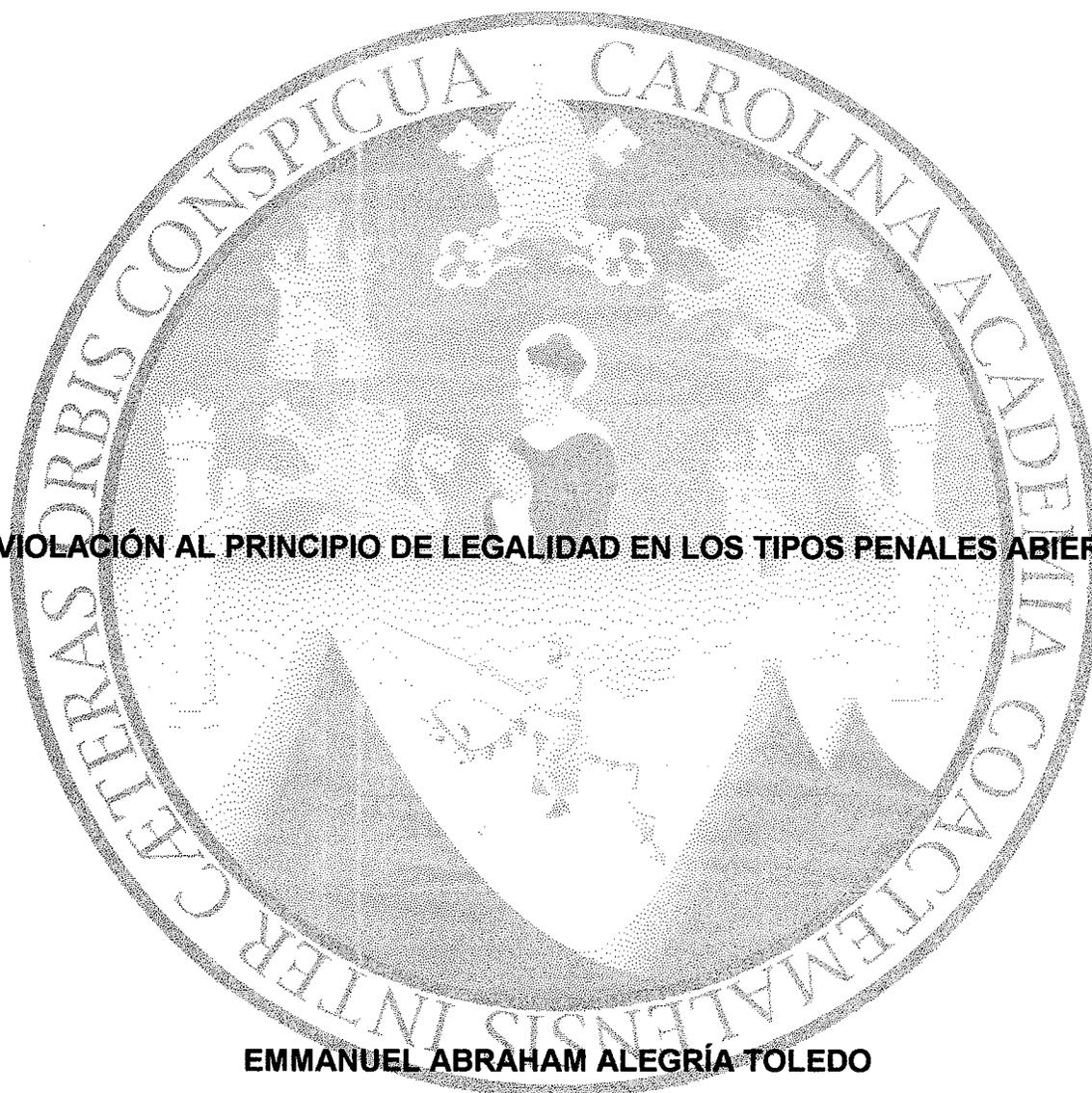


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS TIPOS PENALES ABIERTOS**

**EMMANUEL ABRAHAM ALEGRÍA TOLEDO**

**GUATEMALA, AGOSTO DE 2017**

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

**LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS TIPOS PENALES ABIERTOS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**EMMANUEL ABRAHAM ALEGRÍA TOLEDO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, agosto de 2017

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera fase:**

Presidente:	Lic.	Jorge Mario Yupe Carcamo
Vocal:	Lic.	Jorge Aparicio Almengor Velásquez
Secretaria:	Licda.	Adela Lorena Pineda Herrera

**Segunda fase:**

Presidente:	Lic.	Jorge Eduardo Avilés Salazar
Vocal:	Lic.	Raúl Archila Méndez
Secretario:	Lic.	Jorge Eduardo Ajú Jeu

**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).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
 08 de abril de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, MARVIN VINICIO HERNANDEZ HERNANDEZ  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
EMMANUEL ABRAHAM ALEGRÍA TOLEDO, con carné 201014172,  
 intitulado LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS TIPOS PENALES ABIERTOS.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

*[Signature]*  
**DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA**  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 19 / 01 / 2017

*[Signature]*  
 Asesor(a)  
 (Firma y Sello)

**LICENCIADO**  
**MARVIN VINICIO HERNANDEZ HERNANDEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**





**Licenciado Marvin Vinicio Hernández Hernández**  
**Abogado y Notario**  
**Colegiado 8241**

**6ta avenida 9-62. Segunda Nivel Oficina 33, Zona 1. Guatemala, Guatemala.**

Guatemala 24 de mayo de 2017

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De conformidad con el nombramiento emitido por esta jefatura, el día ocho de abril del año 2015, en el que se me designa como asesor del trabajo de investigación del bachiller: Emmanuel Abraham Alegría Toledo, con número de carné 201014172, intitulado, "**LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS TIPOS PENALES ABIERTOS**", habiendo asesorado el trabajo encomendado, respetuosamente me permito emitir el siguiente:

#### **DICTAMEN:**

##### **a) Contenido científico y técnico de la tesis**

Es de mucha relevancia en materia de derecho laboral, toda vez que contiene un enfoque enunciativo, consistente en establecer la necesidad de derogar el Artículo 23 del Artículo 264 del Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en virtud de que su existencia, como tipo penal abierto, vulnera el principio de legalidad.

##### **b) La metodología y técnica de investigación utilizada**

En la elaboración del trabajo de tesis, incluye los métodos inductivo, deductivo y analítico; emplea técnica jurídica, documental y bibliográfica, lo que se aprecia claramente en el desarrollo del tema abordado.

##### **c) Redacción**

El trabajo está redactado en forma clara, observando técnicas gramaticales; utilizando lenguaje técnico y jurídico adecuado y acorde al tema.

##### **d) Contribución científica**

El tema investigado es de suma importancia, toda vez que a mi criterio existe un verdadero aporte a la ciencia del derecho laboral, en virtud de que el presente trabajo



analiza detenidamente la vulneración del principio de legalidad en los tipos penales abiertos, específicamente el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal.

**e. La conclusión discursiva**

Es congruente con los temas desarrollados en cada uno de los capítulos que integran la presente investigación del trabajo de graduación.

**f. La bibliografía**

Es acorde con el trabajo y tiene relación con las citas textuales.

**g. Expresamente declaro**

Que no soy pariente dentro de los grados de ley, del bachiller Emmanuel Abraham Alegría Toledo.

Con base a lo anterior expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de ser discutido en el examen público, en virtud de que el trabajo indicado cumple con todos los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente:

**F**  
**Licenciado Marvin Vinicio Hernández Hernández**  
**Abogado y Notario**  
**Colegiado 8241**

**LICENCIADO**  
**MARVIN VINICIO HERNANDEZ HERNANDEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de julio de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EMMANUEL ABRAHAM ALEGRÍA TOLEDO, titulado LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS TIPOS PENALES ABIERTOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





## DEDICATORIA

### **A DIOS:**

Por ser el dueño de la sabiduría y haberme confiado parte de la misma para que pudiera alcanzar el éxito deseado.

### **A MI PADRE:**

Julio César Alegría Romero, por su esfuerzo y ejemplo; sabiendo que jamás encontraré la forma de agradecer su constante apoyo. Te amo padre.

### **A MI MADRE:**

Reyna Ruth Toledo Aguilar, por sus consejos, paciencia y su comprensión total a mi persona

### **A:**

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por abrirme las puertas de tan gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala. Alma mater que espero no defraudar.



## PRESENTACIÓN

La investigación se realizó en Guatemala, periodo que comprende los años 2014-2016, es de tipo cualitativo en virtud de que se efectuó mediante el método analítico, se contribuyó a medir y resumir la información obtenida respecto a la vulneración del principio de legalidad en los tipos penales abiertos en la legislación sustantiva guatemalteca.

El trabajo pertenece a la rama del derecho penal, toda vez que la norma sustantiva establece aquellas conductas prohibitivas tipificadas como delitos o faltas por el legislador; además contiene principios que establecen las reglas y los mecanismos en el sentido de determinar cuando un comportamiento es considerado delictivo.

El objeto de estudio, fue establecer la vulneración del principio de legalidad en los tipos penales abiertos, contemplado el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal. El sujeto de la investigación, fueron los tipos penales abiertos existentes en la legislación penal guatemalteca.

El aporte académico de esta tesis es la derogación de los tipos penales abiertos, contemplado en la legislación penal guatemalteca, específicamente el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal, toda vez que su existencia vulnera el principio de legalidad.



## HIPÓTESIS

La hipótesis planteada consiste en establecer la vulneración del principio de legalidad, por la existencia de los tipos penales abiertos en el ordenamiento jurídico penal de Guatemala, específicamente el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.



## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para efectos de este trabajo, se comprobó la hipótesis a través del método utilizado, siendo el método de análisis, que consintió en la interpretación del principio de igualdad en los tipos penales abiertos, específicamente el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, en virtud de obtener la finalidad de la presente investigación, la cual sirvió para ser congruente a la totalidad de lo investigado.

Con base a lo anterior, se pudo comprobar la hipótesis y establecer que es necesario la derogación del numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal por parte del Organismo Legislativo, ente facultado constitucionalmente para crear, modificar y derogar leyes, toda vez, que la existencia de este tipo penal abierto vulnera el principio de legalidad y crea incertidumbre y falta de certeza jurídica para los habitantes de la República de Guatemala.



## ÍNDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Antecedentes históricos .....	1
1.2. Definición .....	7
1.3. Características .....	8
1.4. Finalidad del derecho penal .....	11
1.5. Fuentes del derecho penal.....	12
1.5.1. Fuentes reales .....	13
1.5.2. Fuentes formales .....	14
1.5.3. Fuentes directas.....	13
1.5.4. Fuentes indirectas.....	16

### CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal .....	23
2.1. Principio de legalidad.....	24
2.2. Principio de intervención mínima del Estado .....	27
2.3. Principio de proporcionalidad.....	28
2.4. Principio de presunción de inocencia.....	29
2.5. Principio de exclusión de la analogía.....	29
2.6. Principio de non bis ídem.....	30
2.7. Principio de concentración legislativa .....	30
2.8. Principio de irretroactividad.....	30
2.9. Principio de igualdad.....	31
2.10. Principio de lesividad .....	32



### CAPÍTULO III

	<b>Pág.</b>
3. El delito .....	33
3.1. Definición .....	35
3.2. Naturaleza jurídica del delito.....	41
3.3. Elementos del delito.....	42
3.4. Elementos positivos del delito.....	44
3.5. Elementos negativos del delito .....	45

### CAPÍTULO IV

4. El tipo penal .....	49
4.1. Evolución del concepto del tipo.....	49
4.2. Elementos del tipo.....	51
4.3. Especies del tipo.....	52
4.4. Terminología de la tipicidad .....	53
4.5. La tipicidad del delito.....	55
4.6. Naturaleza y función de la tipicidad.....	57

### CAPÍTULO V

5. Vulneración al principio de legalidad en los tipos penales abiertos .....	61
5.1. Principio de legalidad penal .....	61
5.2. Análisis jurídico del Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, como tipo penal abierto y su relación con el principio de legalidad .....	68

<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>77</b>
-----------------------------------	-----------

<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>79</b>
---------------------------	-----------



## INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se analizó la vulneración al principio de legalidad en los tipos penales abiertos, toda vez que el legislador al dejarlas reguladas a discreción de los jueces, pueden crear figuras delictivas no tipificadas como delitos y faltas por el órgano competente para crearlas, en el caso de Guatemala es el Organismo Legislativo. Pero el legislador al regular el tipo penal abierto en el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, no determina el comportamiento delictivo y mucho menos la pena a imponer. Por lo tanto el legislador simplemente se limita a nombrar el delito sin especificar en qué consistirá la acción delictiva.

Se pudo comprobar la hipótesis planteada y establecer que es necesario la derogación del numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal por parte del Organismo Legislativo, ente facultado constitucionalmente para crear, modificar y derogar leyes, en virtud que la existencia de este tipo penal abierto vulnera el principio de legalidad, principio que limita la facultad de castigar que tiene el estado, es decir el ius puniendi. En ese sentido el legislador al dejar regulados los tipos penales abiertos, deja a consideración del órgano jurisdiccional competente actuar arbitrariamente, en el sentido de crear figuras delictivas no reguladas en la legislación penal guatemalteca, por lo que es menester su derogación.

El objetivo general consistió en determinar a través de la investigación científica y técnica, soluciones a la problemática planteada que se pretende alcanzar, la cual se cumplió durante el desarrollo del presente trabajo por medio del análisis jurídico del



principio de legalidad, los tipos penales abiertos en la legislación penal guatemalteca y sus consecuencias.

Para obtener la información, se utilizó la técnica bibliográfica y documental, luego de lo cual a través del método deductivo, inductivo y especialmente el analítico que consintió en la interpretación de la vulneración al principio de legalidad en los tipos penales abiertos: una vez interpretado se utilizó la síntesis a efecto de obtener la finalidad del trabajo trazado.

El informe final se redactó en cinco capítulos, estando el primero, relacionado con el derecho penal; en el segundo, se desarrollan los principios del derecho penal; el tercer capítulo, se desarrolla el delito; el cuarto capítulo, el tipo penal y por último que es el capítulo quinto, vulneración al principio de legalidad en los tipos penales abiertos; así como el análisis jurídico del Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, como tipo penal abierto y su relación con el principio de legalidad.

Para concluir, obviamente no se pretende agotar el tema, se tiene el ánimo de ayudar a encontrar mejores ideas y posiciones; así también que sea de gran utilidad para todo lector y especialmente para todos aquellos estudiantes que están por realizar sus trabajos de tesis.



## CAPÍTULO I

### 1. Derecho penal

El derecho penal guatemalteco, se caracteriza en la protección de los intereses tanto individuales como colectivos; siendo la tarea de penar o de la imposición de una determinada medida de seguridad, una función típicamente de carácter público, correspondiente al Estado guatemalteco como manifestación del poder interno con el que cuenta, y es el producto de su misma soberanía; además de que la comisión de cualquier acto delictivo es generadora de una relación directa entre el Estado el cual es exclusivamente el ente titular del poder punitivo y el infractor.

#### 1.1. Antecedentes históricos

El derecho penal históricamente ha evolucionado, pasando por determinadas épocas, las cuales se desarrollan de la siguiente manera:

##### a. Venganza privada

La etapa de la venganza privada se destacó como la etapa bárbara, en virtud de que la persona que se sentía ofendido en sus derechos debía defenderse individualmente, llevando a cabo en ese sentido la justicia por sus propias manos, y para ponerle fin a este tipo de justicia, surgieron dos limitantes, la primera la -Ley de Talión-, en virtud de la cual no se podía devolver al delincuente un mayor mal, que el ocasionado o sufrido



por la víctima, reconociendo de esa cuenta que el ofendido únicamente puede realizar una venganza de acuerdo a la intensidad del mal que ha recaído en él; y la segunda limitación es la denominada composición, mediante la cual el ofensor o bien los familiares de este se encargaban de la entrega al ofendido de una determinada cantidad económica a efecto de no llevar a cabo venganza alguna.

En esta etapa la idea de la venganza, es un movimiento natural que por mucho tiempo fue considerado no solo como la idea natural, si no como legitima, justa y necesaria, era realizada de familia a familia, de tribu a tribu, razón por la cual es sostenida la idea de que la responsabilidad penal, antes que individual fue social, de tal manera que: "Este periodo se caracteriza por que la acción penalizadora no se ejerce como función política del Estado, si no que el ofensor es víctima de una reacción desorbitada y sin medida, sin que la sociedad como organización política intervenga para nada. Es una reacción punitiva entre el ofendido y el ofensor, o entre un grupo familiar y el ofensor"<sup>1</sup>.

Esta etapa del derecho penal también fue conocida como la venganza de sangre o época barbará, por cuanto en realidad no buscaba sancionar una conducta contraria a derecho, si no saciar esa sed de venganza mediante la imposición de penas bárbaras y sanguinarias.

Al respecto, Fernando Castellanos, citado por Samantha Gabriela López, infiere que: "La venganza privada se conoce también como venganza de sangre, porque sin duda se origino por el homicidio y las lesiones, delitos que por su naturaleza denominados de

---

<sup>1</sup> Soler, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Pág. 66.



sangre. Esta venganza recibió entre los germanos, el nombre de *blutrache*, generalizándose posteriormente a toda clase de delitos<sup>2</sup>.

## **b. Venganza divina**

En esta época, la historia de la humanidad se divide en dos etapas importantes, antes de Cristo y después de Cristo, en ésta última las instituciones teocráticas toman gran importancia, toda vez que parte de la población se convirtieron al cristianismo y como consecuencia de ello, el hombre centra su atención en un Dios, es decir en una divinidad superior a él, que todo lo ve y todo lo puede, de esa cuenta el delito fue considerado como pecado por lo que era necesario expiar esos pecados por medio de la pena, que es impuesta por ese ser supremo, asumiendo entonces que la venganza se torna divina por ello los jueces juzgan en nombre de ella las conductas que dañan, no a la sociedad si no a esa divinidad.

Es más, durante esta época, se consideraba que la voluntad individual del vengador, es sustituida por una voluntad divina, a la cual le compete la defensa de los intereses colectivos que han sido afectados por la perpetración de un hecho delictivo, ejerciéndose la justicia penal en nombre de un ser supremo, en virtud de la cual los jueces juzgaban en nombre de Dios, jueces que por regla general eran sacerdotes representantes de la voluntad divina, encargados de la administración de justicia. En este periodo de la historia del derecho penal, no solo se colmaba de dolor y sufrimiento al ofensor, sino de terror a los que en el futuro intentaran infringir el derecho, a tal

---

<sup>2</sup> López Guardiola, Samantha Gabriela. **Derecho penal I**. Pág. 17.



instancias que la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el sacrilegio, la brujería y la posesión demoníaca se castigaba con la muerte a través de fuego.

### **c. Venganza pública**

Fue una de las más sanguinarias, ya que el poder público era ejercitada por el Estado, haciendo uso de la venganza en nombre de los individuos o de la sociedad cuyos bienes jurídicos tutelados, habían sido afectados por la comisión de un hecho prohibido; la aplicación de la pena en esta etapa se caracterizo por ser inhumana y no de acuerdo a la intensidad del mal causado.

Al respecto, el tratadista Cuello Calón, citado por Pavón indica: "Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no solo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan solo una caricatura de la justicia, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de setos poderosos abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia si no al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando"<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco. **Derecho penal mexicano**. Pág. 61.



#### **d. Época humanitaria**

Esta etapa del derecho penal comenzó con el iluminismo, impulsados por Hobbes, Spinoza, y Locke, con Grocio, Bacon, Pufendorf y Wolf, Montesquie, y Voltarie, Montesquie, publica su obra espíritu de la leyes en 1748, después de ellos aparece Cesar Bonnesana y Marquez de Beccaria, en 1764 con su tratado *dei delitti e delle pene*, de los delitos y penas, mediante la cual se opone al trato inhumano, en virtud de la aplicación de la tortura, como un mecanismo para la obtención de una confesión, y como consecuencia la garantía de la aplicación de una pena.

Así mismo durante esta etapa la Revolución Francesa cancela los abusos medievales con su "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" -1771-, la cual establece que las leyes no tienen el derecho de prohibir más que las acciones nocivas de la sociedad.

López expone que: "en Inglaterra, después de haber estado privado de libertad, dedico su existencia a hacer lo que se ha llamado la geografía del dolor, la cual consiste en inspeccionar y describir las prisiones, la cual dio origen a las escuelas clásicas penitenciarias, y al nacimiento de la penología moderna"<sup>4</sup>.

#### **e. Época científica**

La evolución de las ideas penales, son consecuencias de las evolución del hombre en sociedad, por lo que el delito y la pena tienden a variarse, a lo largo del recorrido del

---

<sup>4</sup> López Guardiola. **Op. Cit.** Pág. 21.



derecho penal, en la actualidad, el estudio del delitos se centra en el delincuente, y por ende la preocupación científica trata de readaptar socialmente a este individuo que con su conducta ha alterado el orden social y legal de una sociedad.

Esta época del derecho penal, inicio con la obra de Becarria y subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el aparecimiento de la escuela positiva, la labor realizada por los propulsores de la escuela clásica llevaron a considerar el derecho penal como una disciplina única, general e independiente, cuyo objeto de estudio era el delito y de la pena desde una perspectiva estrictamente legal.

Con la aparición de la escuela positiva del derecho penal, surgen ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri consideraba que el derecho penal, debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose para su estudio de métodos positivos o experimentales. En este periodo el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales, se deja de considerar el delito como una entidad jurídica, para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente, la pena deja de tener un fin retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social. Luego de esta etapa surge el derecho penal autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios, cuya principal característica era proteger el Estado, por lo cual los delitos de tipo político fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> **ibid.** Pág. 31.



## 1.2. Definición

Múltiples definiciones son los que diversos autores han proporcionado respecto del derecho penal, partiendo de la idea de que tiene por objeto regular la vida en sociedad, visto como un conjunto de normas encaminadas a tutelar intereses jurídicos del individuo, a continuación se citan algunas definiciones de distintos tratadistas.

Para Labatut Gléna, citado por Pavón sostiene: “que el derecho penal es el conjunto de leyes o de normas que describen los hechos punibles y determinan las penas”<sup>6</sup>.

El autor antes mencionado expone que: “el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno, en virtud de la cual definen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”<sup>7</sup>.

Otra definición afirma que el derecho penal: “Es el sistema de normas jurídicas conforme a las cuales el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, determinados comportamientos humanos tipificados como delitos y faltas por la ley penal”<sup>8</sup>.

Y por último es: “El conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado, que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas

---

<sup>6</sup> Pavón Vasconcelos. **Op. Cit.** Pág. 3.

<sup>7</sup> **Ibid.** Pág. 4.

<sup>8</sup> Cousiño Mac Iver, Luis. **Derecho penal chileno.** Pág. 9.



de seguridad, actuando a su vez con un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva”<sup>9</sup>

Luego de las distintas definiciones proporcionadas, se determina que todas coinciden en tres aspectos importantes: delito, pena y relación jurídica, considerando en ese sentido que el derecho penal, es el conjunto de leyes a través de las cuales el Estado determina los delitos y faltas, las penas a imponer a los infractores, y regular la aplicación correcta de las mismas a cada caso concreto; así como de la aplicación de las medidas de seguridad.

### **1.3. Características**

El derecho penal cuenta con determinadas características, siendo las más importantes, las siguientes:

#### **a. Pública:**

Es pública, toda vez que norma relaciones entre el individuo y la colectividad, es decir por que regula las relaciones en que el Estado interviene como entidad soberana, habiendo pues una relación directa entre el poder público y los particulares quienes son destinatarios de sus normas jurídicas. En relación a esta característica se puede indicar que: “que el derecho penal es un derecho público porque exclusivamente el Estado es

---

<sup>9</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 4.

capaz de crear normas que definan delitos e impongan sanciones, en acatamiento al principio liberal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>10</sup>.

## b. Sancionador

En relación a esta característica existen muchos tratadistas que no comparten que sea caracterizado por sancionador el derecho penal, sostienen que el derecho penal, es de carácter constitutivo, en virtud de que es autónomo en la determinación de los hechos punibles, y porque consideran que es un derecho creador de normas que imponen no solo sanciones, sino de origen a mandatos o prohibiciones que tienden a la tutela de bienes jurídicos, pero indistintamente de que sea sancionador o no constitutivo, no le resta categoría científica, por el contrario se ha constituido en un apoyo insustituible para el ordenamiento jurídico.

Excepcionalmente de lo sostenido por los tratadistas, la legislación penal surge por la existencia previa de una norma de cultura que la exige, evidentemente el derecho penal no crea la normas, y ese sentido, no es un derecho constitutivo sino simplemente sancionador, tal como los sostiene el tratadista De Asúa, al indicar que: "el derecho penal garantiza pero no crea las normas"<sup>11</sup>. En ese sentido, esta característica consiste en castigar los actos delictivos, es decir que fomenta el respeto a los bienes jurídicos tutelados que son de vital importancia para el desarrollo integral de la persona en sociedad, estos bienes jurídicos pueden emanar, del derecho constitucional, del

---

<sup>10</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito*. Pág. 21.

<sup>11</sup> *Ibid.* Pág. 10.



derecho administrativo, del derecho de propiedad, y cuando se atenta contra uno de estos bienes jurídicos, en la forma establecido por el precepto penal, entonces se configura la comisión de un hecho delictivo.

### **c. Valorativo**

Es valorativo toda vez, que la normativa penal debe adecuarse a la realidad, a efecto de que al momento de acaecer un hecho, vincularlos a la realidad y con ello establecer su gravedad, y atendiendo la gravedad, la ley regula la conducta que los hombres deberán observar. Su carácter valorativo nos lo demuestra el hecho innegable de que sus normas jurídicas regulan conductas y al imponer un deber jurídico determinado bajo la amenaza de la pena, penetra del mundo del ser al del deber ser.

### **d. Finalista**

El derecho penal se ocupa de regular conductas, no puede menos de tener un fin, que es el combatir la criminalidad, y que tal fin puede ser mediato o inmediato, este último se identifica con la represión del delito, en tanto el primero, busca como fin el lograr la sana convivencia social.

### **e. Normativo**

Adquiere esta característica el derecho penal, toda vez que establece las normas jurídicas penales, las cuales deben ser observadas estrictamente por los destinatarios.



## **f. Personalísimo**

No es difícil asimilar esta característica, por cuanto que la pena únicamente se aplica al infractor de la normativa legal, ello queda demostrado por el hecho de que la muerte del sindicado de un hecho ilícito, en forma automática se extingue la responsabilidad penal de este.

### **1.4. Finalidad del derecho penal**

El derecho penal forma parte del sistema de control social, al igual que los otros subsistemas dentro de él, por ejemplo: La familia, la escuela, la religión, la comunidad, el derecho común y persigue asegurar el orden social, sirviéndose de los instrumentos fundamentales para ello; normas, sanciones y proceso. Es decir que el derecho penal su finalidad es mantener el ordenamiento jurídico.

De tal manera que históricamente, el derecho penal ha tenido como fines mantener el orden jurídico y social previamente establecido y, cuando ese orden ha sido afectado por la comisión de un delito, restaurarlo por medio de la aplicación de alguna pena; pero las corrientes del derecho penal moderno tienden a añadir a esos fines otros aún más importantes como los de prevenir objetivamente el delito, rehabilitar efectivamente al delincuente por medio de las medidas de seguridad y corrección.

Pero como medio de control social, hay que tomar en consideración que el derecho penal debe tener: Unos objetivos realistas, por lo que no se le debe atribuir tareas con



las que no pueda cumplir como transformador social; un campo de actuación limitado, pues debe considerársele como el último recurso del que dispone el sistema de control social, limitándose a resguardar los presupuestos más fundamentales e imprescindibles para el mantenimiento del orden social; y una formalización rigurosa, para asegurar que la intervención estatal no sea arbitraria sobre los derechos de las personas; así, los principios del derecho penal son el fundamento para poder determinar las finalidades del derecho penal y las condiciones en que los mismos deben buscarse.

### **1.5. Fuentes del derecho penal**

Algunos autores y estudiosos del derecho penal han abordado el tema de las fuentes del derecho penal dentro del estudio de la ley penal, lo cual ha sucedido probablemente porque, como se podrá observar en el transcurso de este trabajo, es generalmente aceptado que la ley penal es la única fuente directa del derecho penal. Pero, por tratarse del estudio de las fuentes del derecho penal y no aún del estudio de la ley penal, ya que ésta es parte de aquéllas y no a la inversa, este debe ser el lugar indicado para su desarrollo.

Entre las diversas acepciones del vocablo fuente, el Diccionario de la Real Academia Española lo define figuradamente como: "El principio, fundamento u origen de algo"<sup>12</sup>. Por esa razón, la expresión fuentes del derecho significa jurídicamente el principio, fundamento u origen del derecho, incluido el del derecho penal; desde un punto de vista

---

<sup>12</sup> <https://www.google.com.gt/#q=diccionario+de+la+real+academia+espa%C3%B1ola&>. Consulta: 10 de febrero de 2017.

formal, son las distintas formas como se manifiesta o aparece el derecho en la vida social de los pueblos.

Para otros autores son: “aquéllas normas jurídicas que regulan los presupuestos y el contenido del derecho del Estado a castigar”<sup>13</sup>.

La doctrina ha dividido a las fuentes del derecho penal en fuentes reales o materiales, formales y directas e indirectas, a las que también les llama fuentes inmediatas y mediatas, respectivamente, lo que depende del hecho de si tienen o no fuerza obligatoria por sí mismas.

### **1.5.1 Fuentes reales**

Son todos aquellos contenidos normativos, en virtud de la cual constituyen la materia que se incorpora a las normas jurídicas, siendo los valores, principios morales, principios sociales, costumbres y criterios.

### **1.5.2 Fuentes formales**

Son todos aquellos procesos o actos, en virtud de la cual se identifica las normas jurídicas penales, dotándolas de juridicidad, es decir de validez, de tal manera que en

---

<sup>13</sup> Maurach, Reinhart. **Derecho penal, parte general I, teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible.** Pág. 121.



materia legislativa corresponde al Congreso de la República de Guatemala, llevar a cabo dicho proceso.

### 1.5.3 Fuentes directas

Las fuentes directas del derecho penal son las que tienen la fuerza por sí mismas para originar normas jurídicas penales obligatorias. En Guatemala, debido a la naturaleza pública del derecho penal, la única fuente directa de este es la ley; solamente la ley puede determinar los delitos y las penas. En ese orden de ideas, se debe a la aplicación del principio de legalidad “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, que es la directriz fundamental del derecho penal, especialmente del resultado de una de sus mayores consecuencias, la exclusión de analogía. Entonces, debido al principio legalista, la creación de normas jurídicas penales está sometida a la función garantizadora de la ley y, por lo tanto, dado el contenido obligatorio que conlleva, ésta es la única fuente inmediata reconocida de la que se origina el derecho penal.

Al respecto se expone que: “Se puede hablar de fuentes del derecho en diferentes sentidos y menester es precisarlos previamente, (...) las fuentes de producción de la legislación penal, es decir, de los órganos capaces de producir legislación penal. (...) fuentes de conocimiento del derecho penal (...) los componentes de la legislación penal propiamente dicha”<sup>14</sup>. En ese sentido, para su estudio, las fuentes directas se subdividen a su vez en fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición.

---

<sup>14</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal, parte general**. Pág. 73.



## a. De producción

En general, las fuentes directas de producción se clasifican con base a quién crea o produce el derecho; así, cuando se habla de fuente de producción del derecho penal, se alude al fundamento de la validez de las normas jurídicas penales, lo que dependerá de si provienen o no de quien dispone de la voluntad creadora de esas normas jurídicas en un Estado, o sea, del sujeto legitimado para crearlas, en el caso de Guatemala es el Organismo Legislativo facultado para crear, reformar y derogar las leyes de la República de Guatemala.

Con base a lo anterior y en estricto observancia al principio de legalidad, está totalmente excluida de facultades para determinar delitos y establecer penas cualquier potestad que no sea la del Estado y, por lo tanto, se deben tener como formas históricas, desechadas las facultades punitivas que en algún tiempo tuvieron o se arrogaron cualesquiera otros sujetos o entidades. En la actualidad, esa aptitud sólo es reconocida al Estado, pues se han eliminado las potestades que antiguamente tuvieron instituciones como la iglesia o el "pater familiae".

En cuanto al ordenamiento jurídico guatemalteco, de donde provienen las fuentes directas de producción del derecho penal, es del Congreso de la República de Guatemala quien es el sujeto legitimado para crear las normas jurídicas penales, de carácter general y obligatorio, pues éste es el encargado de producir todas las leyes, incluyendo las leyes penales, las que constituyen la única fuente directa del derecho penal.



## **b. De cognición**

Son el resultado de esa aptitud creadora de quien dispone de la potestad legislativa en un Estado de derecho (como se afirmó antes, eso le corresponde en Guatemala al Congreso de la República, facultados para crear normas jurídicas penales); por lo tanto, puede decirse que éstas son el derecho objetivo plasmado en los códigos, las leyes.

Cuando se habla de fuente de conocimiento, se alude al procedimiento para crear las normas jurídicas y a toda manifestación de voluntad de quien está legitimado para crearlas. En ese sentido, en otras materias jurídicas, los particulares pueden suscribir un contrato, el que se constituye en la fuente de conocimiento de sus derechos y obligaciones; ese contrato es la forma objetiva que toma en la vida social, por ejemplo, el derecho civil o el mercantil. Pero ese no es el caso del derecho penal, pues la ley es la única fuente de creación de delitos y penas.

De lo anterior, con base al principio de legalidad “nullum crimen nulla poena sine lege”, especialmente debido a una de sus consecuencias, la exclusión de analogía, la ley penal es la única fuente directa del derecho penal y es por ello que el sistema de justicia penal guatemalteco puede ser considerado de derecho.

### **1.5.4. Fuentes indirectas**

En la legislación ordinaria guatemalteca, en cuanto a las fuentes del derecho, el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial establece que: “La ley es la fuente del ordenamiento



jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

Además, la parte conducente del Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial establece que: “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales, (...). El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: (...) d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

Con base en lo que establecen los Artículos 2 y 10 de la ley del Organismo Judicial, se entiende que el derecho se origina también de otras fuentes, además de la ley, pero es importante resaltar una vez más que este no es el caso del derecho penal, toda vez que éste se rige por el principio de legalidad “nullum crimen nulla poena sine lege”.

En esa virtud, las fuentes indirectas no tienen la fuerza propia suficiente para originar normas jurídicas penales obligatorias pues, como se dijo antes, en Guatemala la única fuente directa del derecho penal es la ley; sin embargo, éstos son considerados como fuentes del derecho penal, aunque no en forma independiente, porque ayudan a crear, desarrollar, interpretar o aplicar las normas jurídicas penales obligatorias, tal y como lo hacen la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho. En ese sentido, las fuentes indirectas se subdividen en:



## a. Jurisprudencia

Consiste en el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, correspondiente en la reiteración de fallos de forma continua y en un mismo sentido. En nuestra legislación los únicos órganos jurisdiccionales que pueden sentar jurisprudencia son la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad.

Por lo general, se reconoce en la doctrina que los tribunales no crean el derecho sino que solamente lo aplican, utilizando para ello las leyes (exceptuando a los países que admiten la analogía, en donde la jurisprudencia sí puede originar normas jurídicas). En ese sentido, Palacios Motta explica que: "(...) la jurisprudencia no es fuente directa del derecho pues los tribunales solamente juzgan para confirmar la ley, actúan de acuerdo con la ley y por lo mismo no son fuente productora de la misma. Este criterio es aún más rígido en el Derecho Penal en el que no se le conceden facultades creadoras de ley a la Jurisprudencia por los inconvenientes que ello acarrea"<sup>15</sup>.

En conclusión, la jurisprudencia es la doctrina sentada por los tribunales, la cual puede ser de mucha utilidad para la interpretación de las leyes penales, así como también para el nacimiento del nuevo derecho; no obstante lo anterior, esta no adquiere la categoría de fuente directa del derecho penal, lo que se puede apreciar si se toma en cuenta que las sentencias judiciales, que son normas particulares y concretas, únicamente obligan a las partes del litigio en el que se dictan, no así a la generalidad;

---

<sup>15</sup> Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**. Pág. 73.



ahora en aquellos países donde sus legislaciones aceptan la aplicación de la analogía, la jurisprudencia puede crear normas jurídicas penales, lo contrario en países legalistas, especialmente Guatemala, toda vez que los jueces y tribunales no pueden crear derecho penal sino que éstos están sujetos al imperio de la ley y solamente están facultados para aplicarlo conforme a ella.

### **b. La costumbre**

La costumbre es un conjunto reglas sociales producto de un uso repetitivo y constante y que las comunidades la reconocen como obligatoria, sin embargo para que la costumbre tenga plena validez, es necesario que sea reconocida por el Estado a través de la creación de una ley.

En ese sentido, es válido afirmar que en la antigüedad la costumbre sí fue fuente del derecho penal, incluso fundando la pena o extendiendo su gravedad, pero actualmente está vedada y perdió por completo esa función ya que el derecho penal sólo surge de la ley, estando su aplicación limitada a su lado favorable.

Sin embargo, debido a la necesidad de reglamentar de mejor manera las crecientes y más complejas relaciones humanas que surgían de su evolución y que las personas no podían contar con la suficiente seguridad jurídica sólo con la costumbre, sobre todo en el derecho penal, empezó a requerirse cada vez más y más de un orden técnico y científico que únicamente se conseguía con el derecho escrito, el que fue sustituyendo a la costumbre gradualmente hasta relegarla a ser considerada actualmente solamente



como una fuente indirecta del derecho penal pues ello, como consecuencia del principio de legalidad, éste exclusivamente nace de la ley.

### c. La doctrina

Es el resultado de la elaboración científica del derecho penal por los juristas; es muy importante porque, a través de la documentación y publicidad de los avances científicos que genera, es primordial para ayudar a solucionar los problemas que surgen del derecho penal. De tal manera que la doctrina se compone de todos aquellos estudios de carácter científico que los juristas realizan en una materia determinada, e influye en la creación e interpretación de normas penales.

A pesar de estar clasificada la doctrina como una fuente indirecta del derecho penal, pues no puede por sí sola crear nuevas normas jurídicas penales, ni es obligatoria o vinculante para los jueces en sus fallos, sí se le otorga mucha relevancia en esas funciones de creación y aplicación del derecho penal. Idealmente, ésta debería servir de base en la creación del nuevo derecho penal a quienes están legitimados para crearlo, así como para la aplicación del mismo a quienes tienen esa atribución constitucional. En ese sentido, la doctrina: "(...) no es fuente productora de derecho pero tiene mucha importancia en la práctica judicial, en la preparación del derecho, en la derogación de las normas y en la unificación de las leyes"<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> **Ibid.** Pág. 75.



Los principios que se consideran importantes del derecho penal son las siguientes;

## 2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad consiste en que: “ninguna persona puede ser sancionada sin un juicio previo fundado en una ley anterior al hecho, criterio que da la garantía no solo del ejercicio del derecho de defensa, si no de la existencia del contradictorio y de una decisión imparcial, justa y legal proveniente de un órgano establecido con anterioridad a la comisión del hecho ilícito, que no es más que la necesaria sentencia judicial para la imposición de la pena”<sup>18</sup>.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 17 establece: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración (...)”. Esto es en referencia al principio de legalidad, toda vez que establece que todo acto que realiza la persona y que no este calificado como delito no es punible.

El Código Penal en el Artículo 1 establece: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”. Esto es en referencia al principio de legalidad penal, regula que toda persona no puede ser punible por hechos que no estén expresamente tipificados como delitos o faltas en la legislación penal guatemalteca.

---

<sup>18</sup> Maier, Julio B. J. **Derecho procesal penal argentino**. Pág. 240.



#### **d. Principios generales del derecho**

Son los valores universales por los que se deben regir todas las materias jurídicas; no constituyen una fuente directa o inmediata del derecho penal pero sí una fuente indirecta o mediata, siendo importantísimos para la interpretación de las normas jurídicas en general, incluidas las del derecho penal. Usualmente se reconocen como principios generales del derecho la justicia, la equidad y el bien común.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en los Artículos 1 y 2 que: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y la familia; su fin supremo es la realización del bien común y que: "Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona". De tal manera que el Estado debe cumplir con su obligación constitucional de la realización del bien común a efecto de garantizar la vida, la seguridad y el desarrollo integral de todos los habitantes de la República de Guatemala.

En conclusión, en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se postulan los principios generales del derecho siendo la libertad, igualdad y fraternidad, al haberse establecido en su parte conducente que indica: "En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos (...) Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí". De tal manera que los principios generales del derecho son la equidad, la justicia y el bien común, que es una de las finalidades que aspira el Estado.





## CAPÍTULO II

### 2. Principios del derecho penal

El poder del Estado para crear delitos y penas tiene límites, siendo los principios del derecho penal aquellos parámetros que fijan los derechos fundamentales de la persona humana y que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce como derechos humanos, limitando así el poder punitivo del Estado.

Los principios que se consideran importantes del derecho penal son: “valores y postulados esenciales que guían el proceso penal y determinan su manera de ser como instrumento para ejercer el derecho del Estado a imponer las consecuencias jurídicas derivadas de los actos humanos tipificados en la ley como delitos o faltas. Son también criterios orientadores de los sujetos procesales y constituyen elementos valiosos de interpretación, facilitan la comprensión del espíritu y los propósitos de la jurisdicción penal<sup>17</sup>”.

De la definición relacionada se puede decir, que los principios son reglas que establecen los mecanismos para la aplicación de la norma penal, y que instruyen a los sujetos procesales en cuanto a sus facultades y obligaciones, y que son de cumplimiento y observancia obligatorios, para el efecto de alcanzar el propósito que persigue.

---

<sup>17</sup> Binder Barzizza, Alberto. **El proceso penal**. Pág. 49.



Los principios que se consideran importantes del derecho penal son las siguientes;

## 2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad consiste en que: “ninguna persona puede ser sancionada sin un juicio previo fundado en una ley anterior al hecho, criterio que da la garantía no solo del ejercicio del derecho de defensa, si no de la existencia del contradictorio y de una decisión imparcial, justa y legal proveniente de un órgano establecido con anterioridad a la comisión del hecho ilícito, que no es más que la necesaria sentencia judicial para la imposición de la pena”<sup>18</sup>.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 17 establece: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración (...)”. Esto es en referencia al principio de legalidad, toda vez que establece que todo acto que realiza la persona y que no este calificado como delito no es punible.

El Código Penal en el Artículo 1 establece: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”. Esto es en referencia al principio de legalidad penal, regula que toda persona no puede ser punible por hechos que no estén expresamente tipificados como delitos o faltas en la legislación penal guatemalteca.

---

<sup>18</sup> Maier, Julio B. J. **Derecho procesal penal argentino**. Pág. 240.



En el Artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José establece: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (...)". No es más que la ratificación del principio de legalidad penal ya expuesta. Con el objetivo de proporcionar a las personas una certeza jurídica, con relación al poder punitivo del Estado, se han desarrollado una serie de garantías basadas en el principio de legalidad, siendo las siguientes:

#### **a. Garantía procesal**

Para determinar la responsabilidad penal de una persona se debe de someter a un debido proceso y preestablecido a efecto de establecer la participación del sindicado en el hecho punible que se le atribuye.

#### **b. Garantía criminal**

No se puede perseguir penalmente a una persona por cometer un acto que no se encuentre tipificado como delito.

#### **c. Garantía penal**

Se establece que a toda persona que se le declare responsable de la comisión de un delito, se le impondrá la respectiva pena contemplada en la ley.



#### **d. Garantía judicial**

La facultad de juzgar y determinar la responsabilidad penal de una persona se debe llevar a cabo por el órgano jurisdiccional competente y previamente establecido.

#### **e. Garantía de ejecución**

Al determinar la responsabilidad penal de una persona por el órgano jurisdiccional, se debe cumplir la condena en un lugar determinado por la ley y previa a la comisión del acto delictivo.

De tal suerte que el principio de legalidad a que hace referencia el Código Penal, y en virtud de tratarse de una garantía constitucional y de ejercicio legítimo del derecho de defensa debe realizarse no desde una perspectiva restrictiva, sino que su interpretación debe ser de carácter extensivo con el objeto de que cada uno de los integrantes de la sociedad se sientan protegidos, contra las constantes violaciones que se verifiquen con abuso de poder por parte de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la función jurisdiccional, de esa cuenta el principio de legalidad no se encuentra restringido en su contenido, y que implica la exigencia de que ante el juzgamiento de una persona, debe existir previamente una norma penal que califique la conducta como delito.

En lo que concierne a este principio la Corte de Constitucionalidad según expediente 12-86, sentencia 17/09/86, gaceta número 1, página 9, es del criterio que: "En el orden

penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima “nullum crimen, nulla poena sine lege” como una lucha por el derecho. Opera como opuesto al “ius incertum”, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanza jerarquía constitucional. El principio postula que solamente la ley es fuente formal del Derecho Penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado (...).”

## **2.2. Principio de intervención mínima del Estado**

Una de las características del derecho penal es ser eminentemente sancionador, razón por la cual el Estado únicamente debe imponer una pena a las conductas humanas tipificadas como delitos o faltas, existiendo proporción entre el daño causado y la sanción a imponer. La pena debe ser pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles con el objetivo que ésta no se convierta en violencia de uno o muchos contra un ciudadano.

En ese sentido, el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima, con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.

El poder sancionador del Estado conlleva a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la libertad, la propiedad y en algunos casos la vida, vulneración que únicamente se puede justificar como un mal necesario para resguardar la paz y los derechos de cada ciudadano.



En ese orden de ideas se infiere que el Estado de Guatemala, solo podrá sancionar a una persona cuando sea estrictamente necesario y se encuentre tipificada la conducta de la persona como delictiva. En su defecto, el Estado no puede sancionar a ninguna persona mientras que la conducta no esté tipificada como un acto delictivo, es ahí donde opera el principio de legalidad y que tiene estrecha relación con el principio de intervención mínima del Estado, toda vez que únicamente impondrá las sanciones o penas a aquellas actitudes calificadas como delitos y faltas por la legislación penal.

### **2.3. Principio de proporcionalidad**

Principio que establece que las penas deben ser proporcionales al delito cometido, es decir, no pueden ser las penas más graves que el propio daño causado por la comisión de un delito. La gravedad de la pena dependerá del bien jurídico que ha sido dañado por el hecho ilícito. Este principio se materializa de la siguiente manera:

#### **a. En abstracto**

Se plasma en la norma cuando el legislador viene y establece el marco penal de una determinada figura delictiva, pondera y determina el monto de la pena.

#### **b. En concreto**

Individualiza el grado de culpabilidad de la persona, aplica la norma, individualiza su conducta, sentencia, individualiza el contenido del injusto y culpabilidad de la persona.



## **2.4. Principio de presunción de inocencia**

Es un principio del derecho penal que establece la inocencia de una persona mientras no se le declare culpable por la comisión de un delito. Al respecto la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 14 establece: "Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada (...)". Es decir que únicamente mediante una sentencia condenatoria firme se quebranta la presunción de inocencia del imputado.

## **2.5. Principio de exclusión de la analogía**

En Guatemala este principio se encuentra regulado en el Artículo siete del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala que establece: "Por analogía los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones". Teniendo como fundamento el principio de legalidad, de tal manera que utilizar la analogía como un medio para integrar la ley penal frente a una laguna legal, está totalmente prohibido, puesto que vulnera el principio de defensa de las personas.

Principio que es accesorio al de legalidad, basado en que los tribunales como encargados de la aplicación del derecho penal sustantivo y adjetivo, no pueden crear figuras delictivas ni aplicar sanciones que no se encuentren expresamente contemplados en la normativa jurídica penal; es decir que la exclusión de la analogía debe hacerse en forma extensiva y no restrictiva, de esa cuenta el órgano jurisdiccional solo puede hacer lo que en la ley se contempla.



## **2.6. Principio de non bis in ídem**

En el Artículo 17 del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, establece: "Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho." Es decir, en cuanto que una persona no puede ser castigada más de una vez por la misma infracción, ni una circunstancia puede ser tomada en cuenta doblemente para determinar la naturaleza de un hecho, o dicho de otra manera que una acción o una circunstancia concurrente no puede ser enjuiciada dos veces, o tomada en cuenta doblemente a la hora de establecer una sanción.

## **2.7. Principio de concentración legislativa**

La materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado, al cual le es asignada la voluntad de legislar: Poder Legislativo, exclusivamente. Este principio debe entenderse que la normativa penal debe ubicarse en un solo cuerpo legal, a manera de que la misma no se encuentre disperso, y que esa concentración le corresponde al Organismo Legislativo.

## **2.8. Principio de irretroactividad**

Principio del derecho penal que indica que no puede imponerse sanción alguna a nadie si en el momento de la comisión del hecho, si la ley no definía dicha conducta como delito. Es decir que la ley penal debe ser previa a los actos que se pretendan sancionar.



El Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo”. Esto quiere decir que la legislación penal guatemalteca no tiene efecto retroactivo, en ninguna de las áreas del derecho, a excepción en materia penal siempre y cuando favorezca al reo. El Artículo 2 del Código Penal, Decreto 17-73 establece: “Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquellas cuyas disposiciones sean favorables al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo su condena. Va concatenado con el Artículo 15 Constitucional, el verbo rector es que favorezca al reo

## **2.9. Principio de igualdad**

Tal principio se encuentra en la Constitución Política de la República de Guatemala, aunque de manera general, en el Artículo cuatro, el cual establece: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades, ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”. Implica entonces, el trato igual a los iguales, entendiéndose además que también es una garantía constitucional.

De tal manera que no es posible la creación de leyes que no sean generales, abstractas e impersonales; es decir, que estén dirigidas a todos los ciudadanos, principio que no supone otorgar a todos un trato uniforme sino no discriminatorio. Ello implica una



limitación al poder normativo penal del Estado, pues todos los ciudadanos se encuentran por igual y en las mismas condiciones sometidas a la ley penal.

Sin embargo, dicho principio contiene sus excepciones; por ejemplo, aquellas situaciones en que determinadas personas reciben un tratamiento diferenciado por parte de la ley penal en función del cargo que ocupan, siendo tales escenarios los que corresponden con las inviolabilidades las cuales equivalen a la ausencia de la responsabilidad penal, o bien, a las inmunidades, que lo que ponen son obstáculos procesales para demandar responsabilidad penal a los sujetos que gozan de las mismas de dichos privilegios.

## **2.10. Principio de lesividad**

Este principio exige que para que exista un delito debe de haber una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, implicando, en consecuencia, que se haya producido la infracción del deber de hacer o no hacer, o de vulnerar la norma. En ese sentido, no puede existir delito, si no existe daño, la ausencia del daño constituye la ausencia del delito, solo cuando existe daño se legitima la intervención penal del Estado. De tal manera que la lesividad debe tener congruencia con la antijuricidad, para que una conducta sea antijurídica se requiera que dicha conducta sea típica y que lesione o ponga efectivamente en grave peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal.



## CAPÍTULO III

### 3. El delito

El Estado, es una sociedad organizada jurídica y políticamente bajo un territorio determinado y preestablecido, cuyo fin supremo es la realización del bien común, tal como lo establece el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es decir, el mayor bienestar para los habitantes del mismo. En ese sentido, el Estado crea normas de conductas para ser respetados por los habitantes del mismo y ante su incumplimiento crea, sanciones punibles que se conoce como la ley penal, como un medio punitivo del Estado, la cual constituye la facultad de castigar que tiene el Estado.

De tal manera que el delito es: “un sistema categorial clasificatorio y secuencia en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando, a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito”<sup>20</sup>.

En efecto el delito como motivo de existencia del derecho penal y como razón de las distintas actividades punitivas llevadas a cabo por el Estado, de igual manera que el derecho penal, ha recibido diversas denominaciones durante la evolución histórica de las ideas penales, tomando en consideración que siempre ha sido una valoración jurídica, que bajo la sujeción de mutaciones que obligatoriamente conllevan a la evolución de la sociedad.

---

<sup>20</sup> Ángel Sanz, Moran. **El concurso de delitos en la reforma penal.** Pág. 150.



En ese orden de ideas, es importante establecer el surgimiento de la valoración subjetiva del delito y: "Fue en la culta Roma donde aparece por vez primera la valoración subjetiva del delito, es decir, juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención dolosa o culposa del agente, como se regula actualmente en las legislaciones penales modernas"<sup>20</sup>.

En ese sentido, las normas penales graves o menos graves, utilizándose la expresión delito y el término falta o contravención para la designación de las infracciones leves a la ley penal, sancionadas con una menor penalidad que los delitos o crímenes y el segundo de los sistemas, utiliza solamente un término para la designación de todas las transgresiones o infracciones a la ley penal, sean estas graves, menos graves o leves, de tal manera que ambas se constituyen como delitos, únicamente se diferencian por la gravedad del hecho ilícito.

Al tomar en consideración la división planteada en el Código Penal guatemalteco, se afirma que el mismo se adscribe al sistema bipartito, al clasificar las infracciones a la ley penal del Estado en delitos y faltas.

En efecto, a finales del siglo XIX, Von Liszt citado por los tratadistas Conde y García definen el delito como un: "Acto, contrario a derecho, culpable y sancionado con una pena impuesta al sujeto"<sup>21</sup>. De tal manera que el centro de esta definición lo constituía el acto, la acción entendida como un proceso causal, como un movimiento corporal que

<sup>20</sup> De León Velasco y De Mata Vela. **Op. Cit.** Pág. 22.

<sup>21</sup> Conde, Francisco Muñoz y García Aran, Mercedes. **Derecho penal parte general.** Pág. 216.



producía un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos, este acto debía ser, además, contrario a derecho, es decir antijurídico, concibiendo, pues, la antijuricidad como una simple valoración del acto, del proceso causal objetivo externo.

Cabe resaltar que las tres características del delito son: acción, antijuricidad y culpabilidad, formaban la esencia del concepto de delito, aunque a veces era necesario, además añadir algunas características que condicionaban todavía el castigo, pero no tenían nada que ver con el acto mismo ni con sus elementos, y que debían considerarse separadamente, las llamadas condiciones objetivas punibilidad y excusas absolutorias.

En conclusión, el delito es una conducta contraria a la ley que la tiene regulada como tal. Dicha conducta puede consistir en hacer o dejar de hacer. Sin embargo, no se trata simplemente de lo que prohíbe, (puesto que también hay cosas que prohíbe la ley que no son precisamente delitos), además de que en un ilícito hay aspectos que forman un todo granítico y que constituyen los elementos del delito, más para llegar a concebirlo como una unidad portadora de varios elementos, el delito pasó por diversidad de concepciones, que van desde ideas morales hasta psicofisiológicas.

### **3.1. Definición**

Existen varios criterios para definir al delito, que van de lo más simple a lo más complejo, atendiendo que cada uno de los estudiosos del derecho penal han sentido la inquietud por los problemas del crimen desde diferentes ángulos o puntos de vistas.



Ante la imposibilidad de analizar cada una de ellas por separado resulta más conveniente para su comprensión agruparlas en torno a un juicio que se ha seguido para formularlas, a fin de condensar el proceso evolutivo que han tenido las ideas penales respecto al delito y principalmente para comprobar o no la validez de éstas teorías ante el derecho penal moderno.

De tal manera se considera que delito es: "Toda conducta que el legislador sanciona con una pena"<sup>22</sup>. Esta definición es muy corta puesto que él no señala con claridad, que tipo de conducta se sanciona o debe ser sancionado.

Por otra parte se considera que: "el delito es un acto concreto, una decisión, una violación del deber, de los preceptos de la ley"<sup>23</sup>.

Mientras que los positivistas, que se caracterizaron por sus concepciones realistas, por su método de indagación inductiva y por la incorporación de las ciencias naturales para el estudio de las ciencias jurídicas, arribaron a la afirmación de que el delito es: "un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, social y físico"<sup>24</sup>.

Es importante mencionar, que como posición intermedia a las escuelas clásicas y positivas, surge la llamada escuela crítica, de tal manera que consideraron al delito

---

<sup>22</sup> **Ibid.** Pág. 41.

<sup>23</sup> Jiménez De Asúa. **Op. Cit.** Pág. 35.

<sup>24</sup> Calón, Eugenio Cuello. **Derecho penal, parte general.** Pág.52.



como: "un acto atentatorio a la justicia que es necesario reprimir, y como un ataque a la tranquilidad social que es necesario evitar"<sup>25</sup>.

Jiménez citado por el tratadista Cabanellas expresa una definición técnico jurídica del delito, la cual se considera bastante completa y dotada de científicidad, ya que no deja en el olvido ni uno solo de los elementos esenciales de la acción delictiva, cuando expresa que es: "el acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena o, en su reemplazo, con una medida de seguridad y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad"<sup>26</sup>.

En relación a las condiciones objetivas de punibilidad, no se considera como elementos esenciales de la acción delictiva, pues cuando a ellas se refiere las toma como parte e integrante de la tipicidad, criterio que también sostuvo el Licenciado Palacios Motta, al afirmar que: "constituyen presupuestos procesales requeridos en ciertos casos para la plena tipificación del delito y para atribuir al delincuente la nación que determina el tipo penal"<sup>27</sup>.

Se sostiene que el delito: "es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad"<sup>28</sup>. Es importante mencionar, cuáles son sus aportaciones a efecto de entender que es el delito, de tal manera que en dicha definición, se desprende como

<sup>25</sup> Jiménez De Asúa. **Op. Cit.** Pág. 35.

<sup>26</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico** Pág. 525.

<sup>27</sup> Palacios Motta. **Op. Cit.** Pág. 91.

<sup>28</sup> Von Beling, Ernesto. **Esquema del derecho penal.** Pág. 100.



elemento del delito la tipicidad, la cual pertenece a la ley penal y no a la vida real, como segundo elemento esencial del delito, la antijuricidad, como característica sustantiva e independiente del delito, separada totalmente de la tipicidad, y por último se encuentra la punibilidad, como elemento del delito, de tal manera que dicho tratadista no considera constituido el delito, sino están satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad. Y finalmente para Reyes citado por González, la definición del delito la divide en tres grupos, siendo las siguientes:

#### **a. "Definición Formal**

Delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

#### **b. Definición Sustancial**

Es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad y como respuesta una sanción penal.

#### **c. Definición Dogmática**

Delito es, La acción (conducta), típica, antijurídica y culpable; algunos autores añaden el requisito de punible. Esta definición nos aclara que conductas son punibles"<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Cauhapé Cazaux, Eduardo González. **Apuntes del derecho penal guatemalteco**. Pág.6.



De todas las definiciones planteadas con anterioridad en el presente subtítulo, se considera que delito es una acción humana, típica, antijurídica, culpable, imputable, a veces a condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad es la que aclara que actitudes o conductas humanas son punibles.

De tal manera que un delito es antes que nada una conducta humana, y toda conducta humana tiene como consecuencia un resultado, en ese sentido es menester hacer ver que tenemos que descartar todos los resultados producidos por la fuerza o por la naturaleza. Las acciones humanas prohibidas por la ley penal, el legislador las selecciona en la parte especial del Código Penal guatemalteco y en otras leyes penales especiales.

La forma de individualizar una conducta humana prohibida se llama tipos, de tal manera que se puede decir que una acción humana es típica, cuando la conducta prohibida se adecua o se encuadra a la descripción realizada por la ley penal, en caso de que dicha acción prohibida no se encuadra a la descripción establecida por la ley penal, se están ante una acción atípica.

Comprobada que la acción prohibida es típica, es importante observar si dicha acción también es antijurídica, es decir toda acción que contrarié las normas jurídicas penales, de tal manera que puede darse la situación de que existe una causa que justifique esa acción humana, citando como ejemplo la legítima defensa, lógicamente esa acción no es antijurídica, razón por la cual está justificado que alguien mate para salvar su propia vida, bienes, derechos o los derechos de otra persona, siempre y cuando concurran las



siguientes circunstancias: Agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, falta de provocación suficiente por parte del defensor. Artículo 24 del Código Penal.

Se sabe, entonces, que toda acción humana prohibida por la ley penal, es constitutivo de delito, y esa acción debe ser tipificada por la ley como delito o falta, ello en base al principio de legalidad, y esa conducta humana tipificada como delito es antijurídico, es decir contrario al derecho, de tal manera que la persona que realizó la acción prohibida, es necesario que se determine su culpabilidad, o sea la capacidad de ser sujeto a proceso penal, ser mayor de edad, la cual se adquiere a los 18 años de conformidad con lo establecido en el Artículo ocho del Código Civil. Sin embargo, la culpabilidad no tiene sentido, cuando el autor no conocía el carácter antijurídico del acto, por lo tanto no tenía capacidad física y síquica suficiente, en el presente caso se encuentra con causas que excluyen la culpabilidad, por ejemplo si un loco mata a una persona su conducta es injusta, pero no habrá un reproche al autor.

En ese orden de ideas el sujeto para ser culpable, necesariamente tiene que ser imputable, es decir la capacidad física y síquica del autor, para entender que su conducta lesiona los bienes jurídicos de otras personas, pero algunas veces un sujeto deja de ser imputable por la llamadas causas de inimputabilidad, establecida en el Artículo 23 del Código Penal, y como último elemento positivo de delito se encuentra la punibilidad, de tal manera que la acción humana prohibida por la ley penal es, antijurídica, típica, culpable, imputable, la cual es constitutivo de delito, requiere que este sancionada con una pena.



### 3.2. Naturaleza jurídica del delito

No hay forma de establecer una naturaleza o construcción filosófica, aceptada por todos los tratadistas de la materia y para siempre. De tal manera que se advierte: "Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todo los tiempos y en todo los países para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstas, y por consiguiente, es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa. Es inútil buscar una noción del delito en sí"<sup>30</sup>.

En ese sentido, para la escuela clásica el delito fue un ente jurídico, al decir que el delito es un acontecimiento jurídico, una infracción a la ley del Estado, un ataque a la norma penal. El delito lo es porque depende de que aparezca en una norma.

Por su parte, la escuela positiva considera que el delito, fue un fenómeno natural o social, estudian al delito como: "la acción humana resultante de la personalidad del delincuente, quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito con el apareamiento de la Teoría del Delito Natural y Legal de Rafael Garófalo"<sup>31</sup>, en efecto, afirmaba que el delito no lo es, si el hombre no vive en sociedad.

<sup>30</sup> De Mata Vela. Op. Cit. Pág. 111.

<sup>31</sup> Ibid. Pág. 113.



Comparto el criterio de la escuela clásica, en relación a la conducta prohibida por la norma penal, la cual debe estar tipificado como delitos o faltas, por lo tanto nadie puede ser penado por hechos que no estén tipificados como delitos o faltas, por una ley anterior a su realización, todo ello basado en el principio de legalidad, establecido en el Artículo 1 del Código Penal, y con la escuela clásica en el sentido de que consideran el delito como un acción humana que resulta de la personalidad de la persona que comete la conducta prohibida por la ley penal.

### **3.3. Elementos del delito**

Elemento es todo aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman las palabras o los átomos que forman los elementos.

Los elementos que contienen las definiciones de delito no han llenado todas las interrogantes que durante el tiempo se han formulado los estudiosos en la materia. A continuación se citan los elementos positivos del delito desde el punto de vista del criterio formal, de acuerdo a los siguientes:

#### **a. El delito es un acto humano**

Es una acción u omisión, por lo que cualquier daño o mal, graves o no y sus consecuencias, si no tiene su origen en una actividad humana, no podrá ser reputado como delito, ya que los hechos de los animales no pueden constituir delito como en la antigüedad, donde se les seguían juicios a los mismos.



## **b. El acto debe ser antijurídico**

Es decir contrario a la norma jurídica penal, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido: pero esta acción antijurídica corresponde a un tipo legal o figura delictiva definida y sancionada con una pena, ya que no todo acto antijurídico constituye delito, es decir que ha de ser necesariamente un acto típico.

## **c. El acto ha de ser culpable, imputable a dolo (intención) o culpa (negligencia)**

Una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una persona determinada.

## **d. "La ejecución o la omisión del acto**

Debe ser sancionada con una pena; sin ésta comunicación no existe delito. En ese sentido se habla de una serie de elementos positivos, constitutivos del delito que son esenciales para su existencia y para afirmar la responsabilidad penal del sujeto activo; y en vía contraria se mencionan una serie de elementos negativos, que destruyen la conformación del delito desde el punto de vista jurídico, y en todo caso, eliminan la responsabilidad penal del sujeto infractor"<sup>32</sup>.

En síntesis, los elementos del delito son cada una de las partes en que puede ser analizado y que le da existencia, al delito en general o especial.

---

<sup>32</sup> Palacios Motta. *Op. Cit.* Pág. 140.



### **3.4. Elementos positivos del delito**

Los elementos positivos de delito son las siguientes:

#### **a. La acción o conducta humana**

Es una manifestación de la conducta humana consciente o inconsciente algunas veces; positiva o negativa que causa una modificación en el mundo exterior mediante un movimiento corporal o mediante su omisión y que está prevista en la ley.

#### **b. La tipicidad**

“Es la encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley penal, es decir cuando una conducta tipificada como delito se encuadra al tipo penal.

#### **c. Antijuricidad**

De acuerdo a lo expresado por Palacios Motta que: “el que comete delito no contraviene la norma, simplemente adecua su conducta a la norma, haciéndose así la posición de la antijuricidad en sentido formal, al poner de manifiesto la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, es decir, la acción que infringe la norma del Estado, que contiene un mandato o una prohibición de orden jurídico”<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Ibid. Pág. 352.



#### **d. Imputabilidad**

Es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Es decir la capacidad de actuar culpablemente.

#### **e. Condiciones objetivas de punibilidad**

Son aquellas condiciones que deben seguirse, para imponer una pena en algún delito en particular.

### **3.5. Elementos negativos del delito**

Son elementos negativos del delito la ausencia de acción o falta de acción, la ausencia del tipo o atipicidad, las causas de justificación, la inimputabilidad las causas de inculpabilidad, la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, y las excusas absolutorias. A continuación se desarrollan cada una de los elementos negativos del delito de la siguiente manera:

#### **a. Falta de acción**

Conjunto de circunstancias que al ser consideradas o analizadas en determinados casos, excluyen la responsabilidad del sujeto activo, que ha observado un comportamiento, que de no mediar esa falta de acción, constituiría una acción delictiva. De tal manera que se considera que no existe acción en el caso de que se emplee en



contra de una persona, fuerza física irresistible que se obliga a cometer un acto que no cometería de no mediar la misma. Es decir que existe ausencia de la acción humana.

#### **b. Atipicidad**

Cuando una conducta humana no encaja exactamente en el tipo penal y por lo mismo no es posible sancionarla en el campo penal, porque esto atentaría contra el principio de legalidad ya que no se encuentra previamente calificada como delito o falta, el acto ejecutado no coincide con ninguna de las conductas descrita por la ley penal.

#### **c. Causas de justificación**

Como elemento negativo del delito, este es el lado negativo de la antijuridicidad, ya que lo constituyen determinadas circunstancias que el ordenamiento jurídico reconoce como justificativas de la acción de determinada persona, despojándole su antijuridicidad, aún cuando en circunstancias normales debería sancionarse porque lesiona un bien jurídico tutelado. El Artículo 24 del Código Penal, define las causas de justificación de una conducta normalmente antijurídica de una persona, siendo éstas, la legítima defensa, el estado de necesidad, y el legítimo ejercicio de un derecho.

#### **d. Causas de inimputabilidad**

Al respecto, el Artículo 23 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula las causas de inimputabilidad de la siguiente manera:



“No es imputable: El menor de edad. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente”. Quiere decir que todo menor de edad que delinque no es imputable el hecho ilícito cometido, toda vez que aun no ha desarrollado su capacidad física y mental.

#### **e. Causas de inculpabilidad**

El Artículo 25 del Código Penal regula como causas de inculpabilidad: el miedo invencible, la fuerza exterior, el error, la obediencia debida y la omisión justificada. Al analizar, se puede decir que las causas de inculpabilidad, al igual que las causas de inimputabilidad y las causas de justificación, son eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo, en este caso porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente, no está justificada; en ese sentido, las causas de inculpabilidad son el negativo de la culpabilidad como elemento positivo del delito y surgen precisamente cuando en la comisión de un acto delictivo, no existe dolo, culpa o preterintencional.

#### **f. Falta de condiciones objetivas de punibilidad**

Cuando no se dan las circunstancias descritas a manera de modalidades del tipo, funcionan como formas atípicas que destruyen la tipicidad. Cuando en la acción del



sujeto faltan las condiciones objetivas de punibilidad, evidentemente tal conducta no puede ser sancionada.



## CAPÍTULO IV

### 4. El tipo penal

Es el elemento constitutivo de delito, que consiste en la adecuación del hecho que se considera delictivo a la figura o tipo descrito por la legislación penal guatemalteca.

De tal manera que tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.

#### 4.1. Evolución del concepto del tipo

El avance del concepto del tipo se da de las siguientes fases:

##### a. Fase de la independencia

La tipicidad en la fase de la independencia, tiene una función meramente descriptiva, es decir que se separa absolutamente de la antijuricidad y de la culpabilidad, es así como se hace una completa diferencia entre los demás elementos positivos del delito.

##### b. Fase indiciaria

“En esta segunda fase de la teoría de la tipicidad se halla expuesta en el aludido tratado de derecho penal de Mayer, que aparece en 1915. Sigue manteniendo la



independencia entre la tipicidad y antijuricidad, pero afirma que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuricidad. La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos”<sup>34</sup>.

En esta fase, uno de los más geniales que se han escrito sobre la disciplina, resurge la doctrina del tipo. Pero para el tratadista Maurach, la tipicidad no es ya una mera descripción; le atribuye un valor indiciario.

### **c. La fase de la razón**

La tercera fase es extremadamente opuesta a la concepción de: “Beling, se halla representada por Edmundo Mezger. Aunque desde 1926 comenzó a constituir su doctrina, esta recibe organización definitiva en 1931, cuando publica su tratado de derecho penal. La teoría de Mezger trasparenta ya su definición del delito: acción típicamente antijurídica y culpable. Puesto que para Mezger el delito ya no es una acción típica y antijurídica”<sup>35</sup>.

Es decir, un conjunto de características independientes, se incluye en la antijuricidad, tratada primero como injusto objetivo y después como injusto tipificado. De tal manera que en la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que la razón de la antijuricidad, llegando a constituir la base real de esta, es decir su “ratio essendi”. En verdad, Mezger subraya que la antijuricidad de la acción es un carácter del

---

<sup>34</sup> Maurach, Reinhart. **Derecho penal**. Pág. 216.

<sup>35</sup> **Ibid.** Pág. 219.



delito, pero no una característica del tipo, puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero en cambio es esencial a la antijuricidad la tipificación. En esta fase se hacen claras diferencias de la tipicidad y antijuricidad.

## **4.2. Elementos del tipo**

En este subcapítulo se explicarán los elementos del tipo, siendo las fundamentales las siguientes:

### **a. Elementos subjetivos**

En diversos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a los estados anímicos del autor en relación a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a esta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, los incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injustos, que han sido valorados de distinto modo.

### **b. Elementos normativos**

El legislador otras veces instala en el tipo elementos normativos, diversamente concebidos. Los elementos propiamente normativos y que solo por impaciencia del legislador se formulan en los tipos, suelen ser frecuentes en muchos códigos, si bien en algunos de los de Iberoamérica, no lo son tanto. En ese sentido, los elementos



normativos no solo contienen elementos descriptivos sino también normativos, de tal manera que aquellos cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica.

Por lo tanto el tipo es de suma importancia, toda vez que en ella se describen en forma precisa las acciones u omisiones que son considerados como delito o faltas y a los que se les asigna una pena o sanción, es ahí donde el tipo es considerado importante para regular la conducta de un grupo de personas que habitan en un determinado territorio establecido y debidamente organizada jurídicamente.

#### **4.3. Especies del tipo**

En orden a sus fundamentos se pueden clasificar los tipos en fundamentales, cualificados y privilegiados:

##### **a. Tipo fundamentales**

Son las que constituyen la medula del sistema, es decir de la parte especial del Código Penal, toda vez que contiene los tipos penales creadas por el legislador, donde se encuadra la acción u omisión de la persona.

La parte especial del Código Penal guatemalteco se subdivide en delitos y faltas, la primera lesiona gravemente el bien jurídico tutelado por cada tipo penal y la segunda lesiona levemente el bien jurídico tutelado.



## **b. Tipo cualificados**

Constituyen los tipos derivados, pero cuya índole es más grave que la de los arquetipos; por lo contrario en los terceros su específica condición es la benignidad. En el Código Penal guatemalteco, es tipo fundamental el homicidio simple; tipos cualificados, el parricidio, asesinato y la ejecución extrajudicial, cuyo fundamento legal se encuentra contemplado en los Artículos 123,131, 132 y 132 Bis del Código Penal Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

## **c. Tipo privilegiado**

Es de tipo privilegiado el infanticidio, contemplado en el Artículo 129 del Código Penal Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

### **4.4. Terminología de la tipicidad**

Desde la primera época en que se dio a conocer la doctrina del tipo, se ha traducido como tipicidad esta característica del delito de índole descriptiva que se designa en alemán con la palabra tatbestand.

Hay grande anarquía para eliminar esa expresión. De tal manera que los italianos hablan de: "hecho-especie, y Juan P Ramos, en Argentina, trata del caso penal o caso legal"<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> **Ibid.** Pág. 220.



Se considera que estas expresiones sobremanera expuestas a equívocos. El hecho especie se confundiría con el tipo de hecho que se acaba de rechazar, y el caso legal más bien parece aludir a los casos prácticos que se ponen en los seminarios u a los que juzgan los tribunales y que luego se colecciona en revistas o libros de jurisprudencia.

Al respecto, Pedro Ortiz citado por Maurach, traduce esta característica con el inelegante termino de: "encuadrabilidad; además cita a Sebastián Soler quien denomina la parte en que se ocupa de este tema con el epígrafe, teoría de la subordinación"<sup>37</sup>.

Estas versiones del concepto de tipicidad también parecen expuestas a error. La jurisprudencia chilena y la doctrina mexicana parecen preferir la expresión cuerpo del delito, Maurich indica que cuando: "Marcelo Finzi vertió a la lengua italiana un interesantísimo trabajo de Beling en que se estudia la tipicidad en función con el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tradujo el tan debatido tatbestand por delito-tipo. Esta es la traducción que ha aceptado ahora Sebastian Soler, al verter en lengua castellana el trabajo de Beling: teoría del tipo, y que también sigue el profesor Mendoza en su curso de derecho penal venezolano"<sup>38</sup>.

En síntesis la tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.

---

<sup>37</sup> **Ibid.** Pág. 222.

<sup>38</sup> **Ibid.** Pág. 224.



En ese sentido, por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del “nullum crimen sine lege”, es decir solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos o faltas pueden ser considerados como tal. Es decir, es nula la acción del Estado cuando pretende sancionar conductas del ser humano que la ley no ha calificado como acto ilícito. Al respecto el Artículo 1 del Código Penal establece. “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración: ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”. De tal manera que los órganos jurisdiccionales no pueden crear figuras delictivas, toda vez que solo pueden conocer hechos calificados como delitos o faltas por la legislación penal guatemalteca.

#### **4.5. La tipicidad del delito**

La tipicidad como elemento positivo que caracteriza el delito, y el tipo como especie de infracción penal, se refieren a la encuadrabilidad del delito al tipo. Se habla de tipicidad, cuando es en relación al elemento delito, y se señala la existencia de tipificar cuando se busca la adecuación de la conducta humana a la normativa legal.

Cuando se señala el criterio técnico jurídico para la definición del delito, se atribuye la tipicidad a la teoría del delito, como un elemento fundante del mismo; al señalar que es la condición para señalar de criminal la conducta humana. En los numerosos hechos de la vida real, el legislador lleva a cabo un proceso de abstracción en virtud del cual, eliminando los elementos accidentales, y estampa en la ley, a forma de síntesis; las líneas generales del hecho delictivo.



De esa forma, tomando en consideración el tipo del delito, se indica que se encuentra integrado solamente por elementos objetivos que se encuentran descritos en la norma penal, con exclusión de los elementos del tipo subjetivo, convirtiendo de esa forma la tipicidad en una descripción de la conducta humana, en un tipo rector, carente de valoración e independiente de los demás caracteres del delito.

Se sostiene que la tipicidad es: "un indicio de la antijuricidad, debido a que la antijuricidad consiste en la razón del conocimiento. La conducta antijurídica y culpable, es una valoración real que tiene su existencia en la ley"<sup>39</sup>.

En efecto el tipo del delito, tiene su existencia en la ley, siendo a un tiempo tipo de injusto y tipo de la culpabilidad, debido a que los tipos delictivos; son tipos de conductas antijurídicas y culpables.

En síntesis el tipo, no es otra cosa que la acción injusta que se encuentra descrita concretamente por la ley en sus distintos elementos; cuya realización va ligada a la sanción penal y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

---

<sup>39</sup> Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal**. Pág. 50.



#### **4.6. Naturaleza y función de la tipicidad**

En relación a la naturaleza, de forma tradicional se ha aceptado en la doctrina dominante, que la tipicidad consiste en un elemento positivo del delito, y como tal es obvio que su estudio se conduce a cabo dentro de la teoría general del delito.

Tanto, el tipo como la punibilidad, se encuentran en relación con la teoría de la pena y de esa forma se supera la sistemática dominante. Además, el tipo, en la sistemática presenta una arquitectura realmente extraña; entendiéndose la misma como una descripción de la conducta.

La tipicidad siempre ha sido un requisito formal previa a la antijuricidad, es decir, que para que una conducta humana pueda ser considerada como antijurídica en el derecho penal sustantivo, esta tiene que ser típica, la cual quiere decir que sin la tipicidad; la antijuricidad penal no existe.

Cabe resaltar que existe una excepción a la regla general de que necesariamente debe existir antijuricidad para que exista la tipicidad, si puede existir la tipicidad aun sin antijuricidad, cuando en la comisión del hecho delictivo ha imperado una causa que legalmente justifique como la legítima defensa, el estado de necesidad; y el legítimo ejercicio de un derecho.

Al respecto el Artículo 24 del Código Penal, regula: "Son causas de justificación: Legítima defensa: quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en



defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a. Agresión ilegítima;
- b. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;
- c. Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad: quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por el voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurren las condiciones siguientes:

- a. Realidad del mal que se trate de evitar;
- b. Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo;
- c. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.



No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho: quien ejecuta un acto ordenado o permitido por la ley en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia".

En síntesis, las funciones de la tipicidad son las siguientes:

**a. Una función fundamentadora**

Constituye en sí, un presupuesto de legalidad, que fundamenta la actitud del juzgador para conminar con una pena o bien con una medida de seguridad, la conducta delictiva del agente; siempre que no exista una causa que libere de responsabilidad penal.

**b. Una función sistematizadora**

Debido a que por su medio, se tiende a relacionar de manera formal la parte general con la parte especial el derecho penal. Es decir que debe existir congruencia.

**c. Una función garantizadora**

Resulta ser una consecuencia inevitable del principio de legalidad, no puede haber crimen, ni pena si no se encuentra establecido en una ley penal que regule.



En conclusión, las funciones de la tipicidad se fundamentan en el principio de legalidad principio que ha alcanzado completa vigencia en casi todas las legislaciones del mundo, debido a que encierra un contenido filosófico, jurídico, político y científico, se constituye en una garantía de los derechos individuales del hombre, delimitando la actividad punitiva del Estado; protegiendo a la ciudadanía de los posibles abusos y arbitrariedades del poder judicial.



## CAPÍTULO V

### 5. Vulneración al principio de legalidad en los tipos penales abiertos

Previo a determinar la vulneración del principio de legalidad en los tipos penales abiertos, es importante determinar la función e importancia del principio de legalidad penal en Guatemala.

#### 5.1. Principio de legalidad penal

Entre los principios que deben guiar y regir el derecho penal es necesario destacar la importancia que tiene para éste el principio de “legalidad nullum crimen nulla poena sine lege”, considerado por la mayoría de los estudiosos de la ciencia penal, con toda razón, como el pilar sobre el cual se debe fundar toda la edificación del derecho penal.

Es importante resaltar que la doctrina no está de acuerdo en cuáles deben ser todos los principios que deben regir al derecho penal, no obstante, este principio sí es reconocido casi universalmente por las legislaciones de los países civilizados; eso sí, no sin antes haber superado un largo proceso para ello, con muchas vicisitudes y continuos retrocesos.

La imposición de este principio se convirtió tan necesario por el deseo incesante de las personas de buscar un control del poder punitivo del Estado, debido a la gravedad de los medios que éste emplea en la represión del delito, la intervención en los derechos



más fundamentales de las personas y el carácter de último recurso que el derecho penal debe tener actualmente; por lo que la aplicación de este derecho debe estar confinada dentro de límites que no permitan la arbitrariedad de quien ostente el poder de penar.

El principio de legalidad también denominado como principio de intervención legalizada, explica que el principio establece que la intervención punitiva del Estado: "(...) tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general"<sup>40</sup>. En ese sentido, el principio de legalidad sirve como garantía a los particulares, por medio de la cual se evita el ejercicio ilimitado del poder punitivo estatal.

En el mismo sentido se manifiesta que: "La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*"<sup>41</sup>. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal.

Por otra parte se relata que: "el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, no tiene origen romano, sino que surge universalmente como consecuencia del liberalismo del siglo XVIII, también en Europa, después de haber tenido sus primeras manifestaciones

<sup>40</sup> Muñoz Conde, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Págs. 117.

<sup>41</sup> Bacigalupo, Enrique. **Principios del derecho penal, parte general**. Pág. 55.



en la Edad Media, periodo en el que únicamente la nobleza gozaba de la aplicación de este principio y, aún así, no era seriamente cumplido”<sup>42</sup>.

Efectivamente, el aporte de la filosofía del siglo XVIII, fue decisivo para que surgiera el principio de legalidad con los demás derechos del hombre, dándole la difusión y firme vigencia de las que antes careció, constituyéndose como salvaguarda contra la desmedida arbitrariedad del Estado que imperaba entonces y como protección máxima de las libertades individuales. Es por ello que éste se asentó en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países civilizados.

El delito y la pena deben estar definidos en la ley para que la pena produzca su función de coaccionar síquicamente pues, para producir una amenaza intimidante, el amenazado tiene que saber porqué se le conmina y con qué se le coacciona. Así, el principio de legalidad debe formularse de la manera siguiente:

- a. Toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación del Derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna.
- b. La existencia de una pena supone una ley penal anterior, la existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada y el acto legalmente amenazado está condicionado por la pena legal.

---

<sup>42</sup> Jiménez de Asúa. **Op. Cit.** Pág. 332.



Cualquiera que sea la trascendencia que el principio legalista tenga en otros ámbitos, señala Jiménez que es necesario interpretar las cuatro máximas siguientes:

- a. "Nullum crimen sine praevia lege", es decir no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley.
- b. "Nulla poena sine praevia lege", esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella.
- c. "Nemo iudex sine lege", o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función.
- d. "Nemo damnetur nisi per legale iudicium", es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.

Con todas esas garantías derivadas del principio de legalidad se corre el riesgo de que, por una ley mal elaborada por el legislador o por la gran astucia de un delincuente, queden sin penalización conductas que perturben gravemente la convivencia humana; pero es un riesgo que debe aceptarse porque el precio a pagar por correrlo es bastante pequeño en proporción a la obtención del requisito indispensable en una comunidad organizada jurídicamente. En ese sentido, el principio de legalidad debe entenderse como la garantía de la objetividad del juicio sobre el hecho porque solo con la distancia de una ley previa es posible juzgar correctamente los hechos, toda vez que en un estado de derecho, el juez tiene ante sí no un delincuente, sino a un ciudadano



amparado por el derecho a la presunción de inocencia y quien es el destinatario de todas las protecciones que otorga el principio legalidad.

En esa virtud, el principio de legalidad contiene prohibiciones que someten al legislador y al juez, y se expresa en exigencias a los mismos, las que se pueden apreciar si se considera que una pena se habrá aplicado conforme a este principio sólo si está establecida en una ley previa (excluida la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una ley escrita (descartada la costumbre) como lo pretenden hacer en la actualidad ciertos grupos sociales y apoyados por algunos legisladores, que pretendían reformar el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el sentido de crear la jurisdicción indígena a efecto de que personas que se autodenominan autoridades ancestrales conocieran casos penales que se cometieran en sus jurisdicciones y aplicando la sanción conforme a sus costumbres, por lo que a todas luces la legislación penal guatemalteca dejaría de ser una ley escrita; otro de los requisitos que exige el principio legalista es que reúna las condiciones de una ley cierta (eliminadas las cláusulas generales), e interpretada como una ley estricta, excluyendo en su totalidad a la analogía, en virtud de que los jueces no pueden crear figuras delictivas mediante la analogía y es prohibida por el principio de legalidad penal.

Se puede decir que la implementación del principio de legalidad en un ordenamiento jurídico determinado conlleva una serie de consecuencias para el derecho penal, las que resuelven en gran parte los problemas que resultan del delito y de la pena, pues estos conceptos se encuentran determinados por la ley penal, lo que vincula al juez y al intérprete, se perciben sobre las fuentes del derecho penal, en su interpretación, en la



prohibición de retroactividad y en la tipificación de las conductas prohibidas por la legislación penal desarrolladas de la siguiente manera:

#### **a. En las fuentes del derecho penal**

Del principio de legalidad deviene que la única fuente del derecho penal es la ley; este principio, como se dijo antes, es resultado del afán de evitar las intervenciones arbitrarias del Estado en los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, esta directriz solo tutela cuando se refiere al fundamento de la penalización de una conducta y no cuando se trata de atenuarla o eximirla, casos en los que la exclusividad de la ley penal cesa.

#### **b. Exclusión de la analogía**

Es prohibida su aplicación por los jueces, toda vez que los bienes jurídicos son los más fundamentales para la convivencia humana tales como la vida, la integridad física y la libertad estarían en riesgo en caso de arbitrariedad de los jueces al permitir la aplicación de la analogía. Razón por el cual la analogía está prohibida en el derecho penal y el fundamento de esa prohibición es el principio de legalidad.

#### **c. En la irretroactividad de la ley penal**

Significa que la ley penal no puede aplicarse a hechos anteriores al de su vigencia, por ejemplo si un individuo realiza una conducta que la ley vigente en ese tiempo no



contempla como un delito, este no puede ser penado después con fundamento en una ley posterior que sí establezca esa conducta como delito. Sin embargo existe una excepción a la irretroactividad, cuando una ley penal posterior es más favorable al reo que la vigente en el tiempo de la comisión del delito. Al respecto, en el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: "La Ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo". De tal manera que en las demás áreas del derecho no puede aplicarse la retroactividad de la Ley, únicamente en materia penal cuando su aplicación favorece a la persona sindicado de la comisión de un hecho delictivo y como consecuencia sujeto a proceso penal.

#### **d. En la tipificación de las conductas delictivas**

Toda vez que en un verdadero estado de derecho, el cumplimiento de las exigencias que presenta el principio de legalidad se manifiesta en el grado de precisión para describir las conductas prohibidas por la ley penal y para determinar las penas que se aplicarán a las personas que realicen las acciones prohibidas. Es por ello que el Órgano Legislativo en un Estado desempeña un papel fundamental para que el principio de legalidad funcione realmente en el ordenamiento jurídico penal, ya que su mayor o menor técnica legislativa para listar las conductas consideradas como delictivas y la graduación de las penas con las que se deben sancionar cada una de ellas, condiciona la eficacia o ineficacia de este principio.

La descripción de lo que se considera delito se realiza por medio de tipos penales, lo que garantiza a los particulares la certeza de que no cualquier conducta está



amenazada por la potestad de castigar del Estado sino que solamente son prohibidas las conductas tipificadas en la ley penal, es ahí donde el Estado proporciona seguridad y certeza jurídica a los habitantes de la República de Guatemala.

## **5.2. Análisis jurídico del Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, como tipo penal abierto y su relación con el principio de legalidad**

“La complicada edad moderna por su dinamismo, multiplicidad y la complejidad de los problemas que surgen a cada momento, el estatalismo multiplicador de leyes e intervencionista, ya por autoritario ya por paternalista, en los detalles de la vida y el trabajo de la gente hacen que el derecho penal haya abandonado el ideal iluminista de las leyes pocas, sencillas, claras, estables por la realidad de las leyes muchas, complejas, confusas e inestables, así como de las leyes vacías, simbólicas, mágicas destinadas tan solo a poner en escena la diligencia en la lucha contra ciertas formas de criminalidad; de las leyes hermafroditas como forma de ley pero sustancia de acto administrativo, de las leyes burocráticas meramente sancionadoras de genéricos preceptos extra-penales, de la inflación legislativa; de la crisis del principio de legalidad en la actualidad por la existencia de tipos penales abiertos, la cual carece de -certeza y taxatividad jurídicas-”<sup>43</sup>.

Al respecto este panorama se define como: “la esquizofrenia del derecho penal, es en el que vivimos, quedándole al principio de legalidad aunque en equilibrio con el de

---

<sup>43</sup> Mantovani, Ferrando. *La perenne necesidad de la codificación*. Pág. 111.



protección de bienes jurídicos, la misión de evitar la destrucción de ese importante ideal de certeza y seguridad del ordenamiento jurídico penal, devenido en garantía”<sup>44</sup>.

Lo expresado por los tratadistas mencionados anteriormente, el principio de legalidad está en crisis, toda vez que el legislador al dejar los tipos penales abiertos, el juez está facultado para crear nuevas figuras delictivas; quedando relegado el principio de legalidad.

De conformidad con el principio de legalidad, el tipo es el medio para que el ciudadano conozca los límites que han sido previamente impuestos a su libertad de comportamiento en la esfera que regula el derecho penal, pero no es procedente a que el juez crea nuevas figuras delictivas.

Entonces, fuera de lo típico nada hay que pueda ser constitutivo de delito. Para este no cabe, en la medida de lo posible, formulación genérica, sino descripciones específicas, pues existe una necesidad de precisar aquello que es prohibido a los efectos penales. Sin embargo, no todo comportamiento subsumible en una figura de delito transgrede las fronteras del derecho penal. Por imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídica, sólo los comportamientos que siendo típicos sean además antijurídicos, pueden dar lugar a que el sujeto sea sometido a proceso penal por el hecho delictivo que se le atribuye.

---

<sup>44</sup> J. Maier, Julio B. *La esquizofrenia del derecho penal*. Pág. 47.



La tipicidad es así entendida como “ratio cognoscendi”, indicio de antijuridicidad del hecho, de tal manera que todo hecho antijurídico es típico pero no todo hecho típico es antijurídico. Por ejemplo, el homicidio causado en legítima defensa es, sin dudas, una conducta típica pero no antijurídica. La antijuridicidad viene entonces a confirmar la tipicidad de la conducta humana agregando además que esta se encuentra en pugna con el ordenamiento jurídico, al no existir causa alguna que la justifique. Entonces se afirma que la antijuridicidad es: “la tipicidad como el humo al fuego”<sup>45</sup>.

Pero para garantizar el cumplimiento de del principio de legalidad, el legislador al momento de fabricar el tipo penal y el tribunal al momento de interpretarlo para su aplicación, deben hacerlo siempre bajo la observancia del principio de legalidad que establece que la única fuente creadora de delito o medida de seguridad es la ley, la que debe ser: scripta, certa, stricta y además praevia a los hechos que se imputan como constitutivos de delito.

Para efectos del presente trabajo de investigación, se considera pertinente analizar en forma resumida la subdivisión del principio de legalidad, siendo las siguientes:

#### **a. Lex scripta**

Establece que la ley tiene que estar por escrito, de tal manera que no puede imponerse una sanción tomando como base las costumbres o los principios generales del derecho, específicamente en materia penal.

---

<sup>45</sup> Mantovani. *Op. Cit.* Pág. 115.



### **b. Lex stricta**

Significa que La norma jurídica debe ser clara, estricta y precisa, y no debe olvidare que los destinatarios son los ciudadanos, y lo que se pretende es que sus conductas se amolden a lo establecido por la ley penal.

### **c. Lex certa**

Es lo fundamental del principio de legalidad penal, también denominada de taxatividad, que constituye un mandato dirigido exclusivamente al legislador, quien está obligado a redactar con la mejor precisión posible la conducta delictiva, no existiendo posibilidad alguna de atribuir dicha función al poder judicial, de lo contrario se vulneraría el principio de separación de poderes tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala y el “nullum crimene sine lege” Principio de legalidad.

Así mismo la “lex certa” evita que las leyes penales incluyan términos confusos o indeterminados, que permitirían un amplio campo de discrecionalidad al juez, la cual es reprochable, toda vez que la discrecionalidad muchas veces proviene de la arbitrariedad.

### **d. Lex praevia**

Que los actos calificados como delitos deben ser juzgados bajo las leyes penales vigentes en el momento de su comisión, en ese sentido no puede juzgarse una



persona, que en el momento de la comisión de un hecho delictivo, que no estaba calificado como tal, la excepción es el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, a “contrario sensu” retroactividad de las favorables.

De lo anterior se puede decir que la “lex scripta” es la primera exigencia o requerimiento del principio de legalidad, y consiste en que se describan las conductas delictivas y se fijen las sanciones únicamente por una ley, de tal manera que ningún hecho puede ser considerado como delito o falta sin que una ley anterior lo haya previsto o establecido como tal; y en virtud de ello no se puede aplicar una sanción o pena si no está escrita previamente en una ley cierta.

En ese orden de ideas, se entiende por tipos penales abiertos, conforme a la dogmática jurídica un tipo penal abierto, es la que implica la ambigüedad de la descripción a grado tal que fuese la autoridad judicial la encargada, en lo absoluto, de cerrar o concluir la descripción típica, supuesto que resultaría incluso incompatible con un sistema o estado de derecho en el que se respete el principio de exacta aplicación de la ley penal es decir el “nullum crimen sine lege”.

De tal manera que los tipos penales abiertos, son aquellas situaciones en que el legislador se limita simplemente a nombrar el delito, sin especificar con claridad en qué consiste el comportamiento delictivo y es lo que sucede en los delitos de casos especiales de estafa, específicamente en el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal que establece: “Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores”.



En el presente caso objeto de la investigación, no queda precisamente determinada cuál es la conducta que se sanciona, lo que atenta a todas luces contra el principio de legalidad (*nullum crimene sine lege*), se puede citar como ejemplo a manera de comprender, que se puede entender cuando el Artículo 264 numeral 23 que indica que quien defraudare o perjudicare a otro mediante ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores, eso abre la pauta de que el juzgador puede crear un nuevo tipo penal en virtud de que el legislador dejó regulado en tipo penal abierto, en virtud de que dicha norma no especifica la conducta delictiva que debe ser encuadrado al tipo penal.

Cabe resaltar que en los tipos penales cerrados, el juez solo tiene que comparar la conducta que se juzga, si esta presenta características de tipicidad, en cambio en los tipos penales abiertos se requiere la complementación con una imprescindible indagación que se haga fuera de el a efecto de completarlos, ya sea en el mismo texto de la ley donde se encuentre o en otras disposiciones legales para deducir entonces su tipicidad.

Para determinar que el tipo es cerrado, basta con encuadrar la conducta delictiva en la descripción hecha por la ley; y para establecer que el tipo penal es abierto, se tiene que buscar fuera de él parámetros de comparación y complementaria. Razón por la cual, los tipos penales abiertos son rechazados por la doctrina moderna, toda vez que el tipo debe contener todos los elementos que lo constituyen sin excepción y que deben configurar el contenido de lo injusto de un delito previsto por la legislación penal guatemalteca, a *contrario sensu* le faltaría la característica propia del tipo. En efecto, los



tipos penales cerrados es la acertada, toda vez que la conducta típica brinda una mayor certeza y seguridad jurídica al principio de legalidad y evita la interpretación y la creación de nuevas figuras delictivas como sucede en los tipos penales abiertos, específicamente en el Artículo 264 del Código Penal numeral 23.

En ese sentido, es importante ejemplificar el tipo penal cerrado y abierto a efecto de entenderlo con facilidad, siendo las siguientes:

#### **a. Tipo penal cerrado**

El Artículo 173 del Código Penal: “Violación. Quien, con violencia física o psicológica tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirse a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.

Siempre se comete este delito cuando la víctima sea un apersona menor de catorce años de edad, o cuando sea un apersona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica.

La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos”. Es evidente que la norma citada es un tipo penal abierto de como queda determinado en el tipo la conducta total y la sanción sin necesidad de acudir a nada más; ni a otra ley, como sucede en los tipos penales abiertos que el juez debe acudir a otra ley.



## **b. Tipo penal abierto**

Se citará como ejemplo el tema que es el punto toral de la presente investigación. Artículo 264 numeral 23 del Código Penal que establece: "Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores".

## **c. El Artículo 264 numeral 23 del Código Penal es abierta**

Toda vez que es necesario se complementa a través del análisis de la legislación penal guatemalteca, de leyes penales especiales y jurisprudencia penal para su aplicación al caso concreto. Sin embargo, esta clase de tipos penales abiertos habilita al juzgador a actuar arbitrariamente vulnerando el principio de legalidad.

De todo lo expuesto en el presente capítulo, es evidente que el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal es un tipo penal abierto, por lo que deja a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional competente analizar las leyes penales, leyes penales especiales y jurisprudencia penal, cuando es sometido a su judicatura una persona sindicado de la comisión del delito de casos especiales de estafa, cuando dicha conducta delictiva no se encuadre en ninguna de las numerales establecidas en el Artículo 264 del Código Penal, por lo que el juzgador acudirá a lo contemplado por el numeral 23 del Artículo 264 de la legislación penal guatemalteca de crear un delito que no está tipificado por el legislador, en virtud de que la norma aludida así lo establece. En esa virtud, el principio de legalidad queda relegado y vulnerado cuando existen tipos penales abiertos y el



Estado actúa arbitrariamente en el ejercicio del poder punitivo que ostenta. De tal manera que el numeral 23 del Artículo 264 debe ser derogado, a efecto de proporcionar seguridad y certeza jurídica a todos los habitantes de la República de Guatemala en la aplicación del principio de legalidad, es decir que solo puede ser penado y sancionado toda conducta tipificada como delitos o faltas, sin que los jueces puedan crear figuras delictivos no tipificadas en el Código Penal.

## CONCLUSIÓN DISCURSIVA



El problema es la vulneración del principio de legalidad en los tipos penales abiertos, toda vez que el legislador al dejarlas reguladas, el juez está facultado para crear nuevas figuras delictivas, en virtud de que la conducta de una persona a quien se le atribuye un hecho delictivo y sometido a su judicatura no se encuadra en los tipos penales, caso típico, lo contemplado en el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal objeto del tema de investigación, no se determina la conducta delictiva y mucho menos la pena a imponer, de tal manera que son situaciones en que el legislador se limita simplemente a nombrar el delito sin especificar con claridad en qué consistiría el comportamiento delictivo.

En efecto, los tipos penales cerrados es la más acertada, toda vez que la conducta típica brinda una mayor certeza y seguridad jurídica al principio de legalidad; además evita la interpretación de la legislación penal, leyes especiales y jurisprudencia penal aplicado al caso concreto, tal como sucede con los tipos penales abiertos, su existencia vulnera el principio de legalidad y deja desprotegidos a los habitantes de la República de Guatemala, por lo tanto no existe límite del poder de castigar que tiene el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales.

La solución a la problemática planteada, es que el Congreso de la República de Guatemala derogue el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal, en relación a los casos especiales de estafa, toda vez que es un tipo penal abierto que vulnera el principio de legalidad que es la que limita la facultad de castigar que tiene el Estado.





## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Principios del derecho penal, parte general.** (s.l.i): (s.e), 1999.

BINDER BARZIZZA, Alberto. **El proceso penal.** San José Costa Rica: Editorial Llanud, 1991.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico.** Buenos Aires, Argentina, séptima edición: (s.e), 2005.

CAUHAPÉ CAZAUX, Eduardo González. **Apuntes del derecho penal guatemalteco.** Guatemala: (s.l.i), (s.e), (s.f).

CALÓN, Eugenio Cuello. **Derecho penal, parte general.** (s.l.i): Editorial Cesar Camargo, 1985.

COUSIÑO MACIVER, Luis. **Derecho penal chileno.** Santiago de Chile: (s.e), 2003.

CONDE, Francisco Muñoz y García Aran, Mercedes. **Derecho penal parte general.** (s.l.i): séptima edición, (s.e), 2000.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala: octava edición, Editorial Lerena, 1996.

<https://www.google.com.gt/#q=diccionario+de+la+real+academia+espa%C3%B1ola&>  
(Consulta 10/02/2017).

JIMÉNEZ DE ASÚA. **Ley y el delito.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana S.A., 2006.



LÓPEZ GUARDIOLA, Samantha Gabriela. **Derecho penal I.** Tijuana, Mexico: segunda edición, (s.e), 2008.

MANTOVANI, Fernando. **La perenne de la codificación.** (s.l.i): (s.e), 1998.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal, I, teoría general del derecho penal y su estructura del hecho punible.** Buenos Aires, Argentina: ediciones de palma, (s.e), 2002.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal argentino.** (s.l.i), segunda edición: Editorial el puerto, 1996.

MORAN, Angel Sanz. **El curso de delitos en la reforma pena.** (s.l.i): (s.e), (s.f).

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Principios del derecho penal, parte general.** Valencia, España, (s.e), 2010.

PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes del derecho penal.** Guatemala (s.e), (s.l.i), (s.f).

PAVÓN VASCONCELOS. **Derecho penal mexicano.** Distrito federal, Mexico: Editorial Porrúa, decimoséptima edición, 2004.

RODRÍGUEZ DEVERSA, José María. **Derecho penal.** Madrid, España: Editorial Dykison, 2008.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni, 1999.



VON BELING, Ernesto. **Esquema del derecho penal.** Buenos Argentina: Editoriales Depalma, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal, parte general.** Buenos Aires, Argentina: Editorial comercial industrial, 2003.

**Legislación:**

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

**Convención Americana Sobre Derechos Humanos.** Pacto de San José.

**Código Penal.** Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y su Reformas, 1973.

**Código Procesal Penal.** Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, 1996.

**Ley del Organismo Judicial.** Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.