma de una relación social que se habrá de definir como democracia por su capacidad de integrar culturas y subculturas, ampliando la base de la discusión.



“Por eso no puede tener un carácter estático pues siempre estará en el centro de la decisión política y siempre expuesto a revisión crítica. Negar este carácter al bien jurídico, significa sustraer la crítica, esto es de la esencia de la democracia, a la política penal del Estado.”³⁵ Solo en una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico. En ella se definirán primeramente los objetos a proteger por el ordenamiento jurídico, y de estos objetos, conforme al carácter residual y fragmentario del derecho penal, los bienes jurídicos.

En otras palabras, solo tendrán el carácter de bienes jurídicos aquellos objetos que teniendo su origen en una sociedad democrática tengan protección penal. El derecho penal no está en condiciones de poder brindar una amplia protección a una sociedad democrática, puede y debe compartir con otras ramas del derecho la protección de los mismos objetos, pero por su carácter de última ratio su punto de intervención está destinado para las lesiones mas graves.

4.2. La derivación del bien jurídico de la Constitución Política de la República de Guatemala

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución Política de la República de Guatemala. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante de una forma político criminal, solo se puede derivar del contenido del texto constitucional, a

³⁵ Ibid. Pág. 143

través de los cuales se le marcan los límites a la potestad punitiva del estado, en este sentido Claus Roxin plantea que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finales que son útiles para el individuo o su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”³⁶. En esta definición al entender a circunstancias dadas y finales y no a intereses concretos de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el derecho sobre los deberes de cumplimiento de normas creados solo por el mismo, o sea que no se limita únicamente a la primera alternativa.

4.3. El merecimiento de protección

La determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado materializada a través de los legisladores. Esta decisión está condicionada por la naturaleza de su propia estructura, su presentación ideológica y su naturaleza democrática. Ello quiere decir que el Estado en la selección de los objetos que a su juicio son merecedores de su protección no es neutral. Lo hará correspondiendo a criterios que representan los intereses estructurales de una sociedad. Por lo mismo el Estado tenderá a proteger penalmente aquellas relaciones sociales concretas que están referidas o que entren en contradicción con las bases y las condiciones de la subsistencia y funcionamiento del sistema. No obstante este importante condicionamiento derivado de la estructura social y del carácter social y

³⁶ Roxin, Claus. **Ob. Cit.** Pág. 53.



democrático de derecho, impone al Estado al mismo tiempo la obligación de considerar la posición concreta de los individuos dentro de la relación social. En un Estado social y democrático de derecho la determinación de los bienes jurídicos se habrá de hacer considerando los individuos y sus necesidades.

No obstante al carácter no neutral del Estado, la decisión de protección de una determinada relación social concreta está sujeta a las limitaciones que impone el Estado en el ejercicio del poder punitivo. Por eso la intervención penal en la relación social no puede ser arbitraria, es en este marco en donde el legislador penal debe actuar recogiendo a través de los canales de comunicación democráticos los requerimientos de intervención penal para la protección de determinadas relaciones sociales particulares, utilizando como límites los principios que expusimos al inicio de este trabajo de tesis. Este marco nos abre la puerta para la discusión de entre la expansión del derecho penal vrs. el eficientismo del derecho penal.

4.4. Expansión del derecho penal vrs. eficientismo penal en la protección de bienes jurídicos

El derecho penal es un instrumento cualificado de protección de Bienes Jurídicos especialmente importantes. Teniendo claro esto, no debe descartarse la posibilidad que su expansión se deba a la aparición de nuevos bienes jurídicos o de nuevas valoraciones a intereses preexistentes, y al aumento del valor experimentado por alguno de los que existía con anterioridad, que podría legitimar su protección a través



del derecho penal. Pero es aquí donde la diferencia entre los legítimos intereses se mezclan con el eficientísimo penal, y es lo que esperamos resolver a través del análisis objetivo de los Bienes Jurídicos protegidos por la legislación penal vigente.

La polarización social, la competencia entre grupos de poder y la impotencia del Estado frente a estos fenómenos, hacen necesaria la invención de nuevas formas de sanción y de legitimación de los equilibrios de poder. El sistema punitivo se aprovecha de este *vacuum potestatis* apropiándose de los espacios libres.

El derecho penal deja de ser subsidiario, de constituir la última ratio y se convierte en la prima ratio, una panacea con la cual se quieren enfrentar los mas diversos problemas sociales. De modo tal, que el derecho penal se transforma al mismo tiempo represivo con el aumento de la población carcelaria y el aumento cualitativo y cuantitativo de la pena, a punto tal que críticos ilustres del derecho penal hablan de la edificación de nuevos gulags, o bien lugares para encarcelar a prisioneros políticos como un mecanismo de represión a la oposición política al Estado y simbólico con el recurso a leyes, a través del cual la clase política reacciona a la acusación de laxitud del sistema por parte de la opinión pública, reacción ésta que evoca una suerte de derecho penal mágico, cuya principal función parece ser el exorcismo.

Por otro lado cabe considerar, la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían, o si existían no contaban con el mismo grado de valoración por parte de la sociedad, así como aquellos que se refieren al deterioro de realidades



tradicionalmente abundantes y que en la actualidad empiezan a manifestarse como bienes escasos, atribuyéndoseles el valor que anteriormente no se les daba.

En relación a esto, la dogmática se ha ocupado ampliamente del estudio de los bienes jurídicos colectivos que son los que mayormente resaltan en la Constitución Política de la República de Guatemala, de los tipos de peligro, sin embargo no se ha ocupado en la misma medida de los intereses difusos que estos representan, pero es aquí donde debemos determinar la existencia o no de un punto de expansión razonable del derecho penal, o por el contrario la existencia o no de algún punto de expansión irracional del derecho penal.

“Las sociedades actuales valoran de forma distinta la intensidad del riesgo y en esto tiene mucho que ver las percepciones de inseguridad de la población ante determinados actos, debido a las condiciones de las sociedades como la guatemalteca, podríamos colocarnos como una sociedad de Riesgos, definido esto como una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y con frecuencia, irreparables, que afectan a todos los ciudadanos.”³⁷

Debemos tomar en cuenta que en el interior de este proceso, la eficiencia penal intenta hacer una eficaz y mas rápida respuesta punitiva limitando o suprimiendo las garantías sustanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal, en las Constituciones y en las Convenciones Internacionales. La reducción de

³⁷ Beck, Ulrich, **De la Sociedad industrial a la sociedad del riesgo**, revista *occidente* No. 150, Pág. 19.



los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso pre-modernas.

El eficientismo penal es un clásico ejemplo de un círculo vicioso de la respuesta a una desilusión, debida a la percepción de la ineficacia de la reacción penal a determinados problemas. El eficientismo, podríamos decir no responde cognitivamente, sino normativamente a la desilusión, se niega a aprender y, en vez de buscar otra reacción, intenta hacer más eficaz aquella reacción penal, aumentando su intensidad también en detrimento de la legalidad constitucional, del buen funcionamiento y de la legitimación de los órganos judiciales.

A la inevitable desilusión sigue una reacción punitiva más grave a la precedente, y la espiral represiva sigue aumentando. El eficientismo es un problema de actitud y como tal, no es solo un síntoma, sino una parte integrante de la crisis social y política, y de los procesos de comunicación social que la acompañan. Aquello que está en juego no es solo la percepción del derecho penal por parte de políticos, juristas y de la opinión pública, sino el modo de percibir los conflictos sociales.

Se trata en primer lugar, de una predominancia ética y absolutización de los conflictos. A su contenido real (expresado en la existencia y la utilización de un recurso jurídico) se sobrepone una polarización ideológica sobre el bien y el mal.

Esto se produce de tal modo una expansión de la esfera moral, que tiene como efecto también favorecer mecanismo psicosociales de proyección, producir etiquetamientos y

formar mayorías silenciosas. Ellos a su vez interaccionan con las cruzadas morales y las campañas de ley y orden, influyendo sobre los mecanismos de consenso y de legitimación del poder.

De allí podemos decir que “el eficientismo penal multiplica también el número de casos de impunidad, los cuales, como lo han demostrado las investigaciones sobre la cifra oculta o también conocida como la cifra negra de la criminalidad y sobre los procesos selectivos de la justicia penal, representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes, también en la fenomenología en un derecho penal normal.”³⁸

Uno de los retos que en este trabajo de investigación se plantea, es encontrar un punto de equilibrio entre el eficientísimo penal y la legítima expansión del derecho penal, que es lo que intentaremos hacer cuando analicemos los distintos tipos de peligro contemplados en la ley de armas y municiones. De allí que para identificar si la expansión del derecho penal en el caso de los delitos de peligro, responde a los legítimos intereses de la protección de un bien jurídico o bien simplemente al eficientismo del derecho penal.

³⁸ Baratta Alessandro, *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Pág. 181.



CAPÍTULO V

5. Regulación de armas y municiones en Guatemala

Para poder analizar con mayor propiedad los delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones, debemos conocer los antecedentes de la normativa que ha regulado o ha intentado regular el tema de armas y municiones en el país. De allí que aparte de hacer un análisis general de las condicionantes técnicas y políticas en relación al tema, es necesario conocer cuáles han sido las diferencias sustantivas en los delitos de peligro relacionados con la materia.

En este sentido, es necesario que podamos analizar el contexto guatemalteco que fue condicionando su creación, ya que si bien es cierto, la dogmática penal puede circunscribir en cada uno de los tipos penales en la protección de algún bien jurídico, es necesario conocer cuáles han sido las circunstancias que llevaron al legislador a la creación de tipos penales de peligro.

5.1. Contexto nacional en materia de criminalidad

La realidad guatemalteca es cruda, y una de las peores de Latinoamérica. Guatemala se encuentra inmersa en un contexto de violencia y delincuencia extrema, durante los últimos años las cifras de delitos graves han aumentado progresivamente hasta convertirnos en uno de los países con mas altos índices de violencia, especialmente en

el caso de los homicidios o muertes violentas. Son dos aspectos los que se consideran principales generadores de la violencia en el país el narcotráfico y la proliferación de grupos pandilleros o por lo menos son los que la población mas sensiblemente percibe.

La complejidad y niveles que ha alcanzado la criminalidad en el país es alarmante, manifestándose a través de hechos violentos constantes, crimen organizado, proliferación de armas de fuego, corrupción en la administración pública, entre otros. Ante ello, se han implementado propuestas político criminales, pero que en la práctica no han obtenido resultados relevantes, por lo que analizar las principales debilidades, obstáculos, aciertos y logros resulta necesario para entender a cabalidad la materia de la presente investigación.

“Según cifras de la Policía Nacional Civil durante el año 2008 se registraron 6292 muertes violentas; en el 2009 un total de 6498 y durante el año 2010 un total de 5960. Esto quiere decir que durante el año 2008 la cifra de muertes violentas por día era de 17.24 muertes, en el 2009 de 17.80 y en el 2010 de 16.32, cifras alarmantes que traducidas en muertes percapita alcanzan los 49 muertos por cada cien mil habitantes. También es importante resaltar que de estos homicidios en los tres años analizados el 8% de los mismos fueron cometidos contra niños y niñas; así como los cometidos durante los años 2008 y 2009 de la totalidad de homicidios el 11% fueron cometidos contra mujeres y en el 2010 el 12%.”³⁹ De acuerdo a los datos contenidos en las estadísticas policiales un 83% de la totalidad estas muertes violentas fueron causadas utilizando armas de fuego. Si analizamos los datos de las muertes violentas en cada

³⁹ Ramírez García, Luis Rodolfo, **Observatorio de justicia penal**. Pág. 25.



uno de los períodos de gobierno, de 1996 a 2010, es decir a partir de la firma de los acuerdos de paz podemos decir que durante el período 1996-1999, mandato del presidente Álvaro Arzú hubieron 13,582 muertes violentas; durante el período 2000-2003 en el mandato del presidente Alfonso Portillo se registraron 14,002 muertes violentas; en el período 2004-2007, durante el mandato del presidente Oscar Berger 21,511 muertes violentas; y en tres años del mandato del presidente Álvaro Colom 2008-2010 se registraron 18,750 muertes violentas, esta última, la cifra mas trágica analizada.

Durante el año 2011 el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala –INACIF- reporta haber realizado un total de 6,240 necropsias por muertes violentas de las cuales el 77.43% fueron ocasionadas con armas de fuego. Para el año 2012 esta cifra disminuyó a 6,025 necropsias realizadas, lo que implica una reducción de un 3.45% en relación del año anterior, de las cuales 76.76% fueron causadas por armas de fuego. De enero a julio de 2013 se registraron un total de 3636 necropsias realizadas por causa violenta de muerte, si este dato los proyectamos para la finalización del presente año el 2013 probablemente cerrará con un total de 6,233 muertes violentas.

En los últimos cinco años la muerte de pilotos del transporte urbano ha sido uno de los principales factores de violencia y terror dentro de la sociedad guatemalteca constantemente podemos ver como día a día en los diarios del país resaltan las noticias de dichas muertes. Pero esta violencia no se ha quedado simplemente en noticia ha causado una alteración en la estructura social guatemalteca ya que como fruto de ello



se formaron varios grupos de viudas de pilotos, se han producido cambios en los patrones de movilización de la población y ha crecido el clima de temor en la población, también ha llevado a la implementación de prácticas populistas en ofrecimiento de seguridad, pero principalmente ha permitido la expansión de una política de terror en pro de la justificación de las políticas de mano dura.

Unido a lo anteriormente expuesto, se encuentra la elevada cifra de impunidad, que de acuerdo a estudios recientes alcanza hasta el 96.5% en los casos de delitos contra la vida, provocando con ello, una pérdida estrepitosa de legitimidad del sistema de justicia, y una sensación de inseguridad en la población, lo que a su vez incide, en la poca credibilidad por parte de la población en la labor realizada por las instituciones estatales como la Policía Nacional Civil, Ministerio Público, Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, Dirección General de Inteligencia Civil, Organismo Judicial, la recién modificada Dirección General de Armas y Municiones entre otras.

Sin embargo no debemos de analizar únicamente el problema de la impunidad desde una cifra general, debemos analizarla contraponiendo los datos de delitos con las capturas efectuadas, y es realmente allí donde se evidencia la escasa o nula efectividad del sistema de justicia en los casos de homicidios y lesiones con armas de fuego. Durante el año 2008 solamente se llevaron a cabo 282 capturas por homicidios y lesiones con arma de fuego; en el año 2009, se produjeron 428 capturas y en el año 2010 se produjeron 251; esto, sin tomar en cuenta si las sentencias son absolutorias o condenatorias en cada una de las capturas realizadas. Esta situación nos indica que de un promedio de 6250 muertes violentas entre los años 2008 y 2010, y 5150 lesiones por



armas de fuego en los mismos años, para dar un total de 11400 casos, solamente en tres por ciento de los casos se realizaron capturas.

Una de las principales causas de la impunidad, lo constituye la investigación criminal, que ha sido calificada como ineficiente y casi inexistente, sin embargo se han hecho algunos esfuerzos legislativos principalmente la presentación de la iniciativa 3824 que pretende la creación de la Policía de Investigación Criminal, esta iniciativa fue conocida por el plano del Congreso de la República el 22 de julio de 2008, emitiendo dictamen favorable la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales el 28 de octubre de 2009.

Sin embargo la oposición al tema por parte de la bancada oficial y del Organismo Ejecutivo ha sido uno de los principales obstáculos para la aprobación de dicha iniciativa que permitiría la creación de un ente especializado en investigación criminal que podría reducir el alto nivel de impunidad en el país. Esto nos lleva a pensar que el Estado de Guatemala en la actualidad no cuenta con una política integral para afrontar el fenómeno criminal en el país, y que las instituciones del sistema de justicia son débiles e ineficientes en la resolución de la criminalidad principalmente en aquellos delitos de alto impacto.

Para octubre del año 2008 la PNC contaba con 18,525 agentes, de los cuales 811 agentes están asignados a la investigación criminal, y solamente 610 de estos estaban como investigadores activos, esto quiere decir que del total del personal de la PNC solamente el 3.29% eran investigadores activos, esto sin tomar en cuenta, que la

Escuela de Investigación de la Academia de la Policía Nacional Civil estuvo cerrada durante dos años, por lo que en ese período no se formó ninguna promoción de investigadores; además la formación de un detective dentro de la PNC tiene un promedio de duración de tres meses, lo que es totalmente insuficiente para poder desarrollar una actividad profesional en investigación criminal, principalmente en aquellos delitos considerados complejos que requieren un alto nivel de formación para su esclarecimiento.

Además el proceso de selección de investigadores utilizado durante estos años ha estado marcado por debilidades que no han permitido consolidar y mejorar la investigación criminal, en tal sentido partiendo del modelo policial unificado todos los aspirantes deben pasar por el mismo proceso de formación y de funciones antes de ser investigadores, de tal forma que en muchas ocasiones éstos han sido utilizados frecuentemente para tareas de prevención y no de investigación como corresponde, a su vez, lo anterior no ha permitido que sectores profesionales medios y universitarios sientan motivación para integrar un cuerpo con poca profesionalidad.

Sin duda alguna la mayor cantidad de homicidios y lesiones con dolo son cometidas con armas de fuego y es que en Guatemala existían en el año 2006 al alrededor de 300,000 armas registradas en la Dirección General de Armas y Municiones –DIGECAM-, en ese entonces DECAM, esto supone el número de armas legales en el país. Sin embargo es aún muy difícil un aproximado de la cifra negra de armas ilegales circulando en el país, alrededor de esto, solo se conoce que de cada diez armas decomisadas por la Policía



Nacional Civil, seis a siete son ilícitas. Si lo aplicamos al dato de las armas registradas, tendremos que “podrían estar circulando alrededor de 800,000 armas. De la misma forma entre los años 2001 y 2006 fueron robadas casi 8,000 armas de fuego, el 75% con el uso de violencia, de los cuales el 62% de los robos sucedieron en la ciudad capital.”⁴⁰

En el caso de la Policía Nacional Civil “la cantidad de elementos percapita con que cuenta ha constituido un problema para la respuesta a la criminalidad imperante en el país, para el año 2003 Guatemala tenía 168.4 policías por cada cien mil habitantes”⁴¹, mientras que para el año 2013, la institución reporta la existencia de 26,214 agentes activos en una “población estimada para el año 2013 de 15,438,384 habitantes, esto quiere decir que en la actualidad existen 169.8 policías por cada cien mil habitantes”⁴².

Si hacemos un análisis comparativo en diez años los gobiernos solamente se ha logrado incrementar 1.4 policías por cada cien mil habitantes, y esto responde a que cada uno de los gobiernos que hemos tenido han privilegiado la utilización del ejército en funciones de seguridad ciudadana que el propio fortalecimiento a la Policía Nacional Civil. A este respecto varios expertos opinan que el actual gobierno ha privilegiado de una forma evidente el fortalecimiento del ejército, dejando por un lado el fortalecimiento de la Policía Nacional Civil no solo por la cantidad de efectivos que ambas instituciones tienen, sino también por las asignaciones presupuestarias y la cantidad de elementos en acciones eminentemente civiles.

⁴⁰ Instituto Enseñanza para el Desarrollo Sostenible –IEPADES–, **Control de Armas de Fuego**, Pág. 37.

⁴¹ Ramírez, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 40.

⁴² Elaboración propia en base a datos estadísticos proporcionados por la Policía Nacional Civil.

En el caso del Ministerio Público en el año 2005 contaba con 886 fiscales lo que representaba que existían 7.23 fiscales por cada cien mil habitantes. Para el 2011 esta situación había variado se registraron 1472 fiscales distribuidos en distintas partes del país lo que significa que para el año 2011 el Ministerio Público contaba con 10 fiscales por cada cien mil habitantes.

5.2. Antecedentes de las armas de fuego en Guatemala

Las armas de fuego han acompañado la vida de los guatemaltecos y guatemaltecas desde hace mas de cinco décadas, sea de forma directa o indirecta. Durante el conflicto armado interno, las armas las utilizaban las fuerzas de seguridad del Estado, como ejército, policía, y la guerrilla, así como, grupos paralelos que actuaban en contra de líderes de las organizaciones políticas y sociales.

Para unos representaba una forma de defensa y para otros, una manera de atacar a los que consideraban enemigos. Durante el conflicto, la mayor parte de víctimas fueron personas desarmadas y no involucradas directamente en el mismo. El resultado es que varias generaciones han vivido bajo la sombra de la utilización de armas de fuego. No solo Guatemala, sino gran parte de la región centroamericana, estuvo inmersa en la guerra y el conflicto. En el caso de nuestro país, fueron 36 años de lucha armada interna, que dejaron secuelas a nivel social, económico, político y cultural.

El "Acuerdo de fortalecimiento al Poder Civil y papel del Ejército en una Sociedad

Democrática” –AFPC- contiene los elementos básicos para la reforma al sector seguridad, incluyendo la administración de justicia. En ellos se plantea la separación de funciones entre el Ejército de Guatemala y la Policía Nacional Civil. El primero, deberá atender fundamentalmente la defensa externa y la segunda, producto de la reforma y profesionalización policial, deberá enfrentar los problemas de la seguridad interna, fundamentalmente la delincuencia común y el crimen organizado. Se establece la reforma penitenciaria, mecanismos para el fortalecimiento de la justicia y la creación de la inteligencia civil y la investigación criminal, necesarias para la prevención y combate a la criminalidad. Un aporte fundamental de este Acuerdo, es el concepto de seguridad integral, que se basa en garantizar los derechos básicos de la persona en un contexto multicultural como el nuestro, cambiando el enfoque del pasado, en el que lo importante era la defensa del Estado. Ello está de acuerdo con la definición internacional impulsada por Naciones Unidas de la seguridad humana y privilegia a los sectores vulnerables, así como, se concibe el estrecho vínculo entre seguridad y desarrollo.

5.3. Aspectos generales del decreto 39-89 del Congreso de la República

El Decreto 39-89 del Congreso de la República, hoy derogado, constituyó la primera legislación en Guatemala en regular lo concerniente a armas y municiones a partir de la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de la República de Guatemala. Este Decreto fue emitido el 29 de julio de 1989, por el Congreso de la República de Guatemala y publicado en el diario oficial el 04 de agosto del mismo año, pero fue hasta el 15 de mayo de 1990 que entro en vigencia, sin duda alguna este Decreto vino a



llenar un vacío legislativo con relación al tema, que se presentaba a finales de los años ochentas ante el inicio de los gobiernos civiles en el país.

Con la entrada en vigencia de este Decreto se derogan los Decretos Ley números 283 y 331, Decretos del Congreso números 1239 y 30-81, así como los Artículos 400, 401, 403, 404, 405 y 406 del Decreto del Congreso 17-73 del Congreso de la República, Código penal, de la misma forma deroga el Reglamento de importación, desalmacenaje, transporte, venta de portación de armas y municiones.

No cabe duda que para aquel momento logro introducir a la vida del ordenamiento jurídico del país importantes temas, como la creación del Departamento de Control de Armas y Municiones –DECAM-, como una dependencia del Ministerio de la Defensa Nacional, se crearon los procedimientos para la obtención de licencias, el registro de armas, estableció una clasificación de armas, creo varios tipos penales, entre otros. Sin embargo un Decreto de utilización de armas durante una guerra y después de una guerra debe poseer características distintas, en respuesta a la estructura de la sociedad guatemalteca, y avances legislativos importantes en materia de justicia y seguridad.

En este sentido es importante que conozcamos parte del proceso legislativo para la aprobación del Decreto 39-89, especialmente en la creación de los delitos de peligro abstracto y concreto relacionados a armas y municiones. Al respecto podemos decir que esta iniciativa contenía delitos de peligro, que vinieron a plantear el tema de la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados en la materia. Lastimosamente



dentro del Archivo del Congreso de la República no se cuenta con el expediente digital de dicha iniciativa, y no cuentan con registros electrónicos del número de iniciativa y los ponentes de la misma, sin embargo, cuentan con un expediente físico que puede orientarnos en puntos específicos.

El 29 de diciembre de 1996 se firmaron los Acuerdos de Paz en Guatemala. En ellos se establecieron varios compromisos para modificar la situación económica, social, cultural y política de los guatemaltecos y guatemaltecas. Los acuerdos proponen nuevas definiciones sobre la seguridad y plantean modificaciones a varias leyes, entre ellas la Ley de Armas y Municiones y la Ley de Empresas Privadas de Seguridad.

Sin embargo, a pesar de haber firmado la paz, hoy siguen muriendo mas guatemaltecos y guatemaltecas por efecto de las armas de fuego, que durante el conflicto armado interno.

Esta ley estuvo vigente durante casi veinte años, lapso durante el cual ocurrieron una serie de cambios trascendentales en la sociedad guatemalteca, como la firma de la paz, la negociación, aprobación y ratificación de instrumentos internacionales en la materia, entre otras, de la misma forma este Decreto durante el transcurso de su vigencia sufrió de varias reformas dentro de ellas las aprobadas en los Decretos 46-89, 4-90, 74-90, 63-96 y 115-96. De los anteriores podemos mencionar como destacados para el presente trabajo de tesis la reforma producida por el Decreto 74-90, que incorpora los delitos de portación ilegal de arma de fuego defensivas y/o deportivas, Portación ilegal



de armas de fuego ofensivas, portación ilegal de explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales; todos ellos delitos de peligro.

5.4. Reseña histórica de la aprobación del decreto 15-2009 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones

Guatemala es el único país de Centroamérica en que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce los derechos de tenencia y portación de armas de fuego. La tenencia se refiere a la posesión del arma en el lugar de habitación y la portación al derecho de trasladar el arma de un lugar a otro.

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce en el Artículo 38 los derechos de tenencia y portación de armas de fuego. Sin embargo, en el caso de la tenencia, establece que podrán tenerse armas de uso personal, no prohibidas por la ley, y en el caso de la portación, refiere su regulación a la ley. Por lo tanto, en ambos casos, la Constitución Política de la República de Guatemala refiere a la ley ordinaria y específica, que en este caso es la ley de Armas y Municiones para establecer el tipo de armas permitidas en el caso de la tenencia, y en el caso de la portación el establecimiento de las reglas correspondientes.

Quiere decir que la ley de armas y municiones no solamente establecerá el tipo de arma que puede utilizarse, sino también las formas en las que podrá ejercitarse el derecho de portación de armas de fuego. La Constitución Política de la República de Guatemala, no



plantea que los derechos de tenencia y portación son ilimitados y que por lo tanto todos los guatemaltecos pueden y deben armarse con cualquier tipo de arma y de cualquier forma, sino mas bien crea las condiciones para que la ley ordinaria establezca los límites correspondientes.

En este sentido, debemos de mencionar que los intentos por reformar o derogar el Decreto 39-89 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones fueron varios a favor y en contra de mayores controles sobre la portación, tenencia y circulación de armas de fuego en el país, en ese sentido haremos un paso bastante breve por esas propuestas de modificación que fueron presentadas. La primera iniciativa identificada con el número 2193 fue presentada en el año 1999 por el entonces Presidente de la República Álvaro Arzú, la cual pretendía una reforma integral a la ley de armas y municiones intentando trasladar el control de armas al Ministerio de Gobernación y que se estableciera un máximo de portación de armas de fuego por persona, entre otros; de la misma forma en el año 2001, el diputado Baudilio Elinohet Hichos López presentó la iniciativa 2589 que pretendía una reforma parcial, entre cuyas disposiciones el Departamento de Control de Armas y Municiones DECAM continuaba en el Ministerio de la Defensa Nacional y se proponía que los menores de 25 años y mayores de 18 años pudieran portar armas de fuego.

Durante el año 2004, el diputado Pablo Manuel Duarte Saenz de Tejada presentó la iniciativa 2990, misma que fue conocida por el Pleno del Congreso de la República el 14 de abril del mismo año, esta iniciativa pretendía una reforma integral. Según esta



iniciativa el control de armas pasaría al Ministerio de Gobernación, se mantenía la misma clasificación de las armas y municiones, permitía que los ciudadanos pudieran importar directamente armas de las consideradas ofensivas, y proponía la creación del delito de la apropiación de los comisos en casos de armas de fuego, entre otros.

Esta es una de las iniciativas de ley que mas discusión y polémica causo desde que fue presentada a tal punto que recibió dictamen favorable con modificaciones en dos ocasiones por parte de la Comisión de Gobernación del Congreso de la República, el primero de ellos fue en la presidencia de la Diputada Roxana Baldetti Elías de fecha 13 de enero de 2005, en este dictamen se establecían varios temas importantes que fueron agregados como fruto de una amplia discusión multisectorial a la que se llegaron a varios acuerdos en la parte administrativa como en la parte penal, dichos acuerdos fueron incorporados por la Comisión de Gobernación a este dictamen, tales como: a) administrativos: la creación de la Dirección General de Control de Armas y Municiones como una dependencia del Ministerio de Gobernación, el marcaje, el reacondicionamiento de la munición, exportación, importación, compraventa, de armas de fuego y municiones entre otros; y los mas importantes para efectos del presente trabajo de tesis, b) Penales: regulación de los siguientes delitos: portación de arma de fuego en estado de embriaguez o bajo efectos de drogas, estupefacientes; importación ilegal de armas; importación ilegal de municiones para armas de fuego; fabricación o ensamblaje ilegal de armas de fuego; posesión ilegal de materiales de fabricación y/o reacondicionamiento de municiones para armas de fuego y municiones; exportación ilegal de armas de fuego y municiones; Transporte o traslado ilegal de armas de fuego o



municiones; Portación y tenencia de armas de fuego; entre otros. Debido a la presentación de la iniciativa 3206, el Pleno del Congreso de la República decide enviar nuevamente el dictamen a la Comisión de Gobernación para un nuevo estudio y dictamen, a lo cual, el 29 de agosto del mismo año la Comisión de Gobernación del Congreso de la República bajo la presidencia de comisión del Diputado Sergio Arnoldo Camargo Muralles, emite dictamen favorable con modificaciones basado en el primer dictamen emitido con algunas reformas al contenido original del primer dictamen especialmente elevando el número de municiones que se pueden adquirir al mes por arma de fuego. Lo que se considera mas relevante de esta iniciativa es el amplio debate que llevó a cabo en torno a la restricción en la utilización de las armas de fuego.

Posteriormente, el 09 de febrero de 2005, los diputados Mario Taracena Diaz-Sol, Elmer González, Raymundo González, Roberto Alfaro, Rubén Darío Morales, entre otros; todos miembros en ese momento del Partido de Avanzada Nacional –PAN-, presentaron la iniciativa identificada con el correlativo número 3206, esta iniciativa fue conocida por el pleno del Congreso de la República el 03 de marzo de 2005 y enviada para su estudio y dictamen correspondiente a las comisiones de Legislación y Puntos Constitucionales, y Gobernación.

Esta iniciativa pretendía la incorporación de una nueva clasificación de armas y que el Departamento de Control de Armas y Municiones mantuviera la misma condición en el Ministerio de la Defensa Nacional, el establecimiento de exámenes para la autorización de la licencia de portación de armas de fuego, entre otros.



Como vemos la práctica parlamentaria de presentar, en medio de una discusión de una iniciativa en determinado sentido, una nueva iniciativa para que esta discusión se entrampe o se retarde, es una práctica parlamentaria que es continuamente utilizada para evidenciar intereses contrarios y provocar el entorpecimiento de los posibles adelantos que se tuvieran en la discusión sobre el tema de armas y municiones.

Desde inicios del 2008 la Comisión de Gobernación del Congreso de la República se propone como único objetivo del año la aprobación de la Ley de Armas y Municiones, en ese sentido inicia la respectiva revisión de las iniciativas existentes, debido a ser un tema polémico y de confluencia de muchos intereses, mientras está dándose la discusión en la Comisión de Gobernación, el Partido Unionista presenta la iniciativa identificada con el número 3753, en la que proponen la creación de una ley penal especial en materia de armas y municiones con un contenido muy parecido al del presentado en la iniciativa 2990 presentada por el mismo diputado Duarte.

Es aquí donde se refleja con mayor claridad los intentos de dilación de una iniciativa de ley. Esta iniciativa de Ley fue enviada para su respectivo estudio y dictamen a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales misma que ante los escasos avances de la discusión del tema en la Comisión de Gobernación emite dictamen favorable con modificaciones el 06 de agosto de 2008 y es sometida al pleno del Congreso de la República.

Mientras se llevaba a cabo la discusión por una nueva Ley de Armas y Municiones, fueron varias las posiciones que los diferentes sectores sociales y parlamentarios tuvieron, tal es el caso de la Cámara del Agro que solicitó a la Comisión de Gobernación audiencia para poder exponer su postura en el tema, en dicha reunión manifestaron a través de su representante Carlos Zuñiga que: “Está demostrado que el Estado no tiene capacidad para brindar seguridad a la población; si se aprueba la ley, estaríamos a disposición del crimen organizado, por lo que tenemos que defendernos”⁴³, argumentos en obvia defensa de la portación de armas de fuego.

En el caso de la analista Carmen Aída Ibarra de la Fundación Mirna Mack opinó en los diarios del país: “Ibarra consideró también que la ley debe tener especial control en la tenencia y portación en las propiedades rústicas, como las fincas, y que se regule el número de armas que cada individuo pueda poseer. Según la analista, no se puede permitir que una persona tenga tantas licencias de portación de arma como tarjetas de presentación en el bolsillo, como ocurre en las fincas.”⁴⁴, manifestando una posición a favor del establecimiento de mayores controles al tema de armas y municiones en el territorio nacional. “Por otra parte, jóvenes integrantes de Red por la Vida hicieron entrega de firmas solicitando la aprobación de la Ley de Armas y Municiones, al presidente de la Comisión de Gobernación del Congreso de la República.”⁴⁵

⁴³ http://www.prensalibre.com/noticias/Camara-Agro-pide-revision-armas_0_163786789.html. Publicación: 21 de febrero de 2008,

⁴⁴ http://www.prensalibre.com/noticias/fun-Mack-prever-control-reformas_0_164986169.html. Publicación: 11 de abril de 2008

⁴⁵ http://www.prensalibre.com/noticias/Red-Vida-entrego-firmas-controlar_0_164985960.html. Publicación: 09 de abril de 2008



Sin embargo la Comisión de Gobernación al existir tantas enmiendas puestas a las iniciativas ya existentes en materia de armas y municiones, opta por presentar una nueva iniciativa, identificada con el número 3902, iniciativa que a pesar de haber sido trabajada por los miembros de la Comisión, el presidente de dicha comisión pasa a firma solo con los diputados de la bancada oficial y otros allegados, a pesar de esto es esta iniciativa la que más adelante se convierte en el hoy Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Armas y Municiones.

Con este capítulo evidenciamos el estado actual de los delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Armas y Municiones, con el objeto de poder conocer su espíritu, su contenido y especialmente la forma en que se encuentra regulada en el marco normativo nacional, esto con el objeto de obtener juicios de valor más precisos en la comparación del ser y el deber ser con respecto a la utilización del derecho penal de peligro en materia de armas y municiones.



CAPÍTULO VI

6. Violación al principio de última *ratio* en los delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones

Como hemos expuesto, “el derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos”⁴⁶, de esa cuenta hemos expuesto de forma ordenada los principios del derecho penal y su relación con los bienes Jurídicos, sin embargo es necesario profundizar en uno de los principios que funda el presente trabajo, en el principio de última ratio.

Es común afirmar. Cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es la ultima ratio, entendido como una de las expresiones del principio de la necesidad de la intervención de derecho penal. Esencialmente, apunta a que el derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no existan otras formas de control menos lesivas formales e informales. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad puede inhibirse de recurrir a su instrumento mas intenso.

En este mismo orden son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. Es decir, estamos frente a un principio que se

⁴⁶ Schünemann, Bernd. **Colección cuadernos de conferencias y artículos**. Pág. 57.



construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El derecho penal deberá intervenir solo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.

Los fundamentos utilitaristas del principio que se examina los podemos hallar en el movimiento de la ilustración del siglo XVIII, a través del cual comienzan a sentarse las bases de un derecho penal de corte garantista. Es así que la Declaración Francesa de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala en el Artículo 8 que: "...La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias...". Es que la necesidad de la pena y la racionalidad de esta, se consideran pilares esenciales para limitar la discrecionalidad con que el antiguo régimen administraba la justicia penal. Asimismo disposiciones como la recién citada constituyen la materialización del espíritu de la época, pues las ideas expuestas por, entre otros, Beccaría, Marat y Bentham, transitaban en esta dirección.

Es necesario evidenciar que las dificultades no se presentan a la hora de comprender teóricamente el alcance de este principio, por el contrario, en la doctrina es pacífico fijar su alcance en los términos expuestos, pero los problemas se manifiestan en la realidad, en la práctica cotidiana del legislador, que nos permite o no, valorarla como un criterio orientador que legitime al derecho penal.

Sin embargo y a pesar de todo, debemos comprender el alcance, en su actual dimensión, del principio de última ratio como expresión del principio de estricta

necesidad, debemos situarlo dentro del contexto de un Estado democrático de derecho. A este respecto debe tenerse en consideración que si lo pretende es legitimar el derecho penal, lo que se tiene que resolver es ¿por qué el Estado debe limitar su intervención punitiva?, es decir ¿por qué la legitimidad del derecho penal debe pasar por renunciar, en algunos casos, a la pena o a disminuir esta, y el extremo a privarse de encuadrar una acción concreta dentro del derecho penal.

No cabe duda que principios como el de última ratio tienen una indudable carga política, pues, en definitiva, la decisión de intervenir constituye una función específica del legislador. De tal manera que este y los demás principios del derecho penal sirven como orientadores de las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopten, delimitados estos únicamente por los principios constitucionales fruto del Estado social y democrático de derecho.

En este sentido, podemos señalar que es en la selección de los medios estatales de poder en donde el derecho penal debería ser una ultima ratio, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad solo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia político criminal dirigida al legislador. La norma penal debería ser la ultima ratio en el instrumental del legislador, también limitado por el principio de proporcionalidad, este debe hacer un uso racional y prudente del derecho penal.

Si bien suele entenderse que por aplicación del principio de última ratio el derecho



penal solo podría legitimarse respecto a las infracciones mas graves y como un recurso final, precisamente, la principal crítica vertida en el presente trabajo de tesis es en torno a lo que algunos llaman derecho penal moderno en su carácter de *prima ratio*.

Es decir es el derecho penal un instrumento propio de las sociedades de riesgo, en donde se observa una recurrencia excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto. El derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia a una víctima o esta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico o proyectivo.

La cuestión es entonces conciliar una adecuada relación entre la criminalización primaria referente a la formación de leyes penales y criminalización secundaria, referente a la aplicación de las leyes penales, de manera que una excesiva criminalización primaria y secundaria no termine generando una imagen de deterioro que le haga perder eficacia.

Existen ciertas peculiaridades en los legisladores guatemaltecos en torno al empleo especialmente intenso del poder punitivo del Estado, lo que ha conllevado a realizar ciertos cuestionamientos de los principios rectores del derecho penal, en este orden de ideas, se podría pensar que no es una práctica considerar al derecho penal como *última ratio*, sino que han convertido la aplicación del derecho penal en *prima ratio*, pensándolo como la primera y única sanción existente ante la realización de determinadas acciones u omisiones, esto sin tener el cuidado de examinar la



necesidad, pertinencia y proporcionalidad de los tipos penales, especialmente los delitos de peligro en sus dos categorías, de esta cuenta se afirma pues que estamos inmersos en una tendencia de expansión del derecho penal y se evidencia una práctica de aumento del intervencionismo del derecho penal, ya sea a través de la agravación de penas, ampliación de la cobertura de los tipos penales o bien la creación de nuevos tipos penales en el ordenamiento jurídico.

Esto por supuesto en menoscabo de principios como el de proporcionalidad, subsidiariedad y mínima intervención, y esto podría responder a una percepción cada vez mas privilegiada del término seguridad, esto manifestado a través de planteamientos de mano dura, que han sido obsoletos en otras partes del mundo para afrontar de forma eficiente a la criminalidad.

Pero la gran pregunta, que constituye parte total en el presente análisis, es si ¿deben rechazarse estas manifestaciones?, en base a lo considerado con anterioridad en el presente, creo que no, ya que esta expansión del derecho penal ha logrado avances importantes como por ejemplo el planteamiento del enriquecimiento ilícito como una forma de persecución penal a los funcionarios públicos y a aquellos delincuentes de cuello blanco. Sin embargo no todo es color de rosa, como se han alcanzado avances importantes, también se han tenido retrocesos considerables como los que planteamos anteriormente, como por ejemplo: el aumento irracional de penas y la creación de delitos de peligro sin agotar el derecho penal mínimo o también conocido como derecho administrativo. Sin embargo, hoy por hoy, es difícil considerar dejar fuera del marco

penal a los delitos de peligro, por el hecho de no responder a los requerimientos del derecho penal clásico, como lo plantea la escuela de Frankfurt.

La actual sociedad guatemalteca goza de características especiales, que la convierten en una sociedad bastante compleja, por ello se llega a hablar de una “sociedad de riesgo”, en ese sentido podemos afirmar que la sola posibilidad de la concurrencia de esos riesgos ha sido determinante en la generación de determinados tipos penales que suponen adelantar la barrera protectora del poder punitivo del Estado, puesta por los principios fundamentales del derecho penal a casos donde no puede apreciarse una víctima o bien esta se torna difusa, con esto me refiero a los delitos de peligro abstracto, expuestos anteriormente.

Por una parte es necesario que el derecho penal haga frente a estas puestas en riesgo de determinados bienes jurídicos, pero también es necesario resaltar que hasta puede tornarse peligroso que esta barrera protectora se adelante de forma desmedida que pueda castigar las conductas que perfectamente puedan ser comprendidas en otra esfera sancionatoria del derecho, como lo son las sanciones administrativas. Es preciso pues, tener sumo cuidado de esta creciente tendencia totalitaria por parte de los legisladores, ya que pone de manifiesto, objetivos que responden a intereses gremiales, políticos partidistas, económicos o sociales, pero dejan por un lado al individuo como tal. Lo que no puede hacer la ciencia penal, es dejar proliferar esta tendencia político-criminal, por tratarse de simples manifestaciones irreflexivas e irracionales por parte de los legisladores, de allí la necesidad de este trabajo.

6.1. Derecho penal, una moda legislativa

Una de las interrogantes es ¿hasta dónde puede y debe llegar el derecho penal?, y la respuesta es cada vez mas difusa ante la creciente utilización del derecho penal como “prima ratio”, es decir, cuando se considera al derecho penal la solución a todos los riesgos y posibles riesgos. Como ya vimos con anterioridad, los bienes jurídicos que se pueden considerar en riesgo en los delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de armas y municiones, poseen un carácter supraindividual, con lo que se plantea el problema de precisar cuando un acto individual puede poner en peligro un bien jurídico colectivo.

En relación a lo anterior, podemos decir que cuando un delito se configura como un peligro a un bien jurídico protegido por la mera acumulación de actos aislados, tal es el caso de la portación ilegal de arma de fuego, que hace surgir la preocupación cuando se evidencia una proliferación de armas no registradas, sin tener la capacidad de sancionar dichas conductas, sin embargo se pretende sancionar de forma penal también a aquellos casos en los que se porta el arma con licencia de portación vencida, sin realizar ninguna sanción administrativa previa.

Anteriormente expusimos a grandes rasgos la situación de criminalidad en el país, esto aunado a la priorización social del concepto seguridad y los planteamientos políticos de campañas electorales, ha tenido como efecto la sobreutilización del derecho penal en estos temas, llegándose a convertir en una especie de moda o panacea, mas que en



una solución eficaz y efectiva a los problemas de seguridad imperantes en el país. De allí que tenemos en primer lugar que enlistar los delitos de peligro contenidos en la Ley de armas y Municiones.

Una de las evidencias mas recientes de este tema lo constituye la aprobación de la iniciativa de ley número 4727 que reforma el Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal penal, para que el delito de peligro de Portación de Arma de Fuego no pueda gozar de medida sustitutiva, dicha iniciativa fue aprobada el 04 de septiembre de 2013, con el número de Decreto 6-2013 del Congreso de la República de Guatemala. Dicha reforma fue aprobada para justificar la incapacidad del Estado de poder perseguir los delitos relacionados con armas de fuego y poder probar la vinculación entre una arma de fuego y la comisión de un delito que afecte directamente un bien jurídico protegido, y esto lo hacen a través de retirarle la posibilidad de medida sustitutiva a las personas vinculadas con el delito de peligro de Portación Ilegal de Arma de fuego.

6.2. Distinción de delitos de peligro abstracto y concreto

Las mayores dificultades se hallan, quizás, en la distinción que divide a los delitos de peligro abstracto y peligro concreto. Como ya vimos, en la mayor parte de la doctrina se entiende por delito de peligro concreto a aquél donde la exigencia del peligro viene contenida en el tipo, como elemento del mismo, mientras que en los delitos de peligro abstracto, este constituye el motivo de su introducción por el legislador, pero en el tipo



no aparece la exigencia de un peligro como elemento típico.

Por tanto, en los delitos de peligro abstracto no se exigiría una comprobación del peligro por parte del Juez, mientras que tal comprobación sería necesaria en los delitos de peligro concreto. De ahí que la doctrina italiana, prefiera hablar de peligro presunto en lugar de peligro abstracto, considerando que lo que realmente se da es una presunción juris et de jure de peligro, de tal manera que no importa que realmente se dé un peligro efectivo en el supuesto concreto. Sin embargo a partir de lo expuesto podemos determinar que existen otras formas de distinción, una de ellas es la distinción entre delitos de peligro presunto y delitos de peligro efectivo, aplicando la primera calificación a aquellos hechos castigados por la ley a causa del riesgo que su comisión comporta, pero sin necesidad de que un peligro efectivo y real haya tenido lugar en el caso concreto.

Uno de los ejemplos mas claros se da entre el delito de disparo con arma de fuego y la portación ilegal de arma de fuego. El primero de ellos constituye un peligro concreto porque el arma fue accionada y existe un peligro manifiesto sobre el bien jurídico de la vida, mientras en el caso de la portación ilegal de arma de fuego, solamente existe la posibilidad de poner en peligro el bien jurídico tutelado.

En este sentido se puede afirmar, que para que exista un peligro concreto, se exige que una conducta constituya delito que se haya producido efectivamente una situación peligrosa o no se exige. Pero en este último caso la existencia del delito es

independiente de que haya habido, efectivamente, un peligro.

El tipo del injusto no admite mas que delitos de peligro concreto. Lo cual no es obstáculo para que el llamado peligro abstracto constituya el motivo que induce al legislador a incriminar una determinada conducta. En los delitos de peligro abstracto la responsabilidad penal viene estimada en la descripción tipificada del hecho, sin que se requiera la comprobación por parte del juez de si efectivamente existe el peligro. En los de peligro concreto sí compete al juez comprobar si en la realidad se ha producido un peligro concreto.

Junto a los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, llama la atención sobre algunos tipos en los que se combinan los elementos de carácter abstracto y los de carácter concreto. Así ocurre particularmente con aquellos tipos donde la propia ley establece que la existencia de peligro se ha de juzgar en base a criterios generales y no a los particulares del supuesto de hecho concreto. La calificación de peligro abstracto-concreto estaría justificada porque si bien el juez tendría que decidir acerca de la peligrosidad de la conducta, esta decisión la tomaría por prescripción de la ley en base a la experiencia general.

6.3. Delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 del Congreso de la República, Ley de Armas y Municiones

Los delitos considerados de peligro que se encuentran en la Ley de Armas y



Municiones, para tener un conocimiento mas claro son:

- Tenencia ilegal de máquina reacondicionadora de munición para armas de fuego.
- Tenencia ilegal de materiales de fabricación y/o reacondicionamiento de municiones para armas de fuego.
- Tenencia ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampea bélicas y armas experimentales.
- Tenencia ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas, armas con número de registro alterado, armas con número borrado o no legalmente marcadas por la DIGECAM.
- Tenencia ilegal de municiones.
- Tenencia de armería ilegal.
- Portación ilegal de armas blancas de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado.
- Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas.
- Portación ilegal de armas hechizas o de fabricación artesanal.
- Portación ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado.
- Portación ilegal de explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampea bélicas y armas experimentales.
- Disparos sin causa justificada.
- Portación de arma de fuego en estado de embriaguez o bajo efectos de drogas,

estupefacientes o barbitúricos.

- Tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado.

De la misma forma, llama poderosamente la atención las faltas que se ubican dentro de la normativa penal en materia de armas y municiones, en vez de ser remitidas al ámbito administrativo. Inclusive, podemos hablar de una nueva categoría, las faltas penales de peligro, debido a que solamente poden en riesgo el bien jurídico tutelado pero no lo afecta directamente.

Ya que si bien la falta debe llenar los requisitos del delito, si se evidencia una diferencia marcada entre los delitos y las faltas, especialmente en la pena, que en los delitos va de fondo a las penas de prisión y en las faltas las penas pecuniarias. Sin embargo esto aún nos deja una duda técnica, que aunque constituye una investigación a parte, considero necesario plantear, y es si las faltas penales responden a la teoría de expansión del derecho penal por las características que recubren dichas faltas en materia de armas y municiones, o bien simplemente responden a una teoría de violación de bienes jurídicos de carácter administrativo.

CONCLUSIONES


1. El derecho penal se ha convertido en un instrumento de utilización frecuente e irracional por parte de los legisladores, para darle una respuesta político-electoral a la sociedad, en consecuencia es atribuible al escaso trabajo político y técnico dentro de la actividad parlamentaria, especialmente en aquellos que son electos como Diputados al Congreso de la República y que no poseen una especialización en algún tema específico, en especial formación democrática en torno a las limitaciones dogmáticas del uso del derecho penal como recurso de última ratio.
2. La normativa penal en Guatemala, cada vez con mayor frecuencia constituye una respuesta irracional y poco meditada a las solicitudes del electorado, dejando por un lado la lógica político criminal de la limitante al poder punitivo del Estado.
3. Los delitos de peligro abstracto violan el principio de última ratio del derecho penal, ya que estos podrían haber sido contemplados como parte del derecho administrativo o por lo menos tener una pena acorde a la naturaleza del peligro y no una pena desproporcionada a su naturaleza.
4. La teoría del derecho penal de segunda velocidad se constituye como una respuesta a la construcción de algunos delitos de peligro, pero no proporciona respuestas definitivas en torno a su legitimidad penal de los delitos de peligro contemplados en el Decreto 15-2009 Ley de Armas y Municiones.



5. En el caso de los delitos de peligro contemplados en la Ley de Armas y Municiones, el legislador no agotó los demás instrumentos jurídicos previó a la utilización del derecho penal sustantivo, con lo que no utiliza al derecho penal como última ratio sino como recursos de prima ratio.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República no debe continuar utilizando el derecho penal como un instrumento de utilización frecuente e irracional, para ello se debe en primer lugar elaborar dictámenes técnicos de las iniciativas de ley presentadas, así como evaluar su impacto social, político y económico.
2. El Congreso de la República tiene que utilizar la normativa penal como una respuesta cada vez menos frecuente y cada vez más racional, tomando como fundamento la lógica político criminal como una limitante al poder punitivo del Estado, para ello el Congreso de la República debe implementar un equipo de técnicos penalistas que proporcionen opinión en las modificaciones penales que el pleno pretenda realizar, para que aporte al trabajo técnico y político que se lleva a cabo en las comisiones de trabajo de ese organismo, debido a la construcción anti-técnica y jurídica de los tipos penales especialmente aquellos de peligro.
3. Que la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República analice nuevamente los delitos de peligro abstracto para que estos no violen el principio de última ratio, e incorporar buena parte de ellos al derecho administrativo o por lo menos modificar la pena de los mismos para que estas sean acordes al bien jurídico protegido.
4. Las instituciones públicas vinculadas al sector seguridad tienen que fortalecer la seguridad preventiva para el control y erradicación de armas y municiones en el país,



iniciando esto con campañas de desarme, así como el fortalecimiento y profesionalización de la Policía Nacional Civil, Dirección General de Inteligencia Civil, Dirección General de Armas y Municiones, y Dirección General de Investigación Criminal .

5. El legislador, previo a la aprobación de cualquier disposición de índole penal, tiene que contar por lo menos con el conocimiento básico de otras posibles formas de solución al problema antes de legislar en materia penal.

BIBLIOGRAFÍA

ARIGABAY MOLINA, José. **Derecho penal.** (s.l.i): (s.e.)(s.f.)

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal parte general.** Colombia: Ed. Temis, S.A., 1996.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (compilación in memoriam).** Buenos Aires: Ed. Euros editores. 2004.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas.** Buenos Aires Argentina: Ed. Losada. 2005.

BECK, Ulrich. **De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo, revista occidente No. 150.** Argentina: (s.e.), 1993.

BINDING, Karl. **Teoría de la norma.** Alemania: (s.e.), 1990.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal.** Barcelona: Ed. PPU, 1987.

Dictamen Corte de Constitucionalidad de fecha 25 de noviembre de 1986, referente al artículo 251 de la Ley electoral y de partidos políticos.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán, **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho.** Chile. Ed. Jurídica Cono Sur, 1990.

[http : // www.prensalibre.com/noticias/Camara-Agro-pide-revisionarmas.html](http://www.prensalibre.com/noticias/Camara-Agro-pide-revisionarmas.html). Prensa Libre, (Consultado: 21 de febrero de 2008.)

[http: // www.prensalibre.com /noticias/Fun-Mack-prever-control-reformas.html](http://www.prensalibre.com/noticias/Fun-Mack-prever-control-reformas.html). Prensa Libre, (Consultado: 11 de abril de 2008.)

Real Academia Española, Diccionario. Consultado: 23 de septiembre de 2012:

http://www.rae.es/rae./buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=probabilidad. Real Academia Española, Diccionario. Consultado: 10 de septiembre de 2012.

JIMÉNEZ DE AZUA, Luis. **La ley y el delito**. (s.l.i.): (s.e), (s.f.)

JOACHIM HIRSCH, Hans. **Peligro y peligrosidad**. Buenos Aires Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni editores, 1998.

LISZT, Von. **Lerhrbuch**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Derecho penal parte general I**. (s.l.i) Ed. Universitas, 1996.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Argentina: Ed. Hammurabi S.L., 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general**. 3ra. ed. Barcelona, España: Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. S.A., 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal, parte general**. 2da ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. B y F Ltda., 2001.

NIEVES, Ricardo, **Teoría del delito y práctica penal**. Republica Dominicana: Ed. Centenario., 2010.

PARMAN, Susan. **Dream and culture: an anthropological study of the western intellectual tradition**. 1ra ed. Estados Unidos: (s.e), 1991.

PEÑA, D. M. **Curso de derecho penal, parte general I.** Madrid: Ed. Universitas. S.A., 1999.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. **Teoría del delito.** México: Universidad Nacional Autónoma de México. (s.e.), 2004.

RAMÍREZ GARCÍA, Luis Rodolfo. **Observatorio de justicia penal.** Guatemala: Ed. Ediciones del Instituto, 2005.

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. **Análisis crítico sobre la tendencia político criminal del período 1994-1998.** Guatemala: Ed. Ediciones del Instituto, 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español parte general.** España: Ed. Dykinson, S.L., 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general tomo I, fundamentos la estructura de la teoría del delito.** (s.l.i) Ed. Civitas., 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Colección cuadernos de conferencias y artículos, No. 38.** Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, 2007.

Legislación

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

Ley de Armas y Municiones. Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, 2009.