

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



**TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA DE LA
PENA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL DEL MARCO PENAL DEL
DELITO DE LOS HECHOS SACRÍLEGOS**

KEVIN NICOLAS ESTRADA ZAGHI

GUATEMALA, AGOSTO DE 2019

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

**TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA DE LA
PENA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL DEL MARCO PENAL DEL
DELITO DE LOS HECHOS SACRÍLEGOS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KEVIN NICOLAS ESTRADA ZAGHI

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2019

**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. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez Gonzáles

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol
Vocal: Lic. Eddy David Higueros Miranda
Secretaria: Licda. Sandra Elizabeth Girón Mejía

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor Rolando Guevara González
Vocal: Lic. Otto René Arenas Hernández
Secretario: Lic. Milton Roberto Riveiro González

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 de 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, 11 de septiembre de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, **SILVIA PATRICIA JUAREZ GARCIA**
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
KEVIN NICOLAS ESTRADA ZAGHI, con carné **201014031**,
 titulado **TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA DE LA PENA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL DEL MARCO PENAL DEL DELITO DE LOS HECHOS SACRÍLEGOS.**

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 la tesis propuesta.

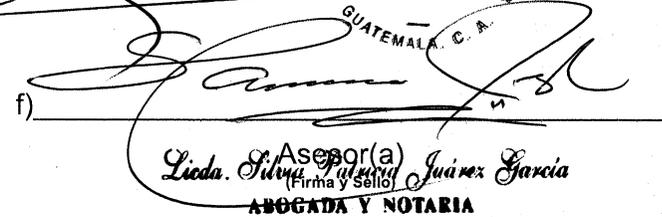
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros 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.

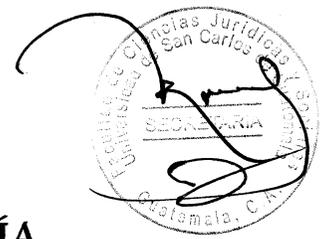

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTINEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 06 / 10 / 2017.


 Licda. Silvia Patricia Juarez Garcia
 ASESORA Y NOTARIA





LICDA. SILVIA PATRICIA JUÁREZ GARCÍA
ABOGADA Y NOTARIA
Teléfono 58595422

Guatemala, 17 de mayo de 2018

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



Licenciado Orellana:

De conformidad con el nombramiento emitido de fecha once de septiembre del año dos mil diecisiete, procedí a asesorar el trabajo de tesis del bachiller **KEVIN NICOLAS ESTRADA ZAGHI**, intitulado: **“TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA DE LA PENA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL DEL MARCO PENAL DEL DELITO DE LOS HECHOS SACRÍLEGOS”**, motivo por el cual emito el siguiente dictamen:

Con respecto al contenido científico y técnico de la tesis, considero que el tema investigado está redactado de forma clara, precisa y con un vocabulario técnico-científico adecuado, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como el marco legal correspondiente.

Según mi criterio, la estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, dado que se utilizó una metodología analítica, deductiva, inductiva y sintética, asimismo la utilización de la técnica de investigación bibliográfica y documental, lo que comprueba el uso de material bibliográfico actualizado que sustenta y enriquece la misma.



LICDA. SILVIA PATRICIA JUÁREZ GARCÍA
ABOGADA Y NOTARIA
Teléfono 58595422

Durante el desarrollo de todas las etapas de investigación científica, he guiado personalmente al sustentante, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática embozada, con lo que se comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación. Asimismo, la conclusión discursiva elaborada por el estudiante resulta congruente y acertada con el contenido de la investigación. En conclusión, el trabajo de investigación de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, además de contribuir útilmente para la consulta de estudiantes y profesionales.

Se hace la aclaración que entre la asesora y el bachiller no existe parentesco alguno dentro de los grados de ley, motivo por el cual el dictamen fue emitido en favor del sustentante, calificando objetivamente el trabajo de tesis presentado.

Por lo anterior, y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE** a el bachiller Kevin Nicolas Estrada Zaghi, para que se continúe con los trámites respectivos.

Atentamente,



Licda. Silvia Patricia Juárez García
ABOGADA Y NOTARIA

LICDA. SILVIA PATRICIA JUÁREZ GARCÍA
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado No. 6458



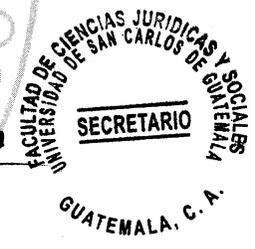
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 23 de mayo de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante KEVIN NICOLAS ESTRADA ZAGHI, titulado TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA DE LA PENA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL DEL MARCO PENAL DEL DELITO DE LOS HECHOS SACRÍLEGOS. 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/JP.





DEDICATORIA

A DIOS:

Mi padre eterno que me dio aliento de vida y me permitió llegar hasta este punto alcanzando una meta más, además de su infinita sabiduría, amor y bondad.

A MI MADRE:

Karina Vallesca Zaghi Araujo, por ser mi mayor bendición, por su inmenso amor, sacrificio, lealtad y soporte, por creer en mí y por la constante motivación para convertirme en una persona de bien. Este triunfo te lo dedico especialmente a ti querida madre.

A MI HERMANA:

Sheyla Karina Estrada Zaghi, por ser el mejor ejemplo de una hermana mayor, por brindarme su amor y apoyo incondicional a lo largo de este camino que nos ha tocado recorrer, porque con nuestro amor de hermanos siempre estaremos juntos en todo momento.

A MI PADRE:

Celvin Enrique Estrada Barrera, por haberme dado la vida, por ser parte importante dentro de mi vida y por su amor.



A MIS FAMILIARES:

Quienes fueron parte importante de mi juventud, por su apoyo y cariño a lo largo de mi vida y por su acompañamiento es esta etapa de mi vida.

A MIS AMIGOS:

Que nos apoyamos mutuamente en nuestra formación profesional, aquellos que marcaron cada etapa de nuestro recorrido universitario, y que me apoyaron incondicionalmente para el cumplimiento de este sueño.

A:

La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala, y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por contribuir en mi formación profesional y por el gran honor y orgullo de ser egresado de tan prestigiosa casa de estudios.



PRESENTACIÓN

Esta tesis aborda como punto focal el principio de proporcionalidad de la pena, con mayor énfasis en el aspecto abstracto, toda vez que éste es transgredido por el actuar del legislado al omitirse un marco penal concreto que determine un límite mínimo y máximo con respecto al delito de los hechos sacrílegos regulado en el Artículo 255 bis del Código Penal; lo que a su vez, limita el actuar del órgano jurisdiccional competente al momento de individualizar la pena correspondiente a este delito. Asimismo, se hace ver que el tipo de investigación es cualitativa, ya que tiene un enfoque interpretativo y analítico sobre el tema objeto de investigación en un contexto realista.

Por otra parte, dicha investigación pertenece a la rama cognitiva del derecho público, ya que abarca parte del derecho penal, en relación a la pena, sus principios, y lo que corresponde al delito de los hechos sacrílegos contemplado en la ley penal sustantiva referida; a su vez, incluye un análisis del actuar del legislador en el proceso legislativo, sobretodo en la determinación de los marcos penales. Asimismo, la investigación se enfoca en un período comprendido del año dos mil doce al dos mil diecisiete, cuyo ámbito geográfico de referencia es el municipio de Guatemala, departamento de Guatemala.

Este trabajo constituye un aporte jurídico para todo aquel estudioso del derecho, toda vez que pretende la comprensión de la figura jurídica de la pena y del delito de los hechos sacrílegos; así como reiterar la importancia de la función del juez en la individualización de la pena en caso concreto.

HIPÓTESIS



El principio de proporcionalidad exige la existencia de un marco punitivo coherente, basado en una armónica articulación del sistema de las penas en un Estado democrático como lo ostenta Guatemala, prescribiendo al legislador no solo la fijación de tipos penales y sus sanciones, sino que a su vez configure penas de tal modo que permita a los órganos jurisdiccionales la modulación de la sanción a imponer de acuerdo a los supuestos establecidos; sin embargo, el delito de los hechos sacrílegos, regulado en el Artículo 255 Bis del Código Penal Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, carece de un marco penal claramente establecido por los legisladores guatemaltecos, toda vez que no señala un mínimo de pena para los delitos de robo, hurto, adquisición, enajenación, exportación, tráfico o alteración, sino únicamente el máximo. Con esta deficiencia legal por omisión se está transgrediendo el principio de proporcionalidad abstracta de la pena, ya que no se cumple con la previsión legislativa de la determinación legal de marcos penales que permitan al órgano jurisdiccional competente la graduación e individualización de la pena, así como, hacer efectiva la aplicación de la ley penal de acuerdo al respeto y protección de los derechos fundamentales del imputado.

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS



Para lograr la comprobación de la hipótesis planteada dentro de la problemática que se detectó, se hizo uso de algunos métodos de investigación, tal es el caso del método inductivo, deductivo, analítico y sintético; así como el uso de técnicas bibliográficas y documentales. Por medio de esta metodología se logró comprobar que la evidente omisión legislativa respecto a la formulación legal clara y concreta de un marco penal correspondiente al delito de los hechos sacrílegos, contemplado en el Código Penal Decreto Número 17-13 del Congreso de la República de Guatemala, transgrede el principio de proporcionalidad de la pena, en virtud que no señala un límite mínimo de pena para el mismo, sino únicamente el máximo, limitando el actuar del órgano jurisdiccional competente, ya que al no existir un marco penal plenamente determinado, únicamente puede imponer una pena fija, desproporcional e inhumana, violentando de esta forma, los derechos fundamentales del individuo sujeto a la pena en concreto.

Por lo anterior, resulta imperativo que el Organismo Legislativo desarrolle su función legislativa en observancia de técnicas adecuadas para la formulación de marcos penales concretos que vayan orientados a la protección de bienes jurídicos, a contribuir con en la realización de la actividad judicial efectiva, y sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales del sujeto sobre quien recaerá la sanción jurídica prevista.

ÍNDICE



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

CAPÍTULO I

1. Origen de la pena en el derecho penal.....	1
1.1 Etimología y definición de la pena.....	4
1.2 Características de la pena.....	7
1.3 Teorías que explican los fines de la pena.....	9
1.3.1 Teorías absolutas.....	10
1.3.2 Teorías relativas.....	11
1.3.3 Teorías de la unión o ecléctica.....	12
1.4 De la determinación e individualización de la pena.....	12
1.4.1 Sistemas de determinación de la pena.....	17
1.4.2 Individualización de la pena.....	18
1.5 Clasificación doctrinaria de la pena.....	23
1.6 Clasificación legal de la pena según el Código Penal.....	25

CAPÍTULO II

2. Principios fundamentales de la pena.....	29
2.1 Principio de legalidad penal.....	30

2.2 Principio de humanidad de las penas..... 35

2.3 Principio de última ratio..... 39

2.4 Principio de proporcionalidad de la pena..... 43

 2.4.1 Antecedentes históricos..... 43

 2.4.2 Contenido y alcance..... 46

 2.4.3 Modalidades de la proporcionalidad de la pena..... 51

CAPÍTULO III

3. De los hechos sacrílegos..... 57

 3.1 Historia..... 61

 3.2 Definición..... 64

 3.3 Fundamento legal..... 68

 3.4 Del hurto y del robo..... 69

 3.4.1 Del hurto..... 70

 3.4.2 Del robo..... 73

 3.4.3 Adquisición, enajenación, exportación, tráfico o alteración..... 76

CAPÍTULO IV

4. De la actividad legislativa..... 79

 4.1 Técnicas legislativas..... 83



Pág.

4.2 Procedimiento legislativo.....	90
4.3 Determinación legal de los marcos penales.....	97
4.4 Idoneidad de la norma penal.....	102
4.5. Análisis de la omisión legislativa en la formulación de marcos penales respecto a la transgresión del principio de proporcionalidad abstracta de la pena del delito de los hechos sacrílegos.....	105
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN



El tema de la presente tesis analiza la actividad legislativa del Congreso de la República de Guatemala como el ente encargado de seleccionar las conductas humanas que reciben protección del derecho penal, debiendo limitarse al mínimo indispensable de garantizar los derechos y libertades de los habitantes con respecto a la dignidad de éstos; es la dignidad de la persona el límite de la crueldad de las penas. El problema radica en la poca observancia de técnicas legislativas que los legisladores ponen en práctica durante el procedimiento de creación de leyes y tipificación de conductas, con respecto a la determinación exacta de marcos penales que vayan orientados a la protección del bien jurídico y de los derechos y libertades del imputado, y posteriormente, condenado.

El objetivo de la investigación consiste en demostrar a través de un análisis jurídico y doctrinal que el Congreso de la República de Guatemala al tipificar el delito de los hechos sacrílegos en la ley penal sustantiva, omitió la determinación concreta del marco penal de la sanción allí establecida, lo que tiene como consecuencia la transgresión al principio de proporcionalidad abstracta de la pena, limitando la actividad judicial al momento de la individualización de la pena, así como los derechos fundamentales del condenado. En consecuencia, la hipótesis planteada sirvió de parámetro para comprobar que dicha omisión legislativa violenta uno de los principios fundamentales de la pena.

El desarrollo de la tesis consta de cuatro capítulos: el primero abarca cada uno de los



elementos doctrinarios y legales más importantes de la figura jurídica de la pena; mientras en el segundo se desarrolla todo lo relativo a los principios fundamentales de la pena, con mayor énfasis en el principio de proporcionalidad, y cada una de sus particularidades; en el tercero se hace un enfoque doctrinario y legal del delito de los hechos sacrílegos; y finalmente, durante el cuarto se analiza la actividad legislativa, específicamente, lo relativo a la determinación legal de marcos penales y la omisión respecto al delito de los hechos sacrílegos, contemplado en el Artículo 255 bis del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Durante la realización de la presente tesis, se utilizaron diversas técnicas y métodos de investigación entre los que se mencionan los métodos inductivo, deductivo, analítico, analógico y sintético; así como el uso de técnicas bibliográficas y documentales con respecto a cada uno de los temas y subtemas que se abordan a lo largo de la investigación.

En el proceso de investigación se pudo comprobar que el derecho penal como conjunto de normas jurídicas establecidas por el poder legislativo, en las que se definen conductas delictivas y sus respectivas sanciones penales previstas por la ley penal, es primordial que se tome en consideración técnicas adecuadas que orienten la función legislativa, la cual se fundamenta en la necesaria tutela de bienes jurídicos, y tiene en la pena el mecanismo oportuno como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas prohibitivas establecidas, siempre y cuando no se violenten ni vulneren los derechos humanos y libertades fundamentales de éste, y se contribuya con la actividad judicial durante el desarrollo del proceso penal.



CAPÍTULO I

1. Origen de la pena en el derecho penal

Resulta imposible precisar un momento histórico que marque el nacimiento u origen de la pena. La pena es tan antigua como la humanidad. Hacer referencia al origen de la pena, entendida como consecuencia jurídica aplicable a quien viola una norma jurídica prohibitiva, es hablar del origen mismo del derecho penal.

El estudio de la pena a través de la historia del derecho penal muestra siete períodos evolutivos, desde la venganza privada hasta la época contemporánea. Se afirma que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público no estaba institucionalizado y todavía no podía imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto predominante de la venganza. Según lo expuesto por de Mata Vela y de León Velasco, “la época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto”¹, es decir, los individuos ejercían la defensa individual como función punitiva, haciendo justicia por su propia mano. Derivado de esto, surgió la conocida Ley del Talión, que no fue otra cosa, sino el derecho de venganza que ejercía el ofendido según el daño que hubiere sufrido.

Núñez manifiesta que “la idea de la pena nació en los hombres primitivos del sentimiento de la venganza, que es una manifestación espontánea del carácter humano

¹ De León Velasco, Héctor A. y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Pág. 5.



frente a las ofensas incluso de seres irracionales”²; de esta forma, la venganza se convierte en la primera expresión de castigo por las ofensas cometidas. Al lado de este período, se gestó dentro de las organizaciones sociales, el principio teocrático como fundamento del derecho penal, donde no se castigaba al culpable para satisfacer la venganza del ofendido, sino para que aquel expiase la ofensa causada a Dios.

Durante el período de la venganza divina, se ejerce la función punitiva en nombre de Dios, y quienes juzgaban, generalmente eran sacerdotes que representaban la voluntad divina, administrando justicia. Por su parte, Pavón Vasconcelos atribuye el inicio de este período al Pentateuco, exponiendo que “el derecho de castigar (ius puniendi) proviene de la divinidad y el delito constituye a ésta. La pena, en consecuencia, está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose, para el delincuente, con el medio de expiar su culpa”.³

Esta época se vio marcada por el cambio que sufrió el derecho penal transformándose hacia lo religioso, buscando la armonía de la sociedad con Dios, bajo el respeto y conservación de las normas sociales. Posteriormente, nace la denominada época de la venganza pública, donde el poder público representado por el Estado, ejerce la venganza en nombre de la colectividad aspirando a mantener la paz y tranquilidad colectiva a toda costa; es decir, se imponían penas inhumanas y totalmente desproporcionadas en relación al daño causado. La pena durante este período era sinónimo de tormento y crueldad. Ante los inexistentes mecanismos de control que delimitaran el poder punitivo, y como reacción a la imperante crueldad en la aplicación

² Núñez, Ricardo C. **Manual de derecho penal, parte general**. Pág.13.

³ Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano**. Pág. 51.

de las penas, se dio como resultado un movimiento a favor de la humanización de las penas y del procedimiento penal, en general, el cual se denominó período humanitario.

Bajo el utilitarismo penal disciplinante y la influencia filosófica del siglo XVI y XVII, en pleno siglo XVIII Cesare Beccaria en su obra *Dei delitti e delle pene* (De los delitos y de las penas), se pronuncia en contra de los tratos crueles e inhumanos con que se castiga por los delitos cometidos. Por su parte, Jeremy Bentham hace alusión a que el delito debería ser punido para encontrar algo mejor para el individuo, es decir, proponía la utilidad de la pena para aumentar la felicidad. Tanto Beccaria como Bentham intentaban humanizar los procesos legales de esa época, proponiendo la proporcionalidad racional entre el delito y su castigo, a fin de sentar bases para un sistema penal menos autoritario, arbitrario y desigual.

No obstante, el verdadero precursor de la humanización de las penas como sanciones jurídicas, fue John Howard quien impulsó una reforma penal y penitenciaria orientada hacia una visión más humanista y democrática del derecho y de las penas, a fin de promover la dignidad del hombre y su futura reincorporación a la sociedad como ciudadanos útiles.

Como reacción al discurso humanitario, surge en contra, el movimiento del derecho penal científico, período durante el cual se produjo una drástica transformación del derecho penal como disciplina independiente y general hacia una sistematización del mismo con otras ciencias. Esta etapa no es más que una fusión con la humanista, ya que el discurso de ésta recae sobre las bases de la antecesora, con la diferencia que en

esta última etapa se propone dotar a la pena de una función más útil; es decir, que cumpla un fin social más allá del resarcimiento del daño o prevención de la comisión de un delito, para convertirse en un medio de corrección social o defensa social.

El derecho penal en la etapa contemporánea, es considerado como una ciencia autónoma eminentemente jurídica para tratar los problemas relativos al delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad. Mientras que las ciencias penales o criminológicas, sientan las bases de su objeto de estudio desde el punto de vista antropológico, sociológico y psicológico criminal.

Tal como se indicó desde el inicio, el origen de la pena se ve marcado por el desarrollo histórico del derecho penal y de las diferentes formas de codificación del mismo; es por esto que la legislación penal del siglo XIX se encuentra determinado por el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, asumiendo la necesidad de un trato humano y resocializador del delincuente. Y respecto a la pena, se contempla que la gravedad de ésta se adecúe proporcionalmente a la gravedad del delito y al nivel de responsabilidad de quien lo cometa.

1.1. Etimología y definición de la pena

Etimológicamente al término pena se le ha, adjudicado diversos significados en la historia del derecho penal. Se habla que "se deriva del vocablo pondus, que quiere decir peso, otros consideran que se deriva sánscrito punya, que significa pureza o virtud (valores espirituales que debía alcanzar el delincuente a través del sufrimiento por el



delito cometido); algunos otros creen que se origina del griego ponos, que significa trabajo o fatiga; y por último se considera que proviene de la palabra latina poena, que significa castigo o suplicio. En cuanto a la terminología jurídica, en sentido muy amplio se habla de pena, sanción, castigo, condena, punición”⁴.

Determinar el significado de la pena resulta sumamente difícil, como se ha anotado anteriormente, existen diversidad de criterios y cada uno de estos varía según el fin que ésta persigue, y de acuerdo a los sistemas jurídicos aplicables. No obstante, la pena puede entenderse desde distintos conceptos, que abarca desde el castigo como consecuencia jurídica que se impone al delincuente, o como el medio para rehabilitarlo o reeducarlo, hasta la prevención de un mal o el riesgo de la armonía social.

Respecto a lo anterior, Cuello Calón expresa que “el sentido y fin atribuido a la pena por las distintas concepciones penales es muy diverso. En este punto predominan dos principios antagónicos: El de la expiación o retribución, que da a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito cometido (quia peccatun est), y la prevención que aspira, como su nombre lo indica, a prevenir la comisión de nuevos delitos (ne peccetur)”⁵.

Es importante señalar que en el intento de definir la pena, surgen criterios divergentes respecto a la misma, ya que “a la hora de concretar el concepto de pena se muestra una variada gama de posibilidades de definición provenientes de las diversas

⁴ De León Velasco y de Mata Vela. **Óp. Cit.** Pág. 262.

⁵ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal.** Pág. 715 y 716.



alternativas que sobre esta consecuencia jurídica del delitos propugna la doctrina, no solo penalista, sino de proyección más generalista tanto en el ámbito jurídico como filosófico”.⁶

No obstante, la pena es considerada como “la más antigua e importante de las consecuencias jurídicas del delito”⁷. Para la escuela clásica, la pena consiste en la privación de un bien físico o de un derecho, establecido con anterioridad en la ley, que es impuesta por el poder judicial, al responsable de infringir la ley penal. Mientras que la escuela positiva, parte del estudio de la personalidad del delincuente, determina que la pena no es más que un medio de defensa social que sirve como mecanismo de prevención.

De acuerdo a otros autores, es considerada como la amenaza a un bien jurídico de quien viola un precepto legal. Asimismo, se define según Mir Puig como “el mal con el que amenaza el Derecho Penal, para el caso de que se realice una conducta considerada como delito”.⁸

Según Mezger, citado por Ossorio, “la pena en sentido estrictamente penal, es la de un mal proporcional al hecho; es decir, una retribución por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que corresponde, aún en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido, debiendo existir entre la pena y el hecho una

⁶ Morellos Cuevas, Lorenzo. **Teoría de las consecuencias jurídicas del delito**. Pág.15.

⁷ Cerezo Mir, José. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Pág. 23.

⁸ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal, parte general**. Pág. 9.



equiparación valorativa”.⁹ Asimismo, el autor Heinrich Jescheck, manifiesta que la pena no es más que “la compensación de una violación del derecho, conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la afirmación del derecho.”¹⁰

En conclusión, se puede aseverar que el concepto de pena como consecuencia jurídica del delito, implica a quien resulte penalmente responsable de un ilícito, la privación o restricción de bienes jurídicos conforme la ley y según el debido proceso, por el órgano jurisdiccional competente. A diferencia de otras sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico, la pena afecta los bienes jurídicos más importantes de un sujeto, tal es el caso de la vida, la libertad, el patrimonio, el honor, entre otros. En general, es el medio que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, restringiendo derechos al responsable.

1.2. Características de la pena

De la noción de pena se distinguen las siguientes características:

- Es un castigo, ya que se convierte en un mecanismo de sufrimiento que se impone como consecuencia jurídica de la comisión de un delito, mediante la privación o

⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 558.

¹⁰ Heinrich Jescheck, Hans. **Tratado de derecho penal, parte general**. Pág. 18.

restricción de bienes jurídicos como la vida y el patrimonio; o el sufrimiento puramente físico, moral o espiritual



- Es de naturaleza pública, porque el derecho de aplicar las penas es exclusivo del Estado, de manera que sólo a él le corresponde la imposición y ejecución de ésta, para conservar el orden jurídico establecido o restaurarlo cuando éste haya sido perturbado.
- Es una consecuencia jurídica, toda vez que previamente debe estar establecida en la ley penal bajo ciertos parámetros de legalidad, es decir, que sea un órgano jurisdiccional competente quien la imponga al responsable de la comisión del ilícito penal y a través del desarrollo del debido proceso.
- Debe ser personal, solamente puede recaer sobre quien se pruebe su participación o responsabilidad en la comisión de un delito. Es decir, debe recaer únicamente sobre la persona culpable, de modo que nadie sea castigado por el hecho de otro.
- La pena debe ser determinada respecto a las condiciones personalizadas que resulten del análisis que el juzgador hace en base a los principios generales del derecho, conocimientos jurídicos y la valoración de la prueba, al momento de su fijación y conforme la ley.
- Debe ser proporcionada, establecerse de acuerdo a la naturaleza, gravedad y particularidades del delito.

- En el sentido de proporcionalidad, debe ser flexible, es decir, que pueda graduarse entre un mínimo y máximo como límite para su fijación por parte del juzgador competente.
- Debe ser ética y moral, atendiendo al fin que persigue de rehabilitar, reeducar y reformar al delincuente. La pena no debe ser concebido como un mal sino debe basarse en consideración de humanidad y protección de los derechos inherentes al ser humano.

1.3. Teorías que explican los fines de la pena

La discusión doctrinal sobre los fines de la pena se remonta a los tiempos más históricos y aparece en casi todas las exposiciones teóricas del derecho penal. Desde la óptica doctrinal, la pena se justifica mediante dos posturas, la primera, donde la pena tiene un fin específico y se aplica a quien está pecando; la segunda, se considera en forma casuística, como medio para la persecución de fines determinados para que nadie peque. Esta distinción se encuentra “en el Protágoras de Platón en la famosa frase *nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccatur.*”¹¹

Para explicar los fines de la pena, se distinguen tres grupos de teorías, las denominadas teorías absolutas, teorías relativas y teorías de la unión o eclécticas.

¹¹ Muñoz Conde, Francisco y Hassemer Winfried. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Pág. 149 y 150.



1.3.1. Teorías absolutas

De acuerdo con esta teoría, la pena es una compensación al mal causado y se justifica exclusivamente en el delito cometido. En ese caso, dicha compensación o retribución se asocia históricamente a la conocida ley del Talión. Esta vertiente atiende sólo al sentido de la pena, sin tomar en consideración ninguna finalidad concreta. La teoría absoluta, históricamente adquiere diversas facetas respecto a la retribución, concretamente, una de Kant, otra de Hegel y de Santo Tomás de Aquino; conocidas como la retribución moral, retribución jurídica y retribución divina.

Respecto a la teoría de la retribución de Kant, éste postula que la ley es un imperativo categórico, es decir, que la imposición de la pena atiende a una necesidad ética y moral por exigencia absoluta de justicia. Desde esta óptima, la pena debe aplicarse contra el culpable por la sola razón de haber delinuido.

La postura de Hegel respecto a la retribución establece que la pena es negación del delito y en cuanto tal, afirmación del Derecho; es decir que, considerando que el delito es una acción contraria del individuo hacia la ley, tal rebelión exige la reparación a través de una pena que restituya la autoridad estatal. En esta teoría se persigue el mantenimiento del ordenamiento jurídico, “la pena, según esto, debe ser proporcionada a la gravedad del delito, a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad del autor”.¹²

¹² Gracia Martín, Luis, Miguel A. Boldova Pasamar y M. Carmen Alastuey Dobón. **Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español**. Pág. 56.

Por su parte, Santo Tomás de Aquino en su tesis de la retribución divina manifiesta que el orden divino de las cosas no puede ser infringido. Por tanto, quien se oponga a Dios y viole su ley, está obligado a un castigo para expiar el mal causado.

1.3.2. Teorías relativas

El denominador común de esta corriente es la idea de que la pena aparece como un medio para alcanzar determinados fines útiles. Persigue los fines fuera de la propia norma, consistente en evitar la comisión de nuevos hechos delictivos en razón de proteger a la sociedad, por tanto no es un fin en sí misma sino un medio de prevención del delito y de la paz social.

Las finalidades preventivas que esta vertiente teórica le atribuye a la pena se concretan a partir de dos formas: la prevención general y la prevención especial. Mediante la idea de la prevención general se trata de justificar la pena como un medio ejemplar, intimidación o de amenaza para afectar a la sociedad; es decir, se persigue influir en la sociedad para prevenir comportamientos indeseables a través de una sanción legal. En esta corriente se consolida el derecho penal de acuerdo a los criterios de utilidad por mantener el orden jurídico y la protección de bienes jurídicos mediante el fomento social de la conciencia jurídica de la norma.

En base a la prevención especial, los fines preventivos de la pena recaen exclusivamente sobre el delincuente, ya que se justifica la necesidad de la pena como medio para prevenir que éste vuelva a delinquir. Esta teoría se basa fundamentalmente

en la peligrosidad del sujeto y se orienta a su eliminación, de modo que el ordenamiento jurídico esté asegurado frente a ese individuo. Se canaliza por tres vías: la imposición de la pena como advertencia para el sujeto; la pena sirve para la corrección y reformatión del delincuente, y finalmente, la pena neutraliza al delincuente.

1.3.3. Teorías de la unión o eclécticas

Estas teorías adoptan los principios legitimantes y los aspectos más interesantes de los partidarios de la retribución y los defensores del preventismo; proponiendo soluciones mediadoras de diversa índole en razón de una fusión de criterios, donde la retribución no es concebida como fin sino como medio de lucha contra el delito y donde la pena funciona como prevención y protección de bienes jurídicos. El derecho penal moderno reconoce tanto los planteamientos retribucionistas, así como las finalidades preventivas dominantes.

1.4. De la determinación e individualización de la pena

La determinación de la pena es el concepto que se utilizó inicialmente para definir la función juzgadora de establecer justamente la pena que se debe aplicar al infractor de la ley, sus criterios básicos eran los de gravedad del delito cometido, los alcances del hecho y los preceptos legales, junto con el criterio judicial. Conforme la evolución del derecho penal, esta función se enfoca en la necesidad de individualizar la norma según las circunstancias específicas que afectan de manera directa o indirecta al delincuente.



La imposición de una pena determinada exige efectuar un procedimiento de concreción que se inicia en la ley y concluye en el momento en que se termina la ejecución de la pena impuesta. Corresponde al poder legislativo concretar cuándo y cómo procede castigar; al judicial la comprobación de los presupuestos de hecho de la sanción penal y la concreción de ésta, y al ejecutivo, con observancia de la ley y subordinación a las resoluciones judiciales, llevar a la práctica la sanción impuesta.

Históricamente no han sido uniformes los criterios seguidos por los distintos ordenamientos jurídicos en orden a la determinación de las penas. Se han defendido dos posturas extremas: la determinación estrictamente legal de las penas y la concesión de un amplio arbitrio judicial al respecto. Frente al sistema de determinación de la pena del antiguo régimen que lo confiaba prácticamente por entero a los jueces, surgió con las ideas de la Ilustración el movimiento codificador, y, en particular, la consagración del principio de legalidad de las penas.

“La teoría de la división de poderes y de la supremacía de ley condujo a la exigencia de completa sumisión del juez a la ley; ésta debía establecer taxativamente la pena a imponer en cada caso para evitar que los individuos pudieran sufrir una pena desigual basado en motivaciones políticas o personales del juzgador. Este pensamiento encontró fiel reflejo en el Código Penal Francés de 1791 que establecía una determinada cantidad de pena para cada infracción.

Sin embargo, bien pronto se observó que las fórmulas abstractas y generalizadoras de la ley no son capaces de abarcar las múltiples circunstancias que se den en cada

supuesto concreto; como ha expresado Antón Oncea, la igualdad bien entendida consiste en tratar desigualmente los casos desiguales. Por ello, se buscó un sistema intermedio equidistante del libre arbitrio judicial y del estricto legalismo. El Código Francés Napoleónico de 1810 corrigió la rigidez de 1791 establecido para cada delito una pena comprendida entre un máximo y un mínimo lo que permitía el arbitrio judicial dentro de un marco determinado¹³. Criterio que fue adoptado por la mayoría de legisladores.

En el derecho comparado se ha consolidado este sistema legalista en la determinación de la pena, que colma las exigencias de seguridad jurídica de un Estado de Derecho, si bien progresivamente se va concediendo un mayor arbitrio judicial en la individualización de la pena, porque la ley, al prever un hecho sancionable como delito, es fruto de un proceso de abstracción y no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho, de los que el juez va a disponer para enjuiciar un caso concreto. En este sentido puede afirmarse que la pena no puede estar totalmente determinada en todos los aspectos, pues una pena así prevista infringiría el principio de igualdad.

Pueden distinguirse tres fases en el proceso de determinación e individualización de la pena, el conocimiento de la pena legal abstracta que con carácter general se encuentra regulada en la ley penal, la concreción legal de ésta en atención al grado de ejecución de la infracción, participación del imputado y circunstancias personales de éste; y por último, la fijación de la pena definitiva a la vista de todas las demás circunstancias del hecho.

¹³ Landrove Díaz, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Pág. 97 y 98.

Hay que destacar la necesidad de motivar el proceso de individualización como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. La previsión en diversas infracciones delictivas de penas y medidas de seguridad alternativas, así como un mayor grado de discrecionalidad en la determinación de la extensión de las mismas, sin olvidar las posibilidades de suspensión, que obligan a una adecuada y suficiente motivación dentro de los límites legales y que opere dentro del marco discrecional.

Los distintos criterios acerca de la determinación de la pena, paulatinamente se van entrelazando, constituyendo este concepto en la aplicación de un aumento fijo de pena si existiere una circunstancia agravante o una disminución de igual manera fija, en caso que existieren circunstancias atenuantes, evolucionando en una manera más extensiva.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, se entiende que la determinación de la pena es el resultado de la personalización que el juez realiza sobre la pena que será impuesta al sujeto infractor de la ley penal, en base al análisis de todas las circunstancias adheridas al delito y al infractor, adecuando dicho análisis dentro de los delitos y las penas que la ley señala. No obstante, existen diversos criterios respecto a la correcta determinación de la pena, los cuales serán expuestos a continuación.

La precisión con que se determina una pena a imponer al autor por un delito en concreto, representa el término de la teoría de la pena, ya que comprende la proporción entre el delito y la pena como método moderno de adaptación de la sanción al delincuente. Para esto existen diversos criterios, debiendo tomarse en cuenta: la

gravedad del delito realizado, y los medios usados o las circunstancias que en el mismo concurren para entender la personalidad del delincuente y el grado de peligrosidad que representa para la sociedad. Así como, las condiciones personales, biológicas, psíquicas y sociales; precisando en la edad y salud mental del delincuente, entre otras. Además de establecer un conjunto de criterios de valoración entre los motivos del delincuente y las concepciones básicas sobre la teoría del delito desde visiones naturalista o normativista.

También es importante realizar una valoración comprensiva de todos los fundamentos de aplicación de la pena para verificar la punibilidad del delito, usando como presupuesto la culpabilidad y el injusto. El juzgador como responsable de la determinación, debe aportar todo el saber de su experiencia, incluyendo fallos anteriores, ya que al mismo tiempo puede servir de referencia para futuros casos. Y a su vez, que se también se tome en consideración el fin perseguido, el cual es la elaboración de una escala cuantitativa de subtipos de delitos y las diversas formas de realización de éste.

A pesar de los diversos criterios que existen, no hay un consenso certero en cuanto a los criterios específicos para la determinación de la pena, es indispensable tomar en cuenta el análisis valorativo acerca de la naturaleza y móvil de los hechos, circunstancias que modifican o afectan los mismo, características del infractor; además de los principios generales del derecho, principios y teorías del derecho penal. Todo lo anterior, con la finalidad de determinar de manera clara y justa la gravedad de la pena a imponer según el marco penal preestablecido.



1.4.1. Sistemas de determinación de la pena

La determinación de la pena se clasifica según el sistema de pena indeterminada, sistema de pena determinada y sistema de pena relativamente indeterminada.

Por sistema de pena indeterminada se entiende que la pena prevista en la ley para el delito concreto carece de límites máximos y mínimos o de límites máximos. Zeceña señala que “la pena deber ser indeterminada legalmente, no debiendo la ley fijar ni cualitativa ni cuantitativamente la sanción de los delitos: el juez, en vista del estudio que haga de cada delincuente, señalará la calidad de la pena que ha de aplicarse al mismo”¹⁴. Pese a esto, en la actualidad este sistema es considerado como contrario al principio de legalidad y de proporcionalidad.

El sistema de pena determinada o entendida como pena fija o rígida, es aquella cuya duración está determinada con anterioridad por la ley, en las que doctrinariamente, se cree que no tiene en cuenta las circunstancias particulares del autor ni del caso concreto; y a su vez, coarta totalmente al juez del uso de su discrecionalidad judicial. Sin embargo, se cree que éstas pueden ser modificadas si existiere, circunstancias atenuantes o agravantes.

Respecto al sistema de pena relativamente indeterminada, éste se caracteriza porque el legislador, previamente ha establecido un límite mínimo y máximo entre los cuales el juez deberá utilizar como margen para determinar, individualizar e imponer la pena. De esta manera se evitan posibles arbitrariedades de parte del órgano jurisdiccional, y el

¹⁴ Zeceña, Óscar. **Derecho penal moderno**. Pág. 227.

ejercicio limitado de su discrecionalidad. Por su parte Cuello Calón indica que este sistema “permite al juez fijar su duración dentro de un máximo prefijado o dentro de un máximo y un mínimo infranqueables, antes de aquel mínimo no es posible conceder la libertad al condenado, y cumplido el máximo no puede ser retenido en la prisión; así pues, el poder de aumentar o disminuir la pena sólo puede ejercerse dentro de estos límites”¹⁵. En este sistema, la pena es llamada como flexible o elástica, ya que la ley limita el ámbito penal dentro del cual el juez debe fijar el quantum adecuado atendiendo a la naturaleza del hecho y la personalidad del delincuente.

1.4.2. Individualización de la pena

El derecho penal moderno considera que la pena debe aplicarse de acuerdo a la personalidad del delincuente para que realmente sea justa y equitativa, por ello es importante que la pena ésta se encuentre fijada con anterioridad en la ley, y se adapte, tanto a su naturaleza, medida y forma de ejecución a casos concretos. Esa adecuación de la pena a la personalidad del delincuente se conoce como individualización de la pena.

La individualización de la pena es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar con exactitud los bienes jurídicos que sean posibles de privar al autor del delito con la finalidad de buscar su resocialización y rehabilitación. Esta individualización ha de aplicarse al que ha cometido un ilícito penal cuya descripción

¹⁵ Cuello Calón. *Op. Cit.* Pág. 722.

esté tipificada en la ley. Se distinguen tres fases que conlleva la individualización de la pena: la legislativa, judicial y ejecutiva, administrativa o penitenciaria.

- Individualización legislativa: Se deriva de la función legislativa como actividad creadora del derecho objetivo del Estado, expidiendo normas que regulan la conducta de los individuos. Esta fase inicia cuando el legislador tiene la tarea de elaborar y discutir, entre otras, normas jurídicas penales que definen con certeza las conductas prohibitivas; conminando la pena para la conducta que esté tipificada como delito. La individualización está determinada por el establecimiento en la norma, con carácter general y abstracto, de la pena correspondiente de forma general respecto a todas las formas posibles de cometer el delito y respecto a cualquier persona.

Dicha individualización se divide en dos momentos, primero, el legislador adecúa la pena a cada figura delictiva; y la segunda, cuando el legislador disminuye o aumenta la pena dependiendo de las circunstancias particulares que mencione como atenuantes y agravantes del delito. Ésta se refiere a la pena a nivel cuantitativo que se encuentra contenida en la ley penal, dentro del cual el juzgador tiene un límite entre el máximo y mínimo de pena para adecuar la pena.

- Individualización judicial: La verdadera individualización de la pena comienza con la actividad que lleva a cabo el juez en la sentencia condenatoria con respecto a un caso concreto dentro del marco legal determinado por el legislador, acorde a las modalidades objetivas y subjetivas del delito con relación a un delincuente

determinado. Las posibilidades de realizar una acertada individualización de la pena se encuentra directamente relacionado con la amplitud del margen de discrecionalidad que el legislador establezca, ya que el juzgador es quien puede computar los diversos factores que demuestran la mayor o menor gravedad del delito y el grado de peligrosidad del sujeto.

De ahí, la trascendental importancia de la laboral del juez en la individualización de la pena, puesto que su decisión es la que declara cuál pena es la adecuada según las particularidades del caso y el imputado; por lo que es imperativo darle al órgano jurisdiccional cierta discrecionalidad técnica para que sea factible ejecutar de forma acertada su delicada tarea.

- Individualización ejecutiva, administrativa o penitenciaria: Constituye la última etapa del sistema de administración de justicia penal. Es realizada por los funcionarios de la administración penitenciaria, y consiste en darle vida a la sanción impuesta mediante sentencia condenatoria, y una vez agotados los medios de impugnación, se convierte en cosa juzgada y debe ser ejecutoriada. En esta fase, el condenado debe cumplir la pena impuesta, bajo el adecuado tratamiento interdisciplinario del régimen penitenciario que persigue su rehabilitación, resocialización y reinserción.

El Artículo 65 del Código Penal prescribe que “el juez o tribunal determinará en la sentencia que corresponda dentro del máximo y mínimo señalado por ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho,

apreciadas tanto por su número como por entidad e importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.”

En el Artículo 66 del mismo cuerpo legal, se regula lo relativo al aumento y disminución de límites, determinando que “cuando la ley disponga se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme lo dispuesto en el artículo que antecede.”

De lo anterior, se desprenden algunas pautas previstas por el Ministerio Público, el Instituto de la Defensa Pública Penal y el Organismo Judicial, que se deben tomar en consideración al momento que el juez aplique una pena de forma individualizada, las cuales son:

- La prohibición de la doble valoración, la cual no permite que aquellas circunstancias contenidas en el tipo penal, no vuelvan a ser tomados en cuenta en la formación correcta de la medida de la pena.
- Las circunstancias en relación al hecho y la culpabilidad. Éstas, a modo de graduar la pena, respecto al tipo penal, la culpabilidad y los factores agravantes y atenuantes, toda vez que la sanción debe ser proporcional al ilícito cometido.

- Es importante demostrar la trascendencia que tiene la víctima en sus cualidades personales y sociales, señalando la influencia de su accionar sobre los efectos de las consecuencias del hecho y la conducta del autor.
- La ejecución del hecho respecto a la naturaleza de la acción y los medios empleados para llevarla a cabo, tomando en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar.
- La calidad de los motivos que impulsaron al autor a cometer el ilícito, aspectos como el económico, emocional y psicológico, entre otros.
- La conducta precedente del autor, como antecedentes personales y reincidencia.
- Respecto a la función de su peligrosidad, tomar en cuenta la relación entre el contenido injusto, la culpabilidad por el hecho, la función resocializadora, defensa social frente al autor y el efecto socio pedagógico de la pena en la sociedad.

Por tanto, en Guatemala, el sistema de determinación que se aplica es el de la pena relativamente indeterminada, en la cual los jueces actúan dentro de un margen de mínimo y máximo de pena a aplicar. No obstante, el Código Penal contempla en su Artículo 255 Bis, el delito de los hechos sacrílegos, el cual sostiene el sistema de determinación determinada, es decir, que al momento de dictar sentencia no existe un margen entre el mínimo y máximo ya que regula únicamente imponer una pena plenamente determinada. Pero en general, la regla aplicable es de la pena

relativamente indeterminada, y como se expuso, existen diversos aspectos y circunstancias que el juez debe tomar en cuenta para la correcta, justa y equitativa determinación, individualización y aplicación de la sanción penal de acuerdo al ilícito en concreto.

1.5. Clasificación doctrinaria de la pena

En la doctrina del derecho penal se presentan diversas clasificaciones atendiendo a varios aspectos, como el fin que se proponen, la importancia y modo de imponerlas, la materia sobre la que recae y el bien jurídico que priva, y su magnitud o duración.

➤ Atendiendo al fin que se proponen alcanzar:

- Intimidatorias: Tienen por objeto la prevención individual, influyendo en el ánimo del delincuente para que no vuelva a delinquir.

- Correccionales o reformatorias: Éstas pretenden rehabilitar, reformar, reeducar al reo para que posteriormente a cumplirla, se reincorpore a la vida social como un ser útil.

- Eliminatorias: Estas penas buscan la eliminación del criminal incorregible y sumamente peligroso para seguridad social.



➤ Atendiendo a la importancia y modo de imponerlas:

- Principales: Son las penas que gozan de autonomía para su imposición, de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de otra u otras penas.
- Accesorias: Estas penas dependen de una u otras penas para que pueda imponerse.

➤ Atendiendo a la materia sobre la que recae y el bien jurídico que priva:

- Pena capital, mejor conocida como pena de muerte. Esta constituye la privación de la vida al delincuente, es decir, su eliminación física, atendiendo a la gravedad del delito y su peligrosidad.
- Penas privativas de libertad: En estas se encuentran la prisión o el arresto, mediante los cuales se priva al delincuente de su libertad de movimiento o locomoción, obligándolo a permanecer en un centro penitenciario o de detención por tiempo determinado.
- Penas restrictivas de libertad, para concurrir a determinados lugares, asignándole un lugar específico al delincuente para residir.
- Penas restrictivas de derechos, ya sean individuales, civiles o políticos.
- Penas pecuniarias: Son de tipo patrimonial y recaen sobre los bienes del condenado, tal como la multa, el comiso o confiscación de éstos.

- Penas infamantes, éstas son las que privan o lesionan el honor o dignidad del condenado, con objeto de humillarlo.

➤ Atendiendo a su magnitud o duración:

- Penas fijas o rígidas: Son aquellas penas que están determinadas de forma expresa en la ley, y no permiten su graduación.

- Penas variables, flexibles o divisibles: éstas se encuentran determinadas en la ley bajo un margen límite de mínimo y máximo, a modo que puedan graduarse atendiendo a la gravedad del delito y demás circunstancias.

- Penas mixtas: Es la aplicación fusionada de ambas clases de penas, es decir, pena de prisión y pena de multa, tal como el ordenamiento jurídico guatemalteco regula.

1.6. Clasificación legal de la pena según el Código Penal

El ordenamiento jurídico penal guatemalteco, específicamente el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, divide las penas en principales y accesorias. El Artículo 41 establece como penas principales, la pena de muerte, la de prisión, el arresto y la multa. Mientras que en el Artículo 42 del mismo cuerpo legal, se señalan las penas accesorias, siendo éstas, la inhabilitación absoluta y especial; el comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; la expulsión de extranjeros del territorio guatemalteco; el pago de costas y gastos procesales, así como, la publicación de la sentencia; y todas las que la ley señale.



Respecto a las penas principales que el Código Penal regula, se encuentran:

- Pena de muerte, regulada en el Artículo 43, el cual establece que ésta tiene carácter extraordinario, es decir, solo se aplica en casos expresamente determinados en la ley, delitos como asesinato, parricidio, desaparición forzada, entre otros; y una vez agotados todos los recursos legales correspondientes. Y no podrá imponerse por delitos políticos, cuando la condena se fundamente en presunciones, a mujeres, hombres mayores de setenta años y personas sujetas a extradición bajo esa condición.

- Pena de prisión, sigue siendo la pena por excelencia. Desde el punto de vista de su naturaleza, es la pena y consecuencia jurídica más grave de las previstas, ya que priva del derecho de libertad al condenado. Ésta se encuentra regulada en el Artículo 44 del Código Penal, donde se indica que “consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años...”.

- Pena de arresto, según el Artículo 45 del mismo cuerpo legal, “consiste en la privación de libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutarán en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión.”

- Pena de multa, regulada en el Artículo 52, señala que “consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará, dentro de los límites legales”. Esta pena es de carácter personal y según la doctrina, es pecuniaria; será determinada de acuerdo a la capacidad económica del condenado y demás aspectos que comprueben su solvencia económica, y pagaba en un plazo no mayor de tres días, desde que la sentencia quedare ejecutoriada.

Las penas accesorias, según las reguladas en el Código Penal son:

- Inhabilitación absoluta, la cual comprende: la pérdida o suspensión de derechos políticos; la pérdida de empleo o cargo público; la incapacidad de obtener cargos públicos; así como, la privación del derecho de elegir y ser electo; y la incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.
- Inhabilitación especial, contemplada en el Artículo 57, señala “consistirá, según el caso: 1º. En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del artículo que antecede. 2º. En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.”
- Comiso, el Artículo 60 determina que esta pena “consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del

delito o la culpabilidad del imputado. Los objetos decomisados de lícito comercio, se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial.”

- Publicación de sentencia, el Artículo 61 la regula como una pena accesoria a la principal, la cual se impone por los delitos contra el honor, y señala “a petición del ofendido o de sus herederos, el juez, a su prudente arbitrio, ordenará la publicación de la sentencia en uno o dos de los periódicos de los de mayor circulación en la República, a costa del condenado o de los solicitantes subsidiariamente, cuando estime que la publicidad pueda contribuir a reparar el daño moral causado por el delito. En ningún caso podrá ordenarse la publicación de la sentencia cuando afecte a menores o a terceros.”

Derivado de esto, surge la figura de conmutación de la pena que significa que una pena impuesta en virtud de una sentencia irrevocable podrá modificarse por otra. Según el Artículo 50 de Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la conmutación de las penas privativas de libertad, “son conmutables: 1º. La prisión que no exceda de cinco años. La conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado. 2º. El arresto”



CAPÍTULO II

2. Principios fundamentales de la pena

Por principio, de manera concisa, se entiende como sinónimo de fuente, causa, origen, base o fundamento. De allí, en el campo de las ciencias, se concibe como el punto de partida de un razonamiento, como un axioma, con propiedad definitoria. Concretamente, en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica, los principios constituyen normas jurídicas encargadas de ordenar, dentro del ámbito del objeto normativo, la realización de algo en la mayor medida posible según las posibilidades jurídicas y fácticas, en contraposición a las reglas que tienen mandatos o definitivas que deben ser cumplidos.

Según el Diccionario de la Lengua Española, es “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia.”¹⁶ Cabanellas, en este mismo orden de ideas, propone como “máxima, norma, guía”.¹⁷

En este contexto, los principios funcionan como asidero en la interpretación de normas. Es una proposición clara y evidente sobre la cual se funda determinada valoración de justicia y bajo las cuales se construyen instituciones del derecho, que sirven como guía, indicador u orientación central, incuestionable y universalmente válida y verdadera de un sistema.

¹⁶ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Pág. 1834.

¹⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Pág. 318.

El Estado de Derecho, impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que da lugar a directrices que la legitiman, en cuanto sea necesaria para la protección de la sociedad, de bienes jurídicos y de los derechos fundamentales de la persona sobre quien se impone la sanción penal, que tanto el legislador como el aplicador del derecho a la hora de determinar e individualizar las consecuencias jurídicas del delito deben tomar en cuenta mediante la consagración de los principios fundamentales de la pena, de los que se puede mencionar, el principio de la legalidad penal, principio de humanidad, principio de ultima ratio, principio de culpabilidad y principio de proporcionalidad.

2.1. Principio de legalidad penal

El principio de legalidad suele formularse bajo el precepto, atribuido a Feuerbach, nullum crimen, nulla poena sine lege, es decir, no hay delito ni pena sin una ley formal emanada del operador legislativo, que lo tipifique con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. Este principio surge en los orígenes ideológicos del derecho penal moderno como consecuencia contractual del ius puniendi. Tal como Beccaria manifiesta, solo el legislador que representa toda la sociedad unida por un contrato social puede decretar delitos y las penas. De esta forma, la legalidad se convierte en una garantía de la libertad de la sociedad frente al derecho a castigar del Estado.

Dicho principio se encuentra consagrado a nivel internacional en el Artículo 11 numeral 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual establece que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos

según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; mismo que es reiterado en el Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el agregado “si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” A su vez es reiterado y reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 9.

A nivel nacional, este principio se encuentra consagrado expresamente en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual indica que “no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.” El mismo es ratificado en el Código Penal y Código Procesal Penal, ambos en el Artículo 1 de estos cuerpos legales.

En su sentido más inclusivo, el principio de legalidad incorpora el concepto de la irretroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); la prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); el principio de la máxima taxatividad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); el principio de reserva de ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

En virtud de lo anterior, corresponde a la ley la descripción de delitos y la determinación de las penas, así como la regulación de su aplicación y respectiva ejecución. Este principio al incorporar dichos preceptos, requiere que la ley cumpla con una serie de exigencias técnicas: en primer lugar, ha de ser previa, no siendo posible la aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables; en segundo lugar, debe ser una norma

escrita emana del poder legislativo, lo cual implica la exclusión del derecho consuetudinario como fuente de los delitos y de las penas; en tercer lugar, tiene que ser aplicada de manera estricta, sin que quepa la analogía; y por último, ha de ser cierta, es decir, debe expresar de forma precisa, concreta y clara cuáles son las conductas delictivas y las penas que a esas se atribuyen. En conjunto, estos preceptos imponen límites al ius puniendi del Estado y requiere que para que un acto pueda castigarse, dicho acto debe estar tipificado como delito de manera precisa y escrita, aunado a una sanción suficientemente cierta para poder aplicarse.

El principio de legalidad penal, en sentido amplio se entiende como expresión de seguridad jurídica que actúa como límite al poder punitivo estatal, evitando que este sea empleado arbitrariamente. Es, así, como dicho principio satisface la exigencia de garantía de la seguridad jurídica y garantía política; y, a la vez, de la libertad de los ciudadanos. Por otra parte, el contenido de este principio se concreta en cuatro importantes aspectos, de los cuales se derivan cuatro prohibiciones. Estos aspectos son:

- Lex certa: La doctrina le ha denominado también como principio de taxatividad o principio de determinación. “La ley penal debe ser exhaustiva, conteniendo una descripción de la conducta típica sancionada y de la pena aparejada a su violación. Para poder considerar una ley como exhaustiva ésta debe contener todos los presupuestos que condicionen la pena y determinen la consecuencia jurídica”.¹⁸

¹⁸ Bacigalupo, Enrique. **Principios de derecho penal**. Pág. 36.

La exigencia de *lex certa*, se dirige específicamente al legislador, para que tanto la conducta como la pena, sean descritas de forma precisa en la ley. Respecto a la pena, no hay mayor exigencia hacia el legislador, únicamente que no determine marcos penales excesivamente amplios. En virtud de ésta, es necesario, para castigar a un sujeto por haber cometido un delito, que exista una ley penal previa que regule tanto la conducta como la pena correspondiente al delito, y de forma previa a la realización de éste.

- *Lex stricta*: Hace referencia a la prohibición de la analogía, entendida como la aplicación de la ley penal a un caso no comprendido en ella, pero similar a aquel que ésta comprende. En el ámbito penal, no cabe la analogía, definida como la aplicación a un supuesto no contemplado en la ley de una norma contenida en esa misma ley, en cuyo caso se trata de analogía legis, o en el ordenamiento jurídico, lo cual da lugar a la analogía iuris.

La prohibición de la aplicación analógica de la ley penal opera en los casos que se perjudique al reo. Encuentra su fundamento en la necesidad de certeza y seguridad jurídica que exige el derecho penal. Además, a través de esta prohibición quedan reforzadas la de la retroactividad y la protección a los ciudadanos frente a los actos arbitrarios del poder estatal.

- *Lex scripta*: El principio de legalidad penal exige, que sea la ley la que señale los delitos y las penas, esto conlleva cierta limitación de las fuentes, una reserva de ley; es decir, este requisito excluye la costumbre como fuente de delitos y penas. La ley

formal es la única fuente del derecho penal. De esto se deriva la prohibición de fundamental al punibilidad en el derecho consuetudinario. Tal como señala Arroyo Zapatero, “la reserva de ley para el establecimiento de delitos y las penas es una exigencia del Estado de Derecho”¹⁹; por tanto la potestad de determinar conductas reprochables como delitos y consecuencias jurídicas corresponde con exclusividad al poder legislativo, como garantía de forma y de procedimiento. Esta exigencia no solo está al servicio al principio de legalidad sino también al principio de democracia.

- Lex praevia: Esta exigencia se traduce en la prohibición de retroactividad de las leyes penales, es decir, estas se aplican a los hechos que acaecen en el período de tiempo desde su vigencia hasta su derogación. Implica la imposibilidad de aplicar una ley penal a una acción u omisión que haya tenido lugar con anterioridad a su vigencia; por tanto, lo que no puede darse es la retroactividad de leyes penales en perjuicio del condenado, cuando se trate de leyes penales que castigan nuevos delitos o agravan su punición. Esto constituye la excepción a tal prohibición, la cual puede ser aplicada sí y solo sí, es a favor del enjuiciado en caso que las leyes penales supriman un delito o disminuyan su pena.

El ordenamiento jurídico guatemalteco, contempla esta prohibición en el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Artículo 2 del Código Penal, en el cual se manifiesta que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando se favorezca al reo.

¹⁹ Arroyo Zapatero, Luis. **Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal.** Pág. 21.

El principio de retroactividad de la ley penal más benigna halla su fundamento en la propia naturaleza de la ley penal.

En conclusión, el principio de legalidad penal o de las penas, es un axioma jurídico en virtud del cual no se puede sancionar, si la pena no ha sido previamente establecida a su perpetración por una ley formal, escrita y cierta. Y constituye un artífice en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, toda vez que busca resguardar la certeza y seguridad jurídica, así como la libertad de la ciudadanía.

2.2. Principio de humanidad de las penas

El derecho penal como conjunto de normas jurídicas establecidas por el poder legislativo, en las que se definen conductas delictivas y sus respectivas sanciones penales previstas por la ley penal; la cual se fundamenta en la necesaria tutela de bienes jurídicos como presupuesto que cada ordenamiento protege, y tiene en la pena el mecanismo oportuno y adecuado como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas prohibitivas establecidas.

El legislador, al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del derecho penal, debe limitarse al mínimo indispensable de garantizar los derechos y libertades de los habitantes con respecto al respeto a la dignidad de éstos. Es la dignidad de la persona el límite de la crueldad de las penas. Tal como señala Beristain respecto al axioma fundamental de humanidad presupone “que todas las relaciones humanas,

personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona”²⁰.

El Estado al servicio de las penas, debe descartar las penas excesivas y crueles puesto que vulneran la dignidad del individuo utilizándolo como un medio.

El humanismo, definido por el Diccionario de la Lengua Española, consiste en el “movimiento renacentista que propugna el retorno a la cultura grecolatina como medio de restaurar los valores humanos”, así como “doctrina o actitud vital basada en una concepción integradora de los valores humanos”²¹. Efectivamente, este principio de humanidad surge como movimiento ideológico definido durante el Renacimiento, donde los humanistas reclamaban concepciones progresistas respecto a la libertad de la persona humana y combatían el ascetismo o dedicación a la práctica o ejercicio de la perfección cristiana, ya que consideraban vital la satisfacción del hombre y sus necesidades terrenas.

En este contexto, el humanismo se define como el respeto a la dignidad humana, la preocupación por el bienestar de los hombres y el desarrollo integral de éste en condiciones favorables de vida. Este principio de humanidad no sólo se ve enfrentado por la existencia de determinadas penas, a su vez, alcanza importantes repercusiones en el plano penitenciario, que debe primordialmente, configurarse como un espacio plenamente respetuoso de la persona humana, ajeno a todo trato inhumano o degradante.

²⁰ Beristain, Antonio. **Axiomas fundamentales de la criminología ante la globalización y la multiculturalidad**. Pág. 93

²¹ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 1238-1239.

Mir Puig, se expresa respecto a este principio con lo siguiente: “tal vez sea este principio que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo. Nació este de la mano de la reivindicación de una humanidad del rigor de las penas previstas en el derecho del antiguo régimen. Fue un punto central del programa de la Ilustración que concretó especialmente Beccaria en el siglo XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y buen número de las ramas penales que se han producido hasta el presente. Se pasó así primero, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad.”²²

Por su parte, Zaffaroni señala que “en función del principio de humanidad, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, marcación cutánea, amputación, intervenciones neurológicas). Igualmente crueles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona, puesto que importa asignarle una marca jurídica que la convierte en una persona de inferior dignidad (capitis diminutio)”.²³

A nivel internacional, el principio de humanidad de las penas se encuentra contemplado en el Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual señala que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Similares expresiones son utilizadas en la Convención Americana sobre Derechos

²² Mir Puig. **Op. Cit.** Pág. 110 y 111.

²³ Zaffaroni, Eugenio R., Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. **Derecho penal, parte general, Tomo I.** Pág. 132.

Humanos en su Artículo 5 donde se señala como agregado que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, y en el Artículo 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En ese mismo orden de ideas, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos o mejor conocidas como Reglas de Nelson Mandela, en la Regla 1 se dispone que “todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuantos seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario”.

Toda esta normativa se entiende incorporada a la legislación guatemalteca, específicamente en el Artículo 19 de la Carta Magna, el cual establece que el sistema penitenciario debe cumplir con normas mínimas para el tratamiento de los reclusos, en el inciso a) hace ver que éstos “deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos”.

Surgen tres líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico de este principio en el derecho penal: la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus influencia en la parte especial del derecho penal y en

las consecuencias jurídicas del delito; la orientación resocializadora de la pena, en particular, si es privativa de libertad; y, la atención a las víctimas de toda infracción penal

Con el principio de humanidad de las penas se pretende excluir del sistema penal todo tipo de sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas más allá del sufriente que suele llevar aparejada la simple imposición de la misma. La prohibición de estos tratos inhumanos constituye la afirmación de este principio en el derecho penal.

Por tanto, el principio de humanidad de las penas se centra en el respeto de la dignidad humana, como valor principal y base de todos los derechos humanos inherentes a la persona humana. En tal sentido, este principio es reconocido como limitador del poder punitivo del estado, reafirmando el postulado de respeto a los derechos humanos de las personas, especialmente las privadas de libertad, exigiendo tratos que reivindiquen la naturaleza humana por encima de todo trato en toda circunstancia. Y que la pena como consecuencia jurídica sea racional para ser asumida sobre quien recae. A su vez, sedimenta y refuerza el sentido de justicia, en sentido de evitar arbitrariedades, el rigor punitivo, torturas y abusos que lesionen la integridad física y moral, la dignidad sustancial inherente a la condición humana del encarcelado.

2.3. Principio de última ratio

La expresión última ratio es de origen latina que se traduce literalmente por última razón o último argumento. El derecho penal desde el punto de vista subjetivo es la facultad de

castigar o imponer penas que corresponde con exclusividad al Estado. Dicha facultad de punir se encuentra limitada por una serie de garantías fundamentales que se han ido desarrollando con anterioridad, ahora bien, corresponde hacer énfasis en el llamado principio de última ratio o de intervención mínima.

El origen de este principio coincide con el nacimiento del liberalismo, como doctrina política que surge en la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y en el Reino Unido, el cual se caracteriza por la reivindicación de un espacio de libertad personal, religioso, literario, económico, etc. Estos aspectos del liberalismo se ven marcados por la concentración del poder ilimitado exclusivamente en la monarquía. En el ámbito del derecho penal, imperaban leyes penales rígidas que eran aplicadas en todos los aspectos de la vida social. Consecuentemente, las penas eran de carácter severo, abarcaban destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales, incluso la pena de muerte. Finalmente, el derecho penal era utilizado como medio de coacción para que las personas obedecieran al poder estatal. Así, el liberalismo surgió exaltando la libertad como reacción ante este escenario represivo, y fue la Revolución Francesa el momento culminante de dicha oposición. Este movimiento inauguró una nueva concepción política y jurídica que transformó el marco histórico en la evolución del derecho.

La mayor expresión de los ideales de este movimiento en el derecho penal están contenidos en la obra de Cesare Beccaria, donde lanza fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo. El sistema presentado por Beccaria responde a una nueva perspectiva, basada en la valoración de la dignidad humana y a

la mínima intervención estatal en su función punitiva, proponiendo la reducción de leyes penales a las mínimas necesarias.

Este principio en el derecho penal tiene doble significado, en primer lugar implica que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso la tolerancia de ilícitos más leves, es decir, el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos sino únicamente las modalidades que impliquen mayor peligro para éstos. Y en segundo lugar, establece que la intervención mínima en este ámbito del derecho, responde al convencimiento del legislador de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse únicamente cuando no haya más remedio. En términos generales, según este principio el derecho penal ha de aplicarse como último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, en atención a la protección de la sociedad y los distintos bienes jurídicos.

“El derecho penal, como todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectores del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho... Pero dentro del ordenamiento jurídico, al derecho penal le corresponde la tarea más ingrata y terrible: la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes...”²⁴ En ese sentido, el derecho penal suele ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen

²⁴ Muñoz Conde. *Óp. Cit.* Pág. 171.

todos los bienes jurídicos, sino solo los que son más importantes para la convicción y cohesión social, limitando esta tutela a las conductas que ponen en riesgo de manera más intensa a aquellos bienes. Además, opera únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado de forma eficaz por otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Según la justicia penal, el principio en cuestión, fundamenta la limitada intervención del Estado con su poder de coerción penal, para sancionar conductas delictivas de lesividad intolerables, y tiene como principales manifestaciones la descriminalización de conductas tipificadas o la sustitución de penas menos perjudiciales para el condenado o más acordes atendiendo a su dignidad humana.

El principio de última ratio respecto a la pena es el punto de partida en la ponderación abstracta entre el peso de las respectivas magnitudes de la pena y el delito. O sea, que la pena será proporcionada en la medida en que su contenido de violencia sea suficiente para lograr los fines a los que aspira, atendiendo a la utilidad y necesidad de su aplicación. Atendiendo al merecimiento y necesidad de la pena; primero, debe limitarse la utilización de la pena respecto a los hechos que la merecen, atendiendo a la elevada importancia del bien que se protege y la intensidad del daño o peligro. Por otra parte, la necesidad de la pena, hace referencia a la posibilidad de utilizar un instrumento punitivo distinto a la pena pero dotado de mayor eficacia que ésta.

Es así pues, en una sociedad democrática, el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los

ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, de lo contrario, conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado; esto en función de proteger aquellos intereses mayoritarios y necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho. El principio de última ratio se manifiesta en la determinación de la propia pena, de forma que no podrá acudir a sanciones graves si es suficiente con la imposición de otras más leves. De esta forma, las penas deben imponerse siempre que sean necesarias y lo menos lesas posibles para quien se condena, y de acuerdo al hecho que se imputa.

2.4. Principio de proporcionalidad de la pena

El concepto de proporcionalidad de las penas es resultado de una evolución histórica, introducido como herramienta limitadora del ius puniendi. Este principio también ha sido denominado como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o de la injerencia. Su razón de ser radica en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo que se pretende contribuir a preservar la proporcionalidad de las leyes, específicamente las punitivas. El principio en cuestión, caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho, ya que al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la intervención mínima del Estado.

2.4.1. Antecedentes históricos

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón, Las Leyes, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea

proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando éste se reconoce como principio. Cesare Beccaria, en su obra De los delitos y de las penas, hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser necesaria e infalible, ya que según éste, éstas dos características completan la idea de proporcionalidad. La necesidad de la pena, hace referencia a la conminación penal, de lo cual se desprende que ésta no ha de ir más allá del fin que pretende cumplir; respecto a la infalibilidad, es decir, en la fase de ejecución de la pena, hay que asegurar el efectivo cumplimiento de las que se hubieren impuesto.

Tal como se mencionó en el apartado anterior, la primera alusión del principio de proporcionalidad se realizó en Alemania, específicamente en relación al proceso penal. Este tuvo lugar en una resolución del Deutscher Journalistentag, tomada en Bremen, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos perseguidos.

Si bien, en Alemania, la formulación del principio de proporcionalidad se debe en gran medida a dicho tribunal, ya que la misma jurisprudencia de este tribunal, afirmó que de los principios generales de un Estado de Derecho constitucional democrático, se deriva para el derecho penal, que la pena con que se amenaza se encuentre en relación proporcional y justa con la gravedad del hecho y la culpabilidad de quien lo comete; y que ésta no debe ser ni desproporcionada ni inhumana. Derivado de esto, y según la doctrina alemana, este principio es parte del postulado de justicia donde “nadie puede

ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas.”²⁵

La exigencia de proporcionalidad de las penas continúa desarrollándose en Europa, dentro de la incipiente preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de la época, específicamente por los tratos crueles y degradantes que las penas llevaban consigo, y la situación que vivían las cárceles durante el siglo XVIII. Así, en el Artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que la Asamblea Nacional Constituyente de Francia hizo en el año 1789, donde proclamó que “la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”.

Sin embargo, es con la llegada de la nueva concepción liberal del Estado que surge en el siglo XIX, donde surge la preocupación por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales antes las intervenciones que el Estado realiza por medio de la potestad pública. En este contexto, la proporcionalidad como principio, se convierte en una técnica de control al poder, limitando dicha actividad que va a determinar la licitud de los actos que se ejercen en función del poder punitivo.

Pero será a partir de la segunda posguerra, el momento en que el principio de proporcionalidad pasa a convertirse en un instrumento de control constitucional de la ley, es decir, se empieza a reconocer la vinculación de los poderes del Estado a las normas de derecho fundamental, las que a su vez, empiezan a introducir una teoría material de justicia, basada en el reconociendo de la dignidad humana y el respeto de

²⁵ Hassemer. Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Pág. 279.

los derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta a la eliminación de las torturas, de las penas y tratos crueles; constituyendo este principio como una máxima constitucional que debe respetarse. Es de esta forma como la idea de proporcionalidad se convierte en un principio general del ordenamiento jurídico, tanto constitucional como penal.

2.4.2. Contenido y alcance

Surge ambigüedad y dificultad para conceptualizar el término de proporcionalidad, así como tampoco existe unanimidad doctrinaria sobre la denominación y el contenido exacto del principio de proporcionalidad; no obstante, la actual formulación de dicho principio se debe, en gran medida, por el Tribunal Constitucional alemán, tal como se desarrolló anteriormente.

La noción de proporcionalidad ha sido considerada como el instrumento de control más antiguo de la intervención estatal, tal como se ha tratado en los apartados anteriores, debido a que se remonta a los inicios de la historia del pensamiento jurídico, moral y filosófico. Desde entonces, esta noción se caracteriza por ser una “herramienta que combina elementos de la justicia del caso concreto, de la lógica en la moderación del poder y de la carga o deber de motivar que incumbe al Estado.”²⁶

Particularmente, la proporcionalidad, trata de justificar la afectación de un derecho fundamental, es decir, determinar si existe relación de equilibrio o de adecuada

²⁶ Barnés, Javier. **El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar.** Pág. 15.

correspondencia entre la restricción que llega a sufrir el derecho fundamental y la conservación del bien o interés público, como causa de la restricción. Es por ello que este principio de proporcionalidad tiene lógica en cuanto a la determinación de la existencia de la adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del éste, tomando en cuenta tanto la idoneidad, la necesidad de este sacrificio, y el juicio de la proporcionalidad en sentido estricto. Este principio puede definirse de modo general como el que integra un conjunto de criterios que permiten medir la licitud de todo género de límites normativos, de libertades, así como la de cualquier interpretación o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio.

En materia penal puede entenderse, en sentido tradicional, como un principio que reclama la relación equilibrada entre el hecho punible previamente establecido en la norma y la pena aplicada. Así, el principio de proporcionalidad se ha entendido como la proporcionalidad que debe existir entre la pena y la conducta sancionada. En una concepción más moderna, esta proporcionalidad se ha exigido, desde el supuesto de la norma penal y el fin que persigue ésta.

En ese mismo contexto, el poder punitivo del Estado se manifiesta a través del establecimiento de sanciones de las conductas previamente definidas como delictivas. De allí parte el denominado principio de proporcionalidad de las penas. Éste tiene especial connotación en cuanto a la determinación de las penas, ya que opera desde la determinación legal, la judicial y la determinación administrativa o penitenciaria como se mencionó con anterioridad.

Es importante hacer énfasis en la proporcionalidad desde su sentido estricto, ya que sirve como regla valorativa, ponderativa y material, mediante la cual se fija el contenido esencial del derecho fundamental y por otra parte, la de identificar los intereses en conflicto. Es decir, obliga a que la medida considerada sea suficiente para el fin que se persigue y que ésta no suponga un tratamiento excesivo. Desde esta perspectiva, ha de entenderse como límite la pena legalmente prevista para el hecho enjuiciado, y además el límite inferior de la misma. Con esto no se busca una decisión proporcional, sino evitar que la pena sea desproporcionada.

Según Castillo Alva, “para el derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo...”²⁷

La gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a lo que Mir Puig distingue dos aspectos de este principio, “por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la existencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hechos (...) un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia

²⁷ Castillo Alva, José. **Principios del derecho penal**. Pág. 280.

que para la sociedad tiene los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico.”²⁸

Específicamente, en el ámbito penal, por medio del principio de proporcionalidad de la pena, se debe establecer la graduación de la pena conforme al hecho cometido por parte del infractor de la ley penal, teniendo la certeza y seguridad jurídica que no se cometerán arbitrariedades por parte del órgano juzgador. En relación a lo anterior, debe existir un criterio de concatenación racional de medios y fines en el ejercicio del poder punitivo. Concretamente, en el criterio de que este principio se extrae de la idea de Estado de derecho. Además, rige tanto las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas, es decir, se aplica tanto en el momento de creación de las normas penales por los legisladores, cuando es aplicada por el poder judicial y opera también en la fase de ejecución de las penas. Se trata de un principio de carácter relativo, de lo cual no se desprenden prohibiciones absolutas o abstractas, sino sólo por referencia a casos concretos, dependiendo de la relación medio a fin que guarde el gravamen de la libertad de los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer.

El principio de proporcionalidad compara dos magnitudes: medio y fin. Entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos que se encuentran previstas en la ley y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en un Estado de Derecho. A su vez, contiene dos clases de exigencias: las intrínsecas y las extrínsecas. Las primeras, atienden al contenido de la actuación estatal en el caso

²⁸ Mir Puig. *Óp. Cit.* Pág. 100.

concreto, atendiendo a tres criterios penales: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por otra parte, las segundas, son externas al contenido de las medidas restrictivas, el que con exclusividad el órgano judicial está llamado a garantizar de forma inmediata, la eficacia de los derechos y a su juicio, la decisión en torno a la proporcionalidad de las medidas limitativas de éstos; el de la motivación, también es un requisito forman del cual las resoluciones judiciales deben estar debidamente razonadas y fundamentadas.

En sentido amplio ostenta un significado mucho más restringido, ya que de la relación de las normas penales se puede deducir que el fin que a través de las mismas se persigue es único, o sea, la protección de los bienes jurídicos frente a las lesiones o puestas en peligro, mediante la amenaza penal; y este fin será alcanzado a través de la desaprobación ético social del comportamiento delictivo.

En general, el principio de proporcionalidad se ha convertido en una herramienta hermenéutica de especial importancia para determinar y restringir la intervención del poder político sobre el contenido jurídico de los derechos fundamentales. Estos derechos cuentan con un contenido jurídico que se compone de doble dimensión, la objetiva y subjetiva. Respecto a la primera, se llega a entender que debido a la especial importancia y significación de éstos, tanto para la existencia digna del hombre, de la sociedad y del Estado mismo como Estado de derecho, se exige del poder político, compromiso de promoción de los referidos derechos, de modo que se favorezca en los hechos la plena vigencia y goce de los mismos. Mientras que respecto a la dimensión subjetiva, se reconoce que todos estos derechos traen consigo una serie de facultades

a favor de sus titulares. Este contenido, genera al poder político un deber de abstención, en consecuencia, asegura los objetivos que se buscan con el establecimiento de las penas.

2.4.3. Modalidades de la proporcionalidad de la pena

En vista que el principio exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; esta proporcionalidad debe darse tanto en lo abstracto como en concreto, es decir, en la relación entre la gravedad del delito y la pena con la que de forma general se conmina en la ley, como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor del delito y la gravedad del hecho concreto cometido.

En este sentido, la proporcionalidad abstracta es la exigencia que está dirigida al legislador a la hora de fijar los marcos penas. Mientras la concreta, va dirigida al juez a la hora de imponer la pena al responsable del ilícito en el caso concreto.

- Proporcionalidad abstracta

Ésta es la que afecta la determinación de los marcos penales, y no tiene nada que ver con la proporcionalidad de la pena a la hora de su individuación, que la llevada a cabo por el juzgador dentro del marco legal establecido. No obstante, los marcos penales deben configurarse de forma que se permita actuar al juez dentro de un margen que permita buscar la pena proporcionada al hecho concreto.

También es conocida como previsión legislativa. El juicio de proporcionalidad se refiere a la previsión legislativa que exige el equilibrio entre la gravedad de la pena contemplada en la ley para determinado delito, la relevancia del bien jurídico que se protege con esta previsión, la forma en que se afecta el bien jurídico, y las circunstancias con las que actuó el individuo. Estas consideraciones deben ser examinadas en conjunto a modo de determinar si supera el juicio que exige; de manera que las penas más graves serán reservadas para las infracciones más graves y que especialmente afecten de forma más directa a la sociedad. Toda vez que dentro de un Estado democrático y de Derecho, el “derecho penal (...) debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico”²⁹.

Como se ha señalado en otros apartados, la doctrina se ha ocupado de analizar los criterios que el juez utiliza para determinar la pena exacta a imponer y el margen de arbitrio judicial que se le concede para ello y que ésta sea justa, es necesaria la previa fijación de la misma por el legislador dentro del marco penal correspondiente a cada tipo penal. El marco penal representa la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de una conducta descrita como delito en atención a ciertos principios.

La tarea de determinación legal del marco penal de los tipos penales corresponde al legislador, partiendo de la técnica legislativa, definida como el conjunto de directrices a las que se debe ajustar el actuar del legislador en la elaboración, formulación y

²⁹ *Ibíd.*

estructuración idónea de preceptos jurídicos de forma lógica, concisa y sin contradicciones internas atendiendo a los principio generales de Derecho, por tanto su función está dirigida a la selección de bienes que obtendrán tutela jurídica, como las sanciones correspondientes a cada uno, es decir, establecer las penas, atendiendo a los indistintos fines legítimos que éstas puedan cumplir. Todo lo anterior, conforme el desarrollo legítimo del procedimiento de creación de ley, regulado tanto por orden constitucional como el la ley ordinaria de la materia.

La proporcionalidad abstracta es la que afecta a la fijación por el legislador de los marcos penales y no a la cuestión de la proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización. Pero, además, ese marco penal debe dejar suficiente margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con las circunstancias del caso y con las circunstancias personales del reo; de este margen que tenga el juez en la fase de individualización judicial de la pena, dependerá que resulte una pena respetuosa con el principio de proporcionalidad, respecto a la mayor o menor amplitud, es decir, máximos y mínimos legales como reglas de medición o parámetros de actuación del arbitrio judicial en la determinación penal.

En ese sentido, el Código Penal en su Artículo 65 establece que ““el juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable... la extensión e intensidad del daño causado”. Es decir, la previsión penal

de sanciones que realiza el legislador es disponiendo de un máximo y un mínimo de pena.

De aquí surge la importancia del principio de proporcionalidad de la pena en el sentido abstracto, ya que constituye un parámetro o limitación del ius puniendi, ya que este principio opera en el momento de la creación del Derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los órganos jurisdiccionales e incluso al momento de la ejecución misma de la pena. Y toda vez que la principal tarea de la determinación de la pena es la identificación de los criterios que orientan la decisión y fijación de las circunstancias y factores que deben o no ser considerados por el juez al momento de imponer la pena concreta. La determinación de la pena requiere la fijación de un marco penal capaz de respetar el principio de proporcionalidad, el cual se vincula con la importancia del bien jurídico; esto se logra mediante el mandato de determinar las penas de forma definida precisa, atendiendo la conducta antijurídica y la lesión al bien jurídico.

De lo anterior, queda claro que en la búsqueda de un sistema que permita al juez imponer la pena justa al responsable de un delito, debe de analizar los criterios con los que determinará la pena exacta a imponer y el margen de arbitrio judicial que debe concedérsele para ello, esto es, la previa fijación por el legislador del marco penal que corresponde a cada delito. La discrecionalidad judicial está restringida a las mínimas y máximas cuotas sancionadoras, por lo que se le impide al juez imponer una pena que traspase dichos límites.



- Proporcionalidad concreta

Tal como se mencionó anteriormente, el principio de proporcionalidad abstracta va dirigido a establecer posibilidades de realizar una acertada individualización judicial de la pena directamente relacionada con la amplitud del margen de discrecionalidad que el legislador le deje a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley penal a los casos concretos.

Corresponde al órgano legislativo determinar los marcos penales de cada tipo penal contenido en la ley, en base a ciertas consideraciones que van a permitir que la actividad judicial sea realizada con mayor efectividad en cuanto a la individualización de la pena según el caso concreto. Es decir, lo que se prevé legislativamente es un marco que debe ser concretado por cuenta del juez competente. Éste será quien, a la vista de las circunstancias del caso concreto, definirá la pena que como sanción a la conducta delictiva del tipo penal concreto, el individuo deberá enfrentar. Y es precisamente para cumplir con esa función de determinar la pena que realiza el juez, se exige que se actúe a través del juicio de proporcionalidad.

Esto corresponde a la individualización de la pena, desde que la fija el legislador con ese mínimo y máximo, el juez lo reconoce a través de la pena concreta que éste va a imponer al acusado mediante una sentencia condenatoria. Es decir, es la mera actividad de definir de modo cuantitativo y cualitativo, cuál es la pena que corresponde aplicar al infractor de la ley penal, pero no solamente se trata de llegar a la

determinación formal, sino debe responder a un razonamiento lógico que permita justificar de manera interna y externa la decisión adoptada. La pena tiene que explicarse técnica y lógicamente por el operador de justicia.

El marco penal permite al juez graduar la responsabilidad penal dentro de una valoración previa realizada por el legislador, esto no solo evita la arbitrariedad judicial o el subjetivismo del juez, sino también la rigidez y dureza en la administración de justicia penal, permitiendo la aplicación equitativa de la ley penal, teniendo en cuenta las circunstancias que de éste se deriven.

En conclusión, el principio de proporcionalidad, en consecuencia, debe intervenir para asegurar que las finalidades que persiguen con el establecimiento de las penas, requieran la restricción de libertades, estén configuradas racionalmente en la ley u sean necesarias para alcanzar los fines legítimos en la sociedad. A partir de la exigencia de adecuar la pena a un fin específico, la proporcionalidad en un Estado de Derecho se encuentra en función de la protección de los derechos fundamentales de los habitantes y con el deseo que el fin resocializador que tiene la pena se vea realizado.



CAPÍTULO III

3. De los hechos sacrílegos

En relación a los hechos sacrílegos surgen múltiples aseveraciones religiosas que se irán desarrollado a continuación, para eso es importante señalar en primera instancia, que conforme el ordenamiento jurídico guatemalteco, la Constitución Política de la República en su Artículo 36 regula lo relativo al ejercicio libre de la religión, señalando que: “el ejercicio de todas las religiones es libre. Toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia, tanto en público como en privado, por medio de la enseñanza, el culto y la observancia, sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos.”

Por otra parte, en el Artículo 37 de este mismo cuerpo legal, se reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica, y respecto al resto de iglesias determina que “las otras iglesias, cultos, entidades y asociaciones de carácter religioso obtendrán el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme las reglas de su institución y el Gobierno no podrá negarlo sin o fuese por razones de orden público”; además hace referencia sobre el patrimonio de éstas y la exención que gozan de impuestos, arbitrios y contribuciones. Estos artículos son reflejo de la protección jurídica constitucional que el Estado ha otorgado la Iglesia Católica, reconociendo tanto su libertad de culto, como su personalidad jurídica.

En ese sentido, resalta la envergadura que la Iglesia Católica tiene en la sociedad guatemalteca, ya que desde la época de la Colonia, ésta, representada por distintas órdenes religiosas, tuvo un papel significativo en la historia del país, por su fuerza espiritual, poder de convocatoria y despliegue territorial. Asimismo, la importancia de la religión católica radica en que históricamente se cree que es la única religión fundada por Dios mismo, ya que todas las demás religiones monoteístas, politeístas, cristianas, no cristianas, anteriores y posteriores a Cristo, han sido fundada por hombres, no por Dios.

“La palabra iglesia proviene del griego ἐκκλησία (ekklesia), que significa asamblea, que era el término usado en el Antiguo Testamento para denominar a la asamblea del pueblo elegido por Dios, especialmente aquel que constituyó la asamblea del Sinaí, que fue donde el pueblo de Israel recibió a ley. Católica, por otro lado, viene también del griego καθολικός (katholikós), que significa universal. Se usa este adjetivo para distinguirla de otras iglesias, igualmente cristianas, como la anglicana, la ortodoxa o la protestante, que se diferencian del catolicismo por no encontrarse sometidas a la autoridad del Papa.”³⁰

La relevancia de ésta es el legado espiritual, divino y celestial que según criterios propios del catolicismo, ha entregado a la humanidad a través de distintos lenguajes que el hombre va buscando para entender la presencia y obra de Dios en la creación. Tal es el caso de las imágenes, documentos escritos, objetos, utensilios, recipientes de

³⁰ Significados.com. **Iglesia Católica**. <https://www.significados.com/iglesia-catolica/> (Consultado: 05 de marzo de 2018).

consideración sagrada. Lo sagrado de estos objetos se deduce de la capacidad que tienen para representar lo ausente, la imagen visual que es portadora de significado en el ámbito de la religión cristiana católica. El rol que juegan los objetos es vital para la Iglesia, ya que son percibidos y contemplados a través de los sentidos, por tanto es un lenguaje simbólico que representa y conmueve. Específicamente se habla de realidades internas que cobran formas visibles a través de signos y símbolos que la Iglesia Católica ha consolidado como herramienta evangelizadora, facilitando la devoción y comunicación entre lo divino y lo humano, y que se representan de muchas formas y varían culturalmente, tanto en tiempo como en el espacio.

Atendiendo a lo anterior, la Iglesia Católica, históricamente, ha sabido valorar y proteger sus bienes patrimoniales que son considerados patrimonio de todos. Sanfuentes cita a Gisbert T. y J. Mesa respecto a los bienes de la Iglesia como “patrimonio específico de la comunidad cristiana. Al mismo tiempo, a causa de la dimensión universal del anuncio cristiano, pertenecen de alguna manera a toda la humanidad”³¹. Es así como los objetos patrimoniales y lugares que alientan el culto de la Iglesia, adquieren un valor material, simbólico, histórico, cultural y emotivo, cuya valoración múltiple exhorta a su conservación y difusión a futuras generaciones.

De esta forma, es como el Congreso de la República de Guatemala aprueba el 20 de abril de 1994 el Decreto 36-94, cuya vigencia fue a partir del 21 de mayo de 1994; en el cual se expone la importancia de garantizar y proteger el derecho a la cultura, a la identidad y patrimonio cultural, como parte de los derechos sociales de mantener la

³¹ Sanfuentes E., Olaya. **La iglesia católica y sus imágenes de devoción**. Pág. 27.

identidad cultural de acuerdo a los valores, lenguas y costumbres, a través de la protección estatal de bienes históricos, culturales, religiosos y artísticos para que se prohíba la enajenación, exportación y alteración de éstos, que a consecuencia de la serie de robos y hurtos se ponen en peligro de una u otra forma los sentimientos nacionales y tradicionales, tal como se señala en uno de los considerandos de este decreto.

Es a través de dicho decreto que se agrega el Artículo 255 Bis al Código Penal, a razón de sancionar jurídicamente mediante el tipo penal denominado de los hechos sacrílegos, el cual se refiere al robo, hurto, enajenación, adquisición, exportación, tráfico o alteración de objetos sagrados, destinados al culto o cualquier otro objeto similar de contenido religioso o histórico para la Iglesia. Históricamente se habla de sacrilegio, es decir, el acto de profanar o tratar indignamente los Sagrados Sacramentos, piezas objeto de devoción católica, y las demás acciones litúrgicas. Constituye el robo y hurto realizados en iglesias, conventos y lugares de culto en general, el cual ha sido practicado desde hace siglos, según datos históricos.

Particularmente, es considerado una falta grave en contra de la espiritualidad y moral de los pueblos, dado el legado religioso y espiritual que la religión católica introdujo en el país hace centenares de años atrás; y el vínculo que los creyentes desarrollan con imágenes, pinturas, cálices, vestiduras sagradas, confesionarios, el Santísimo Sacramento, entre otros objetos sagrados. Este delito es considerado como pecado, y está ligado directamente al primer mandamiento, ya que es totalmente contrario al

sentido de la reverencia y de la trascendencia de Dios, constituyendo una falta grande de respeto e inmoralidad.

3.1. Historia

Las Siete Partidas fue un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284). Estos documentos trataban de buscar cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes que posteriormente sería cambiado en el siglo XIV al de Siete Partidas. La importancia de esta obra radicaba en que ésta abarcaba todo el saber jurídico de la época, es decir, trata entre otras materias, derecho constitucional, derecho civil, mercantil, penal y procesal; mismo que fueron usadas y aplicadas en Iberoamérica hasta el siglo XIX. Estas normas estaban inspiradas en una visión filosófica, moral y teológica.

La Partida VII hace alusión a todo lo referente al derecho penal, cuyos delitos más importantes eran los sexuales, como el adulterio, incesto, raptó o sodomía. Sin embargo es en la Partida I, título 18 donde se hace referencia a uno de los delitos con mayor trascendencia durante ese momento, es decir, los delitos de sacrilegio, así como hechicería, adivinación y blasfemia.

De acuerdo a lo anterior, según la ley primera del título dieciocho, partida primera, se determinó que sacrilegio es según derecho de la santa Iglesia, el quebrantamiento de cosa sagrada, o de otra que le pertenezca, donde quiera que esté, aunque no sea sagrada o de la que estuviese en lugar sagrado. Entre las cosas sagradas se

encuentran los cálices, cruces, vestimenta, entre otros; son consideradas cosas sagradas porque están hechos para el servicio de Dios. Y cuyo delito podía ser castigado desde la excomunión hasta la pena de muerte.

Por otra parte, la ley segunda en concordancia con la anterior, determinaba las maneras en las que se podía cometer sacrilegio, detallaba de forma explícita “hácese sacrilegio de cuatro maneras: la primera es cuando mete manos airadas en clérigo o en hombre de religión, bien sea clérigo o lego, o varón o mujer; la segunda forzando o hurtando cosa sagrada de lugar sagrado, como si alguno forzase o hurtase cáliz o cruz o vestimenta o alguno de los ornamentos o de las otras cosas que hay en la iglesia a servicio de ella, o quebrantase las puertas, horadase las paredes o el techo para entrar en la iglesia a hacer algún daño, o si diese fuego para quemarla.

La tercer ley es cuando hurtan o fuerzan cosa sagrada de lugar que no es sagrado, y esto sería como si alguno tomase a hurto o a fuerza cáliz o cruz o vestimenta y otros ornamentos que fuesen de la iglesia o estuviesen en otra cosa como depósito; la cuarta es hurtando o forzando cosa que no sea sagrada de lugar sagrado, así como si alguno hurtase o forzase pan o vino o ropa u otras cosas que pusiesen algunos hombres en la iglesia por guarda, así como en tiempo de las guerras cuando llevan sus cosas a las iglesias, que no se las hurten ni se las roben. Y hay diferencia entre hurto y robo, pues hurto es lo que toman a escondidas, y robo lo que toman declaradamente, por fuerza.”

En definitiva, de acuerdo con los principios canónicos estas dos leyes distinguían tres posibilidades de hurto; sagrado de lugar sagrado, sagrado de lugar no sagrado, y no

sagrado de lugar sagrado. Concluyendo en la segunda ley, la distinción entre el robo y el hurto, tal como se reconoce en la legislación penal guatemalteca.

Posteriormente, alrededor de año 1367 el Código de Derecho Canónico y el Canon de 1442 del Código de Cánones de las Iglesias orientales, sancionan con excomunión mayor, a quienes arrojen por tierra las especies consagradas, o las lleva o retiene consigo con una finalidad sacrílega. Específicamente es este tipo penal se distinguen dos modos de comisión del delito, por un lado, quien arroje por tierra las especies sagradas, y por otro, quien se las lleva o retiene consigo. Existe cierta confusión respecto al sentido estricto del tipo penal, sin embargo, el significado más amplio de éste consta en despreciar, menospreciar y humillar. Por lo que, comete un grave delito de sacrilegio contra el Cuerpo y la Sangre de Cristo quien se lleva o retiene las sagradas especies con finalidad sacrílega, es decir, obscena, supersticiosa o impía.

Según en el entendido, el bien jurídico que el legislador desea proteger, es el respeto al Santísimo Sacramento. Por otra parte, este mismo delito contra las Sagradas Especies fue incluido en las Normas de los delitos más graves, promulgadas por la Congregación para la Doctrina de la Fe. De acuerdo con esta legislación sui generis, este delito se incluye entre los delitos más graves, el cual era juzgado y desarrollado mediante un proceso penal especial, reservado para la misma Congregación.

De esta forma, es evidente que según los distintos datos históricos, han evidenciado que a lo largo de la historia, han surgido sinnúmero de expresiones de desprecio, perversión y/o profanación que se manifiestan de forma ofensiva, consciente y

voluntaria hacia los objetos más sagrados de la Iglesia, tanto los que le pertenecen, como los que sean utilizados por el cuerpo eclesiástico para sus distintas actividades religiosas y de culto. Es de tal trascendencia dicho acto de profanidad, que se encuentra regulado como tipo penal en la legislación penal guatemalteca, bajo el nombre de delito de los hechos sacrílegos, el cual será desarrollado a continuación.

3.2. Definición

Los hechos jurídicos en sentido general son definidos por Rojina Villegas como “todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencia de derecho”³²; por otra parte, en sentido estricto es “todo aquel acontecimiento natural o del hombre generador de consecuencias de derecho, no obstante que cuando proviene de un ser humano, no existe la intención de crear esas consecuencias”³³.

En otras palabras, es cualquier acontecimiento natural o humano que produce efectos jurídicos de conformidad con la ley; constitutivos, modificativo o extintivos de relaciones jurídicas. Estos se clasifican de dos formas: a) hechos naturales, es decir, los acontecimientos naturales, independientes de la voluntad del hombre; y por otra parte, b) los hechos voluntarios, ocurren por intervención del hombre, pero dicha voluntariedad de intervención debe ser jurídicamente irrelevante. A partir de dichos acontecimientos, se producen efectos jurídicos que transforman o modifican la realidad jurídica, ya sea de forma natural o resultado de la actividad del individuo.

³² Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Pág. 325.

³³ **Ibid.**

El concepto de sacrilegio, según el Diccionario de la Lengua Española es “lesión o profanación de cosa, persona o lugar sagrados”³⁴; a su vez, Ossorio lo define como “profanación de una persona, cosa o lugar consagrados a Dios; esto es, apartados de los usos comunes y reservados al culto divino de la consagración o de la bendición constitutiva.”³⁵

Sacrilegio proviene del latín *sacrilegium*, robar un templo, de haber sagrado y *legere*, hurtar, robar. Por sacrilegio como se ha definido anteriormente, se entiende la profanación de objetos sagrados. En un sentido más amplio, se considera como desafuero contra la integridad y pureza de la religión. De conformidad con los teólogos, algo sagrado se puede considerar como tal, mediante un rito, culto o ceremonia pública sea utilizado para adoración y alabanza a Dios, con la intervención de autoridad pública. El acto de atribuir a un objeto el carácter de sagrado, es un acto jurídico, donde la Iglesia tiene competencia y potestad absoluta.

Según la Enciclopedia Católica, son tres tipos de sacrilegio, el personal, local y real; atendiendo a la enseñanza de Santo Tomás de Aquino de acuerdo a las diferentes santidades y la importancia de cada una de estas. Por sacrilegio personal, se entiende el comportamiento irreverente hacia una persona sagrada, tanto mediante agresión o daño físico, como los actos de deshonor en su contra. Este tipo de sacrilegio puede darse de tres maneras:

³⁴ Real Academia Española. **Óp. Cit.** Pág. 2005.

³⁵ Ossorio, M. **Óp. Cit.** Pág. 684 y 685.

- Poner las manos violentamente sobre un clérigo o un religioso. Esto constituye una infracción a lo que se conoce como privilegio del canon (*privilegium canonis*), y se castiga con pena de excomunión.
- Violar la inmunidad eclesiástica, es decir, la jurisdicción de los tribunales laicos (*privilegium fori*).
- La realización de cualquier pecado contra el voto de castidad de los clérigos, es decir, quienes ya hubieren recibido los Órdenes Sagrados, y los religiosos; incluso los que hayan hechos votos simples.

Respecto al otro tipo de sacrilegio, está el local, es decir, cuya afectación va dirigida a un lugar sagrado, tal como lugares que aunque no sean iglesias como tal, estén bendecidas, entre estos, oratorios y cementerios establecidos para celebración de entierros cristianos. De este se distinguen las siguientes acciones:

- El robo de objetos que se encontrasen dentro de la Iglesia, especialmente, las que le pertenecen.
- Asimismo, la violación de la inmunidad a lugares sagrados, incluyendo: iglesias, capillas, cementerios, monasterios, hospitales y palacios dirigidos por autoridad episcopal que cuenten con capilla.
- La comisión dentro de estos lugares sagrados de cualquier tipo de acto inmoral, de acuerdo al derecho canónico, el lugar queda contaminado. Actos como el homicidio,

delitos contra la castidad, enterramiento de persona no bautizada o excomulgada, entre otros.

- La ejecución de actos, cuya naturaleza sean incompatibles con el ambiente sagrado del lugar.

Y por último, se encuentra el sacrilegio real, el cual está vinculado con el tratamiento irrespetuoso de los objetos sagrados. Puede ser por parte de la misma administración episcopal, o bien, por cualquier persona. Cualquier acto que sea realizado con la deliberada y notable voluntad de tratar con perversión, irreverencia e inmoralidad en contra de la Santa Eucaristía, las imágenes sagradas o reliquias como la Sagrada Escritura; así como el uso profano, usurpación o desviación de la propiedad eclesiástica, ya sean bienes muebles o inmuebles. Incluso puede incurrir en sacrilegio quien omita el debido tratamiento y administración de los Sagrados Sacramentos.

Acorde a lo anterior, los hechos sacrílegos en su entendido general, son acciones irreverentes, profanas, indignas e inmorales que se realizan de forma voluntaria y consciente a modo de apoderarse a través del robo o hurto de algo considerado sagrado, venerado o inmaculado; el cual puede ser orientado hacia individuos, lugares u objetos, tales como pinturas, vasos, cálices, custodias, purificadores, vestiduras sagradas, confesionarios, floreros, candeleros, alcancías, biblias, entre otros; ya sea dentro de lugar sagrado o no sagrado pero que sirva a la Iglesia para sus actividades de culto.



3.3. Fundamento legal

Tal como se ha ido mencionando a lo largo de este apartado, los hechos sacrílegos son actos impropios que se cometen en contra de elementos visuales perceptibles por los sentidos, y de carácter sagrado, patrimonial, histórico, cultural y de devoción para la Iglesia. Específicamente, la legislación guatemalteca, en el Código Penal regula esta figura bajo en nombre de: de los hechos sacrílegos en su Artículo 255 Bis, que como se dio a conocer, fue una adición al Código Penal mediante el Decreto Número 36-94 en el cual se busca proteger los sentimientos nacionales y tradicionales en razón de los objetos o bienes históricos, artísticos, religiosos y culturales del país.

Conforme lo anterior, el Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 255 Bis del Código Penal determina que se incurre en el delito de los hechos sacrílegos: “cuando los hechos a que se refieren los artículos anteriores relativos al hurto y robo, el objeto materia del delito sea destinado al culto, sea cosa sagrada o no, tales como Santísimo Sacramento, Santos Óleos, Santas Imágenes, en bulto o en pintura, vasos sagrados, cálices, copones, patenas, custodias, corporales, purificadores, ornamentos, vestiduras sagradas, pilas bautismales, confesionarios, púlpitos, coronas, resplandores, anillos, cadenas, pulseras, crucifijos, floreros, candeleros; Cruz Alta, ciriales, incensarios, alcancías, Biblias o cualquier otro objeto similar de alto contenido religioso, profano o histórico independientemente de que se cometan o no en el lugar destinado al culto, la pena a imponer será, para el caso de hurto la de doce años (12) de prisión correccional inconvertibles, y para el robo la de veinte años (20) de prisión correccional

inconmutables. En ambos casos se impondrá una multa de no menos del doble del valor de dichos objetos.

A las personas que a sabiendas adquieran, enajenen exporte, trafiquen o alteren en cualquier forma dichos objetos o similares, la pena a imponer será de diez años (10) de prisión correccional inconmutables, y multa del doble del valor de los objetos materia del delito. Se exceptúan sus legítimos propietarios y tenedores, y las personas legalmente autorizadas. Será obligación del Estado velar por el inmediato aseguramiento de tales objetos, así como la pronta entrega a sus propietarios, y/o legítimos tenedores.”

Partiendo de la descripción anterior que se asevera en el precepto legal en cuestión, hace referencia a tres supuestos jurídicos con distinta pena para cada uno de estos. Se habla del hurto y robo, y por otro lado sobre la adquisición, enajenación, exportación, tráfico o alteración de objetos sagrados o no, independientemente cuando se cometa o no en el lugar destinado al culto.

3.4. Del hurto y del robo

En el derecho antiguo no existía ninguna diferencia entre el robo y el hurto, ambos eran considerados como las figuras tipo de los delitos contra la propiedad, con el transcurso del tiempo dichas figuras se fueron separando y teniendo diferentes castigos, pero para ambos delitos los castigos eran crueles, tales como la mutilación, azotes e incluso en España, Felipe V estableció la pena capital para los ladrones. Fue en el derecho romano en donde surgió plenamente la diferenciación entre ambos delitos, pues

consideraron que el robo era más grave ya que además del apoderamiento de la propiedad ajena, existía una lesión a las personas. En las Partidas aparece el hurto, como apoderamiento de la cosa ajena de modo encubierto y clandestino y la rapiña como el apoderamiento de la cosa ajena en forma violenta.

Por su parte el Código Penal, en el Título VI contempla los delitos contra el patrimonio, en el cual se hace especial referencia a los delitos de hurto y robo, en sus respectivas modalidades y agravantes respectivos. Se busca conceptualizar de forma independiente estos delitos, ya que cada uno cuenta con elementos característicos distintos, y cuya semejanza es la de apropiarse de cosa mueble ajena sin la debida autorización, realizando uno con violencia y otro sin ésta. Para tratar de forma más amplia el análisis del precepto legal que regula sobre los hechos sacrílegos, es primordial individualizar los supuestos que este mismo expresa, desde su concepción general hasta la específica del tipo penal al que se hace alusión en este trabajo de investigación.

3.4.1. Del hurto

El hurto como tal, describe el hecho circunstancial de tomar o apoderarse materialmente y sin autorización de cosa mueble ajena. El Código Penal en su Artículo 246 determina que comete hurto “quien tomare, sin la debida autorización, cosa mueble, total o parcialmente ajena, será sancionado con prisión de 1 a 6 años.” El hurto, concretamente es el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena, de

forma total o parcial, mediante la sustracción de la cosa sin daños ni utilización de violencia o intimidación hacia el sujeto pasivo.

Los elementos más significativos de este tipo penal descrito son: el elemento externo del apoderamiento directo o indirecto de la cosa. Por directo se entiende la energía física que utiliza el sujeto activo y por indirecto, el hecho de realizarlo sin derecho ni consentimiento. Por otra parte, debe ser cosa mueble, es decir, que sea susceptible de ser transportado materialmente. Y no menos importante, el ataque a los derechos patrimoniales de otro quien ostenta como propietario o legítimo tenedor de la cosa mueble.

Este delito se puede agravar, según cada una de las circunstancias señaladas en el Artículo 247:

“1º. El cometido por doméstico no interviniendo grave abuso de confianza.

2º. Cuando fuere cometido aprovechándose de calamidad pública o privada, o de peligro común.

3º. Cuando se cometiere en el interior de casa, habitación o morada o para ejecutarlo el agente se quedare subrepticamente en edificio o lugar destinado a habitación.

4º. Cuando se cometiere usando gonzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, o llave verdadera, que hubiese sido sustraída, hallado o retenida.

5º. Cuando participaren en su comisión dos o más personas; una o varias fingiéndose autoridad o jefes o empleados de un servicio público.

6º. Cuando el hurto fuere de objetos o dinero de viajeros y se realizare en cualquier clase de vehículos o en estaciones, muelles, hoteles, pensiones o casa de huéspedes.

7º. Cuando fuere de cosas religiosas o militares, de valor científico, artístico o histórico o destinadas al uso u ornato públicos.

8º. Si el hurto fuere de armas de fuego.

9º. Si el hurto fuere de ganado.

10º. Cuando los bienes hurtados fueren productos separados del suelo, máquinas, accesorios o instrumentos de trabajo, dejados en el campo, o de alambre u otros elementos de los cercos.

11º. Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público...

Al responsable de hurto agravado se le sancionará con prisión de 2 a 10 años.”

Por otra parte, el Artículo anteriormente citado, en el inciso séptimo, hace referencia a las cosas religiosas, de valor histórico o destinado al uso u ornato públicos; es decir, ya existía con anterioridad al tipo penal de los hechos sacrílegos, un tipo penal que regulaba lo relativo al hurto de cosas religiosas, y que éste último contempla una pena menor a la que estipula el de los hechos sacrílegos.

El Artículo 255 Bis del Código Penal, determina el hurto como el acto de despojar a la Iglesia de la posesión, propiedad, ocupación o pertenencia de cosas sagradas o no, o de cualquier otro objeto similar de contenido religioso o histórico, independientemente de que se cometa o no en ésta. Éste se consuma desde el momento en que el sujeto activo del delito, toma bajo su control el bien mueble, y procede a su desplazamiento.

La pena a aplicar es de doce años de prisión correccional inconvertibles, misma sanción que no se encuentra contemplada dentro de las penas principales que el mismo cuerpo legal contiene en el Artículo 41, no obstante, el entendido corresponde a la pena de prisión. Esta pena es inconvertible, es decir, que no puede ser sustituida por una menos grave, tal como el Artículo 51 señala en el inciso 2º, señalando que no se otorgará conmutación a los condenados por hurto y robo. Además de la pena excesiva y por el contrario de proporcional e inhumana de doce años de prisión inconvertibles, se impondrá una multa no menor del doble del valor de los objetos hurtados.

3.4.2. Del robo

“El delito de robo constituye la figura más grave de los delitos contra la propiedad, pues no solo integra una ofensa a este derecho, sino que además, supone un ataque a nuestra tranquilidad personal. Es por ello que ha sido siempre castigado con graves penas que denotan la constante repulsa contra estos hechos.”³⁶

Según Ossorio, el robo se define como: “delito consistente en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, mediante el empleo de fuerza en las cosas o de intimidación o violencia en las personas; siendo indiferente que dichas fuerzas, violencia, o intimidación tengan lugar antes del hecho, para facilitararlo, en el acto de cometerlo o inmediatamente después, para lograr el fin propuesto o la impunidad.”³⁷

³⁶ Puig Peña, F. **Derecho penal**. Pág. 242.

³⁷ Ossorio, M. **Óp. Cit.** Pág. 681.

El Código Penal guatemalteco su Artículo 251 señala que comete este delito: “quien sin la debida autorización y con violencia anterior, simultánea o posterior a la aprehensión, tomare cosa mueble, total o parcialmente ajena será sancionado con prisión de 3 a 12 años.” Este también puede ser agravado según el Artículo 252:

“1º. Cuando se cometiere en despoblado o en cuadrilla.

2º. Cuando se empleare violencia, en cualquier forma, para entrar al lugar del hecho.

3º. Si los delincuentes llevaren armas o narcóticos, aun cuando no hicieren uso de ellos.

4º. Si lo efectuaren con simulación de autoridad o usando disfraz.

5º. Si se cometiere contra oficina bancaria, recaudatoria, industrial, comercial o mercantil u otra en que se conserven caudales o cuando la violencia se ejerciere sobre sus custodios.

6º. Cuando el delito se cometiere asaltando ferrocarril, buque, nave, aeronave, automóvil u otro vehículo.

7º. Cuando concurriere alguna de las circunstancias contenidas en los incisos 1º, 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 y 11 del artículo 247 de este Código.

El responsable de robo agravado será sancionado con prisión de 6 a 15 años.”

El rasgo característico del robo, según el ordenamiento jurídico guatemalteco, es la violencia. Significa el empleo de la fuerza física y supone que puede manifestarse sobre un objeto o sobre una persona, siendo necesario que realmente la violencia esté dirigida tanto a la víctima de la sustracción como a una tercera persona vinculada de cierta forma con ella.

Tal como el inciso 7º del Artículo 252 señala, también concurre en robo agravado, si el fuere de cosas religiosas o militares, de valor científico, artístico o histórico o destinadas al uso u ornato públicos. Es decir, que este precepto legal, también contempla lo relativo a objetos destinados al culto, religiosos, profanos o históricos, siendo la pena menor, de 6 a 15 años; mientras que el delito de los hechos sacrílegos contempla una pena superior, inhumana y desproporcional de 20 años.

De esta forma, y según la figura de los hechos sacrílegos, el robo implica la adquisición ilegal de los bienes de contenido religioso, de cosa sagrada o no, independientemente que se cometa o no en el lugar destinado al culto, haciendo uso ya sea de la fuerza, intimidación o amenaza a su legítimo poseedor. Asimismo, aunque la expropiación violenta de la cosa o no sagrada no se haya logrado, una vez atentado contra la integridad del poseedor del bien, se considera el delito de robo como realizado. La pena a imponer será de veinte años de prisión correccional inconvertibles, además de una pena pecuniaria de no menos del doble del valor de dichos objetos destinados al culto. En este supuesto, también corresponde lo relativo a la prisión correccional inconvertibles que se describió previamente con el delito de hurto.

La diferencia fundamental entre el hurto y el robo, es la intervención de la violencia, teniendo ambas por objeto, el apoderamiento de la cosa mueble de ajena propiedad, se realice o no con fuerza sobre las cosas o personas, en este caso, sobre objetos como el Santísimo Sacramento, Santos Óleos, Santas Imágenes, en bulto o en pintura, vasos sagrados, cálices, copones, patenas, custodias, corporales, purificadores, ornamentos, vestiduras sagradas, pilas bautismales, confesionarios, púlpitos, coronas, resplandores,

anillos, cadenas, pulseras, crucifijos, floreros, candeleros; Cruz Alta, ciriales, incensarios, alcancías, Biblias o cualquier otro objeto similar de alto contenido religioso, profano o histórico independientemente de que se cometan o no en el lugar destinado al culto. Asimismo, un elemento importante, subjetivo, presente y necesario en ambos tipos delictivos es el llamado ánimo de lucro, esto es, la voluntad del sujeto infractor de aumentar su patrimonio, para enriquecerse con él, sea apropiándose de dicho bien o bien vendiéndolo.

3.4.3. Adquisición, enajenación, exportación, tráfico, o alteración

El Artículo 255 Bis, como se ha venido desarrollando, contempla tres supuestos de delito, el hurto, el robo y la adquisición, enajenación, exportación, tráfico y alteración; en este sentido, la acción recae sobre objetos materia de culto, sagrados o no.

Según Cabanellas, la adquisición es “la acción y efecto de adquirir; el acto por el cual se hace uno dueño de alguna cosa; y también la misma cosa adquirida”³⁸; es decir, no es más que la acción de obtener la propiedad de una cosa que pertenecía a otro con anterioridad, o que por el contrario, no hubiere pertenecido a alguien.

El mismo autor señala que enajenación es el “acto jurídico por el cual se transmite a otro la propiedad de una cosa, bien a título oneroso, como en la compraventa o en la permuta; o a título lucrativo, como en la donación y en el préstamo sin interés.”³⁹

³⁸ Cabanellas, G. **Óp. Cit.** Pág. 27.

³⁹ **Ibíd.**

La exportación hace alusión al envío de bienes, productos o mercaderías nacionales a un país distinto. En ese mismo sentido, el tráfico constituye la acción de comerciar o negociar con dinero o mercancías por cualquier medio de transporte, en cualquier país del mundo. Ambos, con fines lucrativos.

Y la alteración, en el caso específico de los objetos de carácter religioso, consta de modificar o cambiar las características particulares y específicas del objeto en cuestión, a modo de convertirlo en una cosa distinta al que era o con un fin distinto al que posee.

Expresamente, el Artículo 255 Bis último párrafo señala: “a las personas que a sabiendas adquieran, enajenen, exporten, trafiquen o alteren en cualquier forma dichos objetos o similares, la pena a imponer será de diez años (10) de prisión correccional incommutables, y multa del doble del valor de los objetos materia del delito.” De esta forma, queda claro que toda acción que implique alterar, adquirir, traficar, transmitir o comerciar objetos religiosos fuera del país, a cambio de fines lucrativos, concurre en la comisión del delito de los hechos sacrílegos, en sus distintas modalidades, y que a su vez, será condenado con una sanción de diez años y una pena pecuniaria, sobre el doble del valor de dichos objetos.

Se incurrirá en el delito de los hechos sacrílegos, siempre y cuando no se trate de sus legítimos propietarios y tenedores, y las personas legalmente autorizadas. Con máximo énfasis, en la obligación que se le atribuye al Estado de velar por el aseguramiento, y entrega pronta de los objetos, tales como el Santísimo Sacramento, Santos Óleos, Santas Imágenes, cálices, copones, ornamentos, vestiduras sagradas, pilas



bautismales, confesionarios, púlpitos, coronas, floreros, candeleros, alcancías, biblias, y cualquier otro de valor religioso, profano o histórico.

CAPÍTULO IV



4. De la actividad legislativa

El origen de la actividad legislativa se remonta a siglos atrás, no obstante, fue con la independencia de 1821, ya que significó un cambio histórico, fundamentalmente, en la estructura política del Orden Monárquico Republicano Representativo Federal. Dicha circunstancia se puede apreciar en el punto segundo del acta de independencia, en el cual se señalaba que se procedía a elegir diputados y representantes suyos, de esta forma se conformaba el Congreso, Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa oportunamente. Pero fue en 1823 cuando se instaló el primer cuerpo legislativo patrio, bajo el nombre de Asamblea Nacional Constituyente. En ese mismo año, las Provincias Unidas de Centro América reunidas en Asamblea Nacional Constituyente, promulgan las bases constitucionales de 1823, fundamentado en la creación de los altos poderes del Estado.

Con lo anterior, se estableció la creación del poder legislativo de la federación, y poderes legislativos para cada uno de los Estados federados; decretando en 1824 la Constitución en la cual se manifiesta que el poder legislativo reside en un congreso, compuesto de representantes popularmente elegidos, en razón de uno por cada treinta mil habitantes. Y a su vez, habrá miembros elegidos popularmente en razón de dos por cada Estado, renovando sus miembros anualmente, pudiendo ser reelectos.

Con este precedente, la Asamblea del Estado de Guatemala, aprobó en 1825 la primera Constitución Política del Estado de Guatemala, mediante el cual, entre otras cosas, se regulada al poder legislativo. Se establecía que sus representantes debían ser elegidos popularmente, en razón de uno por cada departamento del Estado, residiendo en una Asamblea, entre otros supuestos. En ese sentido, la Asamblea Nacional Constituyente de 1945 decreta la Constitución Política de la República de Guatemala, cambiando la denominación a de Guatemala; el cual constituye el órgano legislativo unicameral de Guatemala, conformado por 158 diputados electos democráticamente, de forma directa.

Dado que la República de Guatemala está organizada bajo el sistema de gobierno republicano, democrático y representativo, es decir, que la soberanía radica en el pueblo, éstos la delegan para su ejercicio a los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. De esta forma, se reconoce que el Congreso de la República de Guatemala es el depositario de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario, y de la jerarquía especial de las leyes emitidas por el mismo, como expresión de la voluntad soberana del pueblo, a través de sus representantes, sometida a la supremacía de la Constitución. Es así, que el poder legislativo o parlamentario se establece como se le conoce hoy en día.

La Constitución Política de la República en su Artículo 157 determina lo siguiente: “La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos. Cada uno de los Departamentos de la República, constituye un distrito

electoral. El Municipio de Guatemala forma el distrito central y los otros Municipios del departamento de Guatemala constituyen el distrito de Guatemala. Por cada distrito electoral deberá elegirse como mínimo un diputado. La ley establece el número de diputados que corresponda a cada distrito de acuerdo a su población. Un número equivalente al veinticinco por ciento de diputados distritales será electo directamente como diputados por lista nacional...”

Asimismo, la Carta Magna en su Artículo 171 regula otras de las atribuciones del Congreso, siendo la más importante en este trabajo de investigación, la contemplada en el inciso a), el cual expresa de manera clara y precisa que le corresponde también al Congreso: “Decretar, reformar y derogar las leyes”.

En el lenguaje jurídico, el término de ley, se encuentra empleado en dos sentidos, estos son: en sentido formal, se trata de la ley o cualquier acto o documento que independientemente de su contenido normativo emana del órgano legislativo y goza de régimen jurídico; por el contrario, en el sentido material, se dice de la ley, acto o documento que, independientemente del órgano del cual emana, contiene normas generales y abstractas. También se conoce que la ley en sentido amplio (*latu sensu*), constituye todas las normas jurídicas, desde las constitucionales hasta las individualizadas. En sentido estricto (*strictu sensu*), es el conjunto de normas jurídicas que son de observancia general, de carácter obligatorio y son exigibles coercitivamente porque han sido emitidas por el órganos constitucionalmente facultado para su emisión, es decir, el Congreso de la República de Guatemala o Asamblea Nacional Constituyente, si fuera el caso.



Bajo ese contexto, es necesario hacer mención de la jerarquía normativa, es decir, el orden de importancia que guardan entre sí los preceptos de un ordenamiento jurídico. Según Kelsen, “las leyes o normas jurídicas, se jerarquizan de la siguiente forma ordenada y escalonada: primero las leyes constitucionales; bajo de éstas las leyes ordinarias; bajo de éstas las leyes reglamentarias y por último las leyes individualizadas”.⁴⁰

En el presente trabajo de investigación, cabe hacer referencia con especial atención a las leyes ordinarias, toda vez que éstas se desarrollan y describen el contenido de las de orden constitucional, a diferencia de éstas, las ordinarias son creadas por un organismo permanente y especializado del Estado, que como se ha venido mencionando, es el Congreso de la República, el cual emite leyes bajo el llamado proceso o procedimiento legislativo. Como ejemplo, dentro el sistema jurídico guatemalteco existen, entre otras leyes ordinarias: Ley del Organismo Judicial, Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Comercio, etc. A su vez, en esta misma clasificación, se encuentran las leyes orgánicas, las cuales regulan el funcionamiento y estructura de un órgano del Estado.

Tal como se manifiesta en el párrafo anterior, es el Congreso de la República de Guatemala el encargado de crear normativas, atendiendo a las diversas necesidades que se pretenda reglar, bajo la observancia de la constitucionalidad, importancia, conveniencia y oportunidad del proyecto de ley que se pretenda decretar. De acuerdo a

⁴⁰ Kelsen, Hans. **Teoría general del derecho y del estado**. Pág. 3

lo anterior, la actividad legislativa no es más que el quehacer del poder legislativo, es decir, el desarrollo de sus funciones y atribuciones, específicamente el de decretar, reformar y derogar leyes con el fin proteger bienes jurídicos que el Estado tiene como obligación garantizar, bajo la creación de figuras delictivas o tipos penales, en los que encuadran determinadas conductas y que llevan consigo una consecuencia jurídica. La creación y adecuada redacción de leyes, y demás disposiciones normativas, independientemente del objeto que regule, exige determinados lineamientos que el organismo encargado debe tomar en consideración para la efectividad y completa legalidad de las mismas, así como la seguridad jurídica y en atención a los aspectos generales de derecho. A ese conjunto de directrices se le llama técnicas legislativas, las cuales serán descritas a continuación.

4.1. Técnicas legislativas

Inicialmente, por técnica se conoce al “conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte”⁴¹ y por legislativa “de la potestad de hacer leyes”⁴². Dentro de ese contexto, se sabe que las técnicas legislativas son las reglas o recursos de los cuales debe basarse el legislador para la elaboración y adecuada redacción de leyes y disposiciones normativas.

Los antecedentes de la técnica legislativa se encuentran durante los siglos XVII y XVIII, dentro de las escuelas afines al positivismo jurídico actual. “Murhard, pensador de esta

⁴¹ Real Academia Española. **Óp. Cit.** Pág. 2144.

⁴² **Ibid.**

corriente, afirmaba que el fin fundamental del Estado era la seguridad jurídica; para alcanzarla sostenía que era necesario un dato que hiciera derivar al resto de la estructura del derecho. La lógica deductiva construyó el sistema de derecho.⁴³ Es de esta manera, surge el constitucionalismo, donde la Constitución, sería la primera norma positiva del sistema, como norma fundamental y suprema, y en la cual se reconocen la creación de normas inferiores y organizaciones y procesos de los órganos estatales. Derivado de esto, en el ámbito del derecho privado, la consecuencia más inmediata fue la creación de códigos civiles. Dentro de la corriente codificadora se adoptó el término de técnica legislativa en el siglo XIX.

“Todo buen racionalista sintió la firme convicción de redactar leyes perfectas, definitivas, eternas, válidas para toda la humanidad y con mayor concreción del sistema jurídico”⁴⁴ , es así como a principios del siglo XX la técnica legislativa alcanzó un papel relevante en la creación normativa, ya que aportaba claridad y precisión a raíz de abstracciones lingüísticas.

La explosión legislativa, se agravó en la segunda mitad del siglo XX. De esta manera surgió la necesidad de canalizar esfuerzos en el ámbito legislativo, para evitar las redundancias, contradicciones, lagunas y oscuridades en el sistema jurídico. Incluso en países europeos se constituyeron instituciones y trabajos que tenían por objeto el estudio de los elementos necesarios para legislar. Los países anglosajones le denominaban legal drafting, como el sistema mediante el cual se redactaban los

⁴³ Carbonell, Miguel y Susana Pedroza. **Elementos de técnica legislativa.** Pág. 42

⁴⁴ **Ibíd.**

proyectos de ley. Italia por su parte, como uno de los países más desarrollados en la aplicación de ésta, planteaba las directrices para la formulación de los textos legislativos y sobre la promulgación de leyes y decretos. Inglaterra era otro de los países que creaba leyes bajo lineamientos profesionales y especializados en la redacción legal.

Este método sistemático y especializado comprende la redacción de leyes, mediante dos vertientes, el de la técnica o racionalidad lingüística y la jurídica. Esto derivado del énfasis que se había puesto a las características que debe reunir una norma escrita. Los trabajos de la escuela positivista en el ámbito jurídico manifestaban la importancia de la epistemología y conocimiento del derecho escrito, atendiendo a una corriente filosófica positivista que proporcionara claridad, sencillez y congruencia normativa.

La técnica o racionalidad lingüística, ha sido la más desarrollada, ya que son los juristas los que proponen el estudio de la formulación de leyes. Esta vertiente pretende la claridad con la que se expresa la norma tanto para el emisor como para el receptor. De esto se deriva la carga que para el sujeto emisor tiene la calidad de la forma del mensaje que envía al emisor y la aptitud de hacia quién va dirigida. La claridad depende de tres aspectos principales: estilísticos, ortográficos y léxico.

El primero, hace referencia a la brevedad de los enunciados, es decir, eliminar dificultades para comprender el mensaje. Las construcciones gramaticales deben hacerse sin tecnicismos. El segundo aspecto, explica el uso justificado que se emplea en la redacción de normas de mayúsculas, abreviaturas, guiones, siglas, paréntesis, comillas, signos de puntuación, entre otros. Y la tercera, habla sobre la transparencia

del lenguaje legal, a través de determinar el significado común de las palabras que se utilizan para precisar, restringir o ampliar el sentido usual de éstas, así como, abreviar y simplificar el sentido de la norma, por razones prácticas.

Por otro lado, la técnica o racionalidad jurídica, hace referencia a la constitucionalidad, importancia, conveniencia y oportunidad de la creación de una ley. Toda vez que cada una de las normas que forman parte del sistema jurídico debe tener cabida de forma armónica en el conjunto de normas del cual formará parte. Por esto es importante que para que se dé esta inserción armónica, que la norma en cuestión no vaya en contra de la Constitución y cada uno de los preceptos que ésta regula. Es necesario destacar, que dicha norma debe guardar relación con la norma superior. Otra de las reglas aplicables, es la facultad o atribución del poder público para legislar determinadas materias. Por otra parte, el reconocimiento formal de la norma, debe tener el reconocimiento social y contar con la suma de las relaciones existentes de poder que rigen en el país, a través de mecanismos como la publicidad.

En este caso, el técnico legislativo es el redactor o proyectista de una ley, es así, quien crea un texto normativo que refleje con precisión, claridad y simplicidad la voluntad política que se le transmite, atendiendo a cuestiones como la redacción, estructura y lógica de las normas, analizando la constitucionalidad de la norma y congruencia con el ordenamiento jurídico vigente. Una buena técnica legislativa aplicada por especialistas, propicia facilidad de acceso y mejor conocimiento de las leyes, tanto en su transparencia como seguridad y certeza jurídica. Una ley desordenada, ambigua y

confusa únicamente genera dudas, y desfavorece tanto su interpretación como su ejecución.

Lo que hace la técnica legislativa es transcribir, traducir a un texto escrito la decisión política del legislador. Y esta traducción debe cumplir tres requisitos básicos:

- Debe ser coherente con el resto del ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que cuando un cuerpo legislativo aprueba un proyecto de ley, no lo hace para que permanezca aislado sino que su destino será incorporarse al orden jurídico. En tal sentido, debe mantenerse la coherencia entre la norma que se propone y el resto de la normativa vigente. Esta tarea no es exclusivamente del técnico legislativo, por cuanto la decisión acerca del contenido jurídico de la norma es una atribución del legislador. Sin embargo, sí debe el técnico advertir acerca de las incoherencias que pudieran plantearse y proponer una solución coherente.
- Debe ser un fiel reflejo de la decisión política que motivó al legislador. Muchas veces sucede que, por defectos en la elaboración del texto, la decisión política se ve alterada o, al menos, no queda claro cuál fue realmente esa decisión. Por supuesto, si la decisión política no es clara, el cumplimiento de este requisito se transformará en algo imposible. Debe, en consecuencia, el técnico, inquirir con precisión al decisor político acerca de cuál es la decisión adoptada.
- El texto debe ser interpretado de la misma manera por cualquier lector, condición sine qua non para garantizar los derechos elementales de seguridad jurídica y de

igualdad ante la ley. En efecto, si la ley admite diferentes interpretaciones, es imposible garantizar la seguridad jurídica: el ciudadano puede haber actuado conforme su interpretación de la ley pero el juez decidir que esa interpretación no es la correcta y que, por lo tanto, el ciudadano ha incumplido la ley. Asimismo, la igualdad ante la ley se transforma en una mera ilusión: ante dos casos objetivamente iguales, dos jueces podrán aplicar leyes diferentes según la interpretación que cada uno de ellos le dé al texto legal. Esta tarea, la de asegurar al texto una interpretación unívoca, es tal vez la tarea más importante del técnico legislativo y es de su exclusiva responsabilidad.

La técnica legislativa es el arte y la destreza necesaria para llegar a la correcta y eficaz elaboración de la ley. Tal como se ha mencionado, las técnicas legislativas se conforman por procedimientos, recursos, reglas y estilos sistematizados que tratan a la ley durante su proceso, de esto se distingue la técnica interna y la externa. El ámbito de la técnica legislativa interna, hace alusión a los instrumentos que se utilizan para la elaboración de la ley: su integración formal, su estructura interna y el desarrollo material de la ley, es decir, su estructura externa y redacción. Mientras que la externa, da conocimiento del contexto en el cual se legitima la ley: estructura, organización, funcionamiento del poder legislativo, procedimientos legislativos para la creación de la ley, y capacitación legislativa, entre otros.

Asimismo, y con la aplicación de esta herramienta, el legislador, estará en condiciones de elaborar una norma que cumpla con estas indispensables tipologías:



- Homogeneidad: la ley debe contener la regulación total de una sola materia.
- Completitud: la ley regula por completo su objeto para evitar que existan regulaciones parciales o dispersas de una misma materia desperdigadas en varias normas.
- Lógica: la ley debe guardar un orden lógico y debe estructurar sus normas de lo general hacia lo particular, de lo normal a lo excepcional, y de lo sustantivo a lo procesal. Esto facilitará la comprensión y fácil manejo de la norma.

Dado de una de las tareas más importantes que realizan los legisladores es la de elaborar leyes, y toda vez que las conductas de los hombres que conviven en sociedad son reguladas en su mayoría por reglas de conducta, es decir, por leyes. Las leyes necesariamente reflejan las estructuras económicas, culturales y políticas de un país. La ley entendida como el conjunto de normas que emana de autoridad legislativa, en un texto escrito, derivado de una decisión política; es el producto final de un proceso que tiene su origen en demandas sociales, que interrelacionan las funciones básicas del poder legislativo: la política y la técnica. Ya que es el encargado de dar forma a un texto que expresa voluntad política, mediante la utilización de mecanismos que adecuen esas necesidades y demandas sociales a un texto normativo.

Aunado a lo anterior, la técnica legislativa es "la actividad encaminada a construir un ordenamiento jurídico bien estructura en sus principios e integrado por normas

correctamente formuladas⁴⁵ y de esa forma es importante y de interés general, aplicar correctamente las reglas que de ésta se derivan, no solo para su aprobación, sino que su cumplimiento y aplicación serán siempre bien acatados por los destinatarios. En conclusión, las técnicas legislativas se convierten en el contenido y los propósitos del derecho en palabras y frases que conforman normas sistematizadas, atendiendo a un estudio científico, social y político, el cual está destinado a hacer práctica y eficaz la norma jurídica en el medio social a que se le destina, cuyo objeto de este es mejorar la calidad de las normas.

4.2. Procedimiento legislativo

En el marco de la función de las técnicas legislativa, existe una serie de pasos que conforman el proceso de elaboración del texto normativo que se da previo a la presentación de un proyecto de ley. Este proceso previo consta de:

- La comprensión general del tema que se pretende legislar.
- Investigación de antecedentes del tema, a modo de completar el contenido del proyecto y sus fundamentos.
- Análisis e fondo, parte del tema y sus antecedentes para determinar la congruencia del contenido con la Constitución y el momento propicio de ésta.
- Elección de la forma de presentación y diseño de la estructura, los cuales deberán resultar de fácil comprensión.

⁴⁵ Sáinz Moreno, Fernando. **Técnica normativa: una visión unitaria de una materia plural.** Pág. 19.



- Redacción del proyecto, debe ser claro y conciso.
- Presentación del proyecto de ley.

Por mandato constitucional, el de Guatemala es el único órgano estatal que puede crear, modificar y derogar las leyes del ordenamiento jurídico del país. Dicha facultad es exclusiva para las leyes de carácter ordinario. El procedimiento legislativo constituye una serie de pasos que la propia Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley Orgánica del Organismo Legislativo señalan para la elaboración de leyes. Cada uno de los pasos que conforman este proceso, deben seguirse en orden cronológico, y con el objeto de no faltar a los preceptos señalados en estos cuerpos legales.

La Carta Magna, establece las etapas correspondientes a este proceso:

- Iniciativa de ley. Es importante precisar que por iniciativa de ley se entiende facultad que es otorgada por la norma constitucional con el objeto de que determinados entes puedan someter a consideración del Congreso de la República de Guatemala un proyecto de ley que se presume que es acorde a las necesidades del ordenamiento jurídico del país. Dicha facultad está encomendada a: los diputados al Congreso de la República; el Organismo Ejecutivo; la Corte Suprema de Justicia; la Universidad de San Carlos de Guatemala; y el Tribunal Supremo Electoral.

- **Presentación y discusión.** Consta de dar a conocer al Congreso de la República de Guatemala un proyecto de ley, a efecto que éste resuelva sobre si es necesario someterlo a discusión ante el pleno del mismo.
- **Aprobación.** Es la votación que realiza el Congreso, una vez discutido el proyecto de ley.
- **Sanción,** es la aceptación que hace el Organismo Ejecutivo de un decreto que ha sido previamente aprobado por el Congreso de la República, por considerar que dicho decreto sí se adapta a las necesidades del país.
- **Promulgación,** no es más que la declaración que se hace en virtud de que la ley debe considerarse de observancia general y obligatoria en el territorio guatemalteco.
- **Publicación.** Acto solemne a través del cual el Organismo Ejecutivo ordena dar a conocer a la población sobre una ley que ha sido creada, en el Diario Oficial.
- **Vigencia,** es el momento en que una ley se convierte de observancia obligatoria y general para todos los habitantes de la República de Guatemala.

Toda vez que la Carta Magna y la Ley Orgánica del Organismo Legislativo regulan dicho procedimiento, se procede a describir éste, integrando ambos cuerpos legales, para mayor y mejor comprensión del procedimiento legislativo, según el ordenamiento jurídico nacional.



➤ **Presentación del proyecto de ley**

- **Forma de presentar el proyecto:** Se presenta en forma de decreto, es decir, con una parte considerativa y una dispositiva. Asimismo, debe incluir una minuciosa exposición de motivos, más los estudios técnicos y documentos que justifiquen dicho proyecto.

El proyecto debe ser presentado en forma escrita y digital ante la Dirección Legislativa del Congreso de la República, encargada de registrar en el sistema de cómputo, asignándole número al proyecto para que la Junta Directiva lo agende.

- **Introducción del proyecto de ley al Pleno del Congreso de la República de Guatemala:** Si es presentado por uno o más diputados, debe ser leído en sesión plenaria inmediata, siguiente a su presentación en la Dirección Legislativa. Luego de leída, el diputado oponente, si así lo solicita, podrá hacer uso de la palabra y exponer los motivos que justifican su iniciativa. Una vez concluida la lectura del proyecto, la propuesta pasa a Comisión Legislativa.

Si es presentado por otro órgano que tenga iniciativa de ley, se dará lectura al proyecto ante el Pleno del Congreso, y en las sesiones en que se conozca, el funcionario que haya presentado dicha iniciativa, podrá argumentar y justificar las razones de su iniciativa.

- La Comisión Legislativa realiza estudio del proyecto. Posteriormente, emite dictamen no vinculante en un plazo de cuarenta y cinco días, no obstante, dictamen se puede obviar por las dos terceras partes del total de diputados).

Emitido el dictamen, éste se traslada nuevamente a la Dirección Legislativa, por escrito y digital. Ésta lo registra en el sistema de cómputo y lo traslada a la Junta Directiva para que le programe en el punto de agenda correspondiente.

➤ **Discusión del proyecto de ley.**

Se realizará en tres sesiones, celebradas en distintos días. No podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutida en la tercera sesión.

En la primera y segunda sesión se discute de forma general sobre la constitucionalidad, importancia, conveniencia y oportunidad del proyecto presentado. Durante la tercera sesión, los diputados continúan con la discusión de la constitucionalidad, conveniencia y oportunidad. Posterior a esto, votan sobre si rechazan el proyecto, o en su defecto, siguen discutiendo el proyecto por artículos. En la discusión por artículos, los diputados podrán presentar enmiendas y votan artículo por artículo.

➤ **Aprobación del proyecto.**

Este se da una vez discutido y votado artículo por artículo. Durante este paso, se vota sobre la redacción final de cada uno de los artículos que conforman el proyecto de ley.

Y se realiza la revisión de estilo por medio de la Junta Directiva y se le asigna un número de decreto.

- La Junta Directiva del Congreso de la República de Guatemala remite el decreto legislativo al Organismo Ejecutivo en un plazo no mayor a diez días.

En esta etapa se da el veto, que es la facultad que tiene el Organismo Ejecutivo, a través del Presidente de la República en Consejo de Ministros, de no sancionar una ley que haya sido aprobada por el Congreso de la República de Guatemala, en virtud de que a su juicio se considere la misma, no se encuentra conforme a los intereses de la nación, y en este caso, se devolverá al Congreso con las observaciones que se hayan realizado en el Ejecutivo. El veto debe ser de forma total.

Dentro de quince días recibido el decreto legislativo, el Presidente, tal como se mencionó anteriormente, en Consejo de Ministros devuelve el decreto vetado:

Si lo devuelve, la Junta Directiva del Congreso, lo pone a conocimiento del Pleno, para que un plazo no mayor de treinta días se rechace o considere el veto. Hecho esto, se remite a la Comisión Legislativa para que estudie el veto y emita un dictamen. Emitido el dictamen, éste se pone a conocimiento del Pleno para que lo discuta y vote en aprobación o desaprobación el veto. El veto se rechaza con mayoría calificada, es decir, con dos terceras partes del total de diputados (105 diputados). Si se rechaza, el Organismo Ejecutivo obligatoriamente debe sancionarlo y promulgarlo en ocho días

siguientes. Si no lo hace, la Junta Directiva ordena su publicación en un plazo no mayor de tres días. A este momento se le conoce como primacía legislativa.

Por otra parte, si no lo devuelve en el plazo, se tendrá por sancionado y el Congreso deberá promulgarlo dentro de ocho días siguientes.

➤ Promulgación

Acto por el cual el Presidente de la República, luego de haber sancionado el decreto legislativo, ordena solemnemente que éste sea publicado y cumplido por todos los habitantes de la República.

➤ Publicación

Se da a conocer una ley a toda la población, mediante el Diario Oficial (Diario de Centro América). El Diario de Centro América es el medio de divulgación oficial, quiere decir que es el único medio a través del cual la publicación de las leyes puede producir efectos jurídicos, lo que implica que la publicación de las mismas en cualquier otro medio de divulgación no adquiera la efectividad ni eficacia de producir efectos legales, sino que únicamente serviría de publicidad y otro medio de divulgación para darla a conocer.

➤ Vacatio legis

Es el período de tiempo que transcurre entre la publicación y la entrada en vigencia de la ley, es decir ocho días. Según el Artículo 180 de la Carta Magna.



➤ Vigencia

La ley se convierte de observancia obligatoria y general. La vigencia de una ley se refiere al periodo de vida que esta tendrá dentro del ordenamiento jurídico, y por lo tanto se entiende que se extenderá hasta que esta sea derogada por ley posterior, por declaración expresa una nueva ley, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad.

4.3. Determinación legal de los marcos penales

Zaffaroni, manifiesta que “el poder político hasta cierto punto, puede decidir qué conductas somete a pena y cuáles no somete a pena, porque es parte de su ejercicio en el marco del hecho de poder que ejerce el sistema penal, pero la agencia política no puede superar todo límite de irracionalidad e inventar la ‘la pena’ y la ‘no pena’.”⁴⁶

El mismo autor, manifiesta que “la legislación penal es el material básico de la interpretación del derecho penal. En la primera aproximación, puede entenderse por legislación penal al conjunto de leyes que programan la decisión de conflictos mediante una coerción que priva de derechos o infiere un dolor (pena) sin perseguir un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente. En la sociedad existen relaciones de poder que intervienen en los conflictos como solución (cuando satisfacen a las partes o a la parte lesionada) o como mera decisión. Toda cultura tolera también que en la mayoría de los conflictos no intervenga el poder

⁴⁶ Zaffaroni, Eugenio. **En busca de las penas perdidas**. Pág. 209.

formalizado o, mejor dicho, ninguna sociedad admite que en todos los conflictos intervenga ese poder. Las agencias políticas programan su intervención sobre una parte de la conflictividad social mediante modelos; formalizan su decisión según áreas particulares (civil, mercantil, constitucional, administrativa, etc.), pero la formalización no cambia la esencia de los modelos decisorios adoptados, porque el derecho no puede programar más que lo socialmente posible. Los principales modelos decisorios son: el reparador, el conciliador, el correctivo, el terapéutico y el punitivo.”⁴⁷

En el mismo sentido, Zaffaroni, acertadamente argumenta que las agencias políticas formalizan la intervención punitiva a través de leyes penales. Siendo necesario construir el concepto de ley penal de modo que abarque las leyes penales manifiestas, como el Código Penal y leyes penales especiales; así como las leyes penales latentes, es decir, las que manifiestan acciones y funciones no punitivas. Lo anterior, de forma que se complementen y habiliten el ejercicio de un poder punitivo.

“La pena como delimitadora del horizonte del saber jurídico penal”⁴⁸, y con la afirmación de que el horizonte de proyección del derecho penal es proporcionado por la pena, la legislación debe abarcar dicha delimitación. La pena en este sentido cumple con funciones positivas y negativas. Cada teoría positiva de la pena le asigna una función de que ésta es un bien para alguien. Según esta teoría, se legitima el poder punitivo a través de la pena, y con esto, el derecho penal. El mismo autor pone de manifiesto que la legitimación del poder punitivo es un componente del estado de policía que opera en

⁴⁷ Zaffaroni, E., A. Alagia y A. Slokar. **Óp. Cit.** Pág. 37

⁴⁸ **Ibid.**

detrimento de un estado de derecho. De modo que se imponen las penas a los más vulnerables. Todas las teorías positivas de la pena responden a la asignación de una función determinada a la pena, le asignan al derecho penal la interpretación de leyes que disponer de coacción, y conforme a esta interpretación, se asigna una función específica a las agencias jurídicas que deciden al respecto en cada caso.

El sentido negativo a esta teoría se asigna, toda vez que la pena constituye una coerción, impone privación de derechos o un dolor, no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones ni neutraliza los peligros inminentes. La pena es un ejercicio de poder que no atiende su función a restituir o reparar, sino funciona como una fuente de coacción directa que no responde a modelos de solución o prevención de conflictos.

En ese contexto, en los últimos años se ha consolidado el sistema legalista en la determinación de la pena, derivado de la importancia de la concesión de un mayor arbitrio judicial en la individualización de la pena. El proceso de individualización de la pena es precisamente la existencia de márgenes en los que pueda darse una decisión judicial, porque la ley al prever un hecho sancionable como delito, no puede tener en cuenta las circunstancias particulares del hecho concreto. En un sistema de penas relativamente determinadas, como Guatemala, el proceso de determinación de la pena configura notablemente el equilibrio de funciones que en el mismo han de atribuirse a las instancias de la ley y de los órganos judiciales.

La determinación de marcos legales, es competencia absoluta del legislador, y abarca la selección del tipo y la medida de la pena de los delitos en la parte especial,

estableciendo el marco penal abstracto, así como la fijación de las reglas de determinación, atendiendo al grado de ejecución, participación, atenuantes, agravantes, con cuya aplicación se obtiene el marco penal concreto.

La búsqueda de la pena justa se transforma en el objetivo prioritario del sistema penal, una vez que se vea obligado a intervenir y lo justo no será lo que más se acomode al derecho positivo, pues su generalización, impide la correcta individualización de cada supuesto.

Tal como se ha mencionado en apartados anteriores, la imposición de una pena transcurre a través de tres momentos esenciales. En primer lugar, el de determinación del marco legal abstracto o genérico, fase en la que el juez se limita a subsumir los hechos concretos en los que todavía la determinación de la pena se encuentra en etapa de previsión legal. Aquí, el legislador describe en abstracto las penas que corresponden a cada delito, y es el juez, quien debe concretar las consecuencias jurídicas aplicables al responsable, en atención a los criterios de proporcionalidad. En segundo lugar, la concreción legal de la pena corresponde a imponer en función de las variables previstas legalmente en torno a la ejecución delictiva, es decir, todas y cada una de las circunstancias particulares del delito en cuestión. La individualización legislativa de la pena o determinación del marco legal de la individualización judicial de la pena, se delimita normativamente a un marco penal concreto, que permite el desarrollo correcto y adecuado de la actuación discrecional del juez.

En tercer lugar, la fase de la estricta individualización judicial de la pena exacta que ha de imponerse, dentro del marco legal preestablecido por el legislador y seleccionado con base en los criterios legales por el juzgador. En esta fase se distinguen entre la determinación de la pena en sentido estricto y en sentido amplio, es decir, entre la individualización concreta de la cuantía de pena que dentro del marco penal corresponde aplicar al responsable de la comisión de un hecho delictivo, y la medición de un sustitutivo penal y de la clase de pena a aplicar.

En conclusión, la determinación legal de marcos penales consiste en la traducción de un delito a una responsabilidad jurídica determinada, que los legisladores, a la hora de elaborar las leyes penales, previeron, atendiendo a cada una de las circunstancias particulares. En este caso, el legislador determina un marco penal para la pena de cada delito. En la determinación de ese marco penal, se utilizan los criterios de prevención general y proporcionalidad con el daño causado por el delito. La finalidad del establecimiento de ese marco es la regulación social para evitar que se lleven a cabo actos dañinos. En esta misma determinación legal del marco penal no se establece la pena exactamente, sino que se determina un margen de pena, con un máximo y un mínimo entre los cuales se debe concretar la misma.

La determinación del marco penal aplicable a un delito concreto ha de especificarse cuál es el marco entre el mínimo y máximo en que puede moverse el órgano jurisdiccional a la hora de la individualización y ejecución de la misma. Por esto es importante que estén claramente definidos, para que dentro de los supuestos que se establecen legalmente, se condiciona la actuación judicial en el margen de

discrecionalidad que normativamente se concede al juez para la determinación exacta del marco aplicable. La legislación penal opta por el modelo normativo que regula la determinación judicial de la pena a partir de una decisión legislativa que fija un límite mínimo y máximo de la pena prevista, dejando en manos del juez la determinación de la pena concreta entre estos límites, o establece, además, ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afecta el marco penal abstracto, así como criterios específicos del juez al individualizar la pena.

En principio, el órgano jurisdiccional tiene la tarea de determinar la pena correspondiente al delito que se trate, atendiendo a una técnica legislativa que con anterioridad ha establecido una extensión mínima o máxima correspondiente a la pena de cada delito, los cuales funcionan como límites punitivos de la sanción jurídica al caso concreto.

4.4. Idoneidad de la norma penal

La idoneidad viene de la cualidad de lo apropiado o adecuado para algo. En el contexto de la investigación y en particular de este tópico, tiene que ver con el “objeto de verificar que la intervención legislativa en derechos fundamentales representa un medio idóneo o adecuado para contribuir al logro del fin que se pretende alcanzar con la misma.”⁴⁹, es por esto que se exige que una sanción sea apta o cualitativamente adecuadas para alcanzar el fin de la conducta tipificada.

⁴⁹ Lopera Meza, Gloria. **Principio de proporcionalidad y ley penal.** Pág. 387.

En ese sentido, el fin, como se ha mencionado, es la protección de bienes jurídicos. El mismo autor señala que “entre medio y fin debe existir una causalidad positiva, es decir, cuando la intervención legislativa contribuye a la creación de un Estado de cosas en el que la realización de un fin se vea incrementada en relación con el estado de las cosas al momento de su intervención.”⁵⁰

Ahora bien, cuando se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito penal, la lógica operativa que se ha estudiado durante esta investigación, no sufre ningún cambio. Se trata más bien, de establecer si la intervención del poder punitivo en la esfera jurídica de los derechos, como la libertad, es proporcional; en otras palabras, se trata de una intervención idónea, necesaria y equilibrada a las exigencias sociales jurídicamente reguladas.

La lógica de la idoneidad de la ley penal es que al momento de examinar si la medida tiene un fin o si ese fin es constitucional y socialmente relevante para regularlo o preverlo. Una vez, teniendo claro la idoneidad de la norma, ésta deberá ser lo menos aflictiva posible a la libertad del sujeto, por tanto, la sanción a contemplar debe ser equilibrada en función del beneficio que se pretende obtener con su aplicación. Esto se traduce, en la exigencia del derecho penal a que sólo se debe sancionar los ataques más graves a los bienes jurídicos, y luego, en que el derecho penal sólo puede ser utilizado cuando no existan otros medios menos lesivos para protegerlos.

⁵⁰ **Ibíd.**

La ley penal expresa el pensamiento del legislador e implica siempre un juicio de valor - imperativo y desfavorable- sobre determinada conducta que se desaprueba y se castiga con una pena. La función que desempeña la ley penal es castigar determinadas conductas, implicando indirectamente la prohibición de las mismas o estableciendo mediatamente una norma de conducta. Las normas que describen delitos o faltas y establecen penas se dirigen a todos los ciudadanos que integran la sociedad y también a los órganos judiciales encargados de su aplicación, mientras que estos órganos judiciales del Estado son los únicos destinatarios de las normas que describen estados peligrosos y establecen medidas de seguridad.

La idoneidad busca la eficacia de la norma, de manera que su aplicación persigue el menor coste posible de afectación de derechos fundamentales. Este supuesto en el ámbito de determinación legal de las penas, exige que la previsión de una conducta como tipo penal y la previsión de su consecuencia jurídica, sean aptas para lograr la finalidad que se pretende, haciendo juicio al principio de la intervención mínima o última ratio del derecho penal; ya que el legislador goza dentro de los límites que la Constitución Política de la República establece, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas.

En definitiva, la idoneidad de la ley penal, no sólo va dirigida a que la medida sea apta para conseguir la protección de un bien jurídico en particular, sino que su idoneidad se define también con respecto a la eficacia de ésta para lograr la “readaptación social y reeducación del penado”, tal como lo señala el Artículo 19 de la Constitución Política de

la República de Guatemala. El contenido específico de la idoneidad va a diferir dependiendo del tipo de norma penal que se trate y del tipo de pena que se prevé.

4.5. Análisis de la omisión legislativa en la formulación de marcos penales respecto a la transgresión del principio de proporcionalidad abstracta de la pena del delito de los hechos sacrílegos

La tarea de determinación legal del marco penal de los tipos penales corresponde al legislador, partiendo de la técnica legislativa, definida como el conjunto de directrices a las que se debe ajustar el actuar del legislador en la elaboración, formulación y estructuración idónea de preceptos jurídicos de forma lógica, concisa y sin contradicciones internas atendiendo a los principios generales de Derecho, por tanto su función está dirigida a la selección de bienes que obtendrán tutela jurídica, como las sanciones correspondientes a cada uno, es decir, establecer las penas, atendiendo a los distintos fines legítimos que éstas puedan cumplir. Todo lo anterior, conforme el desarrollo legítimo del procedimiento de creación de ley, regulado tanto por orden constitucional como el la ley ordinaria de la materia.

El principio de proporcionalidad exige la existencia de proporción entre la gravedad de la pena y del delito, es decir, que las penas vayan acorde al delito cometido; dicha proporcionalidad debe darse de forma abstracta y concreta; es decir, el enfoque dirigido a la proporcionalidad abstracta corresponde al legislador a la hora de establecer los marcos penales de la ley penal, mientras la concreta, le corresponde al órgano jurisdiccional a la hora de imponer una pena por la comisión de determinado delito.

Particularmente, al referirnos a la primera, la proporcionalidad abstracta, que es la que afecta a la fijación por el legislador de los marcos penales y no a la cuestión de la proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización. Pero, además, ese marco penal debe dejar suficiente margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con las circunstancias del caso y con las circunstancias personales del reo; de este margen que tenga el juez en la fase de individualización judicial de la pena, dependerá que resulte una pena respetuosa con el principio de proporcionalidad, respecto a la mayor o menor amplitud, es decir, máximos y mínimos legales como reglas de medición o parámetros de actuación del arbitrio judicial en la determinación penal.

Tal como se ha afirmado con anterioridad, para que la decisión punitiva del legislador sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, el marco penal establecido para un delito tiene que ser proporcional a la gravedad de la conducta que se incrimina en abstracto. Además, ese marco penal debe dejar suficiente margen al órgano jurisdiccional competente para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con las circunstancias particulares del caso y las circunstancias personales del acusado.

Del margen que tenga el juez en la fase de individualización judicial de la pena, dependerá que resulte la pena aplicable al delito en concreto, respetuosa con el principio de proporcionalidad, así como el principio de humanidad, principio de legalidad penal y de última ratio. La mayor o menor amplitud del arbitrio judicial en la

determinación de la pena que corresponde dependerá específicamente del sistema de determinación de la pena que utilice el Código Penal. En el caso de Guatemala, éste utiliza el sistema de pena relativamente indeterminada, es decir, el legislador previamente ha establecido un límite mínimo y máximo entre los cuales el juez debe atender como margen para determinar, individualizar e imponer la pena correspondiente. De esta forma se evitan futuras arbitrariedades en el ejercicio de su función discrecional.

Por el contrario, los legisladores guatemaltecos, incurren en excepciones a este sistema y al Artículo 65 del Código Penal el cual indica que “el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena”, así como se ha desarrollado antes con respecto al delito de los hechos sacrílegos el cual cuenta con una pena fija, sin límites entre lo mínimo y máximo.

El Código Penal, en su Artículo 255 Bis regula lo referente al delito de los hechos sacrílegos, el cual establece que “cuando los hechos a que se refieren los artículos anteriores relativos al hurto y robo, el objeto materia del delito sea destinado al culto, sea cosa sagrada o no, tales como Santísimo Sacramento, Santos Óleos, Santas

Imágenes, en bulto o en pintura, vasos sagrados, cálices, copones, patenas, custodias, corporales, purificadores, ornamentos, vestiduras sagradas, pilas bautismales, confesionarios, púlpitos, coronas, resplandores, anillos, cadenas, pulseras, crucifijos, floreros, candeleros; Cruz Alta, ciriales, incensarios, alcancías, Biblias o cualquier otro objeto similar de alto contenido religioso, profano o histórico independientemente de que se cometan o no en el lugar destinado al culto, la pena a imponer será , para el caso de hurto la de doce años (12) de prisión correccional incommutables, y para el robo la de veinte años (20) de prisión correccional incommutables. En ambos casos se impondrá una multa de no menos del doble del valor de dichos objetos.

A las personas que a sabiendas adquieran, enajenen exporte, trafiquen o alteren en cualquier forma dichos objetos o similares, la pena a imponer será de diez años (10) de prisión correccional incommutables, y multa del doble del valor de los objetos materia del delito...”.

El delito de los hechos sacrílegos constituyen las acciones que voluntariamente alguna o algunas personas cometen sobre artículos y objetos considerados por la Iglesia Católica y los católicos como sagrados por estar o no dedicados al culto. Este tipo penal tiene tres variantes a considerar, toda vez que según los elementos del tipo penal puede encuadrarse dentro del tipo penal del hurto y el tipo penal del robo, así como dependiendo de la acción ilícita y la autoría podría ser de las personas que a sabiendas de la procedencia ilícita adquieran, enajenen, exporten, trafiquen o alteren de cualquier forma los artículos señalados por el Artículo 255 Bis, respectivamente.

Sin embargo, la norma penal referida anteriormente estipula que la pena a imponer, para el caso de hurto será de doce años de prisión correccional inconvertibles y para el delito de robo de esta naturaleza será de veinte años de prisión correccional inconvertibles. Partiendo de la simple lectura de ésta sanción, se deduce que la pena impuesta para estos tipos penales no contempla los parámetros que la ley penal determina en el Artículo 65 del mismo, para la fijación de la pena; por tanto, la normativa penal sancionatoria relacionada al delito de los hechos sacrílegos regulado en el Artículo 255 Bis, se convierte en una sanción arbitraria e impositiva, principalmente conforme a lo estipulado en la doctrina respecto al principio de proporcionalidad de la pena, tanto de forma abstracta y concreta; ya que la determinación de la pena no cuenta con un mínimo de límite, limitando el actuar del juzgador para poderla individualizar.

La omisión legislativa a la que se hace referencia, debería ser enmendada con las siguientes características: a) que se contemple la fijación de un marco punitivo relativamente amplio, es decir, que permita la distinción de un límite menor, en razón de la observancia del principio de proporcionalidad y humanidad de las penas; b) que el juez o tribunal pueda moverse en ese marco utilizando unos criterios legales orientadores y razonando expresamente su decisión unitiva, decisión cuya adecuación a los parámetros legales preestablecidos por el legislador. De todas formas, cualquiera que sea el margen dejado al arbitrio judicial en la determinación de la pena, el respeto al principio de proporcionalidad lo exige el legislador penal, es que en la fijación del marco penal de un delito, tenga en cuenta la diferente gravedad de las conductas que pueden subsumirse en él, de forma que no resulte para el juez la obligación de aplicar

una pena que, en el caso concreto, parezca claramente injusta; así como la trascendencia jurídica del delito, tomando en consideración la idoneidad del precepto legal que determina.

De lo anterior, es evidente que dicha ley sustitutiva penal, específicamente en el artículo citado no determina un mínimo de pena, sino exclusivamente el máximo y aquí es donde se centra el problema objeto de esta investigación. Toda vez que en la búsqueda de un sistema que permita al órgano jurisdiccional la imposición de la pena justa conforme al delito y la importancia social deberá ser proporcional, evitando de esta forma, penas exageradas, irracionales o crueles.

Por consiguiente, se reconoce la existencia en primera instancia, la previa fijación del delito y el marco de pena que corresponde a cada delito por parte del legislador, es decir, al legislador corresponde seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un determinado modelo de convivencia social y fijar las sanciones penales necesarias para preservar este modelo, como parte de sus quehaceres legislativos. De aquí surge la importancia del principio de proporcionalidad, ya que constituye un parámetro o limitación del ius puniendi, ya que este principio opera en el momento de la creación del Derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los órganos jurisdiccionales e incluso al momento de la ejecución misma de la pena.

No obstante, y atendiendo a lo descrito en los párrafos anteriores, se evidenció que en la legislación penal guatemalteca, se omitió por completo la existencia de mínimo de escala penal dentro del marco penal aplicable al delito de los hechos sacrílegos

regulado en el Código Penal, toda vez que se establece exclusivamente el máximo de pena, es decir, se transgrede de manera clara el principio de proporcionalidad abstracta de la pena, ya que es consecuencia del actuar legislativo en la determinación del marco penal de este delito; toda vez que el marco penal permite al juez graduar la responsabilidad penal dentro de una valoración previa realizada por el legislador.

Además, trae como consecuencia la limitación a la actividad de individualización judicial de la pena, ya que tal como el Código Penal, señala en su Artículo 65, “el juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable... la extensión e intensidad del daño causado”. En este caso en particular el arbitrio judicial en la determinación de la pena queda limitado a una escala máxima penal sin existir un rango entre el mínimo y máximo de límite para la pena del delito de los hechos sacrílegos. Cuando la individualización de la pena constituye el acto de discrecionalidad jurídicamente vinculada en el sentido de que el juez o tribunal puede deliberar libremente en principio dentro del marco legal previamente determinado por el legislador para un tipo penal, correspondiéndole la misión de concretar la conminación penal de la ley, para el caso en concreto, orientando su actuar por los principios contenidos expresamente en la ley o derivados de los fines de la pena. Es imperante que exista una construcción elaborada del margen de libertad que se limita en el grado mínimo por la pena y el grado máximo de ésta; de modo, que el juez tenga espacio para determinar la graduación concreta y adecuada de la pena.

Por otra parte, y derivado del análisis del Artículo 255 Bis del Código Penal, se determinó que existe un concurso aparente de leyes. El concurso aparente de leyes o normas penales se produce cuando a un mismo hecho, en apariencia se le pueden aplicar más de un precepto jurídico penal, pero solo uno de ellos puede serlo. El problema se suscita por la circunstancia de que aparentemente esos preceptos contienen elementos objetivos muy similares, y que si se comete el error de realizar un burdo análisis cualquiera o todas las normas concurrentes se podrían aplicar; sin embargo, uno de ellos ofrece aquellos elementos que son más específicos y que, por lo tanto, solo esa norma o precepto es aplicable al caso concreto.

Toda vez que la acción de robar o hurtar objetos de religiosos, ya estaba regulado con anterioridad al tipo penal de los hechos sacrílegos. El Artículo 247 en su inciso 7º señala que existe hurto agravado “cuando fuere de cosas religiosas o militares, de valor científico, artístico o histórico o destinadas al uso u ornado públicos.” Mientras que el Artículo 252 en el inciso 7º, contempla que incurre el robo agravado “cuando concurriere en alguna de las circunstancias contenidas en los incisos 1º, 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 y 11 del artículo 247 de este Código”. Es decir, que abarca cuando se trata de objetos religiosos, tal como se indicó anteriormente. El hurto agravado se sanciona con pena de prisión de 2 a 10 años, mientras que el robo agravado de 6 a 15 años. Posteriormente, se crea la figura delictiva de los hechos sacrílegos mediante el Decreto Número 36-94 con el que se busca proteger los sentimientos nacionales y tradicionales a luz de los objetos o bienes históricos, artísticos, religiosos y culturales del país.

En 1997, el Congreso de la República de Guatemala emitió el Decreto 26-97 que contiene la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, ley penal especial que regula por completo en su Artículo 49 la materia tratada por el Artículo 255 Bis del Código Penal, al establecer que el hurto y robo de objetos de arte sacro, tales como el Santísimo, Sacramento, Santos Óleos, imágenes en relieve, pintura, cruces, incensarios, alcancías, o cualquier otro objeto similar de contenido religioso. Para el caso de hurto, correspondía la pena de privación de libertad de seis a nueve años, mientras que para el caso de robo, la pena era de nueve a doce años, además de una multa no menor del doble del valor de los objetos. Es así, como se puede apreciar que el Artículo 255 Bis del Código Penal fue derogado tácitamente por el cuerpo legal referido anteriormente, ya que trata la materia concreta de este precepto legal, además de ser una ley posterior.

No obstante, en 1998, bajo el Decreto Número 91-98, el Congreso de la República de Guatemala emite reformas a la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, regulando el hurto, robo y tráfico de bienes culturales, estableciendo que cuando se trate de estas actividades delictivas, se sancionará conforme lo establece el Código Penal. Con esto se derogó el Artículo 49 del Decreto Número 26-97 del Congreso de la República.

En ese sentido, el Código Penal adicionó por el Artículo 23 del Decreto Número 33-96 del Congreso de la República de Guatemala el Artículo 332 A respecto al hurto y robo de tesoros nacionales, el cual literalmente manifiesta “se impondrá prisión de dos a diez años en el caso del Artículo 246 (hurto) y prisión de cuatro a quince años en los casos

del Artículo 251 (robo), cuando la apropiación recayere sobre: 2) Bienes de valor científico, cultural, histórico o religioso”. Queda claro que el mismo Artículo 255 Bis ha sido derogado tácitamente en varias ocasiones, sin embargo, el mismo ha sido aplicado en los últimos años, siendo totalmente perjudicial para el sujeto objeto de la pena impositiva que este tipo penal actualmente regula. Tal es el caso de Benjamín Alcón Mejía quien fue condenado en noviembre de 2016 a la pena de doce años de prisión por haber robado trescientos dieciocho quetzales (Q318.00) de ofrenda de una Iglesia en Cantel, municipio del departamento de Quetzaltenango.

Es evidente que la misma conducta está tipificada en varios artículos del mismo cuerpo penal, con penas diferentes. Esto además de ser ambiguo a la hora de aplicar la ley penal, es completamente arbitrario para el condenado, tal como se mencionó antes. Finalmente, resulta imposible tener como válidas todas y cada una de las normas penales que regulan la misma conducta.

Nuestro sistema constitucional, supone un derecho penal mínimo, en donde se pretende limitar el derecho penal, y en concordancia con uno de los principios principales de la pena que se trató el apartados anteriores, suponiendo que el principio de la máxima utilidad posible de potenciales víctima debe combinarse con el mínimo sufrimiento jurídico tutelado, el cual puede ser protegido a través de la privación de bienes jurídicos. Una restricción a un derecho fundamental es contraria al principio de proporcionalidad cuando no sea idónea o necesaria, entendiendo por necesaria el carácter de subsidiaridad y última ratio del derecho penal. Toda pena que sobrepasa las necesidades de la eficacia penal, sería excesiva, por lo tanto, vejatoria y violatoria al

Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual como es bien sabido, prohíbe las penas crueles, inhumanas y degradantes. Una amenaza de pena no debe ser desmesurada en relación con el tipo y gravedad de la conducta que se desea castigar.

De manera tajante se establecen doce años de prisión en el caso de hurto y veinte años de prisión en el caso de robo, agregando que en ambos casos se impondrá una multa de no menos del valor de los objetos bajo tutela jurídica. Además es notable que dicha conducta se tipifica con mucho mayor rigor, por tratarse de valor religioso, en lugar de una acción que priva de la vida a una persona. En definitiva, la pena contemplada en el Artículo 255 Bis del Código Penal, viola el derecho constitucional de libertad y justicia, principalmente, toda vez al decretar sanciones que violentan los derechos fundamentales de la persona, el Estado incumple con su obligatoriedad de tutelar el bien jurídico protegido de libertad y justicia.

A su vez, violenta el principio de humanidad de las penas contemplado tanto en el Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mismo artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Regla 1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, y en consecuencia el Artículo 19 de la Constitución Política de la República, con el cual se pretende evitar que el sistema penal abarque sanciones que resulten crueles o denigrantes para el sometido a ellas. Y tal cual se planteó desde el inicio, esta falta de observancia a las buenas prácticas legislativas, que hacen alusión a una omisión de un marco penal concretamente establecido, la pena impositiva y arbitraria que regula el delito de los hechos sacrílegos contraría el principio de

proporcionalidad abstracta de la pena, pero sobre todo, violenta el respeto de la dignidad humana y base de los derechos fundamentales de la persona sujeta a una condena vejatoria.

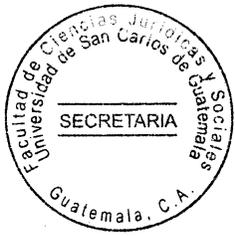
Y dado que la principal tarea de la determinación de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y fijación de las circunstancias y factores que deben o no deben ser consideradas por el juez al momento de imponer la pena concreta, proceso que suele ser designado como individualización de la pena. En él tiene gran importancia la función que se asigne a la pena en las distintas fases en que ella opera: en su conminación abstracta, en su imposición judicial, o en su ejecución administrativa. En dicho proceso de individualización, el juez debe aplicar los criterios establecidos en la ley para cuya interpretación será de importante auxilio la función atribuida a la pena.

La determinación de la pena requiere la fijación de un marco penal capaz de respetar el principio de proporcionalidad, el cual se vincula con la importancia del bien jurídico. La dañosidad social de la conducta y la actitud interna disvaliosa se conviertan en un punto de referencia obligado que incidirá en la aplicación de la pena.

El mandato de determinación de las penas logra su cometido cuando cuenta con una pena definida, precisa y cuando existe una relación de adecuación entre el comportamiento antijurídico y la lesión a un bien jurídico. El marco penal permite al juez graduar la responsabilidad penal dentro de una valoración previa realizada por el legislador. Evita no sólo la arbitrariedad judicial o el subjetivismo del juez, sino también



la rigidez y la dureza en la administración de justicia penal, permitiendo la aplicación equitativa de la ley penal teniendo en cuenta las circunstancias en los que el hecho se cometido.





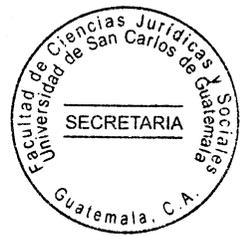
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La investigación realizada se basó en demostrar la evidente transgresión al principio de proporcionalidad abstracta de la pena en virtud de la omisión legislativa en la formulación del marco penal para el delito de los hechos sacrílegos contemplado en el Artículo 255 Bis del Código Penal. Actualmente este tipo penal contempla sanciones determinadas o fijas que violentan la proporcionalidad y la humanidad de las penas, convirtiéndolas en arbitrarias e impositivas, toda vez que carece de parámetros entre el máximo y mínimo de pena; y conforme la extensión temporal de la pena, por regla general, se debe fijar entre un máximo y un mínimo, para que el juez tenga libertad de acción y discrecionalidad al adecuar la sanción al caso concreto entre los límites establecidos legalmente, tal como lo señala el Artículo 65 el mismo cuerpo legal, durante el momento de la individualización de la pena.

Todo lo anterior, deja entrevisto la inobservancia de las técnicas legislativas a la hora de establecer los tipos penales con su sanción respectiva, además de la inobservancia a los principios generales de derecho, del proceso penal y de la pena, así como las garantías constitucionales y derechos fundamentales del imputado.

Con lo anterior se pretende dar a conocer la importancia del actuar judicial bajo la observancia de marcos penales claramente establecidos en la legislación guatemalteca, y de hacer efectiva la correcta aplicación de la ley penal en los momentos procesales precisos a los cuales está sujeto un individuo, en este caso el delito de los hechos sacrílegos, no menos importante, evitar la irracionalidad del poder punitivo.





BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, Luis. **Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal.** Revista Española de Derecho Constitucional No. 8, Mayo-Agosto. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1983.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal.** 2ª. Edición. Madrid: Ed. Akal, S. A., 1990.
- BARNÉS, Javier. **El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar.** (s.l.i.), (s.e.), 1998.
- BERISTAIN, Antonio. **Axiomas fundamentales de la criminología ante la globalización y la multiculturalidad.** Eguzkilore: (s.e.), 2003.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** 14a. Edición. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.
- CARBONELL, Miguel y Susana Pedroza. **Elementos de técnica legislativa.** México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2000.
- CASTILLO ALVA, José. **Principios de derecho penal.** Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del derecho penal.** Madrid: Ed. Tecnos, 1982.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** México: Ed. Nacional S. A., 1971.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Décimo quinta edición. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2004.



GRACIA MARTÍN, Luis, Miguel Ángel Boldova Pasamar y M. Carmen Alastuey **Dobon.**
Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español.
Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1996.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Traducción y Notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: (s.e.), 1984.

HEINRICH JESCHECK, Hans. **Tratado de derecho penal, parte general.** Barcelona: Ed. Bosch S. A., 1981.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado.** México: Ed. UNAM, 1983.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito.** 2ª. Edición. (s.l.i.): Ed. Tecnos, S. A., (s.f.)

LOPERA MEZA, Gloria. **Principio de proporcionalidad y ley penal.** Madrid: (s.e.), 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general.** España: Ed. Reppertor, 1991.

MORELLOS CUEVAS, Lorenzo. **Teorías de las consecuencias jurídicas del delito.** Madrid: Ed. Tecnos, S. A., 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Winfried Hassemer. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2004.

NÚÑEZ, Ricardo. **Manual de derecho penal, parte general.** 3ª. Edición. Argentina: Ed. Marcos Lerner, 1977.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1987.



PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano.** 5ª. Edición. México: Ed. Porrúa, 1982.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** Barcelona: Ed. Nauta, 1980.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** 22ª. Edición. Madrid: Ed. Espasa Calpe, S. A., 2001.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano.** Tomo I. 2ª. Edición. México: Ed. Porrúa, 1975.

SÁINZ MORENO, Fernando. **Técnica normativa: una visión unitaria de una materia plural.** Madrid: Ed. Tecnos, 1994.

SANFUENTES, Olaya. **La iglesia católica y sus imágenes de devoción.** Colombia: (s.e.), 2010.

SIGNIFICADOS.COM. **Iglesia católica.** <https://www.significados.com/iglesia-catolica/> (Consultado: 05-03-2018).

ZAFFARONI, Eugenio R. **En busca de las penas perdidas.** Buenos Aires: Ediar S. A., Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio R., Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. **Derecho penal, parte general. Tomo I.** 2ª. Edición. Buenos Aires: Ediar S. A., Editora Comercial, Industrial y Financiera, 2002.

ZECEÑA, Óscar. **Derecho penal moderno.** Guatemala: Ed. Unión tipográfica, 1948.



Legislación:

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

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Asamblea Nacional Constituyente Francesa, 1789.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015.

Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto Número 63-94 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

Ley Penal de Protección al Patrimonio Histórico y Artístico del País, Decreto Número 36-94 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

Ley Para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto Número 26-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Las Siete Partidas, Corona de Castilla, 1252-1284.