

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**LÍMITES DEL *IUS PUNIENDI* CON RESPECTO
A LOS DERECHOS HUMANOS**

LICENCIADO

MANFREDO HIRAM GONZÁLEZ OROZCO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2021

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**LÍMITES DEL *IUS PUNIENDI* CON RESPECTO
A LOS DERECHOS HUMANOS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el Licenciado

MANFREDO HIRAM GONZÁLEZ OROZCO

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRO EN DERECHO PENAL
(*Magister Scientiae*)

Guatemala, noviembre de 2021

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

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTA: Dra. Blanca Odilia Alfaro Guerra
VOCAL: M. Sc. Luis Fernando Delgado Guillen
SECRETARIA: M. Sc. Sandra Marina Ciudad Real

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Postgrado).

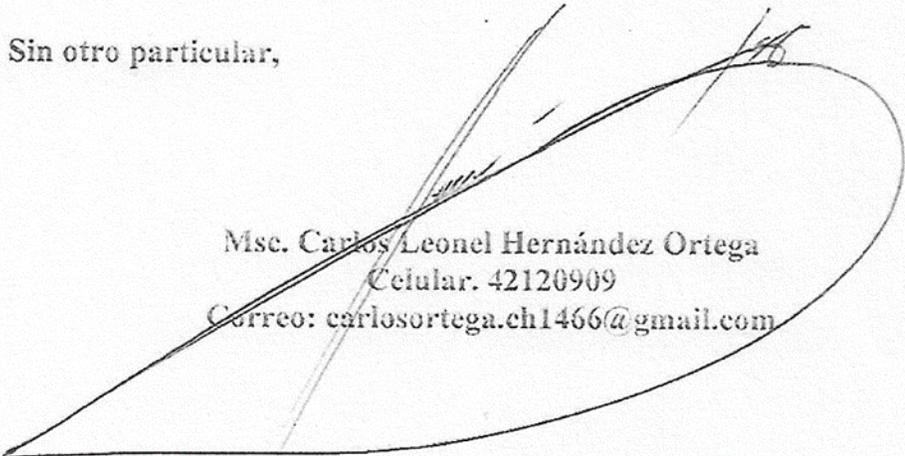
Guatemala, 2 de agosto del año 2021.

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Estimado Doctor Cáceres.

Respetuosamente me dirijo a Usted, deseándole éxitos al frente de dicha dirección. Asimismo hago de su conocimiento que procedí a revisar en cumplimiento de las recomendaciones vertidas al trabajo de tesis denominado "LIMITES DEL IUS PUNIENDI CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS", realizado por el Msc. MANFREDO HIRAM GONZALEZ OROZCO, cuyas recomendaciones fueron formuladas por el Tribunal Examinador; y al respecto me permito INFORMAR que se han cumplido con los requisitos solicitados en la recomendación en referencia, por lo que el trabajo de tesis desarrollado cumple con los principios, métodos y técnicas de la metodología científica, por lo que en tal sentido emito DICTAMEN FAVORABLE.

Sin otro particular,



Msc. Carlos Leonel Hernández Ortega
Celular. 42120909
Correo: carlosortega.ch1466@gmail.com

Gladys Tobar Aguilar
Doctora en Educación y Licenciatura en Letras
Correo electrónico: ortografiataller@gmail.com
Celular: (502) 50051959

Guatemala, 13 de octubre de 2021

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

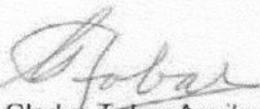
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

**LÍMITES DEL IUS PUNIENDI CON RESPECTO
A LOS DERECHOS HUMANOS**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Manfredo Hiram González Orozco, estudiante de la Maestría en Derecho Penal, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 21 de octubre del dos mil veintiuno.-----

En vista de que el Licenciado **Manfredo Hiram González Orozco** aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 146-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LÍMITES DEL IUS PUNIENDI CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

ACTO QUE DEDICO:

---A Dios, porque el temor de Jehová es el principio de la sabiduría y el conocimiento del Santísimo es la inteligencia. Proverbios 9:10

---A mis padres espirituales Luisito Morales y Rebecas de Morales

---A mis padres Tanita Orozco y Arcadio González Q. E. P. D. De quienes recibí siempre bendiciones y ejemplos, dejando en mí su legado de honestidad, dignidad, honradez y orgullo, principios fundamentales que han formado mi conducta, siendo mi principal actitud y arenga

---A mi esposa Aracely López de González, gracias amada mía por tu amor, comprensión y apoyo espiritual y moral

---A mi hija Abogada Karina González López, el único orgullo de mi vida y a mi yerno Abogado Carlos Valentín Velásquez, que Dios los bendiga siempre

---A mis nietecitos Timothy e Hiramcito Velásquez González, la alegría y felicidad de nuestras vidas, gracias buen Dios por tan maravilloso regalo

---A mi hermano y hermanas Rolando, Melvy y Angelina (Q. E. P. D.), gracias por su apoyo moral

---A mis tíos, tías, primos, primas, sobrinos y sobrinas en general

---AL ALMA MATER, TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA USAC, FORMADORA DE ESTUDIANTES Y PROFESIONALES COMBATIVOS Y CONSCIENTES AL SERVICIO DEL PAIS.

INDICE



INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	1
1. EL ESTADO Y LOS DERECHOS HUMANOS	1
1.1. El Estado.....	1
1.2. De los antecedentes	4
1.3. Elementos constitutivos.....	6
1.4. Poder público.....	7
1.5. Distribución para el ejercicio del poder.....	10
1.5.1. Organismo Legislativo	13
1.5.2. Organismo Ejecutivo	19
1.5.3. Organismo Judicial	21
CAPÍTULO II	25
2. TEORÍA DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL.....	25
2.1. El delito	25
2.2. Definición.....	26
2.3. Características.....	27
2.4. Sujetos del delito	28
2.5. Teoría del delito.....	31
2.6. Elementos del delito	33
2.6.1. La conducta	34
2.6.2. La acción	35
2.6.2.1. La omisión	37
2.6.3. La tipicidad	38
2.6.4. Teorías de la tipicidad	39



2.6.5. Dolo	41
2.6.6. Culpa	43
2.6.7. Error de tipo	44
2.6.8. La antijuricidad.....	45
2.6.8.1. Clasificación de la antijuricidad	47
2.6.9. Causas de justificación.....	49
2.7. La culpabilidad.....	58
2.7.1. Elementos de la culpabilidad	60
CAPÍTULO III	65
3. <i>IUS PUNIENDI</i>	65
3.1. Generalidades del <i>ius puniendi</i>	65
3.2. <i>Ius Poenale</i>	69
3.3. El <i>ius puniendi</i> y los fines de la pena	71
3.4. Límites del <i>ius puniendi</i>	75
CAPÍTULO IV.....	87
4. DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL POR CONVENIOS Y TRATADOS INTERANCIONALES	87
4.1. Garantías, el garantismo y el constitucionalismo	90
4.2. Análisis jurídico y doctrinario del Derecho Penal Moderno	94
4.3. Límites del Derecho Penal en el ámbito jurídico de Guatemala	96
CONCLUSIONES.....	111
Referencias	113



INTRODUCCIÓN

El exordio de esta investigación debe acotar que el Estado de Guatemala está regido por la Constitución Política de la República de Guatemala, enmarcando normas supremas de cumplimiento obligatorio con el fin de alcanzar el bien común, auxiliada de normas escritas y de observancia imperativa, con el objeto de hacer valer derechos y obligaciones.

El poder del Estado se establece por medio de la aplicación del *ius puniendi*, encuentra sus límites en los Derechos Humanos ya que son derechos que posee cada persona sin distinción alguna, sea hombre, mujer niña, niña o adolescente, son inherentes desde su concepción, siendo su finalidad conferir el respeto a su dignidad para garantizar su vida, su libertad, su desarrollo social, económico y cultural.

El *ius puniendi* se determina en la facultad del Estado de castigar por medio de las normas sustantivas, debe respetar las garantías constitucionales que el Estado de Guatemala prevé para que así se vele por el cumplimiento estricto de la ley y que cada uno de los actos de las personas sean conforme a derecho, caso contrario, la misma norma prevé remedios procesales para corregir o anular determinados actos.

En un estado de derecho se debe considerar siempre al Derecho Penal como fundamento de la tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada



ordenamiento protege y tiene prevista una pena como un mecanismo oportuno y adecuado, como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha violentado las normas preestablecidas. El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como de forma teórica se le conoce, es la facultad que le otorga al mismo Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una limitante, ante posibles arbitrariedades.

La evolución del derecho y la criminalidad en Guatemala ha obligado a la búsqueda de alternativas del Derecho Penal, y es donde surge esta propuesta de investigación, al analizar los diferentes tipos penales que actualmente están considerados en nuestro ordenamiento penal vigente. En el marco del estudio de las conductas y las sanciones se estableció que hay una vulneración de derechos consagrados y tutelares de las personas, al violarse la norma, pero esta debe estar limitada por los Derechos Humanos, hay penas demasiado elevadas lo cual acarrea consecuencias en la persecución penal y en el cumplimiento de la resocialización del sindicado en un delito.

Una vez especificada la problemática de este trabajo de tesis, se considera que esta debe ser estudiada de acuerdo con la hipótesis siguiente: “La facultad sancionadora que tiene el Estado guatemalteco, debe enmarcarse dentro de los límites que encuentra en los Derechos Humanos, el debido proceso y el principio de legalidad, para garantizarle a los ciudadanos que por diversas razones de la vida



quebranten una norma positiva penal, será brindarles certeza jurídica y darle viabilidad a la norma sancionadora con los límites que conlleva la aplicación del *ius puniendi* por parte del Estado a través de los distintos órganos jurisdiccionales, evitando el abuso de poder, constituyendo esos límites un equilibrio a esa facultad”.

El objetivo principal del presente trabajo de investigación fue, establecer el poder punitivo del Estado al ejercer el *ius puniendi*, pues encuentra sus límites en un proceso penal en los Derechos Humanos, el debido proceso y el principio de legalidad, constituyen un balance ante esa facultad sancionadora y no deben convertirse en un obstáculo para su aplicación.

El desarrollo temático consta de cuatro capítulos; el primero se refiere al Estado, abordando temas referentes a la conformación del mismo, sus fines para con la población y el medio de control para garantizar los derechos mínimos; el segundo capítulo se circunscribe a la Teoría del delito, tomando en cuenta que para que un delito se considere consumado deben de concurrir cada uno de sus elementos, circunstancias que deben ser consideradas al determinar las penas; en el tercer capítulo se incluyen temas sobre el *ius puniendi* en cuanto a sus antecedentes y de la forma que se legisló el Derecho Penal guatemalteco con sus caracteres y demás especificaciones; y en el cuarto capítulo, se hace referencia a la jurisprudencia establecida en Guatemala en relación a los Derechos Humanos ante la potestad de juzgar del mismo Estado.



La investigación se realizó a nivel bibliográfico, consultando diferentes textos y artículos relacionados con el tema del *ius puniendi* y los Derechos Humanos, consultando la legislación constitucional, ordinaria penal, como los fallos jurisprudenciales y doctrina respectivamente.



CAPÍTULO I

1. EL ESTADO Y LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. El Estado

Partir de lo general a lo específico, en el presente capítulo se abordan temas importantes relacionados con el Estado, entre ellos, los antecedentes y su organización, tomando en cuenta que deriva de ello las garantías prestablecidas, desde su formación para considerarse que está organizado por sus diferentes elementos, con el fin de alcanzar un bien común para sus habitantes, salvaguardando las garantías mínimas por medio de un control social en relación a los Derechos Humanos, sin salirnos del Marco Constitucional. “No hay que olvidar que el Estado es antes que el individuo y no puede dejar de vivir el hombre en sociedad ni bastarse a sí mismo a no ser que sea un bruto o un dios” (Pozzio, 1998, p.256).

En ese sentido, se establece que la organización política es la forma específica como la colectividad humana se estructura en una realidad territorial a través de órganos que están dotados de poder de coerción. Surgiendo así el Derecho Constitucional en la conformación del Estado. Se considera al poder en general, como un tipo de influencia y fenómeno social en que un sujeto activo obtiene que otro sujeto (pasivo) haga (acción) o no haga (abstención) algo que el sujeto activo pretende. Otro de los elementos básicos es el poder, siendo la



capacidad de ejercer un dominio y control a las personas, y de este modo, poder reglamentar su comportamiento y actividad.

El ejercicio del poder puede ser llevado a cabo en forma voluntaria, o bien a la fuerza, sin embargo, del modo que sea, supone cierto nivel de subordinación de las personas al Estado.

En el caso de nuestro Estado de Guatemala, después de la independencia no obstante ya estaba establecido el territorio y la población, pero la forma de gobernar no era independiente, sino subordinada, en la actualidad los elementos vinculantes de Estado se cumplen, siendo el gobierno representativo, republicano y democrático, como lo refiere la Constitución Política de la República de Guatemala, que reconoció la forma republicana en el artículo 140 como, republicano, democrático y representativo. La declaración constitucional es insuficiente, además deben establecerse en el texto constitucional los principales elementos constitutivos de la República, tales como la Constitución escrita; la separación de funciones;

Los fines del Estado se establecen conforme la organización que acepte cada uno de los Estados y del sistema económico-político que adopte, puesto que los fines del Estado totalitario son distintos a los fines que pueda tener un Estado de corte democrático; el primero busca el bienestar de la colectividad y el segundo busca el bienestar de la persona considerada individualmente.



Nuestra actual Constitución Política sigue la corriente doctrinaria que estima que el fin supremo del Estado es el bien común al establecer; Artículo 1. Protección a la persona. El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común, pues también se considera; “El Estado se constituye o vive en razón de un fin, el cual se persigue mediante tres clases de actividades o funciones: actividad o función legislativa, actividad o función ejecutiva y actividad o función jurisdiccional. Las tres se manifiestan en forma de actividad y de función” (De Velasco Calvo, 1960, p.9).

De la misma forma se considera el artículo 44 de la Constitución Política, el cual estipula que el interés social prevalece sobre el interés particular, relacionándolo específicamente con el artículo 1 de la Constitución, donde claramente se puede apreciar su finalidad de afianzar la justicia, de promover el bienestar general, de asegurar los beneficios de la libertad, consolidar la paz, y promover la defensa común.

En el orden del valor de la justicia, el fin a que debe ajustarse el Estado para ser justo es el bien común o la realización del mismo valor justicia. El Estado tiene que promover el bien de la comunidad, la buena convivencia, justamente ordenada en beneficio de los hombres. El fin es propuesto por el derecho natural, es el derecho que naturalmente tiene el Estado y al que ha de dar acogimiento para no incurrir en desviaciones injustas.



Al hablar de bien común se entiende que es “la suma de aquellas condiciones de la vida social mediante las cuales los hombres pueden conseguir con mayor plenitud y, facilidad su propia perfección; o sea, el conjunto de aquellas condiciones con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr más plena y fácilmente su perfección” (Chicas Hernández, 1993, p.19).

1.2. De los antecedentes

Al hablar de Estado, debemos hacer alusión que etimológicamente tiene varias acepciones y aun dentro de la terminología jurídica se aplica para significar varios conceptos. La palabra estado proviene del vocablo latino status que significa situación, posición o postura en que se encuentra una persona o cosa.

“En el derecho político y en la teoría política tiene una acepción conceptual distinta, ya que se refiere a la designación de un ente que estructura a una comunidad humana y representa a un ser político, jurídico y social” (Burgoa, 1990, p.42). Para establecer el origen del vocablo Estado, debemos remontarnos a la Grecia antigua, en donde la organización política que estudiamos tiene su gran antecedente que se conoció con el nombre de polis, que quiere decir ciudad, palabra que identificaba la realidad política de aquella época.

Su extensión solamente comprendía los límites de la ciudad, no obstante, con el tiempo se rebasan esos límites y surge un fenómeno político diferente y más



amplio, al que se llamó *to-koinom*, palabra griega que significa comunidad. En la antigua Grecia la palabra Estado equivalía a polis que significa a la ciudad-estado para extenderse después a la comunidad misma (Burgoa, 1990, p. 76).

El término Estado empieza a usarse dentro de la doctrina y literatura italiana para conceptualizar a la entidad misma y no a algunos de sus elementos y cualidades. Las antiguas ciudades, principados o repúblicas durante la edad media asumieron el nombre de stati. “La medida de un grande Estado no es la extensión de sus dominios sino el número de sus miembros, es pues la población tan necesaria para constituir el Estado” (Burgoa, 1990, p. 114).

En Roma, antes de su expansión territorial el concepto de Estado se identifica con el de *civitas* equivalente a *polis*, pero a medida que fue extendiendo sus dominios se expresa un nuevo fenómeno que originó la conquista, ya que la organización administrativa, legislativa y judicial debería comprender territorios que rebasaban las poblaciones reducidas. Fue así como la idea de Estado se introdujo en la de *imperium* y en la república. Sin embargo, la palabra Estado no solía emplearse, pese a que por modo esporádico se haya utilizado en una expresión de Justiniano dentro de sus instituciones para distinguir al derecho público del derecho privado. Según lo afirma Jellinek y Porrúa Pérez en la edad media se identificó al Estado con el territorio sobre el que vivían los pueblos y comunidades. Dentro de la época medieval se da preponderancia al elemento territorial de una comunidad política por lo que también solía hablarse de reino.



1.3. Elementos constitutivos

Por lo que se establece entonces que Estado, es el conjunto de organizaciones que en su totalidad poseen la facultad de establecer las normas que guiarán una determinada sociedad, ejerciendo su poder en un territorio previamente establecido, dentro de los poderes de un Estado se puedan encontrar otras importantes instituciones como son las fuerzas armadas, la policía y la administración pública.

Para que un Estado se constituya como tal, es necesario que cuente con ciertos elementos básicos: Población (elemento humano del Estado); Territorio (espacio físico); Poder Político (forma de organización colectiva para lograr sus fines). El pueblo, cuya principal característica radica en su universalidad, es considerado como el componente más elemental de un Estado, de este modo, no podría existir Estado sin pueblo ni pueblo sin Estado.

Al ilustrar el concepto Estado, de acuerdo con lo que describe el autor Acosta Romero (1996) “El Estado en nuestra opinión, es la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persigue determinados fines mediante actividades concretas” (p. 48).



En las definiciones referidas sobre Estado, hacen referencia de una u otra forma a tres elementos importantes: la población, territorio y el poder; mismos elementos que señala García Máynez (1972) cuando expresa: “El Estado suele definirse como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de denominación que se ejerce en determinado territorio” (p. 98).

1.4. Poder público

El poder público es otorgado a los hombres (pueblo) para que a través de los órganos administrativos ejerza autoridad. Hemos determinado que la población que dentro de un territorio determinado y sujeto a un orden jurídico primario y fundamental, concurren para crear al Estado como una institución dotada de personalidad jurídica propia, necesita ser investido de determinado poder, es decir, ciertas actividades que no son más que el ejercicio del poder público o poder estatal.

Al referirnos al fin del Estado, planteamos aquello que dicha organización debe conseguir con la participación del poder y el establecimiento del orden. Este objetivo será en relación con las necesidades de los habitantes, ya que esos individuos buscan su desarrollo.

Al considerar que el Estado prevalece, entonces surge antes que el individuo como elemento de su conformación; “El estado de derecho es la institucionalización de órganos jurisdiccionales, juzgados y tribunales, encargados de velar por la



aplicación del derecho...” (Bandres, 1987, p. 143). En Guatemala el Estado de derecho tiene una clara expresión de su contenido en el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando afirma: “Toda Sociedad en la cual la garantía de estos derechos del hombre no está asegurada y la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

El orden jurídico, cuya unidad resulta del derecho fundamental que está en la Constitución, y el poder que lo garantiza tienden a realizar un bien público o común distinto de los bienes particulares de los individuos, como valor que expresa la plenitud del bien humano en una sociedad territorialmente limitada. Este bien común se destaca con valor de un patrimonio común y un significado esencial por sus funciones; que consisten en regular, coordinar, gestionar y decidir, en la prosecución de los fines comunes y decidir los conflictos y disputas, estableciendo un acuerdo para una acción común, así el poder aparece como una condición para la realización del bien humano en la vida social.

El bien común es el fin que resigue todo tipo de sociedad, y bien público es el fin específico que trata de alcanzar la sociedad estatal. Siempre que los hombres se agrupen socialmente para obtener un fin que beneficie a todos, será este un bien común.

El Estado también busca un bien común, pero por ser una sociedad más amplia es necesario que se distinga el bien común particular del público. La



actividad política es otro ejercicio del Estado que consiste en la búsqueda de lo bueno y útil para la sociedad, y la determinación de lo que es el bien común.

El Estado, como un ente jurídico y político, con atributos que le son propios como sujeto soberano y no estático, sino que debiendo de cumplir con determinados fines que constituyen con su justificación, actúa con el propósito de satisfacer las aspiraciones e intereses colectivos y permanentes de la comunidad.

Para el funcionamiento del Estado, es necesario que exista una organización, que en el caso de Guatemala, se encuentra establecida en la Constitución Política, cuál es la base jurídica y legal de su existencia, la persona que posee y la representación, a efecto de poder funcionar como tal; criterio que se confirma con lo que expresa Dromi (1996): “El Estado necesita de una organización que defina la unidad social del orden mediante la coordinación y distribución de los contenidos del poder en distintos órganos”. (p.32)

En este sentido, se ejerce cumplir el derecho fundamental en todos sus aspectos, determinando que este fin está condicionado al derecho mismo, pues el poder público mediante el cual se pretende obtenerlo no puede rebasar el orden jurídico que rige a determinada entidad estatal, por lo tanto, el Estado no puede perseguir ningún fin que esté en contra al derecho.



Dentro del jus-naturalismo se establece a la persona humana como la entidad suprema de la sociedad, por lo tanto, la satisfacción de sus necesidades se determina como el fin principal del Estado. De ahí mencionamos los diversos regímenes jurídicos que se inspiraron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, eliminando todo lo que pudiera obstruir la seguridad de los derechos naturales del individuo, forjando una estructura normativa dentro de la población.

1.5. Distribución para el ejercicio del poder

Después de considerar factores elementales del Estado es necesario considerar la organización del Estado de Guatemala, pues se fundamenta en la Constitución Política. El derecho administrativo estudia el fundamento constitucional para establecer en que bases se apoya la administración pública guatemalteca.

El Estado de Guatemala es una organización pública compleja; y como hace alusión Martínez Morales (1997), “al estado como una gran organización cuya complejidad rebasa, con mucho, a la que se observa en las emprendidas por los particulares, por muy grandes que estas sean”. (p.180)

Por otra parte, el autor Acosta Romero (1996) indica que:

Los entes colectivos para expresar la voluntad social, necesitan tener órganos de representación y administración, que son los que ejercitan los



derechos y obligaciones inherentes a aquellos. Dichos órganos de representación, varían mucho en cuanto a su número, composición, estructura y facultades, pues, por ejemplo, en el Estado soberano, tradicionalmente son los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; en el municipio es el consejo; y, en las organizaciones descentralizadas, los consejos de administración o junta directiva. (p.71)

Considerando las dos definiciones anteriores en el ámbito del Derecho, se da la separación de poderes, división tripartita de poderes, o simplemente división del poder, los tres poderes clásicos son: el Poder Legislativo, que delibera y sanciona las leyes, fundamentado en la potestad legislativa que le confiere toda constitución; el Poder Ejecutivo, que ejecuta las leyes y toma las decisiones en virtud de ellas, sin alterarlas, encargándose de toda la administración pública; y el Poder Judicial, que aplica las leyes al momento de reclamar el imperio de ellas, en caso de violaciones o transgresiones, pues es el ente que está facultada para juzgar y ejecutar lo juzgado.

La división de poderes en todo Estado, posibilita el estricto control tanto interno como externo, específicamente en Guatemala, este principio se encuentra consagrado en el artículo 141 de la Constitución Política de la República, estableciendo además que la subordinación entre poderes está prohibida, otorgándoles la total independencia y prohibiendo cualquier interferencia entre los



mismos, aunque se interrelacionan entre sí y se necesitan mutuamente para darle vida y efectividad a lo que se denomina Estado.

También expresa Alessis (1970), que: “El sujeto activo de la función administrativa es precisamente la administración pública en cuanto que, como se ha señalado, administración pública es el conjunto de centros de la función administrativa, es decir, los órganos estatales a los que está atribuida en forma y característica el desarrollo de dicha función, en una palabra, el aparato administrativo” (p.73). Tal es el caso de Guatemala que, por ser un Estado soberano, se divide en tres organismos principales, conocidas como organismos del Estado, destinados a cumplir tres funciones principales.

En el Estado de Guatemala no existen solamente tres organizaciones principales, sino que cada organización principal está compuesta con cierta cantidad de organizaciones públicas. Las principales organizaciones del Estado de Guatemala se fundamentan jurídicamente en la Constitución Política y las leyes. La Constitución Política les da vida jurídica y organización constitucional y legal.

La mayor cantidad de organizaciones públicas, se fundamentan en los Decretos del Congreso de la República, o sea, en leyes ordinarias. Las tres organizaciones principales, son las siguientes: Organismo Legislativo, Organismo Ejecutivo y Organismo Judicial.



1.5.1. Organismo Legislativo

El Organismo Legislativo se conocía como Poder Legislativo, pero mediante Decreto 188 de la Asamblea Nacional, esto cambió al aparecer el nombre de “Poder”. El tratadista Ossorio (1984) respecto al poder legislativo manifiesta: “Poder legislativo. El parlamento legalmente elegido y en ejercicio de sus funciones en un Estado constitucional, es la junta de varias personas para deliberar sobre algún negocio y, más generalmente, la que se hace para tratar asuntos de gobierno y ajustar las paces entre naciones” (p.195).

Al referirse al parlamento dice que con ese nombre se designa al organismo que representa al poder legislativo de un Estado, tanto si está integrado en una sola cámara (la de diputados o representantes), que es el caso de Guatemala, como si lo está por dos (la precitada y la de senadores).

Dentro de la organización del Estado, el Parlamento constituye la expresión más característica de la soberanía popular, y por eso sin merma de su equilibrio respecto a los otros poderes estatales ejerce una función fiscalizadora de ellos, además de la legislativa que le es propia.

Los alcances de esa fiscalización son diferentes en las constituciones de los diversos países democráticos; pero es corriente en las repúblicas y en las monarquías de régimen parlamentario que los titulares del poder ejecutivo tengan



que contar para su actuación con la confianza del Parlamento. Y aun en las repúblicas de sistema presidencialista, en que el presidente no necesita de la confianza parlamentaria, puede ser destituido del cargo mediante el juicio político que le siga el Poder Legislativo.

De lo anterior puede decirse que el legislativo es uno de los tres organismos del Estado, en el que el pueblo de Guatemala ha delegado la soberanía que por disposición legal le corresponde fundamentalmente como su máximo representante y, además, para que decrete las leyes que han de regular las relaciones entre los particulares entre sí y entre el Estado; confiriéndole a las personas que lo integran (los diputados) privilegios, facultades fiscalizadoras, legitimadoras y de control de los actos de los funcionarios de la administración pública en ejercicio del cargo.

La primera sección, que no llevaba titulación, consagraba la independencia del país, con el nombre de “Estados Federados del Centro de América”, se refería a la soberanía nacional, la división tripartita de poderes, el afianzamiento de los derechos del hombre y el ciudadano y la adopción de un sistema de gobierno republicano, representativo y federal. Indicaba que la religión sería la católica romana, con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra, lo cual implícitamente autorizaba el ejercicio privado de otros credos.



La segunda sección se refería al poder legislativo, que residiría en una sola cámara, denominada congreso federal, elegida sobre base numérica y renovable por mitades cada año, cuya función principal sería aprobar las leyes federales.

La tercera sección regulaba el senado, compuesto por senadores elegidos popularmente y renovable por tercios cada año. Al contrario de lo que ocurría en el sistema americano, donde el congreso estaba formado por dos cámaras, una de representantes y otra de senadores, las bases diseñaban un sistema unicameral, ya que el senado no tendría iniciativa en la formación de la ley, sino que se limitaría a darle o negarle la sanción. Le corresponderían, además, funciones de consejero forzoso del poder ejecutivo y algunas potestades contraloras.

La cuarta sección versaba sobre el Poder Ejecutivo, que ejercería un presidente elegido popularmente cada cuatro años, con posibilidad de ser reelecto para el período inmediato siguiente.

El presidente tendría muy limitados poderes, ya que no podría vetar los proyectos de ley y se limitaría a publicar los sancionados y cuidar de su observancia y del orden público, así como a dirigir la fuerza armada de la federación. Para entablar negociaciones diplomáticas debería consultar al senado, que además le propondría ternas para efectuar los nombramientos de funcionarios federales. En falta del presidente haría sus veces un vicepresidente, elegido conjuntamente con



él y que además presidiría el senado, aunque solamente podría votar en caso de empate.

En Guatemala, este organismo tiene su asidero legal en el artículo 141 de la Constitución Política y en los artículos 157 al 181, la referida Constitución establece la potestad legislativa e integración del Congreso, la forma de sesiones del Congreso, incluida la mayoría para tomar decisiones, la autorización a diputados para desempeñar otro cargo, las prerrogativas de que gozan los diputados, requisitos para el cargo de diputado, prohibiciones e incompatibilidades y forma de elección de Junta Directiva y comisión permanente.

Asimismo, regula las atribuciones que corresponden al Congreso, interpelación de ministros, efectos de la interpelación, asistencia de ministros, convocatoria a elecciones por el Congreso, atribuciones específicas, mayoría calificada, procedimiento consultivo y todo el proceso de formación de las leyes (iniciativa, presentación, discusión, aprobación, sanción y promulgación). Además, este organismo, cuenta con su propia ley orgánica, mediante la cual regula su organización y funcionamiento interno.

Igualmente, se dice que el proceso legislativo tiene características intrínsecas que condicionan la validez de las normas para su generación así: la iniciativa, discusión, aprobación, publicación, e inicio de la vigencia, en este proceso participa tanto el órgano legislativo como el ejecutivo.



El primer Congreso Constituyente se instaló el 15 de septiembre de 1824 bajo la presidencia del doctor y presbítero José María Chacón. Entonces, presidente de la legislatura, electo por el pleno, solo duraba un mes en el ejercicio del cargo.

La primera Asamblea Legislativa Ordinaria, presidida por Nicolás Espinoza, se instaló el 1 de febrero de 1826; el 1 de febrero de 1827 se instaló otra Asamblea Legislativa bajo la presidencia de Luis Pedro de Aguirre, la primera Asamblea Legislativa Extraordinaria tomó posesión bajo la presidencia de Manuel Francisco Pavón el 2 de septiembre de 1827 y la siguiente, el 1 de febrero de 1828 presidida por Luis Pedro Aguirre.

El 23 de julio de 1828 y el 20 de octubre del mismo año, en virtud de convocatoria, se instalaron dos asambleas legislativas extraordinarias, que fueron presididas por Manuel Francisco Pavón y Manuel Arbeu. Se inició el 21 de abril de 1829 una serie de 10 asambleas que tuvieron por algún tiempo la continuidad, siendo sus primeros presidentes: Nicolás Espinoza (21 de abril de 1829); José Manuel de la Cerda (1 de agosto de 1829); José Bernardo Escobar (1 de febrero de 1830); Simón Vasconcelos (16 de septiembre de 1830); Eugenio Mariscal (29 de junio de 1831); Alejandro Marure (1 de febrero de 1832); Venancio Castellanos (27 de octubre de 1832); Joaquín Planas (1 de febrero de 1834); Valerio Ignacio Rivas (1 de marzo de 1835); Eugenio Mariscal (1 de febrero de 1836); y José Francisco Barrundia (1 de febrero de 1837).



A razón de los cambios políticos producidos con la llegada al poder del capitán general Rafael Carrera se mandó integrar el Consejo de Gobierno, compuesto de un consejero por cada uno de los departamentos del Estado. El Decreto Gubernativo fue emitido el 9 de junio de 1844; el Consejo tomó luego el nombre de Consejo y Congreso Constituyente, instalándose el 8 de diciembre del mismo año.

Asumió la función legislativa y por corto período gobernó el país por Decretos. El 15 de agosto de 1848 se instaló una nueva Asamblea Constituyente bajo la presidencia del doctor Pedro Molina. Después se instalaron nuevas asambleas, cámaras de representantes, hasta el 1 de marzo de 1880, cuando se inició un nuevo procedimiento legislativo cuya variación principal fue la de ampliar el período del presidente a un año.

La primera legislatura que comenzó a funcionar con este nuevo sistema adoptó el nombre de Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, y se instaló el 1 de marzo de 1880 bajo la presidencia de José Antonio Salazar. Por Decreto número 188 de fecha 9 de noviembre de 1945 se dispuso que en toda ley vigente de la república en la que aparecieran los nombres de "Asamblea Nacional Legislativa" o simplemente "Asamblea", debería entenderse substituidos por los de "Congreso de la República de Guatemala" o en su caso "Congreso", dicha denominación no ha variado.



Conforme la Constitución Política de la República promulgada el 1 de septiembre de 1985, se establece que 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.

Se menciona la historia dentro de la constitución de los tres poderes posterior a la etapa independiente, que enmarcaron los tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en donde se delega por soberanía del pueblo el poder del Estado, en este sentido con el fin de establecer el poder se determina que el Estado no solo tiene personalidad, sino deberes y obligaciones y como lo refiere la Constitución Política, el único fin que persigue es alcanzar el bien común.

1.5.2. Organismo Ejecutivo

En los artículos del 190 al 202 de la Constitución, regula lo relativo al Vicepresidente de la República, a los Ministros de Estado, Consejo de ministros y Secretarios de la Presidencia. Todo lo relacionado a la organización y funcionamiento de la Presidencia, Vicepresidencia, Ministerios de Estado y Gobernaciones Departamentales, se encuentra regulado en la Ley del Organismo Ejecutivo.



Cabe mencionar que este organismo está integrado con dos tipos de organizaciones públicas: jerarquizadas y no jerarquizadas, la primera conformada con organizaciones que dependen directamente del Presidente de la República y las segundas no dependen directamente del Presidente, dado que las mismas gozan de autonomía o por ser descentralizadas.

Dentro de este organismo se encuentra depositada la soberanía del Estado, por lo cual se considera uno de los poderes más importantes, mismo criterio sustenta el autor Fraga (1989) cuando expresa: “Desde el punto de vista formal la administración pública, quizá la más importante de uno de los poderes en los que se halla depositada la soberanía del Estado, es decir del poder ejecutivo”. (p.109)

De la misma manera consideró que: “El poder ejecutivo es, pues, gobierno, poder político y también administración en cuanto atiende los servicios públicos y el control jurisdiccional. Se trata de dos grandes esferas de acción, no siempre deslindadas con claridad” (Fraga, 1989, p.119). Criterio que sostiene Álvarez Gendín (1954) cuando enuncia: “Que el poder ejecutivo no solo realiza funciones administrativas, sino también políticas”. (p.61)

Sin embargo, la función administrativa debe desarrollarse con apego a ciertos principios, los cuales describiremos en forma breve en qué consisten:

a) Igualdad: que se refiere a que las personas tienen todo el derecho de ser tratadas como iguales ante la ley.



b) Moralidad: debe entenderse como la obligación que tienen las autoridades de obrar con apego a los postulados de la buena fe y de presumir que los particulares con los que entran en contacto hacen lo propio.

c) Imparcialidad: consiste en que los funcionarios y empleados públicos deben desempeñar sus cargos sin hacer política, limitándose únicamente a administrar, sobre todo imparcialmente.

d) Economía: se refiere a que las actividades que desarrolla el Estado deben hacerse con el mínimo costo posible y que los resultados obtenidos sean acordes a los esfuerzos físicos, humanos y económicos empleados.

e) Celeridad: consiste en desarrollar las actividades administrativas en el menor tiempo posible, este principio tiende a disminuir la burocracia estatal. Al respecto cabe la frase referida por Efraín Gómez Cardona (1989) “la burocracia nacional es tan ágil como el más pesado de los paquidermos” (p.221)

f) Publicidad: se refiere a que todos los actos de la administración son públicos, por lo que cualquier ciudadano tiene el derecho de petición, al debido proceso y a la libertad de información; salvo algunas excepciones estipuladas en la Constitución.

g) Eficacia: en forma general debemos entender como el logro de los objetivos propuestos al desarrollar cualquier acción.

1.5.3. Organismo Judicial

Lo que respecta al Organismo Judicial tiene su fundamento legal para su creación, en el artículo 141 de la Constitución Política. La Constitución en los



artículos 203 al 223, decreta la independencia del Organismo Judicial, la potestad de juzgar, las condiciones esenciales de la administración de justicia, garantías instituidas para el Organismo Judicial, el derecho de antejuicio para magistrados y jueces, los requisitos para ser magistrado o juez, el período de funciones de magistrados y jueces, el nombramiento de jueces y personal auxiliar, la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, instancias en todo proceso, la jurisdicción específica de los tribunales, presupuesto del Organismo Judicial, integración y elección de la Corte Suprema de Justicia, los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, integración de la Corte de Apelaciones, tribunales de cuentas, tribunal de lo contencioso administrativo y magistrados suplentes.

Este organismo cuenta con la ley del Organismo Judicial, la cual regula todo lo relacionado a normas de derecho internacional privado, aplicación de las leyes en el tiempo, documentos provenientes del extranjero, plazos judiciales, funciones del Organismo Judicial, tales como: función administrativa, función jurisdiccional; la organización y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia, Corte de Apelaciones y Tribunales Colegiados, Juzgados de Primera Instancia, Juzgados Menores y Secretarios de los Tribunales.

Este organismo realiza la función judicial, también llamada jurisdiccional y como consideración de la función jurisdiccional o judicial la relacionamos con la actividad de los jueces que quizá, con grandes reservas, se puede hablar de una



organización unitaria al servicio de dicha función, por el carácter jerárquico y regular de la administración de justicia o poder judicial.

El mismo criterio comparte Serra Rojas (1998) cuando pronuncia: “Que, a la función jurisdiccional, se le denomina también función judicial, pero el empleo más frecuente es el de función jurisdiccional. León Duguit no está de acuerdo con la expresión función judicial y sugiere el empleo de función jurisdiccional, porque aquélla evoca el criterio formal y la segunda se refiere a la verdadera naturaleza de dicha función” (p.53).

Después de analizar lo que se considera sobre el Estado y su forma de gobierno con el fin de establecer la punición del Estado de Guatemala, fundamenta en el principio de que todos los hombres nacen iguales en derechos y, por consiguiente, que el poder público solo puede constituirse de acuerdo con el reconocimiento previo de esta igualdad jurídica, por lo que se concluye, que la ley como expresión de la voluntad general, somete a su imperio a todos, no pudiendo nadie situarse al margen o por encima de la misma, incluido desde luego en ello el poder político.





CAPÍTULO II

2. TEORÍA DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL

2.1. El delito

La palabra delito viene del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del camino que señala la ley. Dentro del campo del Derecho Penal se encuentra una infinidad de conductas que son sancionadas con una pena o medida de seguridad y corrección puesto que afectan o lesionan a la persona misma, a la convivencia pacífica en la sociedad y por ende al Estado mismo.

Estas conductas que pueden ser acciones u omisiones son vistas como un comportamiento que va en contra de los principios y reglas sociales y estatales, y por ende deben ser sancionadas; todas estas conductas lesionan bienes jurídicos que han sido elevados a una categoría especial por parte del Estado y que bajo el principio de taxatividad de la Ley Penal estas conductas están descritas, reguladas y codificadas así como su respectiva sanción y que van encaminadas a la generalidad de la población, a las cuales se les denomina delitos. Entre los que existe una variedad de bienes jurídicos que se tutelan, como, por ejemplo: delitos contra la vida, el patrimonio, la libertad, etc.



2.2. Definición

A través de la historia de la existencia del Derecho Penal el concepto delito ha sido muy estudiado y debatido entre los doctrinarios puesto que lo han estudiado y analizado desde distintos puntos de vista. Enrique Bacigalupo (1996) en su *Manual de Derecho Penal* explica que “la definición del delito dependerá, en principio, de si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos punibles o los merecedores de pena. El primer concepto dio lugar a un llamado concepto "formal" del delito, mientras el segundo fue designado como concepto "material" del mismo” (p.8). En este sentido bajo el concepto material, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley.

De igual manera, Francisco Muñoz Conde (2001), de forma general define que “delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena... Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige en nuestro penal positivo...y que impide considerar como delito toda conducta que no caiga dentro de las mallas de la Ley Penal” (p.63).

Este autor se refiere a que no puede catalogarse como delito aquellas conductas relacionadas con la moral o con lo social, puesto que ya sería interés de cualquier otra rama de las ciencias sociales.



Por su parte, Sebastián Soler (1986) en su obra *Derecho Penal Argentino* hace referencia a una definición técnica del concepto delito: “delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal... La definición del delito así alcanzada es el resultado de una inducción que parte de la ley positiva, y por eso se le llama definición dogmática o técnica” (pp. 276 y 278).

De esa misma cuenta, Carrara, citado por Sebastián Soler (1986) proporciona una definición iusnaturalista, según la cual “es delito la infracción de la ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (p.280).

En resumen, en la legislación penal guatemalteca no existe una definición de lo que es delito, por lo que nos auxiliamos de la doctrina para ir obteniéndola, además, es importante mencionar que la teoría del delito se debe justamente al estudio del delito, es decir, que la teoría del delito no existiría sin el delito mismo.

2.3. Características

Al hablar de características se refiere a lo que lo hace diferente a lo demás o a las particularidades que posee. Como se mencionaba en el punto anterior, al hablar de delito, necesariamente se debe de remitir a la teoría del delito, y dentro de esta teoría, como una forma ordenada de ir determinando si una conducta u



omisión es constitutiva de delito o falta se han ido estratificando su estudio y se han ido caracterizando elementos negativos y elementos positivos dentro de la misma.

Como elementos positivos se encuentran la conducta humana, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, y para algunos doctrinarios también la punibilidad. Y dentro de los elementos negativos se encuentran: la falta de acción o conducta humana, la atipicidad o ausencia de tipo, las causas de justificación, las causas de inculpabilidad.

Es decir, que para diferenciar una conducta como constitutiva de un delito, o para saber que estamos ante un verdadero delito, se debe de estudiar cada uno de los elementos descritos y que se detallarán en el próximo punto, al tratar la teoría del delito.

2.4. Sujetos del delito

En materia penal, comúnmente son dos: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El sujeto activo: es la persona física que comete el delito, denominado también: delincuente, agente o criminal, siendo esta última acepción manejada por la criminología. Es el que viola el derecho. Siempre será una persona física, indistintamente de la edad, sexo, nacionalidad. Solo la persona física puede ser imputable y capaz.



De igual manera, José Gustavo Girón Palles (2017) define que “Es el autor, o sea quien realiza la acción u omisión, ya sea prohibitiva o imperativa indicada en la Ley Penal” (p.53).

En suma, el sujeto activo es quien trasgrede la ley, quien le da vida a la norma penal, quien lesiona el bien jurídico tutelado protegido por la ley, en su mayoría son los hombres los infractores de la Ley Penal, sin embargo, por el espacio social, político, cultural, en los últimos tiempos también ha ido incrementando el número de mujeres señaladas de cometer hechos penalmente relevantes.

El sujeto pasivo: es la persona física o moral sobre quien cae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Es el titular del derecho violado, persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Se le conoce también como víctima u ofendido. Una persona jurídica, colectiva, social o moral puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la nación.

“Parte de la doctrina, para referirse al sujeto pasivo, emplea el término de víctima; sin embargo, el contenido proteico que otras ciencias le han asignado, puede tornar inconveniente su empleo en las elaboraciones dogmáticas” (Creus, 1992, p.194).

Por la cultura machista que se vive en Guatemala, varias acciones delictivas a lo largo de la historia han recaído sobre las féminas principalmente delitos de



violencia en sus diferentes manifestaciones, agresiones sexuales, violaciones, entre otros.

No está demás indicar que actualmente en el proceso penal guatemalteco, se le ha dado un papel de mayor importancia a la víctima del delito, asignándole obligaciones al Ministerio Público respecto a la misma, se amplió también el concepto de víctima a sus familiares o persona unida, etc.

El artículo 5 del Código Procesal Penal Guatemalteco fue reformado y se estableció que “La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos”.

José Gustavo Girón Palles (2017) explica que el sujeto pasivo “es el titular del bien jurídico, quien ha sido afectado por la acción u omisión típica”. Menciona además dentro de los sujetos al Estado por ser “el ente que reacciona ya sea persiguiendo, ejerciendo la acción o juzgando” (p. 53). “Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado” (Amuchategui Requena, 2005, p. 38).

En el caso del sujeto activo, únicamente las personas individuales o físicas pueden cometer los delitos o transgredir la ley, caso contrario con los sujetos



pasivos, puesto que puede recaer el papel tanto en personas físicas o individuales como en personas jurídicas o colectivas.

2.5. Teoría del delito

Al escuchar el concepto delito se tiene la idea que se refiere a una conducta que va en contra de lo que establecen las leyes penales de cada país, pero, el término es mucho más amplio puesto que aparte de que efectivamente debe encuadrarse y regirse por el Principio de Legalidad, la conducta, ya sea de acción o de omisión, debe de constituirse o adaptarse a otras categorías para poder ser merecedora de una sanción penal.

En el punto anterior se mencionaba los elementos positivos y negativos como características del delito, y se relacionaba a los mismos directamente con la teoría del delito; siguiendo a José Luis Diez Ripollés (1986) se dice que:

De los elementos constitutivos del delito se ha ocupado la teoría jurídica del delito, una fina elaboración conceptual que ha ido depurando los elementos que integran un comportamiento delictivo, teoría que en la actualidad tiene una aceptación general... En consecuencia, el intérprete debe aplicar el criterio lógico que proporciona la teoría jurídica del delito: ella enseña que para que exista el delito se deben dar una serie de elementos, lógicamente escalonados, que demuestran su existencia. De esa manera, la



teoría del delito puede compararse con una escalera, cuyos peldaños son los elementos del delito. (p. 143)

Es decir que, para que una conducta pueda declararse como delito debe de pasar por un filtro que permita estudiar sus características primarias y así descartar una categoría y pasar a la siguiente hasta llegar a la última fase que efectivamente haga ver que se está ante un delito.

Como se mencionaba, al hablar de teoría del delito, necesariamente se debe redirigir al concepto delito, y Eugenio Raúl Zaffaroni, citado por José Gustavo Girón Palles (2017) dice que: “Se denomina teoría del delito, a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito. La teoría del delito contra selecciona conductas que el sistema penal ha seleccionado, es por ello que su función es tratar de racionalizar el Derecho Penal” (p. 20).

Y citando a Bacigalupo la teoría del delito constituye un instrumento de análisis científico de la conducta humana, utilizado por juristas, ya sea en la función de jueces, fiscales, defensores o bien como estudiosos del derecho para determinar la existencia del delito. Constituye “un método de análisis de distintos niveles, cada uno de estos presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las



causas que impedirán la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación” (Girón Palles, 2017, pp. 21 y 22).

“La Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito...” (Muñoz Conde, 2001, P.197). Entendemos, entonces, que la teoría del delito supone un estudio detallado del delito en cada una de sus categorías o peldaños, y peldaño a peldaño se va determinando si una conducta puede ser considerada delito o falta o si por el contrario no se considera ninguna de estas.

2.6. Elementos del delito

“Tales elementos o peldaños son la acción (u omisión), la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, elementos que, investigados históricamente desde diferentes perspectivas, han dado lugar al denominado concepto analítico del delito. Se llama así porque procede por acumulación de componentes aislados que se encuentran en una relación lógica necesaria, de modo que cada uno de sus elementos presupone los anteriores, renunciándose a una noción conjunta de que el hecho delictivo representa” (Ripollés & Colomer, año, p. 144).



2.6.1. La conducta

Se refiere a aquella forma de actuar, a través de actos, acciones, omisiones, manifestaciones de voluntad. “El hecho humano es conducta en tanto sea una manifestación de voluntad. El hombre observa una conducta cuando quiere hacer (acción en sentido propio o positiva) o no hacer (acción negativa u omisión) algo. Ese querer hacer o no hacer nos dice, por sí mismo, que la acción-conducta es un querer de finalidad, pero no necesariamente con finalidad” (Creus, 1992, p.128).

La conducta es definida en el texto Teoría Jurídica del Delito Aplicada al Proceso Penal, como aquel comportamiento (acción u omisión) de la persona, que puede estudiarse desde dos aspectos, el externo, que es la parte objetiva y el interno que es la parte subjetiva. El tipo objetivo lo constituye, el sujeto, la acción (como la aparición externa del hecho producido por la conducta desarrollada por medio de verbos rectores como, sustraer, entrar en morada ajena, simular etc.), el bien jurídico. Lo pueden integrar la relación de causalidad y la imputación objetiva.

El tipo subjetivo se refiere a la función de relación psicológica entre el autor y la acción o resultado, de donde se deriva el término desvalor de acción y se refiere a la finalidad, el ánimo, la tendencia que impulsó actuar al sujeto activo a realizar la acción y omisión, a título de dolo o de culpa. De este elemento se deriva el tipo doloso y el tipo culposo, y la doctrina dominante los incluye dentro de la tipicidad. (Girón Palles, 2017, p.55).



2.6.2. La acción

Cuando se menciona acción se refiere a lo realizado por el hombre y la mujer.

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. (Welzel, 1956, p.39)

Entonces, es un querer hacer, pues que:

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello. Sólo en relación con estas consecuencias de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista, solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es solo causal. (Welzel, 1956, p. 41).

Por su parte, Muñoz Conde citado por José Gustavo Girón Palles (2017) indica que "Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad



humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica siempre una finalidad” (p.29). “La acción-conducta jurídicamente importante es exclusivamente aquella en la cual la voluntad se ha manifestado en el mundo exterior al sujeto a quien se le atribuye (únicamente así produce la relación intersubjetiva que es de la esencia del derecho), ya se trate de una manifestación trascendente de la misma actividad o inactividad que se haya "cristalizado" en el mundo exterior de modo autónomo...” (Creus, 1992, p. 129).

De lo anterior se puede extraer que la acción es una conducta humana, que es realizada en forma consciente y en forma voluntaria (es decir debe existir una intención un querer hacer o no hacer que es conocido también como Dolo) y que necesariamente va a modificar o a producir un efecto en el exterior del ser humano, es decir un resultado.

No toda conducta se debe manifestar en un hacer o exteriorizar una acción, puesto que también puede configurarse un delito al no realizar una acción lo que se conoce como omisión, ya que ante determinadas situaciones la ley exige realizar conductas, como ejemplo, podría plantearse el caso de un salvavidas que ha sido contratado en un turicentro para cuidado de determinada piscina, este tiene el deber de estar atento en su trabajo y en caso que alguien se esté ahogando desplegar la conducta de salvar la vida de la persona que está en riesgo de perder la vida.



“Son delitos de omisión aquellos en los que la acción típica se describe como una conducta pasiva; desde el punto de vista natural la acción es un "no hacer". Por lo tanto, si lo que se castiga es el no hacer, el mandato que se desconoce es el que impone un determinado hacer, o sea, en estos delitos el autor desobedece un mandato imperativo” (Creus, 1992, p. 179).

Es decir, que, para hablar de acción, necesariamente, debe estar reflejado en ella la voluntad de la persona, y en este caso del sujeto activo. En el tema que ocupa el presente estudio se estaría en primer lugar ante el sujeto activo que en inicio le corresponde al hombre que ejerce la violencia en contra de la mujer (física, psicológica, etc.), y en segundo lugar le corresponde como sujeto activo a la mujer que termina cometiendo un acto agrediendo a su victimario.

2.6.2.1. La omisión

Si la acción se refiere a un hacer, transgrediendo la ley, pues manda no cometer esa conducta, la omisión se refiere a no hacer o dejar de hacer, algo que se estaba obligado a realizar.

No confundir la omisión con la ausencia de acción como elemento negativo del delito. La omisión es una conducta pasiva, en donde se incumple el deber de actuar. La forma de proteger bienes jurídicos por parte del legislador es a través de normas prohibitivas que al violarlas dan origen a los tipos de comisión... Pero también hay tipos penales de omisión, que contienen



normas de carácter imperativo, en donde se manda u ordena la realización de determinada conducta, consistente en una obligación de hacer. Al no realizar este mandato, la conducta de la persona es pasiva, porque omite la realización de un mandato legal. Entonces los tipos penales de omisión son aquellos en donde el sujeto no cumplió con el mandato que establece la norma penal. (Girón Palles, 2017, p. 34)

En ese sentido, la omisión implica desobedecer un mandato, no acatar un precepto legal que se está obligado a cumplir; quiere decir entonces, que ignorando esa orden que se le da a un sujeto en específico, su conducta pasiva por no hacer lo que está obligado a hacer, se hace acreedora a una sanción penal.

2.6.3. La tipicidad

Esta es una categoría a analizar dentro de la teoría del delito, y tiene por finalidad verificar si una conducta, ya sea acción u omisión se encuadra a lo que la norma penal tiene establecido.

De acuerdo con la definición de teoría del delito, después de estudiar y establecer la conducta, ya sea que consista en una acción o una omisión, debe pasarse necesariamente a la siguiente categoría: la tipicidad, para definir si se está ante la comisión de un delito.



La tipicidad “Es la característica o cualidad que tiene una conducta (acción u omisión) de encuadrar, subsumir o adecuarse a un tipo penal. Ahora bien, tipificar es la acción de encuadrar la conducta en un tipo penal. Este acto de tipificar lo realiza el fiscal, la defensa, la policía o el estudiante; sin embargo, cuando lo hace el juez se le denomina tipificación judicial” (Girón Palles, 2017, p. 49).

2.6.4. Teorías de la tipicidad

Para determinar si se está ante una conducta delictiva, la acción u omisión se ha estudiado desde distintos puntos de vista llamadas teorías, que manifiestan la causa de la conducta y la consecuencia de ella.

Teoría de la equivalencia de condiciones:

Es necesario referir lo que indicó Creus (1992):

La teoría de las condiciones parte acertadamente del concepto causal ontológico, y establece una fórmula "heurística" sobre la base de preguntas, para determinar nexos causales y eliminar la causalidad ausente. Ella aplica la idea de que todo efecto tiene una pluralidad de condiciones causales, y que, en el nexo causal, cada una de estas condiciones es igualmente necesaria para el resultado, y, en este sentido, todas las condiciones son causalmente "equivalentes" (por eso "teoría de la equivalencia"). La fórmula heurística dice: Causa es toda condición que, suprimida mentalmente, tiene



por efecto que el resultado (en forma concreta) no se produzca, conditio sine qua non. Para la omisión se formula la teoría de la manera siguiente: Una omisión es causal, si agregada mentalmente la acción omitida, el resultado se suprime. (p. 49)

Esta teoría es llamada también teoría de la condición, y “parte de la base que es causa del resultado toda condición que ha intervenido en su producción con independencia de su mayor o menor proximidad temporal. Todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes. Se resuelve sobre la fórmula: es causa del resultado toda condición que suprimida mentalmente haría desaparecer el resultado sintetizada en el aforismo el que es causa de la causa es causa del mal causado” (Girón Palles, 2017, p. 42).

En resumen, esta teoría explica que toda conducta externa tiene una consecuencia, ya que de lo contrario si no existe la conducta o la causa no puede existir por ende la consecuencia. Esta teoría ha ido quedado relegada toda vez que un sujeto activo podría terminar siendo condenado por una acción desplegada que no iba a encaminada al fin por el cual se sentenciaría.

Teoría de la imputación objetiva: En este sentido es necesario considerar que la cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal, pues la doctrina dominante coincide que, para imputar objetivamente, en el ámbito jurídico, un resultado a una persona que lo causó son necesarios tres criterios:



- a) La creación o incremento de un riesgo no permitido;
- b) La realización de ese peligro o riesgo en un resultado; y
- c) La producción del resultado dentro del ámbito de protección de la norma... de acuerdo con el primer presupuesto serán imputables las acciones peligrosas que crean un riesgo jurídicamente desaprobado, o incrementen un riesgo existente más allá de lo permitido.

“no es suficiente la creación o incremento de un resultado típico, sino que ese resultado sea producto de la realización del riesgo inherente a la conducta, el tercer presupuesto, no se puede atribuir al causante de un hecho, otros hechos que se deriven del primero. (Girón Palles, 2017, p.44)

2.6.5. Dolo

En esta figura penal está íntimamente relacionada la acción o la omisión, pero siempre y cuando no sea casualidad, sino que se tenga prevista; se haya conocido con anterioridad las consecuencias de la acción u omisión y era el deseo o voluntad realizar la conducta."Dolo", como concepto jurídico, “es aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto” (Welzel, 1956, p. 43).



Para Girón Palles (2017), dolo es:

Es conocimiento (saber) y voluntad (querer) de realizar el tipo objetivo. En el tipo doloso, hay coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere. De este concepto se derivan sus elementos: intelectual o cognoscitivo, que es conciencia y conocimiento de los elementos objetivos del tipo, (elementos normativos y elementos descriptivos) ..., y volitivo, que se refiera a la voluntad del autor de realizar los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento. No basta desear, sino querer, tener intención o propósito de la realización de los elementos de cada tipo penal en particular. (p. 70)

Entonces, si al momento de realizar la conducta se previó el resultado, se está ante la figura penal del dolo. Siendo que el dolo puede manifestarse en diferentes circunstancias o modalidades y “según que sea la mayor intensidad del elemento intelectual o del volitivo, se distingue entre dolo directo y dolo eventual” (Muñoz Conde, 2001, p. 286).

Las consecuencias que constituyen el fin que el autor se ha propuesto y aquellas que, sin formar parte de su propósito, las acepta como necesarias o posibles. Las primeras corresponden al dolo directo; las segundas, al indirecto... Las consecuencias de la acción que están fuera del propósito perseguido (indirectas), en un caso se han de producir forzosamente (dolo indirecto necesario o cierto); en el otro, pueden producirse o no (dolo condicionado o eventual). (Fontan Balestra, 1998, p. 326).



En palabras sencillas que refiere Ricardo Alejandro Patiño (2011) dice que “Actúa dolosamente quien sabe lo que hace, obra con dolo quien en el momento de la acción se representa un resultado criminoso como cierto, probable o posible, que quiere o acepta, pues su producción no lo detiene en su obrar” (p.99). Es decir, que, si una conducta resulta de una voluntad de querer realizarla y de querer provocar las consecuencias, se estaría ante un dolo, puesto que se sabía el daño que se provocaría y aun así se decidió continuar con la acción u omisión.

2.6.6. Culpa

Esta figura se relaciona con aquellas acciones u omisiones que causan una lesión al Bien Jurídico tutelado sin tener intención de causarla ni haberlo previsto. La doctrina ha definido la culpa como una acción que se realiza por imprudencia, negligencia o impericia.

Carlos Fontán Balestra (1998) define la culpa en sentido general como “la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar. Esta fórmula no comprende la llamada culpa con previsión o representación, consistente en la representación de un resultado típicamente antijurídico, que se confía en evitar, obrando en consecuencia” (p.331).



2.6.7. Error de tipo

Claus Roxin citado por José Gustavo Girón Palles (2017) se refiere a que el desconocimiento de los elementos objetivos del tipo, como el descriptivo y normativo dan lugar a un error en el elemento intelectual del dolo, y, por consiguiente, a la ausencia de dolo. “Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente” (p.73).

En ese sentido, el Estado tiene la obligación de divulgar y dar a conocer el contenido de la norma a efecto que el destinatario pueda interiorizarla, y así poder dar cumplimiento al mandato legal. “Si el dolo requiere conocer y querer la realización del tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o algunos, o todos los elementos del tipo injusto” (Mir Puig, 1990, p. 268).

Así también, Carlos Creus (1992) establece “que recaee sobre los elementos que integran la acción típica en su objetividad (el tipo objetivo de los finalistas), sean ellos de hecho (fácticos) o de derecho;” (p. 348).

Es decir, que para que encuadre el error de tipo debe de faltar un elemento indispensable de los que describe el tipo penal para que en consecuencia ya no pueda tipificarse como delito; bien sea que faltó la voluntad de querer realizar una acción que dañara a otra persona o se actuó pensando que se hacía correctamente.



2.6.8. La antijuricidad

Después de establecer que sí existe una conducta (ya sea de acción u omisión) y que esta conducta es típica puesto que se encuadra en lo que describe la norma penal, es necesario pasar al siguiente peldaño, en el cual debe establecerse si esta acción típica, es contraria a derecho.

A la antijuricidad se le denomina también antijuridicidad; ambos términos son aceptados por la doctrina. En Guatemala en las diferentes leyes se denomina antijuricidad, y en sentido amplio, la antijuricidad es toda conducta contraria al derecho, y citando a Claus Roxin (2017) en sentido estricto “La antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber su contradicción con las prohibiciones o mandatos del Derecho penal, mientras que injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor” (p.93).

Para Hans Welzel (1956):

Antijuricidad es el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones que se realizan en la vida social. Es el disvalor jurídico, que corresponde a la acción a consecuencia de esa divergencia... frecuentemente se denomina la antijuricidad como un "juicio de valor" negativo o "juicio de disvalor" del derecho sobre la acción... Por ello, la antijuricidad es un "juicio" de valor "objetivo", en cuanto se realiza sobre la



acción, en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico. El objeto que se valora, a saber, la acción, es, en cambio, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos). (pp.57 y 58)

Aparte de los dos términos ya citados, Hans Welzel hace referencia a injusto y que son utilizados por lo común, indiferentemente. Esto es en muchos casos inocuo; sin embargo, puede conducir a malos entendidos en cuestiones importantes. Antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica.

Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica, la antijuricidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción. Esta diferencia puede llegar a ser dogmáticamente de gran significación. La antijuricidad, como pura relación entre un objeto (acción) y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo injusto, como objeto valorado antijurídico, es, en cambio, múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el derecho. (Welzel, 1956, p. 58).

Y, finalmente, se dice que una “acción u omisión es antijurídica cuando encuadra en un tipo penal (acción u omisión típica) y que no concurren causas de



justificación (legítima defensa, estado de necesidad, y legítimo ejercicio de un derecho” (Girón Palles, 2017, p. 94).

Llegado a este punto, es donde verdaderamente debe analizarse si la conducta realizada puede constituir un delito, puesto que pueden existir los hechos o las lesiones a los bienes jurídicos tutelados, pero falta determinar por qué razones se hizo.

En los casos de la mujer víctima de violencia contra la mujer o intrafamiliar, y que después se convierte en victimaria de su pareja, es importante prestar atención a los detalles bajo los cuales se cometió el hecho, puesto que de acá podría surgir un buen argumento que defienda una de las partes procesales, puesto que el propio legislador ha instaurado permisos especiales para vulnerar un bien jurídico cuando se encuentre otro de similar o semejante condición.

2.6.8.1. Clasificación de la antijuricidad

La antijuricidad encierra varios aspectos: la conducta ya sea acción u omisión, y que esta sea contraria a derecho. Pero no podría decirse que una conducta es contraria derecho si no se manifiesta externamente; y esta clasificación, en efecto hace referencia a la lesión efectiva del bien jurídico tutelado o solamente a lo que se considera como inadecuado. A pesar de que aparece esta clasificación, es necesario que ambas -antijuricidad formal y antijuricidad materia- se



complementen, puesto que una sin la otra realmente no tendría un efecto jurídico penal.

Antijuricidad Formal: “Es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico. En las conductas prohibidas el autor realiza lo contrario a lo establecido por la norma, por ejemplo, matar a una persona. En las conductas imperativas, el autor no realiza la acción a que está obligado, como la falta de pago de las pensiones alimenticias. Sin embargo, no basta con que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico, además, es necesaria la antijuricidad material” (Girón Palles, 2017, p. 94).

Tal y como se analizó en el apartado de la conducta, en estos casos la acción se exterioriza al realizar acciones prohibidas o por dejar de realizar determinadas conductas que se tienen el deber de cumplir y que no se cumplieron.

En la antijuricidad la conducta realizada no concuerda con lo que establece la norma, o mejor aún, la conducta encuadra con lo que la norma prohíbe hacer o manda hacer,

Antijuricidad Material: Es la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado. Especialmente para los delitos de resultado en donde se exige la existencia de un daño al bien jurídico. (Desvalor de resultado). “Para que exista una acción u omisión típica y antijurídica, es necesario que la conducta sea contraria



al derecho (antijuricidad formal) y además la existencia de una lesión, daño efectivo, o puesta en peligro del bien jurídico (antijuricidad material), y que no existan causas de justificación” (Girón Palles, 2017, p. 94).

Entonces, en un primer momento y para que exista la antijuricidad material se debe de trasgredir la norma penal, pero para que se materialice debe de haber afectación externa o visible de los daños causados con la conducta realizada, como por ejemplo con un robo se va afectar el patrimonio de la víctima o en un delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, existirán lesiones que vulnerarán el bien jurídico que es la integridad física de la fémina.

2.6.9. Causas de justificación

Estas son conocidas también como Causas de Exclusión del Injusto y Eximentes. No puede existir antijuricidad si existe una causa de justificación, es decir, una causal que demuestre que el hecho cometido fue justificado para defenderse a sí mismo, a su familia y/o a su patrimonio, este es un elemento que pudiera ser de suma utilidad para el estudio que se realiza, toda vez que al encontrarse una causa de justificación en la acción desplegada por el o la sindicada prácticamente no habría delito.

“En mayor grado aún, rige para los delitos culposos y para los delitos de omisión. En estos grupos de delitos, las características materiales del tipo (como p.



ej., la existencia de lesión de un bien jurídico) no indican todavía, de ninguna manera, la antijuricidad, sino que la fundamentan solamente en relación con el deber jurídico, materialmente no descrito del autor” (Welzel, 1956, p. 88).

“Los fundamentos de justificación tienen por efecto eliminar la antijuricidad indicada por el cumplimiento del tipo” (Welzel, 1956, p. 90).

Es decir, que en contraparte de la antijuricidad se encontrará siempre y de acuerdo con la normativa penal guatemalteca, las causas de justificación que son permisos especiales que otorga el legislador a efecto que una persona pueda repeler un ataque injustificado, y que existen variantes donde puede alegarse el permiso especial por parte del Estado para justificar la conducta realizada, entre estos encontramos los siguientes:

a. Legítima defensa:

Este tema es fundamental para ejercer la defensa técnica de una fémina acusada de cometer un delito en contra de su conyugue o conviviente, en este tema efectivamente la persona realiza una conducta descrita en la norma penal, como por ejemplo ejercer una defensa ante una agresión ilegítima, golpeándolo con un leño en la cabeza y que el agresor fallezca, conducta a la que regularmente se le terminaría dando la calificación jurídica de parricidio, sin embargo, al analizar que existe una causa de justificación como es la legítima, defensa, estaríamos encontrando un elemento negativo en la teoría del delito puesto que no existiría antijuricidad en la acción desplegada, y que si bien es cierto, esta se encuentra



tipificada, el legislador ha dispuesto conceder ese permiso especial de ejecutar la conducta sin que sea tomada como delito, que bajo otras circunstancias se encontraría prohibida.

Una síntesis bastante importante para comprender en forma sencilla lo que son las causas de justificación es dada por Bellati, quien citando a Bacigalupo (1,999) indica “el derecho no necesita ceder ante lo ilícito” (p. 14). Es de esa cuenta que lo que se pretende en muchas ocasiones como dice la doctrina es defender un “bien jurídico inocente” y lograr la defensa de la persona, sus bienes y mantener una estabilidad jurídica en la sociedad.

Claus Roxin (1997) menciona que necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño, y citando a Epifanio López Cantoral sintetiza así: “Pero para ello no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños en su propiedad o de lesiones en su propio cuerpo, sino que está legitimado para emplear como medios defensivos los medios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro. Por tanto, en primer lugar, la defensa ha de ser idónea” (p. 629).

En ese sentido dependiendo del caso concreto se puede hablar que debe existir una proporcionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión



de la que es víctima, sin embargo, estos presupuestos desaparecen al tratarse de una legítima defensa privilegiada.

Defensa legítima es aquella defensa necesaria para contrarrestar una agresión antijurídica actual llevada contra quien se defiende o contra un tercero. Su idea fundamental es: el derecho no precisa ceder ante lo injusto... Es provocada por una agresión actual antijurídica. a) Agresión es la amenaza de lesión, mediante una acción humana, de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos). Agresión es, en principio, un comportamiento positivo, no un puro no hacer; sin embargo, agresión es también la concreción de un delito de comisión mediante omisión.

Defendible es todo bien jurídico, y no sólo los penalmente reconocidos: cuerpo, vida, libertad, honor, compromiso matrimonial, propiedad, posesión. Frente a agresiones de animales juega el estado de Necesidad, acción de defensa es la realizada para el fin de la defensa. Quien se defiende debe tener la voluntad de defensa. Por eso no hay defensa legítima si el autor quiso lesionar y con ello, sin tener la idea, rechaza la agresión de otro. La acción debe ser necesaria para la defensa. (Welzel, 1956, pp. 91-93)

Además, “La defensa putativa: Si el autor supone erróneamente una situación de legítima defensa, el hecho es antijurídico, pero, a consecuencia del



error sobre la antijuricidad, queda excluida la culpa. En caso de inevitabilidad del error, el autor es punible más benignamente doctrina actual; sobre ello” (Welzel, 1956, p. 95).

Entonces existirá legítima defensa cuando en efecto haya sido visible el hecho cometido y se pueda comprobar que únicamente se causó la lesión del bien por defender su integridad y vida, y siempre que corresponda con la magnitud del daño que se esperaba y que se evitó, también la legislación nacional exige que exista falta de provocación por parte del sujeto pasivo, puesto que si existió algún tipo de provocación podría entenderse que se tenía prevista una conducta previa a repeler el ataque y haberse representado como posible la acción a realizar, es decir el dolo.

El artículo 24 del Código Penal, dentro del apartado de las causas de justificación establece: “Legítima Defensa 1o. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor”.

Por lo cual se hará el análisis respetivo, en cuanto a los requisitos o elementos necesarios establecidos en la ley para que pueda declararse con lugar una legítima defensa:



b. Agresión ilegítima:

Para determinar la acción del sujeto activo (atacante) la doctrina le ha denominado también “injusto” esto tomando en consideración que el termino injusto se refiere a algo que no solamente puede ser no legal sino también algo que sea contrario a las reglas sociales o de convivencia, toda vez que lo justo va más allá de lo legal.

En la *Revista del Defensor* número nueve se hace referencia a la sentencia de fecha trece de octubre del 2019, de la Sala Cuarta de Apelaciones en Materia Penal, donde establece: “Entendiéndose por agresión no solo en el sentido de acometimiento sino como la acción de puesta en peligro de algún bien jurídico que debe ser dolosa, debe ser antijurídica, que esté en un verdadero riesgo inminente de ser lesionado, la agresión ha de ser real y actual es decir que no haya cesado” (Instituto de la Defensa Pública Penal, 2019, pp. 88 y 89).

Desde este punto de vista, el criterio anterior desde la perspectiva del enfoque de género es un tanto discutible, toda vez que la inmediatez temporal en casos de violencia contra la mujer, se debe analizar que estos estallidos de violencia son cíclicos, la mujer sabe que su pareja tarde o temprano volverá a agredirla lo que la mantiene en un estado de zozobra, esperando el próximo episodio de violencia; es por ello que Recinos Portillo (2012) citando a Zaffaroni indica:

La inminencia de la acción injusta, según Zaffaroni, se entiende cuando el agresor puede llevar a cabo la acción cuando quiera, porque es inequívoca



su voluntad de hacerlo, y ya tiene aprestados los medios para ello, pero no debe ser entendida en el mero sentido de inmediatez temporal (p.48).

c. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo

Siguiendo siempre con las causas de justificación “Este requisito guarda concurrencia de dos extremos distintos: la necesidad de defensa que solo se da cuando es contemporánea a la agresión que persiste mientras la agresión dura, que la vía para repelerlo o impedirlo, la racionalidad del medio empleado que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida” (Instituto de la Defensa Pública Penal, 2019, p. 99).

En este sentido, se debe analizar que debe existir una puesta en peligro inminente de la integridad del sujeto pasivo; también acá se debe mantener la perspectiva de género, en el sentido de comprender la fuerza física que pueda tener una mujer y en la cual un hombre con un objeto parecido o de la misma dimensión que una mujer naturalmente saldrá ganando, por lo cual algunas mujeres incluso han actuado cuando el hombre ha amenazado a la fémina y esta actúa antes que se materialice el próximo ataque de su agresor.

d. Falta de provocación suficiente por parte del defensor:

Esta causa justificativa se refiere a que la persona que al final cometió la conducta de acción u omisión debe haber actuado para defenderse y no haberse defendido porque en un primer momento se provocó o insinuó a la otra parte para



provocar su ira y al final defenderse de esa conducta; puesto que en ese sentido podría pensarse que la persona de quien se defendió al final el sujeto activo tenía motivos para haber agredido: "...debe entenderse que solo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto" (Instituto de la Defensa Pública Penal, 2019, p. 99).

Por lo cual el sujeto activo no podría alegar como se hace en la cultura machista, por ejemplo: un atraso en servirle los alimentos, toda vez que la ley de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer no permite que se aleguen causas de justificación cuando se trata de la agresión hacia una mujer.

e. Estado de necesidad:

Esta figura puede confundirse con la anterior: legítima defensa. La necesidad juega un papel central en la legítima defensa, en el estado de necesidad justificante y en la exclusión de la culpabilidad. En los tres casos el concepto no varía: se entiende que media necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión. No obstante, la defensa es legitimada por la necesidad sin atender a la magnitud de la lesión inferida, en razón de la antijuridicidad de la acción del agresor, excluyendo solo las defensas que excedan el límite de la racionalidad, o sea, que resulten aberrantes.

En el estado de necesidad, esta no puede legitimar cualquier lesión porque no media ninguna acción agresiva antijurídica por parte de quien soporta la lesión a



sus bienes jurídicos. “Por lo tanto, el límite justificante o legitimante está dado por la ponderación entre los males evitado y causado” (Zaffaroni, 1981, p. 631).

Estado de necesidad es una situación o circunstancia en donde el individuo para salvarse, o proteger bienes jurídicos de terceros de un mal peligro, afecta otros bienes de menor valor a los dañados. Siempre que el peligro no se cause de manera voluntaria y que no haya otra forma de evitarlo. Dependiendo de situaciones específicas, la proporcionalidad del bien jurídico sí es determinante para su calificación.

Esta figura también resulta muy importante al momento de ejercer la defensa o tomar un caso de mujeres sindicadas que previamente sufrieron violencia, puesto que dentro de la conducta puede justificarse su actuar para salvarse ella misma y a su familia ante una agresión por parte de su cónyuge o conviviente.

f. Cumplimiento de un deber:

Llamado también legítimo ejercicio de un derecho y se encuentra regulado en el inciso 3 del artículo 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. Se refiere a aquellos actos que se ejecuten en el cumplimiento de un empleo debidamente asignado y conocido ante los demás, y que cause lesión a un Bien Jurídico Tutelado, en este caso no se le puede tachar de antijurídica a la acción puesto que había un motivo racional para realizarla.



Claro está que esto también tiene sus excepciones, pues “No se puede incluir dentro de esta exención penal a los sujetos que actúen fuera del ámbito de sus atribuciones, o no se den los presupuestos que establece la ley para realizar los actos” (Girón Palles, 2017, pp. 111 y 112).

Es decir, que no se puede incluir en las causas de justificación la extralimitación de las funciones asignadas en una persona, y pueden encuadrarse en ella todos los funcionarios y empleados públicos y aún aquellos empleados privados que en ejercicio del cargo desarrollen una conducta que lesione a otro.

Siendo entonces, que esta causa de justificación no cabría para el tema que se aborda, puesto que al hablar de la mujer víctima de violencia contra la mujer y que después se convierte en victimaria, no actuaría dentro del desenvolvimiento de un cargo.

2.7. La culpabilidad

Esta es otra categoría de la teoría del delito, para algunos juristas es la última categoría de esos peldaños, y para otros debe de incluirse también la punibilidad. En esta categoría o elemento del delito, deben de estudiarse las conductas típicas y antijurídicas, y además analizar si el sujeto que cometió el hecho actuó sabiendo que lo que hacía era contrario a la norma jurídica, que pudo haber actuado de forma correcta y aun así no lo hizo.



La naturaleza de la culpabilidad se deja caracterizarlo más acertadamente posible por la palabra, idiomáticamente no muy elegante, "irreprochabilidad" Es aquella cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la ha omitido.

Representándose también aquí, como en la antijuricidad, el orden jurídico personificado por el legislador o el juez, se denomina muchas veces la irreprochabilidad también como reproche de culpabilidad, y la culpabilidad como juicio de culpabilidad...Culpabilidad, en sentido estricto, es solamente la reprochabilidad, o sea la calidad específica de disvalor en la voluntad de acción.

Una definición mucho más clara la proporciona José Gustavo Girón Palles (1956): sobre La culpabilidad puede definirse como:

Un juicio de reproche que se realiza a un sujeto que ha realizado una acción típica y antijurídica, siempre y cuando tenga la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo con la comprensión de su conducta, que además tenga conocimiento de la antijuricidad, y que al sujeto le era exigible obrar de otro modo, y no como lo hizo. Cumpliendo estas circunstancias, la persona es penalmente responsable y se le impone una pena para que esta pueda rehabilitarse o resocializarse. (p. 49)

Y, en resumen, de las definiciones ya proporcionadas surge algo muy importante: "...toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad" (Welzel, 1956, p. 152).



Siendo entonces, que la capacidad volitiva de la persona es determinante para que su conducta sea considerada merecedora de una pena, sumado claro está al conocimiento que se tiene de que la conducta va en contra de la ley y de la sociedad misma.

En ese sentido, sobresale el llamado juicio de reproche que el Estado realizará a la persona que aun comprendiendo lo ilícito de su acción y pudiendo obrar de una manera distinta decide desplegar una conducta que perfectamente sabe que vulnerará un bien jurídico, por lo cual el Estado al reservar el monopolio de la persecución y sanción penal al establecer este cuarto peldaño de la teoría del delito decide que esa persona ha cometido un delito.

2.7.1. Elementos de la culpabilidad

Los elementos están incluidos en las definiciones anteriores que se analizan detalladamente:

Valoración de conducta. Puesto que se le tiene como una conducta (acción u omisión) contraria a derecho, valorada negativamente.

Juicio de reproche. La sociedad en primer lugar ha hecho un primer reproche al momento en que los legisladores redactaron y aprobaron la Ley Penal. Y en un segundo momento al momento de la comisión del hecho, ante la sociedad la



conducta es catalogada como contraria no solo a la norma penal sino a las normas sociales de paz y convivencia.

Imputabilidad. Llamada también capacidad de culpabilidad, consiste en aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, salud mental, etc.) y citando a Bacigalupo citado por Girón Palles (2017) “La capacidad de motivación es la capacidad de motivarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico penal, b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión” (p.118).

Quiere decir, entonces, que en el caso de los menores de edad no puede corresponderles culpabilidad por sus acciones, aunque claro está que de determinada edad (adolescencia) si ya pueden ser reprochados de su conducta, pero no se sanciona de la misma manera que a una persona mayor de edad y tampoco se le ingresa a un lugar de la misma magnitud. Puesto que la doctrina de protección integral del NNA parte de la idea que el niño es sujeto de derechos, no objeto de derechos y todas las intervenciones del Estado deben estar presididas por el principio del interés del niño, de tal manera que el interés superior del niño se convierte en el principio primordial de toda actuación estatal.

Lo mismo sucede con las personas que, aunque sean mayores de edad, carecen en algún porcentaje o en todo de su capacidad mental, puesto que no



comprenden las acciones que realizan y mucho menos el daño que provocan o el bien que lesionan.

A la capacidad de culpa, Hans Welzel (1956) la describe como:

Capacidad de culpa (capacidad de imputación) es, por lo tanto, la capacidad del autor: a) de comprender lo injusto del hecho, y b) de determinar su voluntad, de acuerdo con esa comprensión. La capacidad de culpa tiene, por lo tanto, un elemento adecuado al conocimiento (intelectual) y otro adecuado a la voluntad (voluntativo): los dos juntos constituyen la capacidad de culpa.

Para el elemento intelectual es decisiva la comprensión de lo "injusto" del hecho, no de lo "no permitido"; en todos los casos se trata de la comprensión de lo injusto material. No es necesario que el autor conozca el hecho como contrario a la ley, ni basta la conciencia de cometer un hecho meramente amoral, sino que el autor debe saber que su hecho es una infracción contra aquellas normas sociales que son imprescindibles para la convivencia. (Welzel, 1956, p. 165)

Conciencia de antijuricidad. En este elemento es necesario que la persona o sujeto activo tenga conocimiento que está lesionando un bien jurídico tutelado y que a la vez su conducta es merecedora de una sanción penal. Es indispensable que el autor de una acción típica y antijurídica no ignore el contenido de la norma penal y la ilicitud de su conducta para poder motivarse a no realizar injustos penales.



No es necesario que el individuo conozca exactamente todo el contenido de la norma incluyendo la pena que se le asigna, sino basta con que sepa que esta conducta es prohibida por la ley.

Este requisito es eminentemente jurídico y no tiene nada que ver con la capacidad de culpabilidad. “Si el autor de la conducta es adulto, no padece de enfermedad mental y conoce la prohibición o norma penal que prohíbe la realización de la acción, la consecuencia será la culpabilidad, configurándose el concepto delito para la imposición de una pena, pero si desconoce la prohibición no se configura la culpabilidad y por no haber delito se exime de responsabilidad penal” (Girón Palles, 2017, pp. 127 y 128).

Exigibilidad de actuar de forma diferente.

En este elemento, se parte de que el autor es imputable, conoce la prohibición, y en situaciones normales se puede determinar o motivar a no realizar la conducta antijurídica.

En ese sentido por el deber jurídico de actuar se puede imponer una pena, salvo que existan situaciones extremas en las cuales no se le puede exigir que no haya actuado como actuó y obedecen a la necesidad de que el Estado las regule, porque en una sociedad democrática no se puede exigir al hombre o mujer normales (medio o media) actos heroicos en situaciones

poco comunes y que sean determinados por la norma jurídica. (Giron Palles, 2017, p. 150).



En este elemento, es determinante la voluntad del sujeto, de querer actuar o no y que pudiendo evitar el resultado previsto en la norma, decide realizar la conducta, por lo que su acción entra en contradicción con la norma penal.

En esta categoría de la teoría del delito, es importante mencionar el miedo invencible, figura que está regulada en la legislación guatemalteca, en el artículo 25 del Código Penal, en el cual se establece: “Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias”. Al tenor de esta figura penal la cual resulta bastante importante, puede analizarse en la defensa con enfoque de género, toda vez que en ocasiones el elemento de temporalidad y exigibilidad constitutivos de una legítima defensa no puede alegarse, esta figura viene a asomarse a los linderos de un miedo invencible, en este sentido el sujeto activo conoce que su acción lesionará un bien jurídico (contraria a derecho), sin embargo, por factores tanto externos como subjetivos el sujeto pasivo (la fémina) ha sido víctima de una amenaza inminente que le puede hacer creer que su integridad física o la de sus hijos pueda estar en peligro, por lo que ante una amenaza proferida por el cónyuge o conviviente la mujer víctima de violencia se ve apoderada de miedo y decide actuar antes que su agresor, que incluso puede provocarle lesiones graves o hasta la muerte



CAPÍTULO III

3. *IUS PUNIENDI*

3.1. Generalidades del *ius puniendi*

Siendo la parte toral de mi tesis se considera relevante abordar el poder punitivo del Estado, puesto que de ello deriva el establecimiento de las penas, objeto central de la presente investigación. Por lo que se deben considerar los antecedentes de lo que se denomina poder punitivo, después su conceptualización y sus límites conforme al Derecho Penal actual. Los antecedentes de lo que se denomina poder punitivo se deriva a tiempos remotos, desde la antigüedad hasta el momento del surgimiento y consolidación del Estado moderno.

En este marco temporal e histórico del poder punitivo, asumido como el poder de castigar, ha tenido una evolución progresiva en relación a las formas, ha pasado desde lo que se conoció como la Ley del Talió (“ojo por ojo, diente por diente”), luego el paso a los tratos inhumanos, degradantes y crueles, y penas desproporcionadas e irracionales, hasta llegar en nuestros días a los castigos calificados como más humanizados. Hoy en día, se pretende que este poder de castigar tenga en cuenta el respeto de la dignidad de la persona especialmente de sus derechos humanos, los cuales, entre otros, vienen a constituir los límites del *ius puniendi* del Estado.



Otra evolución positiva es en relación de quienes están legitimados a imponer las sanciones penales. Se ha transitado desde la llamada venganza privada o justicia por propia mano, practicada en la antigüedad, al actual monopolio del Estado del uso legítimo del poder de castigar mediante procesos garantistas. El poder punitivo del Estado se puede enunciar como aquel poder de castigo legítimo que tiene el Estado como tal. Este poder punitivo ha sido motivo de reflexiones jurídicas, que han desembocado en su conceptualización actual, así tenemos que el poder punitivo es “la potestad constitucionalmente legitimada de crear leyes e instituciones represivas que garanticen la protección de los derechos y bienes” (Jeschek, 1998, p. 123).

Esto en el entendido que se refiere a los derechos y bienes más importantes de todas y cada una de las personas bajo la jurisdicción de un Estado, entre los que se destacan la vida, la libertad, la seguridad, el desarrollo, la integridad física y psicológica, y la propiedad, en un marco de convivencia pacífica. Hasta ahora no ha sido suficiente confiar en la sola voluntad de los ciudadanos de someterse a las leyes.

Se han necesitado de medios disuasivos o coercitivos para prevenir las infracciones y sus resultados, o la consecuente sanción cuando su infracción ha ocurrido, pretendiendo con ello reparar el daño ocasionado y el restablecimiento de la armonía social, esto es la razón de ser de la potestad punitiva del Estado.



En ese sentido, se entiende que la potestad punitiva se encuentra regulada en un conjunto de leyes que hacen posible el castigo, por parte del Estado de las conductas que afectan bienes jurídicos. Este conjunto de normas jurídicas se denomina Derecho Penal. Esto ha tenido que llegar a ser así, por la razón de que, si las personas respetaran voluntariamente las normas, el Derecho Penal sería innecesario; pero “los seres humanos son constantes transgresores del orden jurídico establecido, y por ello junto al Derecho Constitucional figura el Derecho Penal” (Espinoza Bonifaz, 2007, p. 17).

Con lo referido se observa que el Derecho Penal es el medio por el cual el Estado ha desarrollado su potestad punitiva, que a la vez ha implicado una observancia estricta de los derechos y garantías constitucionales de todas las personas. Se afirma en este caso que “se justifica el Derecho Penal como un instrumento socialmente útil, el valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del Derecho Penal” (Bacigalupo Z, 1996, p. 30).

El *ius puniendi* como refiere la consideración de que es la esencia del mismo Derecho Penal, por ser emanante de la potestad punitiva del Estado, en sentido amplio y subjetivo. Que en esa consecuencia: “El derecho penal es una rama del derecho público, y, como todo derecho, puede ser considerado subjetiva y objetivamente. Bajo el primer aspecto, es el poder de establecer las penas correspondientes a las diversas infracciones del derecho, en conformidad con los principios de justicia y las exigencias del interés público, bajo el segundo aspecto el



derecho penal es aquel mismo poder actuado, lo que equivale a decir que es el conjunto de normas jurídico-penales” (Montes, 1917, p. 19).

Si el *ius puniendi*, es el Derecho Penal desde un punto de vista subjetivo y tal como se describe, se observa que no es más que la potestad punitiva del Estado. En este marco, se inscriben sus definiciones y entre las recopiladas están que el *ius puniendi* “no es más que la facultad que tiene el Estado para imponer penas” (Creus, 1997, p. 52).

También se sostiene que es “el derecho de penar, por lo que en ese sentido debe entenderse como un derecho subjetivo del Estado, o una mera capacidad de poder ejercer su fuerza legal conforme a derecho” (Welzel, 1956, p. 57). Otras definiciones jurídicas contienen los mismos elementos o matizan algunos aspectos sustanciales del concepto *ius puniendi*, entre estas:

a. “Regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias” (Nuñez, 1999, p. 64).

b. Es “La potestad, no de persona alguna, sino del Estado, de sancionar a quienes han ejecutado actos que el propio Estado ha calificado como gravemente atentatorios del orden social y de los derechos de los asociados” (Alessi, 1970, p. 43).

c. Es el “Conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de las penas por parte del Estado. Estas condiciones tienen



un carácter constitucional y, por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal” (Bacigalupo Z, 1996, p. 127).

3.2. *Ius Poenale*

Es necesario considerar el *ius poenale*, pues el *ius puniendi* depende de este, pues constituye el Derecho Penal desde un punto de vista objetivo, es el conjunto de normas jurídico penales que regulan y limitan el poder punitivo del Estado, para ello, determina los delitos y sus consecuencias jurídicas que son las penas y medidas de seguridad. También se señala que el *ius poenale* “Es la manifestación concreta del derecho subjetivo, aquí se limita el *ius puniendi* de acuerdo con los preceptos constitucionales y a la dignidad de la persona” (Bacigalupo, 1996, p. 137). En efecto, se puede decir que el *ius poenale* es la esfera de regulación del poder punitivo, desarrollando la facultad legítima que tiene el Estado de establecer cuáles son las conductas calificadas como delitos, en preservación de bienes jurídicos tutelados. Es decir, la creación en abstracto de los tipos penales y la determinación de sus consecuencias jurídicas, especialmente las penas, para sancionar a toda persona cuya conducta se encuadre en los supuestos de hecho establecidos como sancionables penalmente.

Considerándose el *ius poenale* como; “Conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho y a la pena como su legítima consecuencia” (Salas Chávez, 2002, p. 19).



El Derecho Penal objetivo “sería la manifestación concreta del derecho penal subjetivo, del derecho de sancionar del Estado, contenido en las leyes penales. El derecho penal objetivo expresa el uso concreto del poder sancionador que hace el Estado dentro del marco que le fija la Constitución del Estado, es decir, conforme con los principios legitimantes del derecho penal” (Bacigalupo Z, 1996, p. 172). En este sentido el *ius poenale* es, que como conjunto de normas jurídico penales tiene como límite preceptos constitucionales y los derechos fundamentales (Derechos Humanos) de la persona lo que viene a ser uno de los límites de la potestad sancionadora del Estado, juntamente con el debido proceso y el principio de legalidad.

Se determina la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico, esta concepción fue, por tanto, abandonada. El poder del Estado se consideró como fundado en las normas legales, las mismas que justifican su pretensión para reprimir a las personas. El derecho a castigar, o sea el *ius puniendi* sería un derecho subjetivo basado en la relación existente entre el Estado y el delincuente. Este criterio, que se asemeja a la noción de derechos subjetivos del derecho privado, no es satisfactorio, ya que el poder punitivo del Estado, no puede ser explicado como una prerrogativa derivada del conjunto de las disposiciones penales que el mismo Estado dicta.

Se determina lo que el Derecho Penal subjetivo trata de establecer, no se trata de un derecho subjetivo del Estado para castigar, sino más bien de un atributo



de la soberanía del Estado consistente en el poder de castigar. El poder anotado, está limitado por sus fundamentos mismos y por la Constitución, sobre todo en las disposiciones referentes a la organización del Estado y a los derechos fundamentales (Derechos Humanos). La explicación y fundamentación se encuentra en el estudio de las concepciones sobre el origen de la soberanía y de las teorías sobre la pena.

3.3. El *ius puniendi* y los fines de la pena

Después de determinar el *ius puniendi* y el *ius poenale*, el Derecho Penal es la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder, que determinan las penas debidas a las acciones delictivas, las medidas de corrección y seguridad aplicables a los delincuentes y algunas indemnizaciones correspondientes a las víctimas, pretende el restablecimiento y el desarrollo del orden jurídico, la defensa de la sociedad y la repersonalización de los autores de aquellas acciones, o sea la realización de los derechos humanos violados.

El Derecho Penal es el sector del ordenamiento jurídico que, en garantía de las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad, atribuye efectos jurídicos propios; como lo son las penas y las medidas de seguridad a determinadas conductas humanas denominadas delitos.



En este sentido entonces se considera que el Derecho Penal es el conjunto de aquellas condiciones libres para que el derecho que ha sido perturbado por una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó.

De la misma forma se determina que el Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi* se refiere a la facultad de aplicar una sanción a aquellos que actualizan las hipótesis que prevé el *ius poenale*, razón de ser del derecho penal.

El *ius puniendi* o Derecho Penal subjetivo ha sido definido como: “La potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad” (Fontan Balestra, 1998, p.34).

Razón por la que el Derecho penal subjetivo es la expresión con que se designa el derecho subjetivo de penar correspondiente al Estado. El Derecho Penal subjetivo se opone, de esta manera, al Derecho Penal objetivo, es decir; al constituido por las manifestaciones concretas de aquel contenidas en las leyes penales. El concepto de Derecho Penal subjetivo está sujeto, por lo tanto, a todas las objeciones teóricas que se han hecho a la teoría del derecho subjetivo. Sin embargo, el concepto de Derecho Penal subjetivo tiene un sentido correcto si se lo considera como el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado. Las condiciones anteriormente anotadas tienen carácter constitucional y, por lo tanto, el mayor rango

normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal de la República guatemalteca.



La definición de las circunstancias y condiciones que legitiman el ejercicio del poder punitivo de parte del Estado no se deduce de las leyes penales, sino que determina en forma previa los límites de las mismas.

Sin embargo, hay puntos de vista que se refieren al Derecho Penal subjetivo no como las condiciones constitucionales que regulan la creación y aplicación del Derecho Penal, sino como el derecho emergente de las leyes penales o sea al derecho subjetivo de punir o *ius puniendi*, que es la facultad del Estado de actuar de conformidad con las normas de derecho, o sea del Derecho Penal en sentido objetivo, que garantizan el alcance de su fin punitivo y la pretensión de que otros reos actúen de acuerdo con lo que la misma norma los obliga por fuerza. Implícitamente adoptan este criterio quienes tratan al delito como el fundamento del Derecho Penal subjetivo.

Es evidente que de esta manera el Derecho Penal subjetivo y el Derecho Penal objetivo coinciden y bajo tales presupuestos desaparece la necesidad de la distinción. Además, una concepción de esta naturaleza elimina la reflexión sobre cualquier límite racional al poder sancionador del Estado, lo que sin ninguna duda es contrario a los principios de Derecho Penal Moderno.



Por lo que, en el poder del Derecho Penal, inicialmente reconocido como un hecho concreto debido a deficiencias de técnica legislativa, es percibido, actualmente como un aspecto propio del Derecho Penal, en particular, como una nota distintiva del Derecho Penal liberal. El Derecho Penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger los bienes jurídicos, solo completa el arsenal de medios coercitivos estatuidos por el orden jurídico. Además, existe un sistema de sanciones no estatales, como las cláusulas penales establecidas en contratos o las medidas disciplinarias. El Derecho Penal no tiene, por tanto, el monopolio de las sanciones.

Para evitar el crecimiento del Derecho Penal causante de situaciones que se busca evitar, y que el remedio no sea peor que el mal combatido, se tiene que recurrir a la represión penal solo si y en la medida en que sea verdaderamente necesario.

El Derecho Penal es solo uno de los medios de la política social general y, en particular, de la política criminal. Se busca así privilegiar la utilidad práctica del Derecho Penal, en lugar de reforzar su capacidad de influenciar la conciencia de las personas y de desarrollar los efectos negativos de la estigmatización de los delincuentes.

Es justificado recurrir al Derecho Penal solo si es necesario y conforme al fin perseguido. En este sentido, el Derecho Penal es la última ratio, es decir, la última



razón a recurrir o sea un medio subsidiario en relación con los demás medios de reacción social ante la criminalidad.

3.4. Límites del *ius puniendi*

Al haber determinado los fines de la pena, desde la perspectiva objetiva y subjetiva se puede afirmar que el poder punitivo del Estado se deriva de la autorización por parte de los ciudadanos del uso de la fuerza para sancionar, de forma legítima por parte del Estado. Ello para asegurar la paz y convivencia social al que todos aspiran. Sin embargo, se observa que “en un Estado democrático y de derecho, este poder sancionador ha de tener límites” (González Cauhapé-Cazaux, 2003, p.61).

El Derecho Penal en caso concreto se considera que es la facultad limitada por el mismo derecho, en el entendido que este poder constituye “todo ejercicio de coerción estatal” (Zaffaroni, 1981, p.197).

En ese sentido se considera que el Estado siempre ha necesitado de límites para evitar la arbitrariedad, los abusos y excesos de la autoridad, además el hecho de que el derecho de castigar se ha institucionalizado en el Estado, ha supuesto luchar contra las arbitrariedades y los abusos en su ejercicio, también encuentra sus límites en el debido proceso, en el principio de legalidad y los Derechos Humanos entre otros. Es así que, “El poder sancionador no puede depender del criterio



arbitrario de quien en nombre del Estado decide la imposición de sanciones. La decisión de qué conductas merecen sanción debe ser asumida por el Organismo Legislativo, quien representa a los ciudadanos. Esta decisión debe plasmarse en una ley escrita, que defina con la máxima precisión cuáles conductas son prohibidas y determine la sanción aplicable por infringir esta prohibición” (González Cauhapé-Cazaux, 2003, p.35).

En esa posición se coloca la misma dirección de pensamiento, el ejercicio de *ius puniendi* presupone restricciones de derechos y libertades, que también merecen ser protegidos, por esta razón no puede quedar a la discrecionalidad de los poderes públicos por el peligro de configurarse el abuso de poder y la desprotección de los derechos fundamentales (Derechos Humanos) bajo la justificación de la seguridad, la justicia y la convivencia social.

Razón por la que es un hecho necesario el establecimiento de los límites al ejercicio del Derecho Penal mediante normas rectoras, mismas que analizaré a la luz de los derechos humanos como limitantes, pues se denominan principios jurídicos del Derecho Penal y algunos juristas prefieren denominarlas como principios informantes del Derecho Penal.

Estos principios tienen el propósito de limitar la utilización del Derecho Penal como tal ante la conflictividad social o su abuso para la resolución de los problemas multicausales de convivencia armoniosa y la seguridad colectiva, toda vez que



conlleven la finalidad de garantizar y preservar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos en la aplicación del Derecho Penal. Se considera que tiene como alcance el que los ciudadanos solamente deben ser molestados en la medida de lo necesario y bajo la razonabilidad que amerita la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de penar.

Respecto a la obligación de preservar los derechos individuales del imputado, se ha expresado en los siguientes términos que “el mismo orden jurídico establece (o debe establecer) la necesidad de asegurar que la satisfacción del interés social en la represión del delito, se logre respetando los derechos de la persona que resulte sospechosa de su comisión” (Cafferata Nores, 1998, p.134).

De esta forma se establece que el proceso penal tiene la delicada tarea de proteger simultáneamente ambos intereses, tratando de lograr un justo equilibrio entre ambos, surgiendo la dualidad de protección de derechos es consecuencia directa de que “el modelo garantista de Derecho Penal está configurado por un conjunto de principios que se constituyen en límites al ejercicio de la potestad punitiva, esenciales a todo Estado de Derecho, y que se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal como para la imposición de la pena” (Ferrajoli, 1997, p. 73).

Surgiendo de esta teoría tres principios que sustentan las limitantes del Derecho Penal desde la perspectiva del *ius puniendi*.



- a. El principio de Legalidad
- b. El principio de Intervención Mínima
- c. El principio de Culpabilidad.

a. Principio de legalidad

Dentro del maravilloso ramo del Derecho Penal garantista se considera que “cualquier restricción al interés individual en aras del interés social deberá emanar de alguna norma legal expresa” (Cafferata Nores, 1998, p.179). En ese sentido se considera que el poder sancionador no puede depender del criterio arbitrario de quien, en nombre del Estado, decide la imposición de sanciones, porque además en todo proceso penal debe observarse el debido proceso y el principio de legalidad que conlleva el respeto a todas las garantías seguidas al procesado.

Por lo que al establecer el ejercicio del poder punitivo es necesario considerar los extremos en cuanto al castigo, “La decisión de qué conductas merecen sanción debe ser asumida por el Organismo Legislativo, quien representa a los ciudadanos. Esta decisión debe plasmarse en una ley escrita, que defina con la máxima precisión cuáles conductas son prohibidas y determine la sanción aplicable por infringir esta prohibición” (González Cauhapé-Cazaux, p.114).

Todo esto queda recogido en el principio de legalidad, que fija cómo se han de establecer las prohibiciones penales. Ello hace incuestionable que “La Ley Penal tiene la función decisiva en la garantía de la libertad, esa función suele expresarse



en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lo cual se traduce a que sin una ley que lo haya declarado previamente punible, ningún hecho puede merecer una pena del Derecho Penal. Y reafirma que la jerarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida” (Bacigalupo, 1996, p.146).

Siendo de suma importancia hacer referencia al marco legal sobre este principio de legalidad, en la legislación guatemalteca se encuentra regulado en el artículo 17 de la Carta Magna que establece: “nadie puede ser penado por acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos por una ley anterior”. Este principio de legalidad instaurado desde la misma Constitución Política de la República de Guatemala se ve complementado en la Ley Penal ordinaria, tanto sustantiva como adjetiva, también es garantizado en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 2 del Código Procesal Penal, y artículo 1 del Código Penal.

En su propio desarrollo el principio de legalidad a su vez, contiene otros principios que lo integran, los cuales son: “La reserva absoluta de ley, también denominada reserva legislativa, conlleva la garantía de que solamente por leyes promulgadas por el Congreso de la República se pueden establecer tipos penales y sus correspondientes sanciones”.

En este sentido, el principio de legalidad también constituye un límite al *ius puniendi* del Estado, porque asimismo es un principio fundamental, pues conforme



el cual todo ejercicio del poder público o sea del Estado debe realizarse por imperativo legal conforme la ley.

Al derivar en ello que ninguna autoridad podrá hacerlo, so pena de incurrir en ilegalidad y nulidad de su disposición de la forma siguiente:

“La exigencia de certeza de la ley, obliga al legislador a establecer con precisión cuáles son las conductas prohibidas, reduciendo al máximo el libre arbitrio o discrecionalidad del juez. De nada serviría el principio de legalidad si la misma ley deja abierta la posibilidad de alguna arbitrariedad” (González Cauhapé-Cazaux, 2003, p. 161).

“La prohibición de la analogía, consiste en la prohibición a los jueces de crear por analogía figuras delictivas o establecer sanciones por esta vía” (artículo 7, Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala).

Se observa que esta prohibición se encuentra establecida en el artículo 7 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. “Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”.

b. Principio de la intervención mínima

He tenido la bendición de Dios de desempeñarme en el Órgano Estatal como juez por más de veinticinco años, lo cual me permite indicar exactamente como el Estado



no sobre criminaliza la conflictividad social. En consecuencia “El principio de intervención mínima impide en un Estado democrático la expansión del Derecho Penal, debiendo quedar éste reducido a su mínima expresión” (González Cauhapé-Cazaux, 2003, p. 91).

Ello ha implicado que el Estado en su intento de solucionar los conflictos sociales tenga que agotar todas las soluciones y medidas posibles, dejando en una última instancia su criminalización, solo cuando todas estas medidas de carácter preventivo no logran su cometido el Estado puede hacer uso de su poder punitivo.

Asimismo, se observa que, al hablar de punibilidad de las acciones, conforme a este principio, deben ser las mínimas necesarias y debidamente justificadas, siendo la razonabilidad un criterio exigible para elección de las medidas penales. Sobre esta base, el principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano (2003), quiere decir que “el Derecho Penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos” (p.64).

El principio de intervención mínima debe restringir grandemente la intervención de la Ley Penal, o sea, el *ius puniendi* del Estado no debe intervenir o actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios efectivos para la solución de casos penales.



En este sentido, la dimensión de este principio, incluye otros principios que la integran, pues se resumen sus dimensiones aplicativas en los términos siguientes:

El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Por el deber coercitivo que se tiene se considera que:

El carácter doblemente fragmentario del derecho penal, al que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario. (Álvarez Gendín, 1954, p. 43)



Para González Cahupe-Cazaux (2003) el principio de intervención mínima “se despliega en otros cuatro principios jurídicos rectores del derecho penal, que son: la exclusiva protección de los bienes jurídicos, subsidiaridad y utilidad del derecho penal, responsabilidad por los hechos y la proporcionalidad de la pena” (p. 42).

Los dos primeros, González los asume en los mismos términos que Villegas Fernández, y respecto de la responsabilidad por los hechos, afirma que “El principio de intervención mínima obliga al Estado a solo perseguir aquellas acciones concretas que impidan la normal convivencia social. Por ello, sólo se juzgará a las personas por hechos concretos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. El respeto a este principio lleva a lo que la doctrina ha denominado, derecho penal de hecho” (González Cahupé-Cazaux, 2003, p. 127).

En este sentido, al hablar de la proporcionalidad de las penas, sostiene que “implica limitaciones en las sanciones que el Estado puede imponer. Debe existir algún tipo de proporción entre la lesión o peligro al bien jurídico y la sanción impuesta. Sanciones excesivamente altas, que no mantengan esta proporción conducen al “terror penal”. Existen innumerables ejemplos históricos, en los que simples hurto serán sancionados con mutilación y muerte” (Alessi, 1970, p. 63).

Por lo que la sanción que resuelve el Derecho Penal es sobre la vigencia y respeto de los derechos inherentes a la persona humana, constituye un elemento



fundamental de todo Estado constitucional democrático de derecho. Los gobiernos de cada país deben garantizar el cumplimiento o protección de estos derechos a todas y todos sus habitantes. Existen diversas definiciones de derechos humanos, una de las más completas es la que proporciona el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2016), define a los derechos humanos de la siguiente manera: “Exigencias elementales que puede plantear cualquier ser humano por el hecho de serlo y que tienen que ser satisfechas porque se refieren a unas necesidades básicas, cuya satisfacción es indispensable para que puedan desarrollarse como seres humanos. Son unos derechos tan básicos que sin ellos resulta difícil llevar una vida digna. Son universales, prioritarios e innegociables” (p.19).

c. El principio de culpabilidad

En cuanto a probar no el hecho acusado, se hace referencia a la culpabilidad, es la base para la imposición de cualquier pena, y que, si no se demuestra, rige a favor el principio de presunción de inocencia. Así se advierte que “El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma” (Bacigalupo Z, 1996, p. 143).

En este sentido, “El concepto de culpabilidad se convierte en un límite a la capacidad sancionadora del Estado. El Estado sólo podrá imponer una sanción penal cuando pruebe la culpabilidad conforme a la ley” (González Cauhapé-Cazaux,



2003, p. 49). Por ello, la sanción penal no tiene razón de ser si la persona no decidió infringir la norma.

Tal y como se afirma que el Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho. Para que pueda establecerse la culpabilidad se requiere la concurrencia de algunas condiciones imprescindibles. Sobre ello se expone que “para que una persona sea culpable, primeramente, tiene que haber cometido el ilícito. En segundo lugar, el resultado prohibido ha de haber sido querido por ella, o ser el fruto de una acción propia imprudente. En tercer lugar, la persona debe tener la capacidad y el conocimiento para ser consciente que estaba cometiendo un delito” (González Cauhapé-Cazaux, 2003, p. 43).

Estableciendo que los límites del poder punitivo del Estado se debe resaltar la importancia de la Ley Penal que la limitan e imponen deberes para evitar los excesos de ese poder. Por lo tanto, un esfuerzo es hacer que la promulgación de leyes penales respete la dignidad de la persona a la vez que asegure la protección de los bienes jurídicos de todos los ciudadanos.

Cada uno de los principios citados los refiero al margen del respeto de los Derechos Humanos. Héctor Faúndez Ledesma (2008) citado por Gabriel Garcia Moreno indica que:



Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas que tiene todo individuo frente a los órganos del poder establecidos con el objeto de preservar su dignidad como ser humano, a fin de excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o bien, asegurar la prestación de determinados servicios por parte de dicho Estado, para satisfacer sus necesidades básicas y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte. (p.49)



CAPÍTULO IV

4. DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL POR CONVENIOS Y TRATADOS INTERANCIONALES

Al llegar al capítulo final considero que el enfoque integral del derecho al acceso a la justicia comprende, por un lado, el concepto tradicional del derecho de toda persona de hacer valer sus derechos o resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado a través del acceso a tribunales independientes e imparciales y con las garantías del debido proceso, de conformidad con los artículos 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otro lado, desde esta perspectiva, los mecanismos comunitarios o indígenas, los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), los tribunales administrativos o instancias estatales como la Defensoría del Pueblo, también pueden ser idóneos para satisfacer la demanda de acceso a la justicia de los ciudadanos y ciudadanas, por ende, el acceso a la justicia no será sinónimo necesariamente de tutela judicial efectiva.

El Estado no puede utilizar mecanismos arbitrarios, so pretexto de combatir la criminalidad de manera eficiente. Estos mecanismos son propios de un sistema autoritario y no de un sistema democrático de derecho, porque en este último, prevalece el aspecto político-constitucional del *ius puniendi*, y se limita la potestad punitiva de castigar, mediante la incorporación de principios informadores al



Derecho Penal, que no pueden tergiversar el contenido de la Constitución y se desarrollan, en definitiva, en forma coherente con el texto supremo.

El constitucionalismo humanista actual, se centra en la persona y prioriza la defensa y promoción de los derechos humanos y fundamentales. Igual situación acontece en el Derecho Penal con el garantismo. En ese sentido, en el Estado Democrático de Derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegal y más grave.

Las palabras acceso a la justicia no se definen con facilidad, pero sirven para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado.

Primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos. En ese sentido, se reconocen dos dimensiones del concepto de acceso a la justicia. En primer lugar, una dimensión normativa referida al derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer los derechos legalmente reconocidos. El Derecho Constitucional y el Derecho Penal son analizados de manera aislada y en pocas ocasiones se ha realizado un trabajo doctrinario que aborde la relación existente entre ambas ramas del derecho con relación a un tema específico. Esta es precisamente la finalidad que se pretende



cumplir con la investigación: analizar los principios informadores del Derecho Penal, tanto en su propio ámbito, como desde una óptica constitucional.

En segundo lugar, una dimensión fáctica que se refiere a los aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio del acceso a la justicia. Un concepto amplio de acceso a la justicia debe iluminar esta discusión. El valor justicia excede la judicialización que, muchas veces, es enemiga de aquella. Pero de la misma manera que el derecho al acceso a la justicia va más allá de la mera asistencia jurídica de un abogado o abogada patrocinante dispuesto a llevar cada causa potencial ante los tribunales, la administración pública no puede permanecer indiferente a su indelegable papel en el establecimiento de mecanismos administrativos que garanticen el acceso a la justicia en el ámbito de su competencia.

Desde una concepción integral del acceso a la justicia, La Rosa (2009) entiende que el acceso a la justicia es ante todo un derecho por el que el ciudadano, en tanto titular de tal derecho, puede exigirle al Estado su cumplimiento o las medidas para que sean efectivos. Así se descartan aquellas nociones que entienden la justicia solo como un servicio en el que el litigante es el usuario (p. 63).

Al derivar respecto al derecho punible, es disciplina, son diversas de carácter. Al derivar el subjetivo, unas, y de índole objetiva las otras. Pertenecen al primer grupo las que ofrecen los siguientes autores, que son tomadas en cuenta por



Luis Jiménez de Azua (1986) en su libro sobre *La Ley y el Delito*, nos menciona a Berner y Brusa: “para quienes la consideran como la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado” (p.47).

Sigue considerando Jiménez de Azua, que el estudio del delincuente y de las medidas asegurativas amplió el concepto de esta rama jurídica, y Mayer habla de estas últimas, incluyendo en su definición los otros medios de lucha contra el crimen. Igual hace Mezger, que pone una coletilla a la definición del Derecho Penal, en que solo habla de pena, para comprender otras medidas que tienen por fin prevenir los delitos.

4.1. Garantías, el garantismo y el constitucionalismo

Para hablar de garantías es necesario considerar lo que refiere una garantía desde el enfoque constitucional: Garantía es toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo a toda expectativa jurídica positiva de prestaciones o negativa de no lesiones.

Siendo necesario tomar lo que es el estado de Guatemala, al igual como sucede en España, como se ha indicado, el principio *ne bis in idem* no se encuentra regulado expresamente en el texto constitucional, pero además en el caso de Guatemala, tampoco en el Código Penal, aunque sí en el artículo 17 del Código Procesal Penal.



Esto significa que de las dos connotaciones que se originan del referido principio: material y procesal, en Guatemala a excepción de la vertiente procesal, el aspecto material del principio relacionado, este principio que se ha mencionado supra también constituye un límite al *ius puniendi* del Estado. En sentencia de 6 de noviembre de 2013, expediente 3082-2013, la Corte de Constitucionalidad consideró: El principio *non bis in idem*, contenido en el artículo 17 del Código Procesal Penal, establece que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho y que será admisible nueva persecución cuando se den los supuestos contenidos en esa norma, en otras palabras, prohíbe iniciar una nueva persecución penal contra una misma persona, que tenga como antecedente directo el mismo hecho que originó con anterioridad una persecución de idéntica índole, salvo como quedó asentado, cuando se den los supuestos establecidos en ese precepto legal.

Es importante distinguir entre garantías positivas y garantías negativas, según resulte positiva o negativa la expectativa garantizada. Las garantías positivas consisten en la obligación de la comisión, las garantías negativas en la obligación de la omisión, es decir en la prohibición del comportamiento que es contenido de la expectativa. Son, por tanto, garantías, respectivamente positivas y negativas, las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales. Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción para los actos ilícitos o



anulación para los actos no válidos, que se generan con la violación de los derechos subjetivos.

Para considerar las diferentes garantías se hace referencia a la jurisprudencia y doctrina que aportan en cuanto al poder punitivo del Estado. “La garantía primaria de los derechos de libertad es la prohibición de leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada por la norma primaria en la que se establecen, su garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes prevista en las normas secundarias que establecen el control de constitucionalidad” (Gutiérrez Paez, 1989, p. 67).

Por ello, cabe caracterizar las garantías penales, empezando por la formulación clara y precisa de las figuras penales impuestas por el principio de estricta legalidad, como aquellas que, en el plano legal, aseguran en grado máximo la averiguación de la verdad jurídica, es decir, la verificabilidad y refutabilidad, en abstracto, de las hipótesis de la acusación, dado que no podría verificarse ni refutarse una acusación vaga e indeterminada.

En cambio, es posible caracterizar las garantías procesales, de la carga de la prueba al principio de contradicción o al derecho a la defensa, como las que aseguran en grado máximo, en el plano jurisdiccional, la averiguación de la verdad fáctica, es decir, que exigen, en concreto, la verificación por las hipótesis acusatorias de la acusación y permiten su refutación por parte de la defensa.



Por tal motivo, existe, por tanto, un nexo no solo entre Derecho Penal mínimo y garantismo, sino entre Derecho Penal mínimo, efectividad y legitimación del sistema penal. Solo un Derecho Penal concebido únicamente en función de la tutela de los bienes primarios y de los derechos fundamentales (Derechos Humanos) puede asegurar, junto a la certeza y al resto de garantías penales, también la eficacia de la jurisdicción frente a las formas, cada vez más poderosas y amenazadoras de la criminalidad organizada.

Y solo un derecho procesal depurado del legado de la emergencia de la disparidad entre acusación y defensa a la excesiva discrecionalidad en la prisión preventiva puede ofrecer un fundamento robusto y creíble a la independencia del poder judicial y de su papel de control de la ilegalidad de los poderes.

La defensa social y garantismo, tutela de los bienes primarios y garantía de los derechos de los encausados, seguridad frente a los delitos y frente a las penas arbitrarias se configuran, así como las dos vertientes, no solo esenciales sino relacionadas entre sí que legitiman la potestad punitiva.

En el marco actual del Estado de Derecho, la Constitución Política de la República de Guatemala es la base de la legitimidad para impartir justicia en un conflicto de intereses determinados o la imposición de una sanción penal. Al Estado se le ha delegado este poder, por mandato del pueblo en el ejercicio de su soberanía, que se complementa con su capacidad coercitiva para imponer y hacer



cumplir sus resoluciones. Las resoluciones jurisdiccionales no tendrían ninguna utilidad social y pública sin la coercitividad para ejecutarlas ni el uso de la fuerza coercitiva estatal sería legítima sin las resoluciones de los jueces que deciden en las causas que conocen, pero como ya se dijo tiene sus límites.

4.2. Análisis jurídico y doctrinario del Derecho Penal Moderno

Al considerar lo relativo a la forma del poder de imponer sanciones por parte de los Estados con el fin de guardar el orden social, da lugar a lo que en su momento estableció el Derecho Penal Moderno, ocurrió en Roma en los comienzos del siglo XIX, siguiendo los fundamentos de la ilustración. “El derecho penal moderno nace en España, al igual que en el resto de Europa a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, bajo las ideas de la ilustración. El derecho penal del antiguo régimen era fragmentario, cruel y poco definido” (Ferrajoli, 1997, p. 31).

Con el fin de determinar la validez de cada sistema, se sientan las fuentes de lo que se consideran los postulados básicos del derecho moderno, según el autor Luigi Ferrajoli (2005) establece que:

- a. Que toda concreta decisión legal debe ser el resultado de la aplicación de una proposición abstracta a un caso concreto;
- b. Que en un caso concreto sea posible derivar la decisión de las proposiciones abstractas legales por la simple interpretación de su sentido lógico;



- c. Que la ley sea de hecho o virtualmente un sistema completo de proposiciones legales o, al menos, ser tratado como tal;
- d. Que lo que no pueda ser construido legalmente en términos jurídicos es considerado irrelevante para el derecho. (p.139)

De acuerdo con el autor Luigi Ferrajoli, los pilares de la modernidad, son tres: el Estado, el mercado y la comunidad. En particular, es de importancia el desarrollo del principio del Estado, pues sobre este se estructura el derecho de la modernidad como un monopolio de la palabra por parte del Estado. En efecto, la teoría pura del derecho, que es tal vez la mejor exposición de lo que es el derecho moderno, es producida en la segunda época del capitalismo, en la cual, bajo el paradigma de las ciencias naturales, todas las disciplinas se construyen con el fin de superar la ansiedad de contaminación, todas estas se instauran como espacios libres de interferencias de los otros aspectos de la sociedad, como puede ser la política y la moral.

Sin embargo, la pretensión formalista del derecho moderno condujo, paradójicamente, a una extensión de su racionalidad a todos los ámbitos de la vida cotidiana, de modo que todos ellos se vieron envueltos en una creciente juridificación (regular lo no previsto en las normas) y control legal, negando el espacio a cualquier otro tipo de solución de los conflictos. Así, la juridificación o hiperlegalización de la realidad social produjo relaciones estandarizadas como la producción en serie, la unificación de hábitos y el empobrecimiento de las clases



populares con la intención de transformar ciudadanos autónomos en clientes, o incluso víctimas de estados burocráticos cada vez más autoritarios.

4.3. Límites del Derecho Penal en el ámbito jurídico de Guatemala

Dentro de los límites se establece, el garantismo en el Derecho Penal Moderno, se clasifica y caracteriza por ser un Derecho Penal demasiado formal y con cierta rigidez en su actuar, es decir, autolimitado en su esencia, la concepción clásica del garantismo es que ciertamente es un modelo violento de la represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia, lo que no quiere decir que sea autónomo sino un eslabón de la cadena como última ratio para la solución de los problemas sociales.

Es fundamental incluir en la elaboración de la dogmática de la teoría del delito finalidades políticas y criminales. También es fundamental el análisis de los problemas que presuponía una política criminal que quisiera resolver los problemas del derecho que no son propios del Derecho Penal o el derecho penal, lo que desde luego presupone, un peligro para las garantías y derechos del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, el carácter de última ratio y el principio de intervención mínima del Derecho Penal.



Las críticas al garantismo parecen no acabar, y su modelo de bienestar del Derecho Penal señala que este modelo ya no da las claves a los juristas guatemaltecos para interpretar los recientes cambios político criminales, por la sencilla razón de que estos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. Este señala como pecado original del garantismo al inmovilismo y de acuerdo con el autor Luigi Ferrajoli (2005), quien lo ejemplifica en tres aspectos:

- a. El desprecio a todo lo que suponga abandonar sus principios;
- b. El principio de intervención mínima como la principal base del garantismo;
- c. La correcta interpretación de las leyes como directriz de la correcta aplicación de las leyes.

Los planteamientos novedosos son importantes, con el objetivo de seguir garantizando la convivencia o el bienestar social, al fin esos son ideales del Derecho Penal clásico, lo que verdaderamente preocupa es que ante la carrera por alcanzar dichas creaciones estructurales o novedosas teorías se violenten principios fundamentales o les reduzcamos a su mínima expresión, que legitimemos o autoricemos al Estado, con el pretexto de garantizar la seguridad ciudadana se violen las garantías individuales de sus gobernados, eso si verdaderamente preocupa y es lo que a toda costa se trata de impedir.



Cualquier flexibilización de las garantías consagradas en todo estado de derecho, anticipa una alteración al mismo, consecuentemente se estaría socavando el estado mismo de derecho, circunstancia que no es la adecuada y que, además, se encuentra en contra de cualquier individuo, siendo fundamental la aplicación del Derecho Penal Moderno en el ámbito jurídico penal guatemalteco.

El Código Penal contiene una prohibición expresa de la *bis in ídem*, sin embargo, esta se encuentra restringida al ámbito puramente penal. No se señala ningún criterio de diferenciación y menos de articulación entre el ámbito penal y administrativo sancionador.

En estrecha conexión con tal principio, está el llamado carácter fragmentario del Derecho Penal, según el cual el Derecho Penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino solo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. Corresponden a otras ramas del derecho los ataques menos graves, de ahí que se diga que el Derecho Penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, al generalizar lo que corresponde a los límites del *ius puniendi*, en cuanto a la democracia también se debe considerar que el Estado tiene que considerar la norma a favor de aquellos a los que se tengan que sancionar por



la comisión de alguna conducta prohibida, que el Estado ha restringido con el fin de guardar el orden social.

La responsabilidad penal de una persona acusada de la comisión de un hecho delictivo debe considerarse ser acreditada y aquellos jueces llamados a impartir justicia en nombre del Estado de Guatemala, deberá ir más allá de cualquier duda razonable sobre su culpabilidad o inocencia.

El proceso penal solo es justificado y permite al Juez sentenciar a los culpables y absolver a los inocentes, conociendo con certeza la verdad jurídica a través del debido proceso con la participación de las partes en conflicto en igualdad de condiciones, siendo deber del Estado garantizar a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, así lo regula el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En este sentido, consideramos que nuestro marco legal es sometido al poder por parte del Estado por medio del derecho y es importante establecer que “el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República”, por eso, la ley y su poder abarcan a todos los seres humanos que se localicen o encuentren en el territorio de Guatemala, están sujetos a la ley y jamás son superiores a ella, nadie es superior a ella y, en concordancia con lo expuesto, el artículo 203 de La Constitución preceptúa en su parte conducente: La



justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado... Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes... La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

En tal virtud, con base en las normas citadas del texto Constitucional, una vez estas se realicen en la realidad objetiva nacional, se podrá alcanzar el fin supremo que es “la realización del bien común” normado en el artículo 1º. Corresponde a los Tribunales de justicia el ejercicio de la función jurisdiccional bajo el imperio de la Constitución Política de la República de Guatemala, Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y leyes ordinarias que integran la normativa nacional en un Estado de Derecho, constituyendo este Estado de Derecho la organización política de la vida social sujeta a procedimientos regulados por la ley en el cual los actos del Estado están limitados estrictamente por un marco jurídico supremo, guiados por el principio de legalidad y el respeto absoluto de los derechos fundamentales, siendo estos como dije *ut-supra* en parte el límite del *ius puniendi*.

Por esta razón, existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son



inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados. En consecuencia, los derechos y garantías en materia de Derechos Humanos reconocidos mediante Tratados y Convenciones Internacionales son aplicables aun cuando no figuren expresamente, en ese sentido en un proceso judicial toda persona es inocente mientras no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada, así lo preceptúa el artículo 14 constitucional.

Esta presunción de inocencia, como lo refiere la Corte de Constitucionalidad en sus diferentes fallos y que es el ente que limita al Estado a no ir más allá de los límites del debido proceso y del Estado de Derecho. “Es una presunción iuris tantum, dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor...”, de esta manera, se garantiza que en Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, así lo regula el artículo 4 también constitucional.

Por su parte, el Código Procesal Penal, en su artículo 5 establece un equilibrio de derechos entre acusado y víctimas, ya que el proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible



participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma.

La víctima y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.

En ese orden de ideas, al hacer el análisis jurídico y comparativo en cualquier proceso penal los medios de prueba deberán ser considerados y valorados conforme a las reglas o sistema de la Sana Crítica Razonada, comprendase este sistema, como el razonamiento lógico, legal, expreso y claro en las que intervienen también la psicología y la experiencia del juzgador (experiencia común). La lógica, porque viene a determinar las reglas del recto entendimiento para arribar a una decisión, la legalidad, porque determina la primacía de la ley, es decir que todo ejercicio del *ius puniendi* debe realizarse acorde a la ley y no en uso excesivo del poder del Estado.

La psicología, porque sirve para establecer el daño emocional o psicológico a consecuencia de hecho traumático sufrido por la víctima.

En el proceso penal prevalece el principio de sometimiento o sujeción del juez a la ley, lo cual está comprendido en el principio de legalidad, por eso, no solo basta con contar con normas legales, en este caso penales, sino que deberá



considerarse la sujeción del juez a la ley, resulta de esta manera, sumamente estricta porque, por un lado se establece que los jueces no pueden decidir sin un fundamento legal sobre la punibilidad o no de una conducta, por otro, que deben aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado de esta aplicación.

La primera cuestión es, en principio clara, si se la entiende desde el punto de vista de las competencias legislativas y judiciales, pues los jueces están limitados a la aplicación del derecho creado por el legislador. Este es el contenido del principio de legalidad.

La disposición es menos clara, sin embargo, si lo que quiere decir es que los jueces deben aplicar la ley de una manera literal, o, dicho con otras palabras, si el juez está vinculado por un texto legal que no puede interpretar o que solo puede interpretar en modo limitado. (Bacigalupo Z, 1996, p. 49).

En Guatemala, es importante considerar como análisis primordial en lo que respecta a la función del Derecho penal, es como derivación de una de sus consecuencias jurídicas, hacia la función de la pena en parámetros de instrumentos de real protección diseñados bajo la estructura de sus propios fines preventivos.

No obstante, y a pesar de esta genérica afirmación, ello no se traduce en un automatismo conceptual identificativo de ambas hipótesis, puesto que la función de aquel no completa en su totalidad la forma, finalidad e incluso función de la pena



para lograr la eficacia requerida por el Estado para el logro de los objetivos demandados al Derecho punitivo.

A tanto puede llegar esta idea que algunos sectores doctrinales han invertido la influencia en la opinión que del concepto de pena del cual se parta, de su justificación y fines, dependerá, en gran medida, la propia concepción del Derecho Penal que se defienda, desde la comprensión de que la función de este depende de la que se le asigne a la pena, como medio más característico de la intervención penal, de la que incluso usa su nomenclatura.

En un Estado social y democrático de Derecho que ensalza la libertad como valor superior de su Ordenamiento Jurídico, basado en el artículo 140 constitucional y nos lleva a las limitantes del artículo 17 del Código Penal, en donde se considera que el Derecho penal tiene que partir de esa exigencia constitucional de que los ciudadanos son libres, capaces de decidir responsable y autónomamente. Se transforma así, la libertad de acción, en todos sus sentidos, en una exigencia jurídico-constitucional, alejada de cualquier dimensión ontológica.

Esta es la premisa inicial del planteamiento a proponer. Situados los rasgos más relevantes de la pena en el sistema democrático, tal como la concibo, y, en consecuencia, su función como instrumento protector de bienes jurídicos, por otro lado, función esencial del propio Derecho penal, a través de la prevención general y especial surge otra nueva exigencia de valoración: la relación entre ambas.



Parece innecesario afirmar que esta ha de ser pacífica, caminar por senderos paralelos y, a la vez, coincidentes. Pero no siempre es así, en ocasiones, pocas, pueden presentar disfuncionalidades e incompatibilidades que demanden de un orden cualitativo concreto, sobre todo en casos, como ha sido escrito por algún autor, cuando se toma la prevención especial como reeducación con procedimientos blandos que haga la pena amena y atractiva para el propio delincuente (lo que pocas veces se habrá logrado si es que se ha seguido firmemente alguna vez) o la general se identifica con el terror intimidatorio. Excluidas radicalizaciones, la conciliación no es compleja es necesaria y sería absurdo no buscarla y conseguirla para el fin prioritario de evitar futuros delitos.

En este sentido, la persecución y sanción de conductas delictivas, en un Estado Social y Democrático de Derecho implica el diseño general de las políticas criminales las que no se agotan con la descripción típica de estos ilícitos sino también, entre otros, con la ejecución de la pena. Así, el *ius puniendi* del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena.

En este sentido, nuestro ordenamiento Constitucional y las obligaciones internacionales serán el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que en ella se ha

trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidas por el Estado.



Si bien es cierto que corresponde a los Tribunales de Justicia el ejercicio de la función jurisdiccional, bajo el imperio de la Constitución Política de la República de Guatemala, Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y leyes ordinarias que integran la normativa nacional del Estado, también lo es que ese Estado constituye la organización política de la vida social sujeta a procedimientos regulados por la ley en el cual sus actos están limitados estrictamente por un marco jurídico supremo, guiados por los principios de legalidad, de intervención mínima, de proporcionalidad y de culpabilidad. Por consiguiente, el Derecho Penal Subjetivo, se identifica plenamente con el *ius puniendi*, que como ya se dijo, significa la facultad del Estado para castigar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso, y constituye un freno a esa facultad sancionadora del Estado y esos límites se evidencian en los principios esenciales referidos supra.

En cuanto al principio de intervención mínima, se deduce que solo en la medida en que sea necesaria la tutela de un bien jurídico, se encontrará legitimado al orden punitivo, o sea que es una protección limitada, pero justificada por su necesidad; entonces la sanción penal deberá encausarse para los casos en que sea imprescindible para cumplir con el fin de proteger los bienes jurídicos que el Derecho Penal tiene delegado.



Si la función del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos fundamentales, para la convivencia y subsistencia de la sociedad, entonces deviene la protección de las relaciones interpersonales entre los individuos para alcanzar una convivencia pacífica entre ellos, en tanto no se vulnere una norma penal.

En cuanto al principio de legalidad, viene a constituir un límite al poder punitivo del Estado o sea al *ius puniendi* porque lo imposibilita a que intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley, no obstante a ello, el artículo 1 del Código Penal establece, en cuanto a la legalidad, que nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley, de igual forma se pronuncia el artículo 2 del Código Procesal Penal. Estas normas se concatenan y son congruentes con lo establecido en el artículo 17 Constitucional en cuanto a que no hay delito ni pena sin ley anterior, es decir que: No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Este principio también se hila con el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José (1978), el cual preceptúa que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (p.3).



Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. Del principio de legalidad se deduce lógicamente que el Derecho Penal Moderno, es un Derecho Penal de acto y no de autor.

En cuanto al principio de proporcionalidad, este principio presupone una simetría, es decir que toda sanción penal debe hallarse en relación lógica con la gravedad del hecho ilícito cometido y la peligrosidad del sujeto activo del delito. Por esta razón el artículo 65 del Código Penal tiene congruencia con lo relacionado anteriormente en cuando a la fijación de la pena, en ese caso el Estado puede fijar penas degradantes ni los órganos jurisdiccionales imponerla a su sabor y antojo, siendo también una limitante al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

En relación con el principio de culpabilidad, también presupone un límite al *ius puniendi* del Estado, pues para que pueda imponérsele al autor de un hecho antijurídico, se exige que el sujeto activo sea responsable penalmente, pero mediante el debido proceso y valoración de las pruebas las que deben desahogarse en el debate, valoración que es imperativo legal realizarlas mediante las reglas de la sana crítica razonada conforme lo establecen los artículos 186, segundo párrafo y 385 primer párrafo, ambos del Código Procesal Penal. En consecuencia, el debido proceso conlleva un sin número de limitantes al ejercicio del poder punitivo del Estado.



Si el Derecho Penal mantiene una función reparadora del equilibrio social perturbada por la acción del delito, y uno de sus fines esenciales es alcanzar la convivencia pacífica y el bienestar social. Pero estos se logra a través de la protección estatal de los bienes jurídicos los que se plasman en las normas penales, protección que se reclama al Estado por medio de sus instituciones encargadas de administrar justicia, por consiguiente, el derecho no crea bienes jurídicos, sino los reconoce y los protege el Estado, entonces el Derecho Penal procura alcanzar sus fines, declarando ciertos comportamientos individuales en la vida social, y el bien jurídico tiene como función particular la protección de las relaciones interpersonales o interindividuales y sociales, protección que incluye los intereses particulares de las personas, pero con trascendencia social.





CONCLUSIONES

Se establece que el Estado es el garante del respeto a los Derechos Humanos inherentes al ciudadano, su fin es alcanzar el bien común, sin embargo, para mantener esa garantía es necesario limitar las conductas humanas, aquí surge la facultad que tiene el Estado como único ente soberano de determinar y castigar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso, los Derechos Humanos vienen a establecer un freno a esa facultad sancionadora, y esos límites del *ius puniendi* se evidencian en los principios esenciales de intervención mínima, de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad y del debido proceso.

Se establece que una de las obligaciones del Derecho Penal es la de tutelar los bienes jurídicos, obligaciones que involucra al propio Estado y por imperativo legal debe protegerlos y respetarlos, especialmente en un proceso judicial de naturaleza penal, encontrando en las penas el mecanismo adecuado para reestablecer el orden social como consecuencia jurídica de su aplicación a toda persona que haya transgredido o violentado las normas penales establecidas, quedando demostrado el objetivo general en la presente tesis, pues se determina que los Derechos Humanos sí establecen límites al ejercicio del *ius puniendi*.



Se evidencia que una de las finalidades de los Derechos Humanos es otorgarle a todo hombre y mujer el respeto a su dignidad, con el objeto de garantizar su libertad, desarrollo y desenvolvimiento social, estableciendo un límite al *ius puniendi*, porque si los Derechos Humanos aparte de ser el medio por el cual el Estado se ve impedido de actuar con abuso de poder, modera su actuación para no ejercer su función sancionadora con ilegalidades en perjuicio de los ciudadanos, pues no puede restringir arbitrariamente los derechos inherentes a la persona humana sin observar sus límites, ni mucho menos prohibirlos, puesto que estos son los presupuestos básicos para la existencia humana y desarrollo pleno en una sociedad determinada.

Se establece que los derechos aparejan un equilibrio entre conducta prohibida, delito y sanción, especialmente al momento de ejercer esa facultad de castigar o reprimir una conducta que vulnere un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal por lo que el *ius puniendi* encuentra sus límites en los derechos humanos.



Referencias

- Acosta Romero, M. (1996). *Compendio de derecho administrativo*; México: Porrúa.
- Alessi, R. (1970). *Instituciones de derecho administrativo*, traducida al español, por Buenaventura Pellisé Prats; Barcelona: Bosch.
- Álvarez Gendín, S. (1954). *Manual de derecho administrativo español*; Barcelona: Bosch.
- Amuchategui Requena, G. (2005). *Derecho Penal*. México: OXFORD.
- Bacigalupo Z, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Tercera reimpresión. Colombia: Santa Fe.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Bandres, J. M. (1987). *Poder Judicial y Constitución*. España.
- Bellatti, C. A. (s.a.). *Causas de justificación, La legítima defensa*. Astrea.
- Burgoa, I. (1990). *El Estado*. Mexico: Porrúa.
- Cafferata Nores, J. (1998). *Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas*. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.
- Chicas Hernández, R. A. (1993). *Apuntes de derecho administrativo*, Colección textos jurídicos, No.11. Guatemala: Colecciones Edinter.
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal Parte General*, 3a. edición. Buenos Aires: ASTREA.
- Creus, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. 4ª. Ed. Buenos Aires: Argepib.
- De Velasco Calvo, R. F. (1960). *Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración*,. Barcelona : Bosch.
- Dromi, R. (1996). *El procedimiento administrativo*; Buenos Aires: Editores.
- Espinoza Bonifaz, A. R. (2007). *Los Límites al Poder Punitivo*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista. , 17.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta.



- Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT.
- Fraga, G. (1989). *Derecho administrativo*, 28ª. ed.; revisada y actualizada por Manuel Fraga;. México: Porrúa.
- García Maynez, E. (1972). *Introducción al estudio del derecho*, 20ª. ed.; corregida;. México: Porrúa.
- García Moreno, V. C. (1998). *Breves notas sobre derechos humanos*, Lex: Difusión y Análisis,. México: Lex Difusion.
- Girón Palles, J. G. (2017). *Teoría Jurídica del Delito Aplicada al Proceso Penal*. Guatemala: Ediciones Maya Na'oj.
- González Cauhapé-Cazaux, E. (2003). *Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco*. Segunda edición. Guatemala : Editores Printer.
- Gutiérrez Paez, E. (1989). *Los derechos humanos*. . México: Temis.
- Instituto de la Defensa Pública Penal. (2019). *Revista del Defensor* número 9. Guatemala: s.e.
- Instituto Interamericano de *Derechos Humanos* (Corte Ineramericana de Derechos Humanos 20 de 07 de 2016).
- Jeschek, H. H. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*". 4ª. Edición. Traducción del alemán al español de José Luis Manzanar Samaniego. España: Comares.
- La Rosa, J. (2009). El Acceso a la Justicia como condición para una reforma judicial . *Revista Derecho PUCP* N° 62. Editada por el Fondo Editorial PUCP., 1-79.
- Martínez Morales, R. (1997). *Derecho administrativo*; . México: Harla MX.
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal Parte General*. 3a. Edición. Barcelona: PUU Promociones y Publicaciones Universitarias S.A.
- Montes, J. (1917). *Derecho Penal Español*. Madrid : Guochi.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: IB de If.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2007). *Derecho Penla Parte General*. Valencia España: Tirant lo Blanch.



- Núñez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Argentina: Córdoba.
- Patiño, R. A. (2011). *Diferencia Dolo Eventual y Culpa*. Jurisprudencia Reciente, 99.
- Pozzio, A. F. (1998). *Democracia y totalitarismo, concepción del Estado y del Derecho*. Buenos Aires: Ideas Argentina.
- Recinos Portillo, O. A. (2012). Tesis de maestría: *La defensa del Parricidio con Enfoque de Género*. Guatemala: s.e.
- Repollés, J. L., & Colomer, E. G.-S. (s.a.). *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*. Guatemala: s.e.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General tomo I*. Madrid: CIVITAS, S.A.
- Salas Chávez, G. (2002). *El Sistema Penal Mexicano*. México: Porrúa.
- Serra Rojas, A. (1998). *Derecho Administrativo*, 2t.; 14^a. ed.; corregida y aumentada;. Mexico : Porrúa.
- Soler, S. (1986). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Argentina: TEA Editora Argentina Buenos Aires.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma.
- Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General III*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR S. A.

Normas Citadas.

- Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1985
- Código Procesal Penal guatemalteco, Decreto Legislativo **51-92**
- Convención Americana de Derechos Humanos, (Pacto de San José) 1978