

Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Estudios de Posgrado
Maestría en Derecho Penal

**Tipos penales abiertos en la Ley contra el femicidio y otras formas de
violencia contra la mujer**

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
Oslando Alfonso Ramírez Miranda**

**Previo a conferírsele el grado académico de
Maestría en Derecho Penal
(Magister Scientiae)**

Guatemala, octubre de 2023



MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Vacante

VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome

VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar

SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dra. Herminia Isabel Campos Pérez

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

Dr. Félix Rodolfo Ayala López
Presidente

Dr. Dennis Billy Herrera Arita
Vocal

MSc. Alba Placida Méndez Girón
Secretaria

Guatemala, 31 de mayo de 2024

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

Doctor Cáceres:

Atentamente le informo que, como resultado del examen de defensa de tesis, efectuado el 08 de mayo 2024, al Licenciado Oslando Alfonso Ramírez Miranda, sobre el tema: **“TIPOS PENALES ABIERTOS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER”**. El tribunal examinador integrado por: Dr. Feliz Rodolfo Ayala López, Presidente, Dr. Dennis Billy Herrera Arita Vocal y MSc. Alba Plácida Méndez Girón, Secretaria, resolvió aprobar con recomendaciones, aceptado por el sustentante, que consta en la hoja adherida al acta respectiva, habiéndome, encomendado el tribunal, supervisar las correcciones.

Como resultado de reuniones sostenidas con el Licenciado Oslando Alfonso Ramírez Miranda, se ha presentado el ejemplar adjunto con el cumplimiento de las correcciones correspondientes.

Deferentemente,

Alba Plácida Méndez Girón
Firmado digitalmente
por Alba Plácida
Méndez Girón

Msc. Alba Plácida Méndez Girón
Secretaria, terna evaluadora

Guatemala, 31 de octubre de 2023

Director

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Dr. Cáceres Rodríguez:

Según Acta del Consejo Académico de la reunión Ordinaria celebrada el 31 de mayo del 2017, en el Acta N°. 02-2017, Punto CUARTO, Inciso 4.4 y de la Acta N°. 13.2017, contenida en el Punto CATORCE, Inciso 14.10, se hace de su conocimiento que se ha facilitado la tutoría y revisión de la tesis intitulada **TIPOS PENALES ABIERTOS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER** del maestrante **OSLANDO ALFONSO RAMÍREZ MIRANDA**, el cual se enmarca en los contenidos teóricos metodológicos de la **MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**.

La tesis cumple con los requisitos establecidos en el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por lo tanto, extendemos el **DICTAMEN DE APROBACIÓN** para que pueda continuar con el proceso de tesis.

Se hace del conocimiento del maestrando que es su responsabilidad realizar la redacción del **informe final de investigación, según se indica en el Artículo 13** del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.

Así mismo, se deja constancia que la originalidad de los criterios vertidos en la tesis antes descrita son responsabilidad exclusiva del autor(a), según lo establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de esta Escuela de Postgrado en el "Artículo 5. Derechos de Autor".

Atentamente,


MSc. Werner Eliú Godínez López
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.


Dr. Pablo Daniel Rangel Romero
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.

Ciudad de Guatemala, 26 de septiembre de 2024

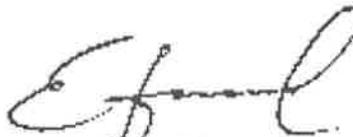
Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Director:

Informo a usted que he revisado el trabajo de tesis titulado: **TIPOS PENALES ABIERTOS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**, del Licenciado **OSLANDO ALFONSO RAMÍREZ MIRANDA**, de la Maestría de Derecho Penal.

Con base en la revisión, identifiqué los aspectos ortográficos (letras, tildes, signos de puntuación), sintácticos, de léxico y algunos aspectos formales que necesitaban ser corregidos. Ahora, realizadas ya las correcciones necesarias, el trabajo puede pasar a la siguiente etapa del proceso establecido por la Escuela de Estudios de Posgrado.

Atentamente,



Dr. Erián Moreno
Cédula 1,222

Ciudad de Guatemala, 22 de mayo de 202

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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, 22 de octubre del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que el Licenciado Oslando Alfonso Ramírez Miranda, aprobó el examen privado de Tesis de la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 46-2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de Tesis titulado **“TIPOS PENALES ABIERTOS EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER”**. 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



DEDICATORIA

A DIOS PADRE

TODOPODEROSO, por darme la fuerza necesaria para no desistir de lograr este objetivo cuya fortaleza, sabiduría, conocimiento e inteligencia ha sido imprescindible para alcanzar esta meta.

A MI AMADA ESPOSA,

a quien con todo mi amor y cariño dedico mi tesis, por ser mi ayuda idónea, por creer en mi capacidad y por nunca soltarme la mano en todo este camino.

A MIS HIJOS,

fuentes de motivación e inspiración para superarme cada día mas y así poder luchar para que la vida nos depare un futuro mejor y superen la línea que les he trazado.

A MIS PADRES,

quienes desde el cielo me siguen cuidando y yo manteniendo vivo su legado.

A MI HERMANO Y HERMANAS,

por su constante apoyo y motivación.

A MIS DEMAS FAMILIARES,

quienes comparten la alegría de mis logros.

A MI PADRINO,

por sus sabios consejos y porque día a día me inspira a la constante superación.

A MIS CATEDRATICOS, por compartir todos sus conocimientos sin restricción alguna.

ÍNDICE



Introducción	vi
Capítulo 1	
1. Origen, Historia y Evolución de los Derechos Humanos con relación a los Tipos Penales	1
1.1. Antecedentes de los Derechos Humanos.	1
1.2. Historia y Evolución de los Derechos Humanos	3
1.2.1. Edad Antigua	3
1.2.2. Edad Media	4
1.2.3. El Renacimiento e Ilustración	4
1.2.4. Época Moderna	5
1.2.5. Época Actual	5
1.3. Fundamentos de los Derechos Humanos	7
1.4. Aspectos Filosóficos y Sociólogos de los Derechos Humanos	7
1.4.1. El Iusnaturalismo: Los Derechos Naturales como "Inherentes a la Naturaleza Humana"	8
1.4.2. Historicismo Cultural	9
1.4.3. Positivismo	10
1.5. Marco Legal Vigente	10
1.6. Derechos Humanos y Acuerdos de Paz, Acuerdo Global	11
1.6.1. Derechos Políticos y Derechos Humanos	12
1.7. El Debido Proceso en la Constitución de la República de Guatemala	14
1.7.1. El Debido Proceso en los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos	16
Capítulo 2	18
2. Derecho Penal	18



2.1. Período de la Venganza o Justicia Privada	20
2.2. Período de la Venganza o Justicia Pública	21
2.3. Período de la Venganza Divina	22
2.4. Período Humanitario	22
2.4.1. Etapa Científica	23
2.5. Características del Derecho Penal	31
2.5.1. Es una Ciencia Social y Cultural	32
2.5.2. Es Normativo	32
2.5.3. Es de Carácter Positivo	33
2.5.4. Pertenece al Derecho Público	33
2.5.5. Es Valorativo	33
2.5.6. Es Finalista	34
2.5.7. Es Fundamentalmente Sancionador	34
2.5.8. Debe ser Preventivo y Rehabilitador	35
2.5.9. Fragmentario, Subsidiario y de Intervención Mínima	36
2.5.10. Debe Ser Equitativo	36
2.5.11. Es Personalísimo	37
2.5.12. Es de Última Ratio	37
2.6. Principio Penales	40
2.7. Las Fases del Delito (<i>Iter criminis</i>)	49
Capítulo 3	61
3. Proceso Penal Guatemalteco	61
3.1. Derecho Procesal Penal	61
3.2. Procesal Penal	62
3.3. Procesal Penal Guatemalteco	63
3.4. Fines del Proceso Penal	64



3.5 Principios Constitucionales que rigen el Proceso Penal Guatemalteco	64
3.5.1. El Principio de Defensa	65
3.5.2. El Principio de Derecho de Igualdad de las Partes	67
3.5.3. Derecho del Debido Proceso	68
3.5.4. Principio de Legalidad	70
3.5.5. Irretroactividad de la Ley	72
3.5.6. Declaración Contra Sí y Parientes	73
3.5.7. Derecho de Inocencia	75
3.5.8. Principio de Independencia e Imparcialidad de los Jueces	76
3.5.9. Principio de Publicidad	78
3.6 Principios Elementales Establecidos en el Código Procesal Penal (1992)	79
3.6.1. Principio de Imperatividad	79
3.6.2. Principio de Legalidad.	80
3.6.3. Principio de Única Persecución (<i>non bis in idem</i>)	80
3.6.4. Principio de <i>in dubio pro reo</i>	81
3.6.5 Principio de Presunción de Inocencia	82
3.6.6 Principio de Cosa Juzgada	82
3.6.7 Principio de la Tutela Judicial Efectiva	83
3.7 Etapas Del Proceso Penal	85
3.7.1 Etapa Preparatoria	85
3.7.2 Etapa Intermedia	87
3.7.3. Juicio o Debate	90
Capítulo 5	93
4. Tipos Penales Abiertos y la Interpretación Judicial dentro del Marco Jurídico Guatemalteco en Delitos de Violencia Contra la Mujer	93
4.1. Teoría del Tipo Penal	93



4.2.	Tipos Penales Abiertos	93
4.3.	Tipos penales cerrados	94
4.4.	Función del Tipo Penal	96
4.4.1	Principio de Legalidad y Tipo Penal	96
4.4.2.	Principio de Tipicidad y Tipo Penal	96
4.5.	Diferencia entre tipo y delito	97
4.6.	Valoración de los Elementos Circunstanciales del Delito	107
4.7.	Desarrollo de Tipos Penales Abiertos en Delitos de Violencia contra la Mujer	129
4.8.	Vulneración al Principio de Legalidad en los Tipos Penales Abiertos de Violencia en contra de la Mujer	131
	Conclusiones	136
	Bibliografía	137
	Legislación Referenciada:	141



INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento legal y los tipos penales, se debe considerar a los delitos establecidos en el Derecho Penal, como es el tema que se investiga, referente a los Tipos penales abiertos en la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, basado en el Decreto 22-2008, dado que en la misma norma se hace referencia a ciertos presupuestos que se complementan con la referencia de otros conceptos, que al final lo que suman son elementos del delito y de las circunstancias en que el hecho originario se pudo haber dado.

Tomando en cuenta que los tipos penales abiertos tienen una estricta vinculación conceptual con los llamados tipos judiciales, pues son los que, por la indefinición expresada, dejan al total arbitrio del juez el establecimiento de la infracción sobre el tipo abierto, se señala que cualquier persona puede incurrir en la conducta delictiva, no señala a quienes, más bien está dirigido a todos y cada uno de los miembros de la sociedad. Por esta razón se considera que estos tipos requieren acudir a una norma de carácter general y se llaman tipos abiertos, por oposición a los tipos cerrados, en que, sin salirse de los elementos de la propia ley penal en el tipo, puede individualizarse perfectamente la conducta prohibida.

El problema a abordar se encuentra en el artículo 3, inciso “c”, parte final, de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, que regula “(...) o cualquier otro tipo de relación que no esté comprendido en el ámbito privado” y, en la parte final del inciso “m” del artículo mencionado, “(...) la (mujer) que sometida a ése clima emocional puede sufrir un progresivo debilitamiento psicológico con cuadros depresivos”, disposiciones estas que enmarcan la tipificación de una conducta incompleta, es decir: crea un “tipo penal abierto” que permite que el juzgador, al momento de aplicar dicha normativa, se vea en la necesidad de complementar tales disposiciones, creando actos que a su consideración son los que la ley quiso suponer, y con base en ellos emite resolución. Por consiguiente,



la actividad de los juzgadores, al crear conductas que no están tipificadas en la ley, genera la violación al principio de legalidad.

Los objetivos particulares de esta investigación se consideran en el objetivo general, para realizar un estudio académico, jurídico, jurisprudencial y social, a nivel de maestría en Derecho Penal, sobre el tema: Tipos penales abiertos en la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, para establecer si el artículo tres inciso "c" y "m" de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer constituye tipos penales abiertos, respecto de aspectos doctrinarios sobre el origen y evolución de los derechos humanos y derecho penal, refiriendo el desarrollo del proceso penal guatemalteco en los tipos penales abiertos, por medio de un análisis jurisprudencial y doctrinario sobre tipos penales abiertos, y la interpretación judicial dentro del marco jurídico guatemalteco en delitos de violencia contra la mujer.

El resultado de la investigación desarrollada se presenta en cuatro capítulos que abordan aspectos fundamentales relacionados con los tipos penales abiertos en la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

En el capítulo I se trata el origen y evolución de los derechos humanos, con el fin de establecer circunstancias garantistas, en el capítulo II se aborda todo el derecho penal como norma sustantiva y donde se prevén los tipos penales, el capítulo III contiene lo relativo al proceso penal guatemalteco, siendo la norma adjetiva para su aplicación; finalmente, el capítulo IV trata los tipos penales abiertos y la interpretación judicial dentro del marco jurídico guatemalteco en delitos de violencia contra la mujer.



CAPÍTULO I

ORIGEN, HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON RELACIÓN A LOS TIPOS PENALES

Es de considerar que los tipos penales referidos en el ordenamiento jurídico tienen una estrecha relación entre sí, pues los tipos penales abiertos se caracterizan por la circunstancia de que los elementos fundamentales de la ilicitud del hecho no están totalmente enunciados en la ley, razón por la que se debe abordar lo relativo a los derechos humanos con el fin de garantizarlos, otorgándoles preeminencia ante cualquier norma que los limite.

1.1. Antecedentes de los Derechos Humanos

En cuanto a los derechos humanos, es necesario que en Guatemala se analicen desde el punto de vista jurídico, debido a que en el orden legal positivo existe una conceptualización permanente y bien profunda del derecho, lo cual constituye a su vez, normas de conducta que por lo general son reconocidas y aceptadas.

Los derechos anotados también pueden ser estudiados desde el punto de vista filosófico, en virtud de la necesidad latente de que se manifiesten principios trascendentales en Guatemala, como lo son el debido respeto que debe existir con relación a la vida humana, la dignidad de ésta y la libertad de conciencia. Los derechos humanos vienen a constituir un conjunto de derechos y garantías personales que tiene todo ser humano, cuya base radica en su dignidad para posibilitar la convivencia y el desarrollo social.

Los derechos humanos son ininteligibles sin el concepto de derecho



subjetivo, que se gestó en la modernidad; sin embargo, se considera importante, para introducirnos en su estudio, definir previamente lo que es derecho.

Aguilar (como se cita en Cuello, 1997) define que:

El derecho es una norma jurídica, o conjunto de las mismas que impone deberes y concede facultades a las personas, provisto de sanciones para asegurar su efectividad; se encarga de la regulación de la conducta de los individuos y de la organización de la vida social, siendo su finalidad el bien común. (p. 164)

En este sentido, se entiende que el derecho es el medio por el cual el Estado garantiza a un habitante el goce de determinados postulados, que se establecen por medio de una norma, la cual, al infringirse, es vulnerada y, consecuentemente, esto también vulnera la garantía estatal a favor de los ciudadanos.

Con relación a los derechos humanos, Aguilar (como se cita en Jiménez, 1950) afirma:

Los derechos humanos son un conjunto de normas jurídicas que imponen deberes y obligaciones al Estado para su efectivo respeto y cumplimiento y conceden facultades a las personas, provistas de sanciones para asegurar su efectividad. Además, sirven para proteger la vida, libertad, igualdad, seguridad e integridad de la persona. (p. 15)

Desde el punto de vista de Porrúa (2002):

Hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual que equivalen a afirmar que 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 ésta consagrados y garantizados. (p. 28)

En el mismo sentido, se entiende que los derechos humanos desde el punto



de vista jurídico, son principios y valores destinados a la protección de la persona, que aluden a la vida, libertad, igualdad, participación política, bienestar social y cualquier otro aspecto ligado al desarrollo integral del ser humano, reconocidos por el Estado guatemalteco por medio de sus leyes, tanto las constitucionales como las ordinarias.

Empleando las palabras de Mendoza G. y Mendoza O. (como se citan en Muñoz & García, 2002): “Los derechos humanos nacen con la humanidad misma, siempre han estado en la historia junto con el hombre y han evolucionado de acuerdo con cada época” (p. 40).

1.2. Historia y evolución de los derechos humanos

Si se toma como base que la historia es una ciencia que tiene por objeto el estudio del pasado, para comprender el presente y proyectarnos al futuro, este estudio se enfoca en conocer la historia y evolución, concretamente, de los Derechos Humanos. Doctrinariamente, los derechos humanos se dividen en distintas etapas en su evolución y desarrollo a través de la historia, detallándolas a continuación, parafraseando lo anotado por Hernández (2008):

1.2.1. Edad Antigua

En los comienzos de la Edad Antigua, la problemática surgida de los valores del ser humano se refleja en Babilonia, en el Código de Hammurabi (1750 a.C.), el cual cuenta con un elevado contenido social, en virtud de que determina limitaciones a la esclavitud, debido a deudas existentes. En la época en mención



surge el decálogo, que da a conocer una forma bien particular de proteger la dignidad del ser humano. También, durante la Edad Antigua, las culturas, tanto romana como griega, se encargaron de desarrollar el concepto referente al derecho natural, y con el mismo surge el iusnaturalismo, que se basa en la razón (Hernández, 2008).

1.2.2. Edad Media

Según este autor (Hernández, 2008), la filosofía del Cristianismo es dominante en la Edad Media, sobre cualquier ideología existente. También los conceptos iusnaturalistas son retomados y las ideas cristianas utilizadas, surgiendo con ello el humanismo cristiano, o sea, que existe un derecho natural divino, en el cual se hacen notar las ideas de Santo Tomás de Aquino y de San Agustín. Con un sentido bien humanitario, se perfilan los derechos humanos durante la Edad Media. En la época en referencia se puede encontrar la Carta Magna de Juan Sin Tierra, la cual contempla garantías de seguridad jurídica, limitando el poder con el cual cuenta el monarca. También, en España, surgen los fueros, siendo los principales: fuero juzgo y fuero real, los cuales eran ordenamientos de tipo legal, cuyo objetivo primordial era que cada pueblo tenía que fundamentarse, basarse y regirse acorde con sus propias normas jurídicas.

1.2.3. El Renacimiento e Ilustración

Algunas libertades son consolidadas en Inglaterra en la época del Renacimiento e Ilustración, a pesar de la existencia de grandes monarquías. Durante la misma, es desarrollada la idea relativa a la tolerancia religiosa. Como una limitación a la acción del gobierno, se genera una positivización de los derechos humanos con el *Bill of Rights*, siendo dicho documento el postulante de que exista una serie de determinadas libertades y derechos frente al monarca.



Entre los postulantes del Renacimiento e Ilustración es de importancia anotar los siguientes: Locke, Hobbes, Montesquieu y Rousseau. Los citados autores se fundamentan en la existencia de un estado de naturaleza, en un derecho basado en la razón y en un contrato social. Los mismos afirman que existen reglas normativas propias del ser humano, las cuales son anteriores a la existencia de cualquier configuración de orden político, y, además, fijan su interés en la importancia de valores como la propiedad, la igualdad y la libertad (Hernández, 2008).

1.2.4. Época Moderna

De acuerdo con lo manifestado por Hernández (2008), durante la Época Moderna aparecen movimientos revolucionarios, los cuales se extienden por toda Europa, hasta llegar a América con esfuerzos independentistas y con el apareamiento de las nacionalidades americanas. En la Época Moderna comienzan las declaraciones de derechos, que toman en cuenta la problemática relativa a los derechos humanos. Además, es importante anotar que, por primera vez, son declarados los derechos como parte del ser humano, otorgándole a los derechos humanos la característica de universalidad.

1.2.5. Época actual

Sobre el particular, el citado autor (Hernández, 2008) refiere que, durante la primera mitad del siglo XX, en un gran número, las constituciones fueron ampliando su campo en lo concerniente a los derechos humanos, incluyendo, para el efecto, a los derechos sociales y económicos. La evolución de los derechos humanos, después de transcurrida la Segunda Guerra Mundial, se caracteriza, fundamentalmente, por su incorporación progresiva en el ámbito internacional y el

surgimiento de los instrumentos multinacionales, los cuales se relacionan entre sí.
A continuación, se nombran algunos de ellos:



- a) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de los Estados Americanos, de abril de 1948.
- b) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.
- c) Pactos de Derechos Civiles y Políticos, de Derechos Sociales y Culturales y de Derechos Económicos de la Organización de las Naciones Unidas, del año 1966.
- d) Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del año 1950.
- e) Convención Americana de Derechos Humanos: Pacto de San José de la Organización de Estados Americanos, del año 1969.

A nivel internacional, se implementa y desarrolla un sistema de protección de los derechos humanos, con órganos debidamente especializados y con procedimientos acordes, los cuales se encargan de fiscalizar el adecuado cumplimiento de todos los deberes y obligaciones que sean contraídas internacionalmente por los Estados.

También, la igualdad es asegurada, posteriormente, a luchas en contra de la discriminación racial. A todos los pueblos se extienden los derechos humanos en la época mencionada, surgiendo de dicha forma los derechos denominados de la tercera generación de los pueblos, y entre los cuales están: el derecho al

desarrollo, el derecho al medio ambiente y el derecho a la paz.



De esta forma se determina que, a través de la historia, los derechos humanos han sido constitutivos de una conciencia moral de la humanidad, y, por ende, jamás pueden abolirse ni desaparecer. Además, éstos siempre deben ser defendidos y respetados, con la certeza del pleno conocimiento de los mismos por parte de todos los seres humanos.

1.3. Fundamentos de los Derechos Humanos

Es conocido por los diferentes convenios en su preámbulo que los derechos humanos tienen como fundamento las necesidades de la persona humana y de los colectivos sociales en los que se asocia históricamente, a sus aspiraciones individuales y colectivas de vivir en dignidad. Esto significa que no derivan de una obra de origen divino o de la razón, ni tampoco del reconocimiento de un Estado o del derecho internacional, sino que están vinculados con la existencia física y social, o sea la misma naturaleza, con las condiciones concretas que requieren las personas, colectivos humanos y pueblos en su vida cotidiana para vivir adecuadamente. Por consiguiente, se vinculan con la realidad de los contextos en los que habitan y con la protección de su autonomía, libertad y bienestar. En consecuencia, y mejor entendible, la fundamentación de los derechos humanos es la propia naturaleza de la mujer y del hombre; por ello surgen las leyes en los países para su protección y respeto, concatenados con las convenciones y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

1.4. Aspectos filosóficos y sociológicos de los Derechos Humanos



En primer lugar, se estima que la base de los derechos humanos debe rastrearse a partir de los pensadores que se han ocupado de cuáles son los valores fundamentales del ser humano. Así, una primera etapa en el desarrollo histórico de los derechos humanos, las raíces más lejanas, se encuentra en el Humanismo, tanto en sus versiones occidentales, en las visiones humanistas hindúes. China e islámica, esencialmente. Desde las leyes de Hammurabi, la problemática de los valores del ser humano se ha reflejado en el ordenamiento jurídico.

De hecho, los Diez Mandamientos sostienen una particular forma de los derechos humanos a partir de su concepción valorativa. En ese sentido, destaca el aporte realizado por el estoicismo griego y romano, con la precisión del concepto de derecho natural y el desarrollo del iusnaturalismo fundamentado en la racionalidad.

La fundamentación de los derechos humanos puede plantearse dentro de distintos marcos de referencia y, consecuentemente, puede desembocar en soluciones cualitativamente dispares. La búsqueda de la fundamentación puede apuntar hacia la explicación de por qué los derechos humanos son un elemento crucial de las actuales estructuras jurídico-políticas, o pueden orientarse hacia la demostración de por qué los derechos humanos deben ser un elemento básico de la ordenación jurídica de las relaciones sociales en el mundo actual.

1.4.1. El iusnaturalismo: Los derechos naturales como "Inherentes a la Naturaleza Humana"



Un término universal dentro del campo de los derechos humanos es que los derechos son inherentes a la naturaleza humana. Al leer o escuchar la palabra “inherente”, que, en lo particular, a quien escribe estas líneas no le gusta usarla, se están refiriendo a que, dada su naturaleza, está de tal manera unido a otra cosa que no se puede separar. Es, entonces, en este caso, lo propio, lo inseparable y lo indisoluble a la persona humana.

La naturaleza es la esencia y característica de cada ser, y al decir que los derechos naturales son inherentes a la naturaleza humana, nos referimos a “natural” como esos derechos propios de la “naturaleza” humana; es decir, el reconocimiento normal, natural y espontáneo de esos derechos que les son propios a los seres humanos. Resulta más adecuado decir que, los derechos Humanos, son derechos propios de los seres humanos.

1.4.2. Historicismo cultural

Esta teoría se fundamenta con la convivencia social del hombre a través de su evolución y superación; con el transcurrir del tiempo, el hombre logró que se pudiera apreciar la dignidad humana, consiguiendo protección a sus derechos del conocimiento conforme a la transformación histórica.

Por naturaleza, el hombre y la mujer no pueden vivir aisladamente sin tener una convivencia social, pero esa convivencia debe enmarcarse en el respeto mutuo de los derechos humanos que a cada uno le asisten; por eso, es necesaria la emisión de leyes que vengán a protegerlos, para lograr una convivencia pacífica. La Constitución se pronuncia en relación al respeto y observación de los derechos más fundamentales de cada uno de los miembros de la sociedad guatemalteca.



1.4.3. Positivismos

Esta corriente establece que el Estado es el único que puede crear derechos y establecer las limitaciones; se basa en una concepción de voluntad general de la sociedad, la cual, mediante sus representantes, hace plasmar los derechos fundamentales del hombre, expone normas positivas, se garantiza no sólo el reconocimiento sino el respeto a los derechos humanos.

Es perceptible que, en esta clasificación, desde el positivismo hasta el reconocimiento y respeto a los Derechos Humanos, éstos se han establecido en los diferentes Estados y, particularmente, en el Estado de Guatemala, que dispone de un Procurador de Derechos Humanos, que es el encargado de velar por el estricto cumplimiento de las garantías y derechos que preceptúa la Constitución Política de la República, cuya jurisdicción está determinada en todo el territorio nacional.

1.5. Marco legal vigente

Se hace referencia a lo que indica la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, establecida por la Constitución en su artículo 273, y designada por el mismo Congreso; está integrada por un diputado de cada partido político representando en el correspondiente período.

Esta comisión tiene atribución constitucional de proponer al pleno del Congreso la terna de la cual deberá escogerse al magistrado de conciencia.

El concepto de Procurador de los Derechos Humanos lo establece el artículo 274 constitucional, en el cual se enmarca la claridad del influjo del artículo constitucional español, al crear al defensor del pueblo, pero adaptado a la



idiosincrasia guatemalteca y a las consecuencias del enfrentamiento armado, que dejó saldos negativos.

En cuanto a la Ley del Procurador de los Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, Decreto Ley 32-87 de mayo de 1987, su artículo número 8 establece: "(...) el Procurador, es un Comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos, los Tratados y Convenciones Internacionales aceptados y ratificados por Guatemala". Además, la Constitución regula el principio Preeminencia del Derecho Internacional, en su artículo 46, el cual reza: "en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencias sobre el derecho interno".

1.6. Derechos Humanos y Acuerdos de Paz, Acuerdo Global

Cabe mencionar lo que refiere el acuerdo global firmado el 29 de marzo de 1994 en el Distrito Federal de México, el cual refiere un compromiso del gobierno de la República de Guatemala, donde reafirma su adhesión a los principios y normas orientadas a garantizar y proteger la plena observancia de los derechos humanos, así como su voluntad política de hacerlos respetar.

En este sentido, el Gobierno de la República de Guatemala se ha obligado a promover las medidas orientadas a perfeccionar las normas y mecanismos de protección de los derechos humanos. Las Partes consideran que cualquier comportamiento que limite, restrinja o atente contra las funciones que en materia de derechos humanos tienen asignados el Organismo Judicial, el Procurador de los Derechos Humanos y el Ministerio Público, socava principios fundamentales del Estado de derecho, por lo que dichas instituciones deben ser respaldadas y fortalecidas en el ejercicio de tales funciones.



En lo que respecta a los acuerdos de paz con el propósito de alcanzar los objetivos trazados en el Acuerdo de Esquipulas II del 7 de agosto de 1987 y de conformidad con el Acuerdo de Oslo del 30 de marzo de 1990, las delegaciones del Gobierno de la República de Guatemala y de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), habiendo continuado las negociaciones bajo la conciliación del Presidente de la Comisión Nacional de Reconciliación (CNR) y bajo la observación del representante del Secretario General de las Naciones Unidas, Doctor Francesc Vendrell, llegaron a un acuerdo en relación al tema Democratización del Acuerdo del temario general, aprobado en la ciudad de México, dando lugar a un acuerdo de paz que beneficiaría a la República de Guatemala. (Secretaría de la Paz, Presidencia de la República, 2006)

1.6.1. Derechos políticos y derechos humanos

Guatemala es un Estado que, de acuerdo con el artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985): “es un país organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo”.

De igual forma, su conformación como Estado se rige por las normas de su Constitución, y en ella se recogen, como valores inherentes a la persona humana, los derechos individuales en forma de poderes ciudadanos que se pueden hacer valer contra las eventuales arbitrariedades del aparato de Estado.

Como respuesta a las exigencias de la moral pública en el mundo moderno, se incorporan también los llamados derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos. La Corte de Constitucionalidad ha interpretado, con justa razón, que la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Guatemala, debe ser compatibilizada con las exigencias de los artículos 175 y 204, que consagran la primacía de la Constitución sobre todo otro tipo de normas, de manera que una y otros conformen el llamado bloque de constitucionalidad. Esto significa y se



traduce en la necesidad de modificar la legislación interna, para hacerla congruente con los preceptos constitucionales y con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

En la Guatemala de la actualidad, existen aspectos de la realidad que restringen en forma considerable las posibilidades de un goce pleno de estos derechos y, a la vez, la capacidad del Estado para garantizarlos. Es aquí donde se ha tenido el fundamento de los derechos políticos y derechos humanos, que resultan elementos útiles para su mejor contextualización las expresiones vertidas en los respectivos preámbulos:

- a) La Declaración Universal de Derechos Humanos indica que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana.
- b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. También consagra el principio que manda que el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos.
- c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos define como propósito de los Estados signatarios la consolidación en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.
- d) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de



sus derechos iguales e inalienables. Asimismo, señala la imprescindibilidad del goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales a efectos de permitir el acceso al ideal del ser humano libre, en disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria.

1.7. El debido proceso en la Constitución Política de la República de Guatemala

En lo que respecta a Guatemala, se debe tener en cuenta que su sistema legal se rige por la Constitución Política de la República de 1985, en el artículo 140, donde reza que el Estado de Guatemala es soberano, independiente y libre, teniendo como característica sus tres poderes, tales son: ejecutivo, legislativo y judicial; el sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo; de esta forma, al Organismo Judicial se le ha determinado su función en nombre del Estado de Guatemala, con el fin de garantizar lo que la misma Constitución, en su artículo 2, refiere: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

En este sentido, el artículo 17 constitucional estipula: “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. No así el artículo 5 de la Ley Adjetiva Penal, que refiere 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.

En cuanto a la Ciencia del Derecho, se estima que es el conjunto de normas coercibles que regulan la convivencia humana en interferencia intersubjetiva. Se



trata, pues, de un conjunto de normas o juicios imperativos, que reglan vínculos entre personas, y que por definición son coercibles, es decir, que su incumplimiento trae aparejada una sanción o el cumplimiento de la obligación, aun en contra de la voluntad del obligado.

El debido proceso es un principio jurídico procesal que tiende a propiciar el respeto de las garantías mínimas que la ley le reconoce a las partes, y que han sido establecidas para asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso. La justicia, en cambio, dentro del marco del proceso penal que aquí interesa, es el acto de adjudicar a las partes lo que a cada una corresponde de acuerdo con lo razonable, lo equitativo y lo indicado por el derecho.

El proceso penal es un método dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero es un método necesariamente imperfecto, pues las normas jurídicas no pueden diseñar un proceso tal, que siempre conduzca, con absoluta seguridad, a un resultado correcto. Vale decir, a un resultado justo. Aun cuando se obedezca cuidadosamente el derecho, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse a un resultado equivocado.

La justicia surge de una combinación de circunstancias que hacen tener éxito o fracasar al objetivo de las normas jurídicas. Por lo tanto, es claro que no puede decirse que una decisión es necesariamente justa porque se obtuvo siguiendo un debido procedimiento legal. El debido proceso es el mecanismo, la justicia, el bien al que éste aspira, por lo que el motivo de injusticia notoria apunta a la justicia de la decisión, no a los mecanismos procesales ideados para poder llegar a ella.

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. El artículo 186 del Código Procesal Penal (1992), Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, regula:

Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme las disposiciones de este Código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este Código.

1.7.1. El debido proceso en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos

En lo que respecta a Derechos Humanos, se puede considerar que son aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural del hombre. Al mencionar la palabra derecho, se hace hincapié en un poder o facultad de actuar, un permiso para obrar en un determinado sentido o para exigir una conducta de otro sujeto. Son llamados humanos porque son del hombre, de la persona humana. El hombre es el único destinatario de estos derechos. Por ende, reclaman reconocimiento, respeto, tutela y promoción de parte de todos, y especialmente de la autoridad. Estos derechos son inherentes a la persona humana; así también, son inalienables, imprescriptibles.

No están bajo el comando del poder político, sino que están dirigidos exclusivamente por el hombre. Así como todos los hombres poseen un derecho, siempre otro hombre o Estado deberá asumir una conducta frente a esos derechos, de cumplir con determinadas obligaciones de dar, hacer u omitir.

Por lo tanto, se explica que el Debido Proceso es parte esencial de los



diferentes tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, las disposiciones compuestas en estas declaraciones, en cuanto al derecho penal, las penas y de la forma de garantías de los derechos del acusado que Guatemala aplica como obligatorios en su derecho interno, por ser un país suscriptor. Se pueden mencionar los siguientes convenios y tratados:

- a) Artículos 1, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- b) Artículos 2, 9, 18, 24, 25 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- c) Artículos 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- d) Artículos 5, 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José".



CAPÍTULO II

DERECHO PENAL

En el ordenamiento legal en materia de Derecho Penal está contenida una norma sustantiva que será el objeto de estudio del presente trabajo. Dentro de la misma se conciben diferentes teorías adoptadas, pues el derecho penal lo conforman el delito, la pena y las medidas de seguridad y que constituyen los elementos principales del derecho penal.

Primeramente, se requiere hacer énfasis en los principales preceptos que se vierten sobre el concepto general de derecho: “Se entiende por Derecho al conjunto de normas jurídicas, creadas por el Estado para regular la conducta externa de los hombres y en caso de incumplimiento está prevista de una sanción judicial” (Flores & Carvajal, 1986, p. 50).

Con este punto de vista puede apreciarse una primera aproximación a lo que se considera en realidad sobre el concepto de derecho, visto desde un enfoque más amplio, pero que, de igual manera, es de suma importancia abordar para tener en claro lo que se debe comprender en torno al Derecho Penal.

Como plantean Pérez & Ledesma (1992), el derecho es:

El conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia. (p. 9)

Al conocer todos estos aspectos doctrinarios, se puede entrar de lleno a saber los principales preceptos relacionados con el Derecho Penal; de esa cuenta, se considera que la expresión derecho civil, a pesar de hacer referencia a una

rama muy importante del derecho, no logra la deseada y necesaria precisión terminológica.



A través de las definiciones anteriores se conciben, apenas, las generalidades del derecho civil; seguidamente se requiere hacer énfasis en otra serie de definiciones, a fin de proyectar con mayor claridad, la verdadera esencia de esta rama del derecho, no sin antes hacer una breve recopilación de sus principales registros históricos.

En la medida en que los Estados van surgiendo como resultado de la organización social y política del hombre, las penas van cambiando, se van transformando, se adecuan a la realidad; es así como históricamente se habla de la Ley de las XII Tablas del Imperio Romano, del Código de Hammurabi, y tantos otros ordenamientos que hasta la Edad Media constituyeron la forma de controlar los instintos negativos del hombre, con el fin de tratar de mantener la paz social. (López, 2012, p. 16)

En la antigüedad, debido a la falta de un órgano administrativo y judicial o instituciones como las que hoy se conocen, y dedicadas tanto a la administración como procuración de justicia, la misma se buscaba a través de la tutela propia, es decir, de solucionar sus problemas cada cual de la manera y en la medida que considerara conveniente. Las penas fueron incrementándose, hasta llegar a convertirse en venganza, con el daño, tanto de la integridad física como de la moral del ser humano al cual se le aplicaba. En el derecho romano, por ejemplo, existía un derecho penal bastante alejado del actual, no como sucede con el Derecho Civil, el cual es muy parecido al que existe ahora. Es recién con la Revolución Industrial que surge el derecho penal como se conoce hoy en día.

En la antigüedad existían dos sanciones penales típicas, que eran la pena de muerte y el destierro, las que hoy en día casi son inaplicables en algunas legislaciones; acorde con esta serie de aspectos, el derecho penal no ha sido



configurado bajo un diseño preciso, por lo que existen varias escuelas que lo interpretan. En una de las primeras etapas, el derecho penal era extremadamente punitivo y, por ello, debía estar rodeado de garantías para que no se abusara, por lo que se buscó restringirlo, y es así como surgen los principios garantistas, siendo el más importante el principio de legalidad, que determina que sólo hay delito y pena en virtud de una ley.

No pueden dejarse pasar inadvertidos los elementos vinculantes con la evolución del derecho penal, por considerar que constituye un apartado fundamental de esta rama y, sobre todo, porque guarda estrecha relación con los aspectos medulares del problema central de investigación que se aborda en la presente tesis, requiriéndose, de esta manera, detallar los períodos por los cuales ha transitado esta rama del derecho, hasta llegar a ser lo que se conoce en la actualidad.

2.1. Período de la Venganza o Justicia Privada

Desde el punto de vista de la evolución histórica, la venganza del ofendido o del clan al que pertenecía pareciera haber sido una muestra de la primera reacción al daño sufrido, especialmente por cuanto debe entenderse que en esa época el derecho penal era, simplemente, un asunto privado que permitía la reacción frente a los hechos de sangre y, eventualmente, también frente a otras agresiones.

La venganza (un derecho y, en ocasiones, un deber del clan impuesto por los lazos de solidaridad entre sus miembros) se traducía en homicidios o combates hasta la conclusión de la paz o, eventualmente, hasta el agotamiento o aniquilación de los clanes participantes. La guerra privada no conocía otros límites que el grado de excitación de los afectados y conducía a luchas interminables. De ahí que terminó por imponerse alguna forma de indemnización como precio para renunciar a la venganza (la composición), y al interior del clan aparecieron, incluso, formas aisladas de una represión "pública" de ciertos hechos graves contra la religión o

contra la comunidad, sancionados con la expulsión del grupo o la muerte. (Politoff, *et al.*, 2004, p. 22)



En esta época, cada quien se hacía justicia por su propia mano; el problema existente era la falta de limitación en la venganza, la que fue atenuada por la Ley del Talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima (ojo por ojo, diente por diente). Además de la ley referida, aparece, como otra limitación de la venganza privada, la denominada composición, con la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido y los suyos cierta cantidad de dinero o especies para que no ejercitaran el derecho de venganza; sin embargo, la venganza puede ser vista como antecedente de la represión penal moderna; sólo tiene relevancia como equivalente de la pena actual.

2.2. Período de la Venganza o Justicia Pública

La justicia se convierte en justicia pública en el momento en que la autoridad toma en sus manos la organización de la represión y la víctima (a diferencia de lo que acontece en la etapa de la venganza) aparece relegada a un segundo plano. En Roma comienza ese período a fines de la República con las *leges judiciorum publicorum*, que, junto con crear delitos específicos y sus penas, instituyeron los tribunales que debían conocer de los respectivos procesos.

Al respecto, Politoff, *et al.* (2004) refiere que:

En la Europa medieval se introdujeron paulatinamente las instituciones penales del derecho romano, aunque ellas coexistían con la venganza privada y la composición. Las penas dispuestas eran las de muerte en diversas formas (decapitación, hoguera, horca) y acompañadas de horrendas torturas; las penas corporales (mutilaciones, marcas a hierro, azotes, etc. (p. 23)



A través de esta definición, puede observarse el proceso y grado evolutivo que fue adquiriendo el derecho penal en el viejo continente. De esta manera se considera que, en este período en particular, la justicia se convierte en justicia pública en el momento en que la autoridad toma en sus manos la organización de la represión y la víctima, siendo este aspecto uno de los elementos que conducen a diferenciarla de lo que se presenta en esencia en la etapa de la venganza privada, la cual aparece relegada a un segundo plano, básicamente, porque la finalidad de la pena es la intimidación.

2.3. Período de la Venganza Divina

Sobre el particular, Politoff, *et al.* (2004) señala:

En la época teocrática se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces, generalmente sacerdotes, juzgan en su nombre. Es el espíritu del derecho penal del pueblo hebreo. (p. 23)

De acuerdo con el planteamiento expuesto por Politoff, se estima razonablemente que, al lado del período conocido como venganza privada, se gestó dentro de organizaciones sociales más cultas el principio teocrático, y éste vino a convertirse en fundamento del derecho penal, pues no se castigaba al culpable para satisfacer al ofendido, sino para que aquél expiase la ofensa causada a Dios con su delito. En general, esta época fue manejada por la clase sacerdotal.

2.4. Período Humanitario

Se atribuye a la Iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas; la excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento humanizador, no sólo de la pena sino del procedimiento penal; comienza a fines



del Siglo XVIII con la corriente intelectual del iluminismo, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue César Bonessana (el Marqués de Beccaria, con su obra *De los Delitos y las Penas*). Se pronunció abiertamente contra el tormento, el fin de la pena no era atormentar, el fin es impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. (Politoff, *et al.*, 2004, p. 22).

Esta etapa surgió como reacción a la excesiva crueldad imperante en la aplicación de penas. Dentro de esta corriente, se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios, se propone la certeza contra las atrocidades de las penas, se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas.

2.4.1. Etapa Científica

Inició con la obra de Beccaria y subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con la escuela positiva. La labor de sistematización que realizaron Francesco Carrara y los demás protagonistas de la escuela clásica, llevó a considerar al derecho penal como disciplina única, general e independiente cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico. En este período se considera que el Derecho Penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales; se deja de considerar el delito como una entidad jurídica, para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente; la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social.

En esta etapa, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a éste a la sociedad; en ese proceso se corrigen



sus inclinaciones viciosas. Tal corrección es el sustento sobre el cual gira este nuevo período. En este orden de ideas, es conveniente resaltar que la pena, como sufrimiento, carece de sentido; acorde con ello, lo que importa es su eficacia; esto, en función de su finalidad. Las ciencias criminológicas vinieron, de alguna forma, a iluminar el problema hasta su fondo y a caracterizar el nuevo período en el que la personalidad compleja del sujeto es lo que se destaca en el primer término del panorama penal.

De forma general, el derecho penal debería operar cuando las otras normas del derecho no resultan ser suficientes; esta situación lleva a plantear que debe surgir cuando esta rama del derecho se vea restringida, comprendiéndose, entonces, que debe ser el último recurso para resolver o dirimir una situación vinculada estrechamente con la comisión de un delito; en otras palabras, cuando un bien jurídico tutelado por este derecho se vulnere o violente.

A través de esta serie de exposiciones doctrinarias, se pueden comprender los registros más remotos que, sobre el derecho penal, se localizan en las diferentes fuentes bibliográficas y documentales, destacándose, entre éstas, los elementos característicos y los principales exponentes de las diferentes corrientes que, oportunamente, existieron en torno al planteamiento de las diferentes corrientes doctrinarias.

En cuanto a su definición, es pertinente también efectuar una serie de aproximaciones doctrinarias que permitirán conocer, a profundidad, la esencia de este concepto y la relación que guarda con la problemática de investigación.

En lo concerniente al derecho penal, Bacigalupo (1996) se pronuncia de la siguiente manera:



El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. En este sentido, el derecho penal comparte su tarea con la ética y la moral, aunque no puede identificarse con éstas. Exteriormente considerado, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que éstas se conectan son, en principio, los más intolerables para el sistema social. (p. 1)

Mediante esta definición, el autor intenta proyectar el área donde se localiza el derecho penal y, como tal, integra ciertos elementos que constituyen un mecanismo para regular el comportamiento del individuo dentro de la sociedad; es decir, el derecho penal junto con los otros instrumentos de control social mediante sanciones, forma parte del control social primario, por oposición al control social secundario, que trata de internalizar las normas y modelos de comportamiento social adecuados.

Welzel (1986) expone al respecto del concepto de Derecho Penal lo siguiente: “El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad” (p. 1).

Con tal definición, el autor estima que esta ciencia, básicamente, tiene como misión desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas, a fin de sistematizarlas e interpretarlas, con la vista puesta en la justa administración de justicia, en virtud de que únicamente la comprensión de su entramado estructural eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad.

Por su parte, López (2012) se pronuncia así:



Se considera al derecho penal como al conjunto de normas jurídicas (de derecho público interno), cuya función es definir los delitos y señalar las penas y medidas de seguridad impuestas al ser humano que rompe el denominado contrato social, daña con su actuación a la sociedad. (p. 12)

Con esta definición, se efectúa una primera aproximación a lo que en esencia es el derecho penal; para el efecto, se considera oportuno presentar otra definición que permite profundizar en su verdadero significado.

La definición en referencia, respecto del derecho penal, es la aportada por Sainz (1990), quien se expresa así:

Es el sector del ordenamiento jurídico que tutela determinados valores fundamentales de la vida comunitaria, regulando la facultad estatal de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas y de aplicar penas y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atenten mediante hecho de una determinada intensidad. (p. 55)

El derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazando y castigando aquellas conductas antijurídicas o que, en realidad, atentan contra las prácticas de convivencia en sociedad; es por ello que, en esencia, se estima que esta rama del derecho regula la conducta del individuo en sociedad.

En este sentido, Bacigalupo (1996) apunta que:

Lo que diferencia sustancialmente al derecho penal de otras ramas del derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas criminales (de privación de la libertad, de multa o de privación de derechos determinados) y las medidas de seguridad (medidas destinadas a impedir la reincidencia sin consideración al grado de responsabilidad individual). Pero, además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena. (p. 1)

El autor puntualiza que los resultados de cometer una infracción pueden ser



las penas, las cuales constituyen el castigo o consecuencia de sus actos y que éstas serán adecuadas según sea la gravedad del delito cometido; además, define las medidas de seguridad como la reflexión individual para que el delincuente no reincida en la comisión de delitos o en la infracción de la norma penal.

Como aspecto complementario, es oportuno destacar una definición que relaciona los preceptos esenciales de esta rama del derecho; es en torno a esto que Gillibrand (s.f) manifiesta: “Constituye la rama del derecho que estudia al delito y a las consecuencias jurídicas de éste; el análisis del delito, su esencia y las consecuencias que describe éste que se manifiesta en la pena” (p. 2).

De acuerdo con este planteamiento, es importante señalar que el derecho penal, como ciencia, ha recibido diversas denominaciones, como, por ejemplo: derecho de castigar, derecho represivo, derecho sancionador, derecho reformador, derecho de defensa social; sin embargo, el apelativo de derecho penal es el que más se ha utilizado a través del tiempo, hasta la época actual; básicamente, se le ha denominado de esa forma porque es un derivado de la palabra pena y porque es la consecuencia de cometer el delito. Mientras no haya una acción que represente un peligro para un bien jurídico, considerando este peligro objetivamente y sin tener en cuenta la tendencia interior del autor, no habrá intervención del derecho penal.

En ese orden, es de interés señalar que la protección de bienes jurídicos puede comenzar donde se manifiesta una acción desvalida, aunque el bien jurídico mismo todavía no haya corrido un peligro concreto. En este caso, la peligrosidad de la acción dependería de la voluntad y motivos del autor para lesionar el bien jurídico tutelado, y no de la proximidad real de la lesión del bien jurídico.

El derecho penal constituye un poderoso mecanismo de control social,



porque permite restringir derechos fundamentales como el de la libertad; en ese contexto, puede exponerse, a manera de ejemplo, que, si un gobierno no tuviera límites para convertir cualquier conducta en delictiva, se abriría la posibilidad de que el derecho penal quedara al servicio de intereses particulares. Para evitar estos abusos, la libertad de crear delitos debe tener límites; uno de ellos es la existencia de un derecho que deba ser objeto de protección frente a conductas que lo pueden lesionar en forma grave.

Como resultado de la serie de elementos que se exponen, es evidente que la importancia del derecho penal consiste en que es utilizado como medio de control social, destacándose el hecho de que hay dos aspectos que evitan que la persona muestre una conducta reprochable. El primer aspecto es el relativo a la moral, pues se encarga de evitar la comisión de la conducta punible por medios coercitivos; entonces, para quien quiera cometer un delito sin que la moral se lo impida existe una herramienta para obligar al individuo a no cometerlo; esta herramienta es la pena, sanción que, en la mayoría de casos, es la privación de la libertad.

Otro de los aspectos que merecen destacarse radica en que busca moldear el comportamiento humano. En consecuencia, se comprende que estos aspectos se refieren a regular, incentivar o impulsar a los individuos a que se comporten de cierta manera y no de otras. Es por ello que, recientemente, algunos académicos del derecho han llegado a entender que el comportamiento humano puede moldearse a través de varios mecanismos que exceden las reglas formales gestionadas de modo técnico; esto se refiere, fundamentalmente, a los diversos mecanismos que incluyen incentivos económicos, normas sociales y encuadres psicológicos.



Es relevante señalar que, como aspecto de importancia, se encuentra el hecho de recopilar y condensar dentro del Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal (1973), la totalidad de los delitos, las faltas y las penas y sanciones consiguientes, destacándose que, básicamente, constituye la norma secundaria después de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), en cuanto a la jerarquía de leyes, pues, con regularidad, están en juego muchos valores e intereses, como la libertad, salud, seguridad y la vida.

No se puede prescindir del derecho, y menos del derecho penal, pues, desde su concepción, ya se encuentra protegido por la norma penal; de igual manera, la protección penal sobrepasa los límites de la existencia humana, para seguir protegiendo valores; en el caso de un homicidio, la conducta que originó la muerte será estudiada bajo un tratamiento penal.

En conclusión, puede y merece exponerse que, en esencia, el Derecho Penal es importante, porque, a través del Código Penal (1973), esta rama del derecho se erige como garante de ciertos derechos fundamentales como legalidad, igualdad y seguridad jurídica, al afirmar que la norma punitiva debe asegurar principios básicos que le permiten la legitimidad de castigar estrictamente presupuestos legales, con la limitación que de ellos emana, pues con ella se enmarcan los principios y garantías de seguridad penal, culpabilidad y proporcionalidad para imponer las penas y medidas necesarias al infractor de la norma.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Derecho Penal, se estima que la misma es una rama del Derecho Público Interno, que tiende a proteger los intereses de la colectividad sobre los intereses particulares, y promueve el orden y la paz social mediante la implementación de los principios y valores en el



ordenamiento jurídico vigente. Al categorizarse de orden público, permite al Estado realizar la tarea de legislar y penar o imponer una medida de seguridad sobre las conductas humanas consideradas como punibles. Esta es una función representativa pública que sólo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía; de esa cuenta, pues, se estima que el Derecho Penal es de naturaleza pública.

Ahora bien, sobre los fines de esta rama del Derecho, es importante destacar que, tradicionalmente, ha tenido como fin primordial mantener el orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y ejecución de la pena. No obstante, modernamente también tiene fines últimos de ser preventivo del delito y tener el carácter de rehabilitación del infractor, para que se reincorpore a la sociedad como una persona útil en ella.

El derecho penal tiene como finalidad específica la protección de la sociedad ante eventuales acciones que dañen a alguno de sus miembros, y, desde esta perspectiva, debe comprenderse su importancia; el derecho penal se vale del establecimiento de distintas penas en función de la gravedad del acto cometido. Este derecho también tiene como finalidad encauzar la conducta humana por medio de un conjunto de normas que rigen a los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse mediante el poder coercitivo de que dispone el Estado.

Acorde con lo que se presenta, el derecho penal debe proteger los bienes jurídicos a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el legislador como delitos o faltas y, de esa manera, procurar una ordenada convivencia social. Es una rama del derecho en general, utilizada para controlar y planear la vida en común, y para la preservación de la tranquilidad jurídica que el ser humano necesita para realizarse.



De conformidad con esto, el derecho penal pretende proteger aquellos intereses que la sociedad considera relevantes de acuerdo con sus características, vida, salud, libertad, propiedad, orden y seguridad pública, y ante lo cual demanda la represión o castigo del infractor. Ese fin de protección justifica el recurso a la pena, que puede definirse como un mal previsto legalmente y que el juez impone al culpable de cometer un delito, a través del procedimiento público establecido.

En lo referente a los fines de la pena, Martínez, *et al.* (2012) manifiestan lo siguiente:

Ese presupuesto debe guiar el debate sobre los fines de la pena, eso es, la discusión sobre por qué y para qué se pena. El debate se polariza habitualmente entre dos extremos. De un lado, las llamadas teorías absolutas, que entienden que la pena es un fin en sí mismo, se sanciona porque se ha delinquido (*punitur, quia peccatum est*). De otro lado, las llamadas teorías relativas, donde la pena se justifica por satisfacer determinados fines, se sanciona para que no se delinca (*punitur, ne peccetur*). (p. 41)

El derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos, aspectos que deben ser entendidos como aquellos comportamientos estimados dañinos para sus bienes jurídicos tutelados. En ese sentido, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Como todo medio de control social, tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo, para ello, a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el caso de que esas conductas se realicen; por consiguiente, es preciso detallar las principales características de esta rama del derecho.

2.5. Características del Derecho Penal



2.5.1. Es una Ciencia Social y Cultural

Con regularidad, el conocimiento científico se divide en dos ciencias: las ciencias naturales, por un lado, y las ciencias sociales o culturales, por el otro. Se hace necesario ubicar al Derecho Penal en este campo, porque trata de la conducta del hombre. Esto es debido, en gran medida, a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la causalidad, sino regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es una Ciencia del Deber Ser y no del Ser. Significa esto que sus normas dependerán de cada cultura y sus valores sociales, los cuales se pueden modificar a través del tiempo en un mismo Estado.

2.5.2. Es Normativo

El derecho penal, como toda rama del derecho, está conformado por normas jurídico-penales, que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones que regulan la conducta humana, dentro de una sociedad jurídica organizada.

De acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe. Para el Derecho Penal, el mismo está fundamentado en normas integradas a través de las cuales se encuentran mandatos y preceptos que prohíben las conductas de la persona realizando actos contrarios a los valores de la sociedad. Estas normas tipifican las conductas que no se deben mostrar y, como consecuencia, lo que no se encuentre escrito y expresamente prohibido nos está permitido. El Derecho Penal tiene la característica de que tipifica toda conducta o acto fuera del orden jurídico o contraria a los valores de la sociedad, y que se encuentra contenida en las normas jurídicas aprobadas por el Estado, y de esa cuenta el derecho penal



es normativo.

2.5.3. Es de carácter positivo

Posee este carácter, porque es fundamentalmente jurídico; entonces, el derecho penal vigente es solamente aquél que el Estado ha promulgado con dicho carácter. El Estado es titular del Derecho Penal, y solamente lo aprobado y promulgado por el mismo es jurídicamente válido y aceptado. El Estado debe promover los principios y valores en busca de la correcta y efectiva tutela de los bienes jurídicos protegidos, mediante la implementación de normas positivas, fortaleciendo los derechos de las personas en su territorio y logrando el ordenamiento y paz de la sociedad.

2.5.4. Pertenece al Derecho Público

Porque, siendo el Estado único titular del derecho penal, solamente a éste corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes; es, indiscutiblemente, derecho público interno, puesto que el establecimiento de sus normas y su aplicación está confiado en forma exclusiva al Estado.

El Derecho Penal responde a los intereses de la colectividad sobre los intereses particulares; por lo tanto, pertenece al derecho público, ya que Estado es titular del Derecho Penal y le corresponde la facultad de establecer las normas jurídicas, para promover la paz social y gobernabilidad; asimismo, en uso de su soberanía, legislar y determinar cuáles son las conductas humanas punibles y fijarles una pena.

2.5.5. Es valorativo



Se ha dicho que toda norma presupone una valoración; esta cualidad es, particularmente, manifiesta en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son protegidos ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados; califica y evalúa aquellas conductas humanas punibles conforme el ordenamiento jurídico, las valora conforme normas establecidas, y si éstas lesionan los bienes jurídicos tutelados de la sociedad, las sanciona.

2.5.6. Es finalista

Porque su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen. La ley regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un objetivo colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. Tiene como finalidad velar por el respeto de las normas jurídicamente vigentes. Al establecer el ordenamiento jurídico, corrige todas aquellas conductas que no son aceptadas y contrarias a los valores de la sociedad. Como consecuencia, está destinado a prevenir cualquier acción que ponga en riesgo y sea negativa al orden público, garantizando la paz y la administración imparcial de la justicia.

2.5.7. Es, fundamentalmente, sancionador

Este apartado, básicamente, se refiere a que el derecho penal se ha caracterizado por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito, derivado de esta serie de preceptos.



Elementalmente, el Derecho Penal tiene la característica de que castiga o sanciona los actos delictivos o conductas que pueden lesionar los bienes jurídicos tutelados. Esta característica es esencial, pues al declarar y hacer del conocimiento público las normas para la prevención de la comisión de delitos, estas son respetadas por las personas y, por ende, pueden lograr y mantener el orden y la paz social.

2.5.8. Debe ser preventivo y rehabilitador

Con el apareamiento de las medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica: la de ser preventivo, rehabilitador y reformador del delincuente. Es decir, que, además de sancionar, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

La Constitución Política de la República de Guatemala (1985), en el artículo 17, establece: "No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración". Este derecho y este enunciado en Ley, se pueden considerar objetivamente como preventivos, toda vez que solamente serán punibles los hechos que estén calificados como delito y falta y establecidos en la norma; dicho de otra manera, es un regulador de las conductas humanas. De la aplicación de la sanción y penas deviene, según los tratadistas, que, al infractor, una vez declarado culpable y sancionado, el Estado debe devolverlo a la sociedad para que se incorpore como una persona útil a la misma.

Lo anteriormente anotado se encuentra, constitucionalmente, en el artículo 19, que determina:



El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos (...) con las siguientes normas mínimas (...) El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo.

Además, está íntimamente ligado a lo de prevenir el delito, pues si se logra modificar las conductas delictivas de las personas, también se está previniendo que éstas continúen delinquiriendo, por lo que la sociedad se beneficia al no alterarse la paz y el orden.

2.5.9. Fragmentario, subsidiario y de intervención mínima

Sobre este apartado en concreto, es preciso señalar que el carácter fragmentario se debe a que el derecho penal es solamente una parte de los medios de control con que el Estado cuenta en su lucha contra el delito; se dice que es subsidiario porque se debe utilizar únicamente en caso de que los demás medios de control social no hayan servido para neutralizar las conductas antisociales; esto quiere decir que el derecho penal debe ser un último recurso del Estado contra la agresión delictiva.

En consonancia con todos estos preceptos, puede decirse que el derecho penal es el instrumento jurídico más enérgico de que dispone el Estado para evitar y castigar las conductas que resultan reprochables socialmente. Sin embargo, es importante entender que este instrumento social es el más idóneo del que disponen la sociedad y el Estado para alcanzar el efectivo control social, la paz y armonía que se espera en las conductas de los individuos.

2.5.10. Debe ser equitativo

Las sanciones deben responder a los enunciados que establecen las



normas. La interpretación de la Ley debe responder al principio de equidad, intentando ser la pena impuesta al espíritu que llevó al legislador a plasmarla. La idea central es que la sanción o pena sea lo más equivalente posible al daño ocasionado por el infractor. Aun cuando la aplicación de la Ley debe ser imparcial, la pena debe ser lo más acercada a lo merezca el infractor, ni más ni menos.

2.5.11. Es personalísimo

Es personalísimo, puesto que castiga exclusivamente a las personas que cometieron la infracción; no puede extenderse a sus descendientes ni a ninguna otra persona que no cometió el hecho delictivo penal. Para el cumplimiento de la pena, únicamente el infractor es responsable y no puede ser reemplazado por otra persona. El Código Penal (1973), Decreto 17-73 del Congreso de la Republica y sus reformas, establece que la pena debe imponerse al autor del delito consumado.

2.5.12. Es de última ratio

El Derecho Penal se utiliza como la última instancia jurídica para sancionar una conducta contraria a la ley, siendo que se vuelve necesario penalizar las conductas humanas peligrosas que dañan los bienes jurídicos tutelados de la sociedad, toda vez que ninguna otra intervención del Estado es efectiva. La penalidad debe ser el último recurso del sistema jurídico para la prevención de los hechos considerados delictivos, cuando ninguna otra acción del Estado puede ser efectiva a los intereses de la sociedad para resarcir el daño ocasionado por un delito establecido por ley.

Tanto el Derecho Penal Sustantivo como el Derecho Procesal Penal o Adjetivo, gozan de autonomía como disciplinas independientes; cada una tiene



Sus propios principios, métodos y doctrinas, lo cual no debe entenderse como una separación absoluta entre ambas, ya que una es indispensable para la aplicación de la otra disciplina. En Guatemala existe un Código Penal (1973) identificado como Decreto número 17-73, y un Código Procesal Penal (1992), que corresponde al Decreto número 51-92, ambos del Congreso de la República. También el Derecho Penal, como cualquier institución en un Estado de Derecho, debe tener su fundamento en la Constitución Política, que señala generalmente las bases y establece las garantías a que debe sujetarse el Derecho Penal, y éste debe ajustar sus preceptos al marco constitucional del Estado.

El Derecho Penal, en el caso particular de Guatemala, está limitado por los principios que lo rigen, los cuales están contenidos, principalmente, en la Constitución Política de la República (1985), tales como los derechos a la libertad e igualdad, libertad de acción, presunción de inocencia, la propiedad, libre locomoción, por ejemplo; incluye el derecho a la vida.

Es pertinente hacer mención de que el límite al *ius puniendi*, o sea a la facultad o potestad que tiene el Estado, como único soberano, de sancionar, castigar o de imponer penas y ejecutar las medidas de seguridad a los transgresores de las normas penales que las establecen, está fundamentado en principios, entre otros, de legalidad, de intervención mínima, de proporcionalidad, de culpabilidad, de humanidad, de las penas y la reinserción social.

El Código Penal (1973) cobró vigencia el 1 enero de 1974; contiene una parte general y una parte especial; está conformado por 499 artículos, tres libros: libro I disposiciones generales, libro II delitos, libro III faltas. Este Código Penal (1973) vigente presenta una estructura mucho más técnicamente acabada que el anterior, aunque, entre las novedades, se ha limitado a introducir algunos postulados de la escuela positiva, muchas veces sobre bases y principios de la



escuela clásica, que aún conserva.

A lo largo de la historia, se puede observar cómo el derecho, así como los delitos y las formas de cometer los ilícitos penales, han ido evolucionando; por tal razón, se hace necesario regular determinadas actitudes de una manera más específica y detallada.

Dentro de las leyes penales especiales, vigentes en Guatemala, se encuentran las siguientes:

- a) Decreto número 15-2009, Ley de Armas y Municiones.
- b) Decreto número 48-92, Ley contra la Narcoactividad.
- c) Decreto número 67-2001, Ley contra el Lavado de Dinero y otros activos.
- d) Decreto número 58-90, Ley contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros.
- e) Decreto número 97-96, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Intrafamiliar.
- f) Decreto número 21-2006, Ley contra la Delincuencia Organizada.
- g) Decreto número 22-2008, Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer.
- h) Decreto número 9-2009, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas.



Decreto número 31-2012, Ley Contra la Corrupción.

- j) Decreto número 27-2003, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

- k) Decreto número 4-89, Ley de Áreas Protegidas.

Este es el marco normativo, en materia penal, que se tiene contemplado dentro del ordenamiento penal guatemalteco, a lo cual hay que circunscribirse para tener en claro lo que se debe tomar en consideración para la tipificación y penalización correspondiente en el país.

En este contexto, es preciso señalar la importancia de efectuar el abordaje del principio de legalidad, circunstancia que constituye una parte esencial de lo que se tiene que considerar para el desarrollo del proceso investigativo, y que, evidentemente, guarda estrecha relación con las deficiencias existentes para contrarrestar los índices de impunidad que se producen en torno a los delitos contra la vida en grado de tentativa en el país.

2.6. Principios penales

Al respecto del presente apartado, es de suma importancia señalar que no todos los principios generales que informan al derecho son de rango constitucional, sino que únicamente aquéllos que cumplen a cabalidad con la misma función que la Constitución Política de la República de Guatemala (1985); es decir, que, en esencia, se focalicen en articular un sistema jurídico y político, organizar los poderes del Estado, siendo estos aspectos la parte orgánica. A la



vez, deben definir los elementos, los límites y los fines esenciales de ese aparato estatal, y reconocer los derechos y garantías frente a aquéllos, concretándose en la parte dogmática, puntualizando que, si se cumple con estos preceptos, pueden, entonces, ser considerados o tener la categoría de principios constitucionales.

Por esta serie de argumentaciones es que estos principios en particular no son un mecanismo para que los jueces constitucionales tergiversen o apliquen sus criterios como les plazca, sino, por el contrario, son mecanismos que permiten fortalecer sus decisiones, una especie de lineamientos para garantizar la efectividad de su función dentro de los límites que prescribe el derecho y la propia Constitución Política de la República de Guatemala (1985).

Debido a estos aspectos, el principio de legalidad, como se menciona en el apartado anterior, está fundamentado en supremacía Constitucional y la preeminencia de las leyes, las cuales están delegadas por el pueblo al poder público, significando esto que la administración estatal debe sujetarse a las normas emitidas, validadas y publicadas soberanamente dentro de ese marco de legalidad.

La facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva, está contenida en la Constitución Política de la República (1985), en el artículo 17, que reza que no hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. De la misma manera se encuentra en el Código Penal (1973), en su artículo 1, que regula: “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”, complementado por el artículo 7 del mismo cuerpo legal, que determina: “Exclusión de la analogía, los jueces no podrán crear

figuras delictivas ni aplicar sanciones”.

Al respecto, Piza, *et al.* (2008) manifiestan que:



Los principios se construyen no en función de valores naturales axiomáticos e inmanentes, sino del conjunto de problemas reales que el Derecho está llamado a resolver, de manera que esos valores se aplican en cuanto se penetran en el Derecho positivo -aplicable-, a partir de la experiencia y de la aplicación a distintos y variados problemas humanos que deben dilucidarse ante los tribunales. No se limitan, pues a los textos normativos (aunque ellos pueden recogerlos o de ellos pueden deducirse), pero tampoco se desligan de ellos, porque precisamente se construyen con ellos, a la par o por encima de los mismos. (p. 27)

De acuerdo con este planteamiento, es consistente señalar que los principios constitucionales se van articulando, generalmente, a partir de un amplio proceso analítico, que en realidad lo que pretende es localizar respuestas a problemas concretos, fundamentalmente a través de la utilización de un complejo repertorio de elementos sustentados en la experiencia, evitando, en todo momento, los excesos del subjetivismo interpretativo, y con esto evitar en definitiva el sesgo que pueda ocasionar una decisión o fallo en materia penal, sobre premisas erróneas, y menos todavía sobre la aparente de algún principio.

El Código Procesal Penal (1992) define las garantías procesales, e igualmente delimitando la actividad punitiva del Estado y protegiendo a las personas de los arbitrios que se puedan dar del poder judicial; en consecuencia, en el artículo 1 define: no hay pena sin ley (*nullum poena sine lege*), o sea, no se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad, y en el artículo 2 del mismo cuerpo normativo: no hay proceso sin ley (*nullum proceso sine lege*), es decir, no podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior, concluyendo en que, sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce a responsabilidad del tribunal.



Al tener en cuenta la serie de preceptos que se han expuesto, es pertinente señalar que lo relativo al principio de legalidad se encuentra estrechamente relacionado con el tema de los derechos humanos, requiriéndose, de esta manera, efectuar una breve aproximación a este concepto, que, si bien, no se centra el problema de investigación sobre los mismos, si influye en las deficiencias para contrarrestar la impunidad relativa que se produce por no poder atender con precisión los efectos que ocasionan los delitos contra la vida en grado de tentativa en el país.

Para Martínez (2006):

Es la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en su caso de infracción. (p. 5)

De acuerdo con lo anteriormente anotado, se estima que se establecen dos posiciones. En la primera se encuentran los principios fundamentales del iusnaturalismo racionalista, y la segunda posición habla acerca de la inserción de esos derechos en normas jurídicas concebidas en los principios del derecho positivo, refiriéndose claramente a que los Derechos Humanos son considerados derechos naturales; sin embargo, el sistema jurídico, a través del Estado, reconoce, adopta y establece éstos, invistiéndolos de carácter constitucional en varios Estados.

De esta manera, es pertinente efectuar una segunda aproximación, destacándose que, respecto de los derechos humanos, Pineda (1978) indica: "(...) Los derechos fundamentales de los seres humanos, individuales y socialmente



considerados, cuyo reconocimiento y efectivo respeto, en un determinado tiempo y lugar, les permita alcanzar una existencia digna” (p. 221).

En función de este planteamiento, el autor referido se focaliza en proyectar que los Derechos Humanos se sustentan sobre que al ser humano se le confiere una existencia digna, desde su nacimiento hasta su deceso, considerándose, en consecuencia, un elemento esencial en las legislaciones modernas.

Sobre el particular, Bobbio (1982) refiere:

Son aquellos derechos que nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización de derechos positivos universales. La Declaración Universal contiene la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales y termina con la universalidad no ya abstracta sino concreta de los derechos positivos universales. (p. 35)

En relación a la aseveración de dicho autor, se estima que, para el mismo, son el conjunto de derechos que se caracterizan, más que todo, por ser naturales y universales; éstos aplican para todos los seres humanos del mundo, ya que dichos derechos aparecieron de forma natural por el simple hecho de existir antes de la concepción del hombre, siendo éstos reconocidos y adoptados por varias naciones, para, luego, convertirse en normas jurídicas por el derecho positivo.

Por su parte, Hikal (2010) señala:

Derechos Inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición. Todos los seres humanos tienen los mismos Derechos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Los Derechos Humanos



universales están, a menudo, contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el Derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del Derecho internacional. El Derecho internacional de los Derechos Humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones o abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos. (p. 2)

Esta aseveración conduce a pensar que el concepto de Derechos Humanos implica una serie de garantías que les son inherentes a las personas, por el simple hecho de pertenecer al género humano, descartando tipo de discriminación frente a cualquier grupo social o Estado, y al señalar que los derechos de esta índole son interdependientes e indivisibles, se establece así que deben ser protegidos por todos los Estados, por medio de tratados, declaraciones, convenciones, cartas, normas jurídicas, que serán apoyados y respaldados por el derecho internacional.

Refiriéndose a los derechos humanos, Molina (2005) define: "(...) Son un conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones inherentes, indivisibles e independientes que el ser humano tiene frente al poder público" (p. 77).

Con este planteamiento, el autor concibe también, junto a otras posturas, que los Derechos Humanos constituyen un conglomerado de aspectos propios del individuo, que le asisten en cualquier momento de su existencia y que puede reivindicar ante cualquier persona individual y jurídica, entre las que se incluye el aparato estatal.

En referencia a las garantías, como diversas formas tendientes a que los derechos puedan satisfacerse, Pérez (2007) anota que:



Si las garantías son diversas maneras en que un derecho puede satisfacerse, eso supone que son más variables que los derechos. En función del contexto histórico y económico cambiante, es imperioso ir adaptando las garantías para lograr que los derechos sean siempre eficaces. Los derechos entonces permanecen, pero las garantías han de estar modificándose para adaptarse a una realidad nunca estática. En consecuencia, el criterio para optar por unas u otras garantías, por unas u otras formas de hacer efectivo y real el contenido de los derechos, dependerá de la eficacia que unas u otras acrediten y demuestren. Uno de los elementos que permiten elegir entre las posibles garantías es el de la eficiencia económica.

Los derechos son reconocidos como exigencias de una teoría de la justicia determinada susceptibles de juridificarse y luego, a la hora de ver qué instituciones pueden hacer efectivos sus contenidos, es recomendable optar por aquellas que resulten más rentables. Los derechos son prioritarios, el deber ser se sitúa por encima del ser. La economía y sus limitaciones únicamente entran en juego al pretender optar por la mejor manera de llevar a cabo el contenido de un derecho: a la hora de evaluar varias garantías de un mismo derecho, lo primero que hay que examinar es si todas ellas sirven para hacerlos efectivos y una vez comprobado esto, habrá que determinar cuál resulta más eficiente en el contexto donde se va a aplicar. Si no operásemos de esta manera, las condiciones de escasez de cada contexto nos podrían llevar a hacer un reconocimiento diferenciado de los derechos, perdiendo éstos su vocación de universalidad. (p. 43)

De acuerdo con ello, es importante también resaltar que muchos autores estiman que existen profundas diferencias entre los derechos de libertad, los civiles y políticos, y los derechos sociales; en ese contexto, se requiere hacer énfasis en la importancia que tiene la totalidad de los derechos del ser humano, o derechos fundamentales, como también se les conoce; no obstante, sobre los derechos sociales es de suma importancia puntualizar en los valores implícitos que conlleva la observancia precisa de cada uno de éstos en la vida social del individuo, puesto que pueden resultar determinantes para su convivencia y crecimiento personal y emocional en sociedad, creando en cierta medida con dependencia de la actividad estatal en general.

Muñoz & García (2010) se pronuncian así:



El principio de legalidad también como de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, las normas de conducta sólo adquieren relevancia en el Derecho Penal en la medida en que plasman en la ley penal vigente. Acotan que el principio de legalidad sirve como garantía a los particulares, por medio de la cual se evita el ejercicio ilimitado del poder punitivo estatal. (p.70)

En relación con el planteamiento expuesto, es de interés manifestar que estos aspectos explican también que, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general. Por lo tanto, el Estado debe estar sometido al imperio de la Ley dentro de sus límites, y, de la misma manera, los ciudadanos deben conocer cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que, si la ley no las establece, nunca podrán afectarles.

Referirse al principio de legalidad, en esencia, tiene mucho que ver con las garantías constitucionales, y, de esta forma, referirse a las mismas. Sobre las garantías constitucionales, Chiriboga (1995) expresa: “Las garantías constituyen técnicas de protección, diferentes a los derechos mismos” (p. 33).

En la República de Guatemala, el sistema de justicia constitucional se regula en la Constitución Política de 1985 y su coetánea Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (1986).

La actual Constitución Política de la República de Guatemala (1985) regula una amplia protección a la persona humana, desde el reconocimiento de derechos humanos con un extenso catálogo y la inclusión de normas que posibilitan su ampliación, como lo son una norma abierta contenida en el artículo 44, que prevé la inclusión de todos aquellos derechos que, aunque no figuren en su texto, sean inherentes a la persona humana; un artículo 46 que posibilita que tratados y



convenciones en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, tengan preeminencia sobre el derecho interno, y otras normas como el artículo 106, que establece que el contenido de la Constitución en materia laboral, es un mínimo susceptible de ser ampliado por la legislación interna o contratación individual.

De acuerdo con Trujillo (1994): “(...) jurídicamente, garantías son los mecanismos que la ley pone a disposición de la persona para que pueda defender sus derechos, reclamar cuando corren peligro de ser conculcados o indebidamente restringidos y, por último, obtener la reparación cuando son violados” (p. 100). Se considera que no se está proyectando una definición precisa; sin embargo, contribuye mucho a entender el concepto como tal, básicamente, porque intenta establecer que las garantías de los derechos humanos constituyen mecanismos de protección, tanto para mitigar una posible vulneración a dichas garantías, como para reparar los daños cuando un derecho o garantía se ha visto abiertamente lesionado.

Los constitucionalistas dan el nombre de garantías a muchos de los preceptos contenidos en las declaraciones constitucionales. Particularmente, a los de carácter más objetivo. Por ejemplo, el que nadie puede ser privado de su libertad sino por orden escrita de autoridad competente; o bien, que nadie puede ser penado sin juicio previo; o que es inviolable la defensa en juicios de la persona y de los derechos; también puede considerarse en estos aspectos el hecho de que nadie puede ser penado sino en virtud de ley anterior al hecho del proceso; de igual forma, es preciso considerar, por ejemplo, que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo en materia criminal, entre otras garantías de singular importancia.

Las declaraciones que contienen precauciones y, al mismo tiempo,



limitaciones al poder público, constituyen protección teórica de la libertad, pero no garantía propiamente. La suposición de que el poder público se extralimita o infringe cualquiera de los preceptos o declaraciones, habitualmente nombrados garantías, pone al individuo a merced de quien ejerce autoridad y dispone de la fuerza. En esta situación aún queda remedio, recurso al alcance del individuo afectado. Es la acción de *habeas corpus*, tal como aparece incorporada al derecho; para tal efecto, la libertad individual no tiene otra garantía que el *habeas corpus*, creada en favor del individuo para que tenga a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales.

Para entender qué son garantías constitucionales se debe conocer el significado de cada palabra, para relacionarlas en el ámbito jurídico; en ese sentido, como garantía se considera el aspecto relativo al afianzamiento de lo estipulado; así también, se concibe como el aseguramiento de un bien en particular, protegiéndole en tal caso contra algún grado de inseguridad o de riesgo.

Las garantías constitucionales son acciones que tienen por objeto reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Las acciones de garantías proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales. Dentro de esta gama de aspectos, es importante resaltar que son improcedentes las acciones de garantías, en caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable; de igual manera, es importante señalar que tampoco pueden exponerse en contra de resolución judicial que presente un procedimiento plenamente establecido en la legislación nacional.

2.7. Las fases del delito (*Iter criminis*)



En el contexto del presente apartado, se requiere efectuar el desglose detallado de las fases internas que comprenden lo que se conoce como el *iter criminis*, estimándose dentro de ello las correspondientes fases interna y externa que catalogan a este aspecto en particular.

En lo concerniente a las etapas del *iter criminis*, Castro (2005) manifiesta lo siguiente:

Las etapas del *iter criminis*, representan el camino que ha de seguir o recorrer el sujeto activo, al momento de la comisión de una determinada conducta prohibida, descrita en el supuesto de hecho de la norma jurídico penal, mismo, que se encuentra normado en la legislación penal, pero que presenta, en la práctica, gran dificultad de aplicación, por cuanto, resulta complicado el determinar, tomando en cuenta la psiquis del sujeto activo, hasta dónde ha llegado su intención; si ésta se corresponde al resultado obtenido, mismo, que puede o no ser punible por la norma penal ad hoc, sea porque la conducta ejecutada no es típica; porque desistió o se arrepintió eficazmente, de iniciar o continuar con la ejecución del tipo de injusto; porque los medios eran inadecuados para consumar el hecho; o porque aun cuando los medios eran los idóneos, el bien jurídico protegido era inexistente o el objeto material sobre el que recae la acción estaba ausente. (p. 97)

Con este punto de vista, es razonable tener en cuenta que en cuestiones prácticas es que se tiene por sabido lo que en realidad es el recorrido del delito, sus dificultades, ventajas y desventajas, en cuanto a la responsabilidad penal que se corresponde a cada etapa, debiéndose tener en claro que no todo el *iter criminis* es punible, sino que únicamente aquellos actos que objetivamente representen una ofensa o vulneración de un bien jurídico protegido, por la norma penal sustantiva.

Continúa expresando Castro (2005) que:

El *iter criminis*, entendido como el camino del crimen, comprende todo el proceso psicológico de incubación del proceso delictivo, hasta la perpetración del delito,



con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad de la actitud y del sujeto. Es el estudio dogmático penal, de la psiquis del sujeto activo, desde el momento en que ha ideado la consumación de un determinado injusto penal, hasta que ha logrado conseguir la misma, e incluso agotarla. Si bien, dicho recorrido inicia desde los actos preparatorios internos, en materia penal y para efectos de punibilidad de la conducta, sólo son tomados en cuenta los actos preparatorios externos, que presuponen una intencionalidad exteriorizada por el sujeto activo, de ejecutar los actos que objetiva y subjetivamente le permitirían ofender un bien jurídico tutelado por la norma penal. (p. 98)

Este planteamiento permite evidenciar la forma en que se pueden concebir las fases interna y externa del delito, con lo cual se puede verificar, además, cómo es que opera en la práctica, pero que requiere también la continuación de diversos aspectos doctrinarios que permitirán tener un mayor grado de comprensión sobre el tema motivo de estudio, básicamente, porque alrededor de estos aspectos es que se produce un determinado grado de impunidad en los delitos contra la vida en grado de tentativa en los últimos cinco años en Guatemala.

En alusión a las fases por las que está compuesto el camino del delito, Cobo (1987) refiere que:

El camino del delito está compuesto por las fases: Interna, que comprende la ideación, temores e incluso la decisión, que surge en la mente del sujeto activo, - determinadas por condiciones exteriores-, de cometer un injusto penal en específico, lo cual no implica un modo de comportamiento exteriorizado del autor, capaz de ofender un bien jurídico protegido, pues al encontrarse únicamente dentro de la psiquis del sujeto activo, no son de relevante importancia para el derecho penal, por cuanto rige el principio de *cogitationis poenam nemo patitur* - Los pensamientos no son punibles-; Externa, que presupone la voluntad delictiva exteriorizada por el activo, de realizar una conducta prohibida, capaz de transformarse en realidad peligrosa; Ejecutiva, la cual está conformada por el inicio y culminación de los actos necesarios para consumir una conducta, descrita en el supuesto fáctico determinado por la norma penal sustantiva -tentativa simple, acabada, la consumación y el agotamiento-. (p. 493)

En función del planteamiento expuesto con anterioridad, es razonable pensar que estas fases de realización del delito, específicamente la del tipo



tentativa y, particularmente, en cuanto al aspecto consumado, si bien no obedecen necesariamente a la misma naturaleza, subjetivamente se considera que presentan similitudes relevantes que serán abordadas con posterioridad, al partir del hecho de que los primeros son formas imperfectas de la consumación y que, evidentemente, resultarán inevitablemente en punibles, desde los actos preparatorios externos, que constituyen una exteriorización de la voluntad del sujeto activo de poner en peligro real y objetivo a un bien jurídico protegido, y que requieren de la puesta en marcha de una serie de elementos que permitirán, finalmente, al sujeto activo, alcanzar lo que ha premeditado.

En el inicio de estos aspectos, necesariamente se deben tener en consideración los concernientes a los actos preparatorios, tomando en cuenta que los mismos implican una serie de conductas materializadas o no, particularmente en el mundo exterior, y realizadas primeramente a partir de los actos ejecutivos, que, en realidad, generan una posibilidad real de puesta en peligro de un bien jurídico protegido, que, para el caso concreto de la investigación, es la vida e integridad de las personas en la república de Guatemala, en virtud de que estos actos persiguen, en esencia, marcar el inicio de los actos necesarios para consumir la parte objetiva y subjetiva del tipo de injusto, aspecto que no siempre podrá ser apreciado en una determinada práctica cotidiana.

En este orden de ideas es que, como se mencionó con anterioridad, no todos los actos ideados e incluso decididos a realizar, son susceptibles de castigar, sino que sólo aquéllos que representen una ofensa a un bien jurídico tutelado, siendo este el caso en el país, por el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal (1973).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que puede darse el caso en el que, quien ha gestado la idea de llevar a cabo un ilícito, tiene a bien, ya sea de manera



consciente o no, contarle a otra persona; con ello, está en realidad efectuando la revelación de la intencionalidad delictiva, a partir de lo cual pueden valorarse dos eventos circunstanciales; en primer lugar, si el sujeto activo que cuenta su intención delictiva, no llega a ejecutarla por medios materiales adecuados, tal circunstancia no determina responsabilidad penal alguna, pues constituye una simple declaración respecto del propósito de cometer algún injusto penal; esto, fuera de los casos en que dicha declaración constituya, con apego a la norma penal sustantiva, un delito instantáneo.

En segundo lugar, se debe tener en consideración el hecho de que, en caso de que el sujeto activo haya declarado su intención delictiva a otro sujeto, ejecute la parte objetiva del tipo, logrando consumir el hecho, permite establecer responsabilidad penal, incluso para aquél que, pudiendo evitarlo o denunciarlo, adoptó una conducta omisiva, y de acuerdo con los criterios vertidos en la normativa penal guatemalteca, incurre en algún grado de complicidad y, de no hacerlo saber oportunamente, inclusive puede ser sujeto de imputar el delito de encubrimiento.

Cada una de las fases que comprende el delito tiene su sustento en los actos preparatorios para la comisión de éste. En tal sentido, es de sumo interés efectuar la descripción de cada una de sus etapas, siendo éstos delitos los de tipo interno, los cuales no tienen fundamento en la realidad objetiva, principalmente porque se encuentran sólo a nivel mental, estimándose que esto se tipificaría como una especie de conspiración, ya que en esta etapa sólo se concibe mentalmente la ejecución de una conducta que, obviamente, se encuentra contemplada como prohibida dentro del Código Penal (1973) del país, y que, en consecuencia, implica una penalización correspondiente, que, pues, se aplicaría una vez que se ha consumado o llevado a la práctica lo que se ha planificado.



Cabe resaltar que la sola concepción mental de efectuar un acto que en la realidad está tipificado como delito, no supone todavía algún grado de peligro a un bien jurídico tutelado por la normativa penal; de tal forma que esta fase, considerada como interna, debe comenzar por la concepción mental de efectuar un injusto penal, trasladándose hacia la deliberación, en la que se refuerza mucho más la idea de llevar a cabo la comisión de un delito y fortaleciéndose con un tercer aspecto al que se le conoce como resolución, en la que la voluntad del sujeto se encuentra plenamente consciente de lo que inicialmente pensó llevar a cabo

Ahora se encuentra en un punto en que está totalmente dispuesto a concretarlo; con ello está dispuesto a iniciar la ejecución de la conducta que está tipificada como delito, y que hasta este momento aún resulta ser totalmente impune, puesto que todavía no se han consumado o exteriorizado por el sujeto y, por consiguiente, aún no implica algún grado de peligro.

De esta manera, lo relativo a la fase externa del delito conduce a una serie de actos que, desde luego, hacen pensar en la exteriorización de una voluntad delictiva que trasciende la sola concepción mental, pues, en esencia, implican la exteriorización de una voluntad abiertamente ilícita que va mucho más allá e implica, inclusive, la participación de otros sujetos en la consumación o ejecución del injusto penal, circunstancia que conlleva la puesta en riesgo y/o afectación de un bien jurídico tutelado, que, en el caso motivo de investigación, corresponde a la vida e integridad de las personas.

En este apartado, necesariamente, debe tenerse en consideración que, para que determinadas conductas puedan ser efectivamente sancionadas como actos preparatorios externos, deber estar plenamente reguladas en una norma sustantiva, cuestión que, en el caso concreto de la república de Guatemala, sí se



encuentran totalmente reguladas y corresponden a la figura de la conspiración, de la cual se efectuará una breve aproximación, pues es una parte esencial en la manifestación de la fase externa del delito, toda vez que así ha sido reconocido por la norma y la doctrina.

Con lo expuesto o considerado hasta esta fase del delito, no se ha manifestado plenamente alguna acción que conduzca a pensar que el injusto penal se encuentra sobre la marcha, puesto que, en su defecto, se estaría llevando a cabo un derecho penal de autor, y que en la actualidad ha recibido también la denominación de derecho penal del enemigo, con el cual se realiza o contempla el castigo al individuo, particularmente con el sólo hecho de su apariencia física y, mucho más allá, con el sólo hecho de lo que conllevan sus pensamientos.

Este sería el caso concreto de lo que, en la Ley contra la Delincuencia Organizada, ha sido concebido como delito de conspiración, pero que, pues, es una especie de clase de participación intentada; es, a su vez, una forma de coautoría anticipada, puesto que el coautor no obrará por culpa o como resultado de la causalidad, sino, más bien, conspira, se pone de acuerdo con otro y otros para la perpetración del delito, lo que evidencia una conspiración.

Referente al concepto del término conspiración, Guerra (2007) lo define de la siguiente manera:

Conspirar significa unirse en secreto acuerdo con el fin de efectuar un acto ilícito o impropio o para usar tal medio para llevar a cabo un fin ilícito. Sin embargo, el término teoría conspirativa también se usa para indicar un género narrativo que incluye una amplia selección de argumentos a favor de la existencia de grandes conspiraciones que en caso de ser ciertas tendrían profundas implicaciones sociales y políticas. (p. 16)



De acuerdo con los aspectos vertidos con anterioridad, merece reforzarse que la conspiración es considerada como parte de los actos preparatorios, porque en ella aún no se materializa ningún acto tendiente a la ejecución del delito; sólo existen conversaciones o ideas de cómo llevarla a cabo, es decir, repartición de roles.

Esta figura delictiva puede ser definida como un acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito, y a veces, más ampliamente, como un acuerdo para cometer cualquier acto ilícito. Frecuentemente se dice que lo esencial del delito yace en el mero acuerdo, y con su sólo perfeccionamiento el hecho es punible. La conspiración es un delito preparatorio, que permite el castigo de personas que acuerdan cometer un delito, inclusive, si ellos nunca llevan adelante su plan o si son aprehendidos antes de alcanzar su objetivo, con lo cual se comprende que sus alcances son bastante amplios.

Es importante destacar que el concepto de conspiración se encuentra estrechamente relacionado con el de complot, por lo que es consistente efectuar una breve referencia sobre este último término, de tal manera que se puede comprender, entonces, que un complot se refiere a una conspiración de cualquier tipo, y también se utiliza para nombrar a la conjuración o la confabulación entre dos o más individuos contra otro u otros.

El complot suele incluir un acuerdo entre dos o más personas que deciden actuar en conjunto para quitar el poder a otra o para infligirle algún tipo de daño. Dicho acuerdo, por supuesto, se mantiene oculto, para evitar que la persona a quien está dirigido el complot se dé cuenta de que hay, en marcha, una operación en su contra. Los sujetos que conspiran promueven acciones para lograr que distintas circunstancias concurren hacia un mismo fin.



En función de esta aseveración, la palabra complot se emplea en el idioma español para denominar a aquella conspiración, acuerdo secreto, que se produce entre varias personas o grupos y que tiene como finalidad destituir o ponerle punto final a un orden o poder vigente. Si bien el complot ha sido una acción sumamente recurrente en el ámbito político a lo largo de la historia, también se traslada el concepto para definir cualquier conspiración de características secretas y que tiene la intención de accionar contra algo o alguien en cualquier contexto.

Existen criterios acerca de que los actos preparatorios no tienden directamente a ejecutar o consumir el delito, sino que están destinados a prepararlo. Se trata de la primera exteriorización de la acción. En resumen, el tipo penal de conspiración consiste en el plan ideado por varias personas para cometer un delito y que, aunque es necesario que intervenga más de una persona, no lo es, sin embargo, que todas ellas deban tener necesariamente participación en el delito de la misma forma. De esta manera, es razonable postular que algunos de éstos pueden realizar la conducta y otros ayudarles a escapar, por ejemplo. Lo que sí es imprescindible es que todos los individuos tengan claro qué delito va a cometerse y con qué medios.

En cuanto al ámbito de aplicación de la conspiración, Cordini (2017) manifiesta que:

La conspiración tiene un ámbito de aplicación mucho más vasto que la asociación criminal, la amplitud de la conspiración no sólo está basada en la falta de precisión del elemento central del tipo, el acuerdo, ni en los múltiples hechos que pueden ser objeto de conspiración, desde meras alteraciones a la moral pública hasta su aplicación a casos de crimen organizado. El problema principal de la conspiración radica en el excesivo adelantamiento de la punición, llegando a etapas que deberían estar fuera del alcance del poder punitivo. Un mero acuerdo delictivo entre dos o más personas, que se perfecciona con el encuentro de voluntades y que, contrariamente a lo que sucede con la asociación criminal, no se exige ni permanencia ni organización, termina siendo un mero delito de planeamiento, resultando excesivo habilitar el poder punitivo a etapas tan tempranas. (p. 113)



Al tener en cuenta estos preceptos, se estima que existe cierta similitud entre la asociación ilícita y la conspiración, básicamente, porque uno y otro tipo penal son vinculantes al momento de concretar o ejecutar el delito, esencialmente dentro del ámbito de las actividades delictivas de las estructuras que se organizan con ese propósito.

Como un acto preparatorio de la fase externa, aparte de la conspiración, es pertinente destacar también la proposición, y que se verifica cuando quien o quienes han decidido llevar a cabo un injusto penal, promueven su ejecución con otra u otras personas; en tal sentido, se estima que pueden existir en ese proceso uno o varios sujetos activos que hayan concebido ejecutar el mismo, y sobre esa concepción inciten o hagan el llamado a otro u otros sujetos para que también sean partícipes de ese hecho catalogado como delito.

En este acto externo, regularmente se penaliza la sola intencionalidad de poner en peligro un bien jurídico protegido, específicamente por el Código Penal (1973), regularmente como coautores, y que, según el ordenamiento penal del país, concretamente en el artículo 35 de dicho instrumento legal, son autores quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito, quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo, así como quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer y también quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

En ese orden, dentro del artículo 37 del Código Penal (1973) se contempla como cómplices a quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito, también a quienes prometieren su ayuda o cooperación para



después de cometido el delito, de igual manera contempla en este contexto a quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito y, finalmente, a quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

A continuación, se ejemplifica la manera práctica en que este aspecto de la fase externa del delito se aplica:

Por ejemplo: cuando Juan ha decidido darle muerte a Pedro, realiza toda la logística correspondiente para su ejecución, la cual incluye la hora, lugar y fecha de dicha ejecución; para ello, propone a sus amigos Mateo y Marcos que sean estos últimos dos quienes la lleven a cabo, siendo este aspecto susceptible de observar un caso concreto de proposición.

Otro de los aspectos centrales que se contemplan como acto preparatorio de la fase externa es la figura de la provocación, la cual se considera como una manera o mecanismo de incitación que se realiza por parte del sujeto activo, quien en ese proceso no lleva a cabo de forma directa el injusto penal contemplado en el marco normativo, sino que lo que hace es efectuar la logística y/o las coordinaciones para que otras personas lo ejecuten por éste, circunstancia que implica que quien tuvo la idea original, hace todas las coordinaciones para que otros, utilicen diferentes medios para su consumación.

Siempre como un acto preparatorio de la fase externa, se encuentra la apología del delito, la cual, en esencia, lo que conlleva es efectuar el elogio, apoyo público o ensalzamiento de un hecho delictivo o bien del autor del mismo; este aspecto, de igual manera, se regula en el artículo 395 del Código Penal (1973), en el que se indica expresamente que quien públicamente hiciere la apología de un



delito o de una persona condenada por un delito, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

En este orden, cabe resaltar que lo cierto es que estos conceptos otorgados por la legislación penal vigente no son claros en determinar en qué consiste directamente la apología del delito, la cual, básicamente, se refiere a la exposición directa, ante un grupo de personas, de ideas que engrandezcan una conducta típica o bien que halaguen al sujeto activo de la misma, sin que tuvieran que incurrir o entrar en colisión con el derecho constitucional de la libertad de expresión.

Un aspecto que merece destacarse es el referente a efectuar diferenciación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, puesto que, en la aplicación práctica de las conceptualizaciones, resulta sumamente complicado el diferenciar cuando uno de los actos exteriorizados por un sujeto activo determinado, ha dejado de ser preparatorio y se convierte en ejecutivo.

De esta manera, la principal diferencia entre ambos actos radica en el comienzo de la ejecución de la conducta típica, en la que, a ciencia cierta, sólo el sujeto activo que ejecuta la conducta prohibida conoce en qué fase del delito se encuentra su intención exteriorizada, puesto que, por ejemplo, el hecho de comprar un arma puede ser un acto preparatorio del injusto penal de homicidio, y se convierte en acto ejecutivo cuando emplea dicha arma con el propósito consciente y voluntario de obtener el resultado lesivo al bien jurídico de la vida. Por tal razón, para establecer una diferencia fáctica debe atenderse no sólo específicamente a la constitución de cada tipo de injusto, sino también a las circunstancias que acompañan su realización.



CAPÍTULO III

PROCESO PENAL GUATEMALTECO

En el presente capítulo se exponen los conceptos del proceso penal guatemalteco, como un andamiaje jurídico donde se desarrolla un asunto litigioso ante los órganos jurisdiccionales, desde la etapa de investigación, etapa intermedia, etapa de juicio, así como las impugnaciones.

Además, el concepto de derecho procesal penal, como norma adjetiva, donde se desarrolla un proceso con la intervención de un ente acusador, que señala a uno o varios sujetos como presuntos responsables de la comisión de un hecho delictivo, el cual se realiza ante el órgano jurisdiccional, donde el juzgador conoce del asunto sometido a su jurisdicción, quien imparte justicia al tramitar, conocer y resolver el asunto litigioso mediante el proceso penal, con observancia de los principios procesales y garantías constitucionales; también se expresan los sistemas de procesos penales, garantías constitucionales del proceso penal, que respalda los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

3.1. Derecho Procesal Penal

El Derecho Procesal Penal, dentro de su contenido, está como tal, así como el desarrollo del Proceso Penal, y el cual ha sido definido de diferentes formas; entre éstas figura la siguiente acepción de Derecho Procesal Penal:

Es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial, penal del Estado y disciplina los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medidas de seguridad. (Maier, 2004, p. 254)

Sobre el Derecho Procesal Penal, Florián (1996) expone: "(...) El conjunto



de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran” (p. 14).

El Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas, instituciones y principios jurídicos que regulan la función jurisdiccional, la competencia de los jueces y la actuación de las partes dentro de las diferentes fases procedimentales, y que tienen como fin establecer la verdad histórica del hecho y la participación del imputado durante la substanciación del proceso penal, para, luego, obtener una sentencia justa.

Con base en lo anotado anteriormente, se infiere que el Derecho Procesal Penal es parte de la rama del derecho público, ya que existe un interés público en la persecución penal, pues el Estado actúa como garante y es el conjunto de normas jurídicas, doctrinas, principios e instituciones que regulan todo lo concerniente a los procedimientos y ordenación del Proceso Penal, cuya única finalidad es resolver un problema de naturaleza penal.

En ese orden de ideas, el Derecho Procesal Penal forma parte del derecho interno del Estado, y sus disciplinas y normas tienen como fin establecer la verdad del hecho delictivo y la participación del imputado durante el proceso penal, además de organizar los tribunales de justicia y que cumplan su función jurisdiccional.

3.2. Procesal Penal

La tratadista Deu (2019) especifica: “El proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal” (p. 7). El proceso penal es el procedimiento de carácter jurídico, que se lleva a cabo para que un órgano estatal aplique una ley de tipo penal en un caso específico.



En tal virtud, es congruente indicar que el proceso penal es el conjunto de actos o etapas vinculadas entre sí, reguladas por la ley que promueven los sujetos procesales, con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo, por medio de la averiguación respecto de si el hecho es o no constitutivo de delito o falta, la participación del sindicado, su responsabilidad, la sentencia, la imposición de la pena señalada, la posible revisión a través de los medios de impugnación y la ejecución pertinente.

3.3. Procesal penal guatemalteco

En 1992 fue publicado el Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala; entró en vigor el 1 de julio de 1994. Está conformado por 555 artículos, organizado en seis libros: el libro primero, referente a las disposiciones generales; el libro segundo, relativo al procedimiento común; el libro tercero reglamenta los medios de impugnación; el libro cuarto regula los procedimientos específicos; el libro quinto establece lo relativo a la ejecución penal y civil; y el libro sexto, que se refiere a las costas procesales e indemnización.

Por lo antes indicado, se colige que el proceso penal guatemalteco se conforma de diversas etapas procesales, como lo son la etapa preparatoria, la de investigación, la etapa intermedia, la de juicio oral y público, las impugnaciones, así como la ejecución penal.

Aunado a esto, se encuentran los procedimientos específicos comprendidos en el Código Procesal Penal (1992). Al desarrollar las etapas procesales en referencia, instituyen un conjunto de actos jurídicos procesales relacionados entre sí, con el objetivo de facilitar la práctica del derecho penal sustantivo.



3.4. Fines del proceso penal

Se puede mencionar, entonces, que los fines del proceso penal establecen que se dicte una sentencia que ponga fin al conflicto, o bien sea, determinar quién es la persona responsable de la infracción a la ley penal, la averiguación de la verdad y el restablecimiento del bien jurídico tutelado que fue vulnerado. El Código Procesal Penal (1992), en su artículo 5º, establece 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 ésta.

“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”. El proceso penal inicia con la noticia criminal; éstos son denominados actos introductorios, es decir, se debe instar o accionar para que inicie el mismo y asistir ante los órganos jurisdiccionales a ejercitar una pretensión.

3.5. Principios constitucionales que rigen el proceso penal guatemalteco

La ley suprema de la República de Guatemala contiene una recapitulación de derechos fundamentales de las personas, llamada Garantías o principios procesales, cuya función es asegurar que la justicia sea humana, rápida, aplicada con plazos razonables, con jueces independientes e imparciales y que tengan el absoluto respeto a la dignidad humana.

El poder penal ha sido controlado y restringido por la Constitución Política



de la República de Guatemala (1985), por medio de las garantías y derechos otorgados a la persona, los cuales son inherentes a ella, y estas garantías tienen un carácter expansivo y apropiado, pues una misma garantía se puede focalizar, tanto en una fase del proceso como en otra.

Las garantías o principios constitucionales tienen como fin primordial proteger jurisdiccionalmente los derechos fundamentales de la persona, garantizando que el desarrollo del proceso penal sea legal y acorde con los preceptos constitucionales que lo rigen, y que el quebrantamiento de estas garantías o principios hará nulo todo lo actuado y no podrá ser usado en su contra.

3.5.1. El Principio de defensa

Este principio constituye parte de los derechos inherentes a toda persona humana y, principalmente, al sindicado dentro de un proceso penal, así como el derecho a la libertad y dignidad, los cuales no pueden pasar inadvertidos dentro de la tramitación del proceso penal.

Vale advertir que el derecho a la tutela judicial y el ejercicio de la defensa jurídica, deben hacerse de conformidad con las normas procesales establecidas y que por su naturaleza son de orden público, las cuales deben observarse uniformemente, tanto por la necesidad de hacer viables los principios de seguridad y certeza para hacer efectiva la igualdad de las personas. (Corte de Constitucionalidad, 1988, p. 236)

Como lo refiere el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985): “La defensa de las personas y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido (...)”.



Éste es reiterado por el artículo 20 del Código Procesal Penal (1992), cuando indica:

La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el proceso penal. Nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente, en el que se hayan observado las formalidades y garantías de ley.

El principio de Defensa describe específicamente la posibilidad de cumplir todos los sucesos que van dirigidos a la defensa de la persona o de sus derechos en juicio, tal y como lo contempla el artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial (1989), indicando que: “Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos (...)”. Así también, se encuentra implícito en los artículos 7 y 8 del Pacto de San José.

En ese sentido, el artículo 71 del Código Procesal Penal (1992) estipula: “Los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización.

En cuanto a este principio, Echandía (1978) enfatiza:

El Derecho Constitucional de Defensa en los procesos es uno de los más elementales y, al mismo tiempo, fundamentales del hombre, y su reconocimiento (al menos teórico) forma parte imprescindible de todo orden jurídico y de cualquier Estado de Derecho. Este derecho de defensa corresponde al querellante como al imputado, a la sociedad frente al crimen como al procesado por éste. (pp. 65-70)

Se puede concluir diciendo que la defensa técnica tiene carácter de obligatoriedad en el procedimiento penal, como una manera de equiparar la capacidad del imputado de resistir la imputación; entonces, la defensa tiene como compromiso velar por que no se transgredan las garantías predichas en favor del



imputado y, en su conjunto, para que no se viole la garantía constitucional del debido proceso.

3.5.2. El Principio de derecho de igualdad de las partes

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), referente a la libertad e igualdad:

Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.

Esta garantía se convierte en el principio primordial, de que las partes que intervienen en el proceso penal tienen igual postura y derechos para ejercer sus pertinentes peticiones; por lo tanto, un trato desigual entre las partes nos llevaría a un injusto procedimiento penal.

En relación con lo antes anotado, el artículo 21 del Código Procesal Penal (1992) es claro al indicar: “Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación”. Asimismo, el artículo 21 del Pacto de San José impone que las partes que intervengan en el proceso sean tratadas normativamente de la misma forma en igualdad de participación e intervención dentro del proceso penal; faculta a las personas, respecto a asuntos de orden judicial, a dirigir solicitudes a los órganos jurisdiccionales, quienes deberán resolver las mismas de manera imparcial; no obstante, determina también en qué circunstancias podrían ser tratadas de forma desigual conforme a sus diferencias.



3.5.3. Derecho del Debido Proceso

Se argumenta que la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), en su artículo 12, establece el Debido Proceso así:

La defensa de las personas y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

Pellecer (2012) expone sobre el debido proceso y refiere que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y por la imputación de un acto calificado por ley anterior al hecho como delito o falta, ante tribunal competente y con observancia de las formas establecidas en la ley procesal penal. Las formas del proceso no podrán variar y nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad y corrección sino en sentencia firme.

El debido proceso es considerado una garantía fundamental de las partes que intervienen en un proceso penal, de las cuales no se puede mermar ni una sola, y éste comprende el conjunto de etapas procesales que deben observarse de conformidad con la ley.

En la Ley del Organismo Judicial (1989), específicamente en su artículo 16, se encuentra regulado, también, el debido proceso, agregando que deben observarse las formalidades y garantías esenciales de la persona, y que no podrá ser afectada temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos.

En ese orden de ideas, los artículos 3, 4, 5 y 6 del Código Procesal Penal (1992), se concatenan con el debido proceso, toda vez que el artículo 3 del referido



Código, relaciona la imperatividad: “Los tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias o incidencias”; también el artículo 4 del mismo cuerpo legal, se refiere al Juicio Previo y agrega a lo preceptuado en los artículos anteriores dos párrafos que rezan:

(...) con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.

En cuanto al artículo 5 del Código Procesal Penal (1992), indica lo relativo a los fines del proceso y al cual le fue incorporado el concepto de debido proceso a través del Decreto número 7-2011, del Congreso de la República, estableciendo en su segundo párrafo que: “(...)El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos”; por último, el artículo 6 del ya citado Código determina que, como parte del debido proceso, no puede perseguirse penalmente a nadie si no ha cometido un hecho punible.

Entonces, para poder juzgar y aplicar una pena se debe prestar atención a las siguientes circunstancias:

- a) Que el hecho, motivo del proceso, esté tipificado en ley anterior como delito o falta.
- b) Que se instituya un proceso seguido con las formas previas y propias fijadas con observancia de las garantías de defensa.
- c) Que ese juicio se siga ante tribunal competente a cargo de jueces

independientes e imparciales.



- d) Que se trate al procesado como inocente, hasta que una sentencia firme declare lo contrario.
- e) Que el juez, en un proceso justo, elija la pena correspondiente.
- f) Que el procesado no haya sido perseguido penalmente con anterioridad por el mismo hecho.

De lo antes dicho, se puede concluir en que el principio del debido proceso no es más que un principio fundamental que marca los límites del *Ius puniendi* del Estado, evitando, así, que se extralimite la potestad de juzgar que sólo le corresponde al Estado; estableciendo una garantía básica para toda aquella persona que está sujeta a un proceso penal.

El *Ius Puniendi* es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado, y se traduce literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. Perseguida penalmente, brindándole la seguridad de que no le será impuesta una pena, sin que ésta proceda de una sentencia, y de que no existirá una sentencia sin que haya coexistido un juicio previo, en el cual se hayan respetado todos los derechos, garantías individuales y procesales del imputado; es decir, todos los derechos que en el proceso penal se garantizan, como lo es la dignidad de la persona de los riesgos del desbordamiento del poder.

3.5.4. Principio de Legalidad

La aplicación del derecho penal es de actos u omisiones, y no es un derecho penal de actor o por lo que la persona aparenta o parece ser.



Este principio lo regula el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), indicando que: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. Al mismo tiempo, el artículo 1 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, instituye 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 por la ley”.

Se observa, también, que el Código Procesal Penal (1992), Decreto 51-92 del Congreso de la República, en su artículo 1, establece: “No hay pena sin ley (*Nullum poena sine lege*). No se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad”, y, en el artículo 2, refiere:

No hay proceso sin ley (*Nullum proceso sine lege*). No podrá iniciarse proceso, ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal.

Muñoz y García (2010), afirman que: “(...) el contenido de estos artículos como principio de intervención legalizada, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo del Estado” (p. 86).

De la misma manera, Velasco (1989) argumenta que: “Se constituye en una garantía de los derechos individuales del hombre, delimitando la actividad punitiva del Estado y protegiendo a la ciudadanía de los posibles abusos y arbitrariedades del poder judicial” (p. 159). El Principio de Legalidad, entonces, es un principio constitucional, a través del cual se funda un límite al *ius puniendi* del Estado; con



ello, la persona tendrá la certeza de que el Estado sólo podrá intervenir por la vía penal, cuando se le sindique como autor de un hecho tipificado como delito o falta por una ley anteriormente decretada.

3.5.5. Irretroactividad de la ley

Se dice que irretroactividad de la ley es un principio reconocido universalmente por la mayor parte de legislaciones en materia penal, y que éste se deriva del principio de legalidad o de intervención legalizada, tal y como Muñoz y García (2010) indican: “Seguridad jurídica de las personas delante del poder punitivo del Estado” (p. 86).

Por su parte, Mendoza G. y Mendoza O. (2008) enfatizan:

La irretroactividad basada en que las leyes sólo deben de dictarse para el futuro, es decir, sin afectar los actos, hechos, o efectos jurídicos ocurridos con anterioridad a su aprobación. Este principio encuentra su más sólido fundamento en la seguridad jurídica. (p. 34)

La Constitución Política de la República de Guatemala (1985) lo regula en su artículo 15, exponiéndolo así: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo”. Asimismo, se preceptúa la irretroactividad en el artículo 2 del Código Penal (1973), que establece: “Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquélla cuyas disposiciones sean favorables al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo su condena”.

Este principio también es reconocido por la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), que, en su artículo 11.2, regula “Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueran



delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Diez, *et al.* (2001) manifiesta que:

El principio de irretroactividad de las leyes penales, responde a razones de seguridad y certeza jurídica que debe tener toda persona frente al derecho de castigar del Estado en un sistema jurídico constitucionalmente organizado, eminentemente garantista y protector de los derechos humanos, y viene a ser consecuencia del principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

La exigencia que para que un hecho pueda castigarse como delito, es preciso, de modo ineludible, que previamente haya sido declarado como tal por una ley; este principio ha obtenido rango internacional, reflejándose en las declaraciones de derechos (Declaración Universal de Derechos del Hombre, 10 de diciembre de 1948), se consigna a nivel constitucional (artículo 15, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985), y se repite en el Código Penal (1973), artículo 2 (...)

3.5.6. Declaración contra sí y parientes

Este principio constitucional se encuentra regulado en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), el cual apunta que: “En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley”.

También, el artículo 15 del Código Procesal Penal (1992), precisa que:

El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá, clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas,



haciéndolo constar en las diligencias respectivas.

Lo refieren también el artículo 8, numeral 2, literal g), de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), y el artículo 14, inciso 3, literal g), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): “(...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (...)”.

En este sentido, Mendoza G. y Mendoza O. (2008) explican:

Como una esencial derivación lógica del derecho de defensa, se destaca el derecho del sindicado a no declarar contra sí mismo ni ser obligado a ello. Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales que se derivan del derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva; esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente a sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable. En cuanto al derecho de no declarar contra parientes, se refiere a que no están obligados a declarar en contra del sindicado:

1. El conyugue.
2. La persona unida de hecho.
3. Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de



afinidad (p. 36).

Esta prerrogativa está dada, debido a los vínculos familiares y de los problemas morales que podrían derivarse de declarar en juicio en contra del sindicato, afectando esos lazos de parentesco y familiaridad.

Por tal razón, el Código Procesal Penal (1992) determina, en su artículo 212, lo siguiente:

Excepciones de la obligación de declarar. No están obligados a prestar declaración: 1. Los parientes cuando sus declaraciones puedan perjudicar a sus familiares, dentro de los grados de ley; los adoptantes y adoptados, los tutores y pupilos recíprocamente, en los mismos casos. Sin embargo, podrán declarar, previa advertencia de la exención, cuando lo desearan.

Es decir, no se puede obligar a una persona que está sometida a proceso penal, a declarar contra sí o declararse culpable, y se debe hacer constar que se cumplió con hacerle saber ese derecho, en las diligencias que contengan el acto de declaración.

3.5.7. Derecho de inocencia

Este principio constitucional precisa que, la persona que se encuentra bajo la ventilación de un proceso penal, tiene el derecho de ser tratado como inocente, y así debe tratarse durante el procedimiento, hasta establecer su culpabilidad por medio de una sentencia condenatoria.

Esta garantía determina el estatus jurídico del sindicato; la ley lo regula en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985): “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”.



Binder (1993) argumenta:

El imputado llega al proceso libre de culpa y sólo por la sentencia podrá ser declarado culpable; entre ambos extremos deberá ser tratado como un ciudadano libre sometido a ese proceso porque existen sospechas respecto a él, pero en ningún momento podrá anticipársele su culpabilidad.

Al mismo tiempo, esta garantía se regula en el artículo 14 del Código Procesal Penal (1992), el que establece que el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

3.5.8. Principio de Independencia e imparcialidad de los jueces

Este principio de independencia e imparcialidad de los Jueces fue proclamado, inicialmente, en la Constitución, y, posteriormente, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como una garantía a esos derechos.

Barrientos (2006) expresa que dicho principio indica:

Que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente tal carácter. Para ello, no ha de estar situado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo (lo que es propio del sistema inquisitivo en el que el juez es acusador y juez simultáneamente); debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica ante las dos partes (independencia). (pp. 223 y 224)

Este principio reitera el principio de “juez natural”, que busca, según Poroj



(2007), que: “(...) ningún ciudadano sea juzgado por comisiones o tribunales especiales o sea llevado ante jueces distintos a los llamados por la ley a conocer, antes del hecho que motiva el proceso” (p. 46).

Se fundamenta en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), que se refiere al derecho de Defensa, la defensa de la persona y sus derechos son inviolables, así como, ninguna persona puede ser juzgada en tribunales especiales ni procedimientos que no estén constituidos legalmente. El artículo 203 de la citada Constitución que se refiere a la “Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar”; éstos guardan relación con el artículo 7 del Código Procesal Penal (1992), el cual reza: “El juzgamiento y decisión de la causa penal se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la Constitución y a la ley (...)”.

Además, manifiesta que la ejecución penal estará a cargo de los jueces de ejecución. Por ningún motivo las restantes autoridades del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o la reapertura de las ya terminadas por decisión firme. Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa.

También tiene relación con el artículo 16 del Organismo Judicial y el artículo 8, numeral uno, del Pacto de San José (1969).

Es necesario hacer ver que la independencia del Organismo Judicial se refleja en el conjunto de órganos encargados de administrar justicia, frente a los otros poderes del Estado. Actualmente, ha dejado de ser una complicación el



principio de independencia judicial de derecho constitucional y organización judicial, acorde con la doctrina de división de poderes, constituyéndose como una garantía a los ciudadanos, en virtud del derecho de caso concreto independiente, totalmente, a los demás poderes de Estado. Es por tal circunstancia que, en un Estado de Derecho frente al poder político, exclusivamente la independencia de los jueces puede garantizar, de una manera efectiva, los derechos de las personas que se vean afectados por el desbordamiento del poder del Estado.

3.5.9. Principio de publicidad

La publicidad de los actos administrativos se encuentra regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), específicamente en el artículo 30, que refiere:

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener en cualquier tiempo informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de defensa.

A partir del modelo acusatorio y la oralización, todos los actos procesales celebrados en audiencia son públicos. Es un derecho que la población pueda, libremente, observar los actos del proceso en sus diferentes etapas, en la etapa impugnaciones y ejecución.

El artículo 12 del Código Procesal Penal (1992) señala: “La función de los tribunales en los procesos es obligatoria, gratuita y pública (...)”; de esta manera, el artículo 63 de la Ley del Organismo Judicial enmarca: “Los actos y diligencias



de los tribunales son públicos (...).”

A este principio de publicidad le asisten excepciones, como la regulada en el artículo 314 del Código Procesal Penal (1992) en su tercer párrafo; es claro en indicar que tiene la facultad el Ministerio Público de disponer para determinada diligencia, la reserva parcial o total de las actuaciones por un plazo que no podrá pasar de diez días.

Asimismo, se encuentran otras excepciones en los artículos 356 y 480, último párrafo, del Código Procesal Penal (1992), que regulan que el debate será público, pero el tribunal podrá decidir que sea a puertas cerradas, cuando afecte directamente al pudor o a la integridad física de algunas de las personas que intervengan en el debate, que afecte gravemente al orden público o que sea examinado un menor, entre otros; tal decisión podrá ser total o parcialmente. Además, se encuentra citada, en el artículo 30 de la Constitución, otra excepción en el sentido de que no podrán ser públicos los asuntos militares o diplomáticos de seguridad social.

Este principio de publicidad permite una mejor intervención del imputado, el control ciudadano sobre la diligencia de los Jueces y fiscales, en general, una mayor transparencia.

3.6. Principios elementales establecidos en el Código Procesal Penal (1992)

3.6.1. Principio de Imperatividad

Este principio se encuentra contemplado en el artículo 3 del Código Procesal Penal (1992), que indica: “Los tribunales y sujetos procesales no podrán



variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias e incidencias”.

El artículo 52 de la Ley del Organismo Judicial (1989) apunta que: “El organismo judicial no está sujeto a subordinación alguna de ningún organismo o autoridad, sólo a la Constitución Política de la República y las leyes (...)”.

Describe, entonces, que los tribunales y el procedimiento penal, no podrá ser modificado por orden expresa de la ley, lo que garantiza un procedimiento preestablecido para su aplicación.

3.6.2. Principio de Legalidad

Este principio, como se asentó anteriormente, tiene una estrecha analogía con el principio de inocencia, ejerciendo una conexión que regula y pone un límite al poder del Estado de castigar, el cual se encuentra regularizado, principalmente, en la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto de San José y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.6.3. Principio de Única Persecución (*non bis in idem*)

Los vocablos *non bis in idem*, son términos latinos que significan: no dos veces sobre los mismos, es decir, que no recaiga duplicidad de sanciones por un mismo hecho ilícito, en casos que sean los mismos sujetos, hechos y circunstancias.

Asúa (2004) indica:

“(...) Que una persona, no puede ser juzgada dos veces por los mismos



hechos que se consideren delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior” (p. 80). Continúa definiendo Asúa (2004): (...) como un criterio de interpretación o solución al constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica” (p. 92).

El Código Procesal Penal (1992), en el artículo 17, regula este principio, refiriéndose así: “Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”.

Este principio no está claramente especificado en la Constitución (1985); sin embargo, en el artículo 211 preceptúa: “(...) ningún tribunal o autoridad puede conocer procesos fenecidos”.

3.6.4. Principio de *in dubio pro reo*

Este principio conlleva al principio de inocencia, el cual consiste en que el juez, al aplicar el principio de duda, implicaría que fuera en beneficio del reo o sindicado. Éste se caracteriza por la obligación que tienen los jueces en la aplicación del principio de favorabilidad, en caso de duda en beneficio del reo.

Según Pellecer (2012):

Se trata de una garantía procesal dirigida al órgano jurisdiccional para que absuelva, si no está convencido, de la responsabilidad al acusado. Debe aplicarse estrictamente en la sentencia y, además, con suficiente motivación. Asimismo, este método de aplicación de la ley puede aplicarse en aquellos casos en que aparece la duda insalvable para condenar. (p. 23)



En el Código Procesal Penal (1992) encuentra el fundamento legal este principio, específicamente en el artículo 14, último párrafo: “La duda favorece al imputado”; además; el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985) establece: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo”.

3.6.5. Principio de Presunción de Inocencia

Como quedó antedicho sobre el derecho de inocencia, durante el curso del proceso penal, el imputado no debe ser tratado como culpable, pues la Constitución preceptúa su inocencia hasta el momento en que una sentencia firme lo declare culpable.

En este caso, Pellecer (2012) considera que: “Se trata de una garantía procesal de carácter objetivo, ya que exige actividad probatoria y valoración de prueba para ser desvirtuada. La sentencia, desde luego, no constituye la culpabilidad, sino que la declara, con base en las pruebas” (p. 35).

El sentido de este principio responde a la exigencia de que una persona es inocente, hasta que una sentencia judicial definitiva demuestre su responsabilidad penal.

3.6.6. Principio de Cosa Juzgada

Al hablar de Cosa Juzgada, se refiere a que, en el proceso penal, ya han precluido todas sus etapas hasta llegar a ese momento, en el que se da por terminado, entendiendo que ese final es la sentencia. Este principio persigue la seguridad jurídica, de manera que, si el proceso penal ya está fenecido con



sentencia firme, no cabe ninguna modificación ni siquiera de oficio.

El artículo 18 del Código Procesal Penal (1992) reza: “Cosa Juzgada. Un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión conforme a lo previsto en este código”. Esta revisión a la cual hace alusión el artículo citado, es el Recurso de Revisión regulado en los artículos del 452 al 463 del mencionado Código.

El principio de cosa juzgada lo define Cabanellas (1993) como lo resuelto en juicio contradictorio, ante juez o tribunal, por sentencia firme, contra la cual no se admite recurso, salvo el excepcionalísimo de revisión. La cosa juzgada se tiene por verdad y no cabe contradecirla ya judicialmente para poner fin a la polémica jurídica y dar estabilidad a las resoluciones. El intento de renovar la causa en tales condiciones encuentra el insalvable obstáculo de la excepción de cosa juzgada.

A diferencia de la función legislativa y ejecutiva, los fallos judiciales firmes son irrevocables. Los procesos penales no pueden ser interminables, finalizan con la sentencia firme. La revisión es el único medio para reabrir un proceso penal (Pellecer, 2012).

En conclusión, la cosa juzgada determina que un proceso ha sido resuelto; la resolución que ya haya causado firmeza no podrá ser reabierta por la persona que fue procesada. Únicamente se podría reabrir por el Recurso de Revisión, siempre y cuando este recurso favorezca a la persona sentenciada.

3.6.7. Principio de la Tutela Judicial Efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva es aquél por el cual toda persona puede tener acceso a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de



sus derechos, con la sujeción de que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca garantías mínimas, proporcionándole la seguridad de que la petición realizada va a ser recibida, analizada y resuelta por el ente encargado de impartir justicia por medio de una sentencia, la cual declara el derecho de cada una de las partes, la posibilidad de interponer los recursos que la ley provea y, sobre todo, la posibilidad de obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia.

Se encuentra legislada limitadamente en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), y que se integran a los artículos 12 y 203 de la mencionada Constitución, los que establecen: “Artículo 28. Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley (...)”. El artículo 29 indica: “Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley (...)”.

Ahora bien, el artículo 12 de la Constitución establece: “Nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido (...)”. Y, el artículo 203 del cuerpo legal citado, estipula: “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 (...)”.

Para ultimar, el derecho a la tutela judicial efectiva va encaminado, estrictamente, a garantizar un mecanismo eficaz para que les permita reestablecer los derechos vulnerados, estando integrado por el derecho a acceso, el derecho a la gratuidad de la justicia, el derecho a una sentencia fundamentada; a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia.



3.7. Etapas del Proceso Penal

3.7.1. Etapa Preparatoria

Acerca de la etapa preparatoria en el proceso penal, según Baquix (2012): “La fase preparatoria sirve de base a la acusación y permite “filtrar” el proceso penal, reservándolo para los casos verdaderamente más graves en su lesión hacia los bienes jurídicos más importantes de la sociedad” (p. 137).

En esta fase del proceso penal se depuran los procesos que no constituyen hechos delictivos como tales. “Cuenta, además, con una finalidad cautelar en relación al imputado y los objetos necesarios para el procedimiento” (p. 137).

“El proceso penal comienza con la *notitia criminis*. La determinación o la información del acaecimiento en la realidad de un hecho que se encuentra tipificado como delito o falta es la primera etapa que interesa al Estado” (Baquix, 2012).

Al respecto, Poroj Subbuyuj (2011) argumenta que “El Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal” (p. 175).

Es la etapa del proceso penal en la que el Ministerio Público dirige la investigación, con el objeto de recabar datos e información que permita llevar a una persona a juicio, identificando la prueba que se va a reproducir para debate. El artículo 309 del Código Procesal Penal (1992) nos informa acerca del objeto de la investigación, citando que, en la averiguación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la



existencia del hecho; habrá de establecer quiénes son los partícipes, procurando su identificación.

En esta etapa preparatoria se lleva a cabo una audiencia llamada “audiencia inicial”, en donde se controla la detención por flagrancia y se decide si es ligada a proceso para ser investigada, si se deja en prisión preventiva o con una medida sustitutiva a la prisión, si se dicta el auto de procesamiento se decide en cuánto tiempo presentará el Ministerio Público la conclusión de su investigación. Esta audiencia también se lleva a cabo cuando preexiste una denuncia o querrela y el Ministerio Público solicita la citación de la persona denunciada o querrelada ante un Juez, con el objeto de hacerle ver los hechos por los cuales se le va a investigar, procurándole todos sus derechos de defensa.

De la audiencia inicial, también pueden derivarse otras audiencias según el requerimiento de la defensa o del fiscal del Ministerio Público; entre éstas pueden ser:

1. La revisión de la prisión preventiva;
2. Revocación de medidas de coerción, oposición de excepciones;
3. Reforma al auto de procesamiento;
4. Órdenes de allanamiento y órdenes de aprehensión;
5. Autorización de intervenciones telefónicas, realización de prueba anticipada,
aplicación de criterio de oportunidad y suspensión de la persecución penal.



El plazo para esta etapa no puede ser de más de tres meses, cuando el sindicado esté en prisión preventiva; y de seis meses, cuando el procesado cuente con una medida de coerción.

Las personas que se consideren agraviados, de conformidad con los artículos 116 y 117 del Código Procesal Penal (1992), solicitarán al juez que se les admita dentro del proceso, justificando su pretensión para poder actuar en el mismo, con el fin de convertirse en sujeto procesal y poder coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación.

Esta etapa preparatoria del proceso penal se fundamenta en varios artículos del Código Procesal Penal (1992), como en el caso de la declaración del sindicado, que se encuentra regulada en los artículos 81, 82 y 83 de dicho cuerpo legal, los cuales refieren las explicaciones que se le harán al sindicado sobre el desarrollo de la audiencia, se le informará de sus derechos fundamentales, las advertencias legales si declara o si decide no declarar y todos sus datos de identificación.

En el artículo 320 del instrumento legal ya indicado, se encuentra contemplado el Auto de Procesamiento, y refiere que es dictado inmediatamente después de que sea indagada la persona sometida a proceso, de conformidad con los requerimientos del fiscal del Ministerio Público; y en los artículos 321 y 322 aparecen los requisitos que debe contener y los efectos de este auto de procesamiento. Se establecen los plazos y tiempos de duración de la etapa preparatoria en los artículos 323, 324 y 324 bis del Código Procesal Penal (1992).

3.7.2. Etapa Intermedia



Olmedo (1960) define la etapa intermedia como:

Una etapa procesal que se sitúa luego de la instrucción y antes del procedimiento especial; por esa razón, la califica como “crítica instructora”, porque el procedimiento a desarrollarse durante esa fase es de naturaleza eminentemente crítica, en oposición a la investigación, donde predomina la labor práctica (p. 109).

Por su parte, Baquiáx (2012) manifiesta que:

La etapa intermedia tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo (acusación) o para verificar fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público en relación con la conclusión anormal del proceso. (p. 185)

Respecto de la acusación y dada su importancia para la sentencia por el principio de congruencia y acusatorio, la unidad de litigio del Ministerio Público deberá formular su libelo de acusación ajustada al artículo 332 Bis del Código Procesal Penal (1992).

En la acusación se sintetiza la recolección de información obtenida en la fase de investigación; se debe tener la prudencia de adecuar los hechos de conformidad con la descripción del tipo en que pueda subsumirse, más las circunstancias atenuantes y agravantes que pueden concurrir, sin obviar lo contextualizado en los artículos 10, 19 y 20 del Código Penal (1973). (p. 185)

Al finalizar el plazo que el Juez de Primera Instancia Penal haya concedido a la fiscalía del Ministerio Público, en la audiencia de primera declaración para investigar y se haya presentado uno de los actos conclusivos, el cual cierra la etapa preparatoria, tal como lo preceptúa el artículo 82, numeral 6), del Código Procesal Penal (1992), éste se discutirá en la audiencia de etapa intermedia para



la cual también se había fijado fecha y hora de celebración.

La finalidad de esta audiencia de etapa intermedia, la cual tiene su fundamento legal en el artículo 340 del Código Procesal Penal (1992), es discutir sobre la pertinencia del requerimiento del Ministerio Público, que puede consistir en:

1. La solicitud de apertura a juicio y formulación de acusación;
2. La solicitud de Clausura provisional del proceso;
3. Solicitud de aplicación del procedimiento abreviado;
4. Solicitud de suspensión condicional de la persecución pena,
5. Solicitud de aplicación de Criterio de oportunidad, y
6. Solicitud de sobreseimiento del proceso.

En el caso de que se solicite la acusación, se alegará sobre los hechos planteados y la probabilidad de que sean demostrados en debate; en caso fuera alguna otra de las solicitudes enumeradas anteriormente, se discutirá sobre la idoneidad y pertinencia de éstos. Esta audiencia se verificará en un plazo no menor de diez días, ni mayor de quince días a partir de la fecha fijada para el acto conclusivo, lo cual se encuentra establecido en el artículo 82, numeral 6, del Código Procesal Penal (1992).



Si se hubiere declarado la apertura a juicio, se señalará día y hora para la audiencia de ofrecimiento de prueba; ésta será al tercer día ante el juez de primera instancia que controla la investigación, en donde se dará intervención a las partes para que se ofrezca la prueba y se discutirá sobre la idoneidad de ésta; si es pertinente, abundante, innecesaria, impertinente o ilegal, el juez contralor de la investigación dictará el auto que admita o rechace la prueba, tal como lo indica el artículo 343 del Código Procesal Penal (1992).

3.7.3. Juicio o Debate

Una vez concluida la etapa intermedia, llega el momento o la etapa del debate o juicio, el cual se compone de los principios fundamentales que rigen éste; se empieza con apertura de debate; después, la recepción de la prueba; sigue la discusión final y conclusiones; por último, la deliberación y sentencia.

Arango (2004), indica: “El debate es un momento inevitable para llegar al fallo, que es cuando el tribunal pone en acto su plena jurisdicción. En el debate los principios de oralidad, publicidad, contradicción y continuidad cobran vigencia efectiva” (p. 159).

Por su parte, Florián (1996) señala que:

El debate como un conjunto de actos formalmente regulados y ordenados conforme a un método dialéctico en función de una lógica jurídica compuesta por la proposición de prueba y discusión de las cuestiones a decidir, manifestándose así en toda su amplitud el contenido del proceso. (p. 282)

En ese orden de ideas, en la audiencia de juicio que se señale para el efecto, el tribunal verificará la presencia de las partes y declarará abierto el debate, cediendo la palabra a la parte acusadora y defensa, para que tanto el Ministerio



Público como los abogados, presenten sus alegatos de apertura, tal y como lo establece el artículo 368 del Código Procesal Penal (1992).

Después de oídos los alegatos de apertura, el juez preguntará si hay cuestiones incidentales, mismas que serán resueltas en la misma audiencia, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate, dándole audiencia a las partes procesales, así como lo determina el artículo 369 del citado Código Procesal Penal (1992).

Habiendo declarado el acusado, el juez procede a recibir la prueba en el orden establecido en los artículos 376, 377, 378, 380, 381 del Código Procesal Penal (1992); el juez les concederá la palabra a las partes procesales, para expresar qué es lo que van a establecer con las pruebas y examinar a los peritos y testigos.

Concluida esta fase, el juez volverá a conferir la palabra, sucesivamente, al Ministerio Público, al querellante y al actor civil, si los hubiere, abogados defensores del acusado y a los abogados del tercero civilmente demandado, para emitir sus respectivas conclusiones, solicitando, cada uno, una sentencia de condena o de absolución y, según sea el caso, la pena a imponer, como lo regula el artículo 382 del cuerpo legal ya citado.

De las conclusiones emitidas, sólo el Ministerio Público y los abogados defensores tendrán el derecho de replicar, de conformidad con el artículo 382 del Código Procesal Penal (1992). El tribunal procederá a clausurar el debate e inmediatamente después, los jueces que hayan intervenido en él pasarán a deliberar en sesión secreta, a la cual sólo podrá asistir el secretario, quien, de



conformidad con la prueba esgrimida, dictará una sentencia de alta calidad en contenido, razonamiento y decisión, así como lo funda el artículo 383 del Código Procesal Penal (1992).

En virtud de lo anterior, es importante hacer referencia a que el ordenamiento procesal penal se divide en dos. Por una parte, como ya se trató, está el proceso penal común, donde se ventila la mayoría de los delitos; y, por otro lado, están los procedimientos específicos, que, como su mismo nombre lo indica, son aplicados en delitos específicos que reúnen ciertas características para su diligencia.



CAPÍTULO IV

TIPOS PENALES ABIERTOS Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DENTRO DEL MARCO JURÍDICO GUATEMALTECO EN DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

4.1. Teoría del Tipo Penal

Muchos hablan de un delito o tipo penal; sin embargo, hay relevancia en los términos que se pueden considerar, definiendo el Tipo Penal como la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. En otras palabras, se puede decir que, al momento en que el legislador crea una norma penal, encuadra la conducta humana prohibida y que daña un bien jurídico dentro de esa norma, con el fin de sancionar de una manera adecuada a quien realice la acción regulada.

4.2. Tipos Penales Abiertos

Según Plascencia (2004), dentro de las leyes penales existen casos en los que el legislador adopta una concepción abierta en torno al tipo penal, es decir, la descripción es sólo comprensible a partir del complemento que realice otro texto legal.

Así, Jescheck (2004) considera:

Reciben el nombre de tipos abiertos aquellos preceptos penales en los que falta una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y el permitido con la sola ayuda del texto legal; en atención a dicha consideración, el autor rechaza la idea en torno a los tipos abiertos, prefiriendo una concepción cerrada del tipo que no



deje margen a maniobras derivadas de otros tipos penales, ya que de lo contrario le faltaría precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito. (p. 306)

En ese sentido, es de considerar que los tipos penales abiertos son aquéllos cuya aplicación depende de otras normas que los complementen, y que tienen como desventaja permitirle al aplicador de justicia, que pueda darle otro significado a la norma, que quizá no concuerde con el espíritu por el que fue creada la misma.

Tomando en cuenta el tema a considerar, es sobre los tipos penales que se hará el aporte al derecho positivo, pues es de estimar que no sólo se diversifica en una norma sustantiva, como lo es el Código Penal (1973), que es donde obra la mayor parte de tipos penales, sino a ello se suman las leyes especiales, como en este caso, en que se hará una alusión a lo que indica el Decreto 22-2008, Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer.

4.3. Tipos penales cerrados

“Según Raúl Plascencia Villanueva, son aquéllos que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por sí mismos” (Jescheck, 2004, p. 309).

Un ejemplo de éstos es la disposición normativa regulada en el artículo 123 del Código Penal (1973). Comete el delito de Homicidio. Quien diere muerte a alguna persona. De lo anterior se puede observar cómo el tipo resulta plenamente satisfecho con lo dispuesto en el artículo 123, sin necesidad de recurrir en el caso de homicidio simple a otra consideración para completar su contenido y cerrar los elementos que deben distinguirlo.

En otras palabras, los tipos penales cerrados son suficientes, puesto que



no necesitan ser auxiliados por otras normas, para ser aplicados, ya que en ellos no cabe duda laguna en cuanto a su debida aplicación.

Ripollés (2001) señala: "(...) el tipo cumple una triple función político criminal: selecciona los comportamientos humanos que son sancionados penalmente y que son relevantes, una función de garantía y una más motivadora general" (p. 201).

En cuanto a la función seleccionadora, menciona que el ordenamiento jurídico penal sólo puede regular y proteger los más importantes bienes jurídicos para la colectividad, ante las amenazas más graves y violentas, tomando en cuenta que no haya otro medio menos lesivo y violento que el derecho penal para su protección; tomándose en cuenta todo lo anteriormente relacionado, se deben seleccionar las conductas más lesivas en contra de los bienes jurídicos.

La función de garantía nos menciona, en otras palabras, que, sobre todo, debe velarse por el fiel cumplimiento del principio de legalidad penal, debido a que el legislador debe basarse en este principio al crear los tipos penales, para no violentar la libertad de todos los ciudadanos, respetándose su libertad, teniendo el compromiso de que al crear estos tipos penales sean redactados en términos precisos y sencillos, para la correcta aplicación por parte de los entes encargados de la administración de justicia.

Al hablar de tipo penal a través de su función motivadora, "pretende orientar a los ciudadanos una conducta que evite el lesionar los bienes jurídicos que el tipo pretende proteger, a través de la creación de tipos que, como se mencionaba anteriormente, estén regulados en términos sencillos aplicables a nuestra realidad"





(Ripollés, 2001, p. 211).

De la misma manera el hablar de tipo penal, es decir, cumple en todas las legislaciones un papel vital en la aplicación de justicia, puesto que a través de él, como se indicó anteriormente, se debe velar por no violentarse de ninguna manera el principio de legalidad, debiendo el legislador crear estos tipos con responsabilidad, con el pleno conocimiento de que, de no ser así, se estarían violentando los derechos de la colectividad.

4.4. Función del tipo penal

- a. Función seleccionadora (de conductas humanas, sólo las más graves se criminalizan.
- b. Función de garantía (que sólo lo que dice la ley puede tener sanción.
- c. Función motivadora para los ciudadanos, de qué está prohibido y qué es permitido.

4.4.1. Principio de Legalidad y Tipo Penal

Cuando se habla de legalidad, se hace referencia a la presencia de un sistema de leyes que debe ser cumplido y que otorga la aprobación a determinadas acciones, actos o circunstancias. En otras palabras, toda conducta humana, prohibida o punible, debe encontrarse establecida dentro del marco de la ley, con anterioridad a su perpetración, y, de ser probada, sancionar penalmente.

4.4.2. Principio de Tipicidad y Tipo Penal

Es la adecuación del hecho al tipo de la ley penal. La adecuación de una



conducta a un tipo. “El principio de legalidad es una vertiente del “*nullum crimen sine lege*”; sólo los hechos contemplados en la ley penal como delitos pueden ser sancionados como tal” (Berducido, 2004, p. 60).

Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico; es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal. Se entiende lo anterior, en el sentido de que al momento en que el Estado, a través de alguno de sus entes encargados, pretenda sancionar a una persona por una acción que no se encuentre regulada dentro del ordenamiento jurídico, no es válido, puesto que, de hacerlo, estaría violentando las garantías inherentes a la persona, como la del debido proceso y principio de legalidad, entre otras.

4.5. Diferencia entre tipo y delito

Para establecer la diferencia entre uno y otro término conviene recurrir al siguiente ejemplo: si una persona mata a otra, el tipo penal es Homicidio, mientras que el delito es dar muerte a alguna persona.

Por consiguiente, se debe ejemplificar y se requiere efectuar el desglose detallado de las fases internas que comprenden lo que se conoce como el *iter criminis*, estimándose dentro de éstas las correspondientes fases interna y externa que catalogan a este aspecto en particular.

Las etapas del *iter criminis* representan el camino que ha de seguir o recorrer el sujeto activo, al momento de la comisión de una determinada conducta prohibida, descrita en el supuesto de hecho de la norma jurídico penal, mismo, que se encuentra normado en la legislación penal, pero que presenta, en la práctica, gran dificultad de aplicación, por cuanto, resulta complicado el determinar, tomando en cuenta la psiquis del sujeto activo, hasta dónde ha llegado su intención; si ésta se



corresponde al resultado obtenido, mismo que puede o no ser punible por la norma penal ad hoc, sea porque la conducta ejecutada no es típica; porque desistió o se arrepintió eficazmente, de iniciar o continuar con la ejecución del tipo de injusto; porque los medios eran inadecuados para consumar el hecho; o porque aun cuando los medios eran los idóneos, el bien jurídico protegido era inexistente o el objeto material sobre el que recae la acción estaba ausente. (Castro, 2005, p. 97)

Con este punto de vista, es razonable tener en cuenta que en cuestiones prácticas es que se tiene por sabido lo que en realidad es el recorrido del delito, sus dificultades, ventajas y desventajas, en cuanto a la responsabilidad penal que corresponde a cada etapa, debiéndose tener en claro que no todo el *iter criminis* es punible, sino que únicamente aquellos actos que objetivamente representen una ofensa o vulneración de un bien jurídico protegido, por la norma penal sustantiva.

Continúa manifestando este autor (Castro, 2005) que:

El *iter criminis*, entendido como el camino del crimen, comprende todo el proceso psicológico de incubación del proceso delictivo, hasta la perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad de la actitud y del sujeto. Es el estudio dogmático penal, de la psiquis del sujeto activo, desde el momento en que ha ideado la consumación de un determinado injusto penal, hasta que ha logrado conseguir la misma, e incluso agotarla. Si bien, dicho recorrido inicia desde los actos preparatorios internos, en materia penal y para efectos de punibilidad de la conducta, sólo son tomados en cuenta los actos preparatorios externos, que presuponen una intencionalidad exteriorizada por el sujeto activo, de ejecutar los actos que objetiva y subjetivamente le permitirían ofender un bien jurídico tutelado por la norma penal. (p. 98)

Mediante este planteamiento se puede evidenciar la forma en que se conciben las fases interna y externa del delito, con lo cual se puede verificar también cómo es que opera en la práctica, pero que requiere, asimismo, la continuación de diversos aspectos doctrinarios que permitirán tener un mayor grado de comprensión sobre el tema motivo de estudio, básicamente, porque



alrededor de estos aspectos es que se produce un determinado grado de impunidad en los delitos contra la vida en grado de tentativa acaecidos, en los últimos cinco años, en la República de Guatemala.

Sobre el particular, Cobo (1987) expone:

El camino del delito está compuesto por las fases: Interna, que comprende la ideación, temores e incluso la decisión, que surge en la mente del sujeto activo -determinadas por condiciones exteriores-, de cometer un injusto penal en específico, lo cual, no implica un modo de comportamiento exteriorizado del autor, capaz de ofender un bien jurídico protegido, pues al encontrarse únicamente dentro de la psiquis del sujeto activo, no son de relevante importancia para el derecho penal, por cuanto, rige el principio de *cogitationis poenam nemo patitur* - Los pensamientos no son punibles-. Externa, que presupone la voluntad delictiva exteriorizada por el activo, de realizar una conducta prohibida, capaz de transformarse en realidad peligrosa. Ejecutiva, la cual está conformada por el inicio y culminación de los actos necesarios para consumar una conducta, descrita en el supuesto fáctico determinado por la norma penal sustantiva -tentativa simple, acabada, la consumación y el agotamiento-. (p. 493)

En función del planteamiento expuesto con anterioridad, es razonable pensar que estas fases de realización del delito, específicamente la del tipo tentativa y, particularmente, en cuanto al aspecto consumado, si bien no obedecen necesariamente a la misma naturaleza, subjetivamente se considera que presentan similitudes relevantes que serán abordadas con posterioridad, a partir del hecho de que los primeros son formas imperfectas de la consumación del injusto y que, evidentemente, resultarán inevitablemente en punibles, desde los actos preparatorios externos, que constituyen una exteriorización de la voluntad del sujeto activo de poner en peligro real y objetivo a un bien jurídico protegido, y que requieren de la puesta en marcha de una serie de elementos que permitirán, finalmente, al sujeto activo, alcanzar lo que ha premeditado.

En el inicio de estos aspectos, necesariamente se deben tener en consideración los concernientes a los actos preparatorios, tomando en



consideración que los mismos implican, necesariamente, una serie de conductas materializadas o no, particularmente en el mundo exterior y realizadas primeramente a partir de los actos ejecutivos, que en realidad generan una posibilidad real de puesta en peligro de un bien jurídico protegido, que, para el caso concreto de la investigación, es la vida e integridad de las personas en la República de Guatemala, en virtud de que estos actos persiguen, en esencia, marcar el inicio de los actos necesarios para consumir la parte objetiva y subjetiva del tipo de injusto, aspecto que no siempre podrá ser apreciado en la práctica cotidiana.

En este orden de ideas, es que, como se mencionó con anterioridad, no todos los actos ideados e incluso decididos a realizar, son susceptibles de castigar, sino que sólo aquéllos que representen una ofensa a un bien jurídico tutelado, siendo éste el caso regulado, en el país, por el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal (1973).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que puede darse el caso en el que, quien ha gestado la idea de llevar a cabo un ilícito, tiene a bien, ya sea de manera consciente o no, contarlo a otra persona; con ello, está en realidad efectuando la revelación de la intencionalidad delictiva, a partir de lo cual pueden valorarse dos eventos circunstanciales: en primer lugar, si el sujeto activo que cuenta su intención delictiva, no llega a ejecutarla por medios materiales adecuados, tal circunstancia no determina responsabilidad penal alguna, pues constituye una simple declaración respecto del propósito de cometer algún injusto penal; esto, fuera de los casos en que dicha declaración constituya, con apego a la norma penal sustantiva, un delito instantáneo.

En segundo lugar, se debe tener en consideración el hecho de que, en caso de que el sujeto activo haya declarado su intención delictiva a otro sujeto,



ejecute la parte objetiva del tipo, logrando consumir el hecho, permite establecer responsabilidad penal, incluso para aquél que, pudiendo evitarlo o denunciarlo, adoptó una conducta omisiva y, de acuerdo con los criterios vertidos en la normativa penal guatemalteca, incurre en algún grado de complicidad, y de no hacerlo saber oportunamente, también puede ser sujeto de imputar el delito de encubrimiento.

Cada una de las fases que comprende el delito, tiene su sustento en los actos preparatorios para la comisión del mismo; en tal sentido, es de sumo interés efectuar la descripción de cada una de sus etapas, siendo éstos los de tipo interno, los cuales no tienen fundamento en la realidad objetiva, principalmente porque se encuentran sólo a nivel mental, estimándose que esto constituiría una especie de conspiración, pues en esta etapa sólo se concibe mentalmente la ejecución de una conducta que, obviamente, se encuentra contemplada como prohibida dentro del Código Penal (1973) del país, y que, consecuentemente, implica una penalización correspondiente, que, pues, se aplicaría una vez que se ha consumado o llevado a la práctica lo que se ha planificado.

Cabe resaltar que la sola concepción mental de efectuar un acto que en la realidad está tipificado como delito, no supone todavía algún grado de peligro a un bien jurídico tutelado por la normativa penal, de tal forma que esta fase, considerada como interna, debe comenzar por la concepción mental de efectuar un injusto penal, trasladándose hacia la deliberación, en la que se refuerza mucho más la idea de llevar a cabo la comisión de un delito y fortaleciéndose con un tercer aspecto al que se le conoce como resolución, en la que la voluntad se encuentra plenamente consciente de lo que inicialmente pensó llevar a cabo; ahora se encuentra en un punto en que está totalmente dispuesto a concretarlo; con ello, está dispuesto a iniciar la ejecución de la conducta que está tipificada como delito y que hasta este momento aun resultan ser totalmente impunes, puesto que aún



no se han consumado o exteriorizado por el sujeto y, por consiguiente, aún no implica algún grado de peligro.

Es de esta manera que, en lo relativo a la fase externa del delito, y que conduce, de igual manera, a una serie de actos que, desde luego, hacen pensar en la exteriorización de una voluntad delictiva que trasciende la concepción mental, pues, en esencia, implican la exteriorización de una voluntad abiertamente ilícita que va mucho más allá e implica, inclusive, la participación de otros sujetos en la consumación o ejecución del injusto penal, circunstancia que conlleva la puesta en riesgo y/o afectación de un bien jurídico tutelado, que, en el caso motivo de investigación, corresponde a la vida e integridad de las personas.

En este apartado, necesariamente, debe tenerse en consideración que, para que determinadas conductas puedan ser efectivamente sancionadas como actos preparatorios externos, deber estar plenamente reguladas en una norma sustantiva, cuestión que, en el caso concreto de la República de Guatemala, sí se encuentra totalmente regulada y corresponde a la figura de la conspiración, de la cual se efectuará una breve aproximación, pues constituye una parte esencial en la manifestación de la fase externa del delito, toda vez que así ha sido reconocido por la norma y la doctrina.

Con lo expuesto o considerado hasta esta parte del delito, no se ha manifestado plenamente alguna acción que conduzca a pensar que el injusto penal se encuentra sobre la marcha, puesto que, en su defecto, se estaría llevando a cabo un derecho penal de autor, y que en la actualidad ha recibido también la denominación de derecho penal del enemigo, con el cual se realiza o contempla el castigo al individuo, particularmente, con el sólo hecho de su apariencia física y, mucho más allá, con el sólo hecho de lo que conllevan sus pensamientos.



Este sería el caso concreto de lo que, en la Ley contra la Delincuencia Organizada (2006), ha sido concebido como delito de conspiración, pero que, pues, es una especie de clase de participación intentada; es, a su vez, una forma de coautoría anticipada, puesto que el coautor no obrará por culpa o como resultado de la causalidad, sino, más bien, conspira, se pone de acuerdo con otro y otros para la perpetración del delito, lo que evidencia una conspiración.

En lo concerniente al tema de la conspiración, el autor Guerra (2007) señala lo siguiente:

Conspirar significa unirse en secreto acuerdo con el fin de efectuar un acto ilícito o impropio o para usar tal medio para llevar a cabo un fin ilícito. Sin embargo, el término teoría conspirativa también se usa para indicar un género narrativo que incluye una amplia selección de argumentos a favor de la existencia de grandes conspiraciones que en caso de ser ciertas tendrían profundas implicaciones sociales y políticas. (p. 16)

De acuerdo con los aspectos vertidos con anterioridad, merece reforzarse que la conspiración es considerada como parte de los actos preparatorios, porque en ella aún no se materializa ningún acto tendiente a la ejecución del delito; únicamente lo que existe son conversaciones o ideas de cómo llevarla a cabo, es decir, repartición de roles.

Esta figura delictiva puede ser definida como un acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito, y, a veces, más ampliamente, como un acuerdo para cometer cualquier acto ilícito. Frecuentemente, se dice que lo esencial del delito yace en el mero acuerdo, y con su sólo perfeccionamiento el hecho es punible. La conspiración es un delito preparatorio, que permite el castigo de personas que acuerdan cometerlo, inclusive, si ellos nunca llevan adelante su plan o si son aprehendidos antes de alcanzar su objetivo, con lo cual se comprende



que sus alcances son bastante amplios.

Es importante destacar que el concepto de conspiración se encuentra estrechamente relacionado con el de complot, por lo que es consistente efectuar una breve referencia sobre este término; de tal manera que se puede comprender, entonces, que un complot se refiere a una conspiración de cualquier tipo, y también se utiliza para nombrar a la conjuración o la confabulación entre dos o más individuos contra otro u otros.

Existen criterios acerca de que los actos preparatorios no tienden directamente a ejecutar o consumir el delito, sino que están destinados a prepararlo. Se trata de la primera exteriorización de la acción. En resumen, el tipo penal de conspiración consiste en el plan ideado por varias personas para cometer un delito y que, aunque es necesario que intervenga más de una persona, no lo es; sin embargo, que todas ellas deban tener necesariamente participación en el delito de la misma manera. De esta manera, es razonable postular que algunos de éstos pueden realizar la conducta y otros ayudarles a escapar, por ejemplo. Lo que sí es imprescindible es que todos los individuos tengan claro qué delito va a cometerse y con qué medios.

Cordini (2017), al abordar el tema de la conspiración, se expresa de la siguiente manera:

La conspiración tiene un ámbito de aplicación mucho más vasto que la asociación criminal; la amplitud de la conspiración no sólo está basada en la falta de precisión del elemento central del tipo, el acuerdo, ni en los múltiples hechos que pueden ser objeto de conspiración, desde meras alteraciones a la moral pública hasta su aplicación a casos de crimen organizado. El problema principal de la conspiración radica en el excesivo adelantamiento de la punición, llegando a etapas que deberían estar fuera del alcance del poder punitivo.

Un mero acuerdo delictivo entre dos o más personas, que se perfecciona con el



encuentro de voluntades y que, contrariamente a lo que sucede con la asociación criminal, no se exige ni permanencia ni organización, termina siendo un mero delito de planeamiento, resultando excesivo habilitar el poder punitivo a etapas tan tempranas. (p. 113)

Al tener en cuenta estos preceptos, se estima que existe cierta similitud entre la asociación ilícita y la conspiración, básicamente, porque uno y otro tipo penal son vinculantes al momento de concretar o ejecutar el delito, esencialmente dentro del ámbito de las actividades delictivas de las estructuras que se organizan con ese propósito.

Como un acto preparatorio de la fase externa, aparte de la conspiración, es pertinente destacar también la proposición, y que se verifica cuando quien o quienes han decidido llevar a cabo un injusto penal, promueven su ejecución con otra u otras personas. En tal sentido, se estima que pueden existir en ese proceso, uno o varios sujetos activos que hayan concebido también ejecutar el mismo, y sobre esa concepción inciten o hagan el llamado a otro u otros sujetos para que también sean partícipes de ese hecho catalogado como delito.

En este acto externo, se penaliza la sola intencionalidad de poner en peligro un bien jurídico protegido, específicamente como lo preceptúa el Código Penal (1973), regularmente como coautores y que, según el ordenamiento penal del país, concretamente en el artículo 35 del mismo, son autores quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito, quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo, así como quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer, y también quienes, habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.



En ese orden, dentro del artículo 37 del Código Penal (1973) se contempla como cómplices a quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito; también a quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito; de igual manera, contempla en este contexto a quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito, y, finalmente, a quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

Otro de los aspectos centrales que se contemplan como acto preparatorio de la fase externa es la figura de la provocación, la cual se considera como una manera o mecanismo de incitación que se lleva a cabo por parte del sujeto activo, quien en ese proceso no lleva a cabo de forma directa el injusto penal contemplado en el marco normativo, sino que lo que hace es efectuar la logística y/o las coordinaciones para que otras personas lo ejecuten por éste, circunstancia que implica que quien tuvo la idea original hace todas las coordinaciones por otros, al utilizar diferentes medios para su consumación.

Siempre como un acto preparatorio de la fase externa, se encuentra la apología del delito, la que, en esencia, lo que implica es efectuar el elogio, apoyo público o ensalzamiento de un hecho delictivo, o bien del autor del mismo. Este aspecto, de igual manera, se regula en el artículo 395 del Código Penal, en el que se indica expresamente que quien públicamente hiciere la apología de un delito o de una persona condenada por un delito, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

En este orden, cabe resaltar que lo cierto es que estos conceptos otorgados por la legislación penal vigente, no son claros en determinar en qué consiste directamente la apología del delito, la cual, básicamente, se refiere a la exposición



directa, ante un grupo de personas, de ideas que engrandezcan una conducta típica, o bien que halaguen al sujeto activo de la misma, sin que tuvieran que incurrir o entrar en colisión con el derecho constitucional de la libertad de expresión.

Un aspecto que vale la pena destacar es el relativo a establecer diferenciación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, puesto que, en la aplicación práctica de las conceptualizaciones, resulta sumamente complicado el diferenciar cuándo uno de los actos exteriorizados por un sujeto activo determinado, ha dejado de ser preparatorio y se convierte en ejecutivo.

De esta manera, la principal diferencia entre ambos actos radica en el comienzo de la ejecución de la conducta típica, en la que, a ciencia cierta, sólo el sujeto activo que ejecuta la conducta prohibida sabe en qué fase del delito se encuentra su intención exteriorizada, puesto que, por ejemplo, el hecho de comprar un arma puede ser un acto preparatorio del injusto penal de homicidio, y se convierte en acto ejecutivo cuando emplea dicha arma con el propósito consciente y voluntario de obtener el resultado lesivo al bien jurídico de la vida, razón por la cual, para establecer una diferencia fáctica, debe atenderse no específicamente a la constitución de cada tipo de injusto, sino también a las circunstancias que acompañan su realización.

4.6. Valoración de los elementos circunstanciales del delito

Para conocer estos aspectos en particular, con cada una de sus implicaciones o connotaciones características, se estima pertinente, en primer lugar, efectuar la aproximación a lo que en esencia es el delito, particularmente lo que concierne a la teoría general del delito, que es dentro de cuya esfera se encuentra lo relativo a las fases interna y externa que dan pie a la formación de



una figura delictiva, requiriéndose, en ese sentido, efectuar la aproximación doctrinaria a sus registros históricos y, desde luego, a su consiguiente definición y elementos, tanto positivos como negativos, en virtud de que a criterio personal se estiman como esenciales para comprender la problemática concerniente a la impunidad en los delitos contra la vida en grado de tentativa, al menos en los últimos cinco años en la República de Guatemala.

Refiriéndose al tema del delito a través de la historia, Jiménez (2001) se pronuncia en los siguientes términos:

El delito a través de la historia fue una valoración jurídica. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y en la Roma primitiva, existió la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Pritaneo juzgaba a los objetos: árboles, piedras, etc. En cuanto a la responsabilidad de los animales, se exigía también con frecuencia en esos remotos derechos y renace profusamente en la edad media. Refiriéndonos ya a las personas se sabe cómo también la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía a través del tiempo. Hasta bien entrado el siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Fue entonces la hechicería el delito más tremendo.

La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró y por ello infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, por el holocausto a la valoración de la época. Queda así demostrado que el delito, incluso en los más remotos tiempos en que se valoró objetivamente con mero sentido de causa material, fue siempre lo antijurídico, y por eso un ente jurídico. Lo subjetivo, es decir la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culposo, que hoy figura en todos los códigos. Así, con el afinamiento del derecho, aparece junto al elemento antijurídico, que es multiseccular, la característica de la culpabilidad. (pp. 5-6)

A partir de estos preceptos, se considera de suma importancia puntualizar en cuanto a que, luego de exponer la definición anterior, es preciso efectuar la anotación de que, en función de este planteamiento doctrinario, puede complementarse el mismo, indicando que, en esencia, durante el derecho primitivo, la comisión de una conducta contraria al *ius*, generaba o daba lugar a un derecho de venganza proporcional al daño recibido.



Es de esta manera, entonces, como aparece la Ley del Talión; paulatinamente se permitió la amigable composición cuando se trataba de conductas entre particulares, renunciando a la venganza por parte del ofendido; esta sustitución de la venganza privada por la pena pecuniaria llegó a hacerse obligatoria, siendo su objeto una pena pecuniaria más allá de la corporal que inicialmente se observaba.

En relación con este tema, Carmignani (1992) manifiesta:

En cierto modo, todo delito consta de dos elementos, a saber, de un acto de la voluntad, por el cual el agente quiere un efecto contrario a la ley, y de un acto físico, del cual resulta la infracción de la ley social ya promulgada. El primer elemento del delito emana de la intención del agente; el segundo de la materialidad del hecho nocivo a la sociedad. Para poner a plena luz la intención de la acción delictuosa, es necesario contemplar dicha acción por un doble aspecto; es decir, en cuanto a la intención del agente, y en cuanto a la ejecución, de donde se deriva el daño social. (p. 145)

De acuerdo con el punto de vista de Carmignani, es importante destacar que, a través de los registros que se han podido suscitar e identificar en la historia, ha prevalecido la existencia de conductas que imposibilitan la convivencia pacífica entre los integrantes de la sociedad; a estas conductas individuales dentro de una sociedad determinada se les asigna el valor social de prohibido o ilícito, es decir, que con su accionar se vulnera un bien jurídico protegido.

Acerca de las diversas denominaciones que ha recibido el delito, De León Velasco & De Mata Vela (2010) señalan que:

El delito, como la razón de ser del Derecho Penal, y como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado, al igual que el mismo Derecho Penal, ha recibido diversas denominaciones a través de la evolución histórica de las ideas penales, atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeta a las mutaciones que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad; en Roma se



habló de *Noxa* o *Noxia* que significa daño, apareciendo después en la culta Roma para identificar a la acción penal, los términos *Flagitium*, *Scelus*, *Facinus*, *Crimen*, *Delictum*, *Fraus* y otros; sin embargo, tuvo mayor aceptación hasta la Edad Media los términos *Crimen* y *Delictum*. (p. 114)

Sobre este planteamiento en particular, es preciso señalar que el concepto de crimen se ha utilizado regularmente para identificar a las infracciones o delitos catalogados o clasificados como de mayor gravedad y que, por consiguiente, serán castigados con la imposición de una mayor penalización, en tanto que la acepción latina *delictum* se utilizó para señalar una infracción no tan grave y que, por ende, implica una pena mucho más reducida o benevolente.

Ya posteriormente el Derecho Penal moderno, se habla de: delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, contravenciones o faltas; esto, dentro del cúmulo de acepciones que han sido susceptibles de observar.

De acuerdo con estos preceptos, es importante señalar que la teoría del delito tiene como principal objetivo efectuar la definición concreta del término delito, situación que se comprende de esta manera, principalmente porque se estima que esa es precisamente su finalidad específica.

Es así como este aspecto en particular ha revestido vital importancia para la totalidad de juzgadores, particularmente porque, dentro del proceso penal, a la máxima autoridad a quien debe remitirse la totalidad de las actuaciones de las partes y en función de esa prerrogativa, evidentemente le corresponde hacer la primera evaluación de los hechos, para determinar si encuadra dentro del concepto de delito; bajo estas consideraciones, puede estimarse a la teoría del delito como una construcción dogmática, que abre la posibilidad para dilucidar si



alguna conducta en concreto se puede considerar como una figura delictiva.

En ese sentido y luego de observar brevemente algunos aspectos sobre la doctrina en lo relativo al concepto de delito, puede afirmarse que el delito, en sí, no es más que un acontecimiento jurídico, una infracción a la normativa positiva del aparato estatal, una abierta vulneración al marco jurídico en materia penal. De esta manera, entre los postulados de la denominada Escuela Positivista, se estudia el delito como la acción humana resultante de la personalidad del delincuente, quedando en ese sentido en segundo plano la concepción jurídica del concepto de delito.

A raíz de que ha existido mucha polémica al respecto, y no se puede hablar de uniformidad debido a que la sociedad es cambiante y que, por consiguiente, el delito tiene sus raíces asentadas en la sociedad humana que, inevitablemente, cambia a los integrantes de esa sociedad, para encontrar la naturaleza del mismo se debe, necesariamente, referir a las escuelas más grandes que ha habido en el Derecho Penal, siendo éstas las escuelas clásica y positiva.

Dentro de los postulados de la escuela clásica se estima que el delito es una idea de relación entre los actos del ser humano y la norma jurídica; por esta razón, se ha considerado como la infracción de una norma establecida para proteger a los individuos, y que es resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, y que en definitiva requiere de un señalamiento moral y perseguible.

En congruencia con la serie de estos aspectos, se consideran plenamente como un ente jurídico, respecto al delincuente, indican que la imputabilidad moral y su libre albedrío son la base de su responsabilidad penal; bajo este entendido, se estima que la pena es un mal necesario para la realización de la tutela jurídica;



además, indicaron que el derecho penal era una ciencia eminentemente jurídica; para su estudio debía utilizar el método lógico abstracto, racionalista o especulativo.

En tanto que, dentro de la escuela positiva, es razonable considerar al delito como la acción humana que surge de la personalidad del individuo; con ello, se estima al delito natural y no como una entidad jurídica; a partir de esto, consideran al delito como toda acción determinada por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y erosionan la tranquilidad de un grupo social en un tiempo determinado.

Con relación al delito, Ossorio (2001) refiere: “(...) El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal” (p. 212).

Según el planteamiento de Ossorio, dentro de la dogmática penal se han presentado con regularidad diversos puntos de vista sobre la forma en que se integra el delito; sin embargo, la estructura que se considera más eficiente dentro de un sistema penal en particular, es la que contempla una serie de elementos que, en esencia, convergen para individualizar al delito como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, a la cual necesariamente se le debe considerar su correspondiente elemento negativo.

Con el desarrollo de la sociedad, han existido conductas que dificultan la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad; a este tipo de conductas se le cataloga como prohibido; en ese sentido, cualquier persona puede comprender el alcance o los efectos que conlleva cometer un delito, pues dicho concepto está plenamente asociado con alguna prohibición, pero lo que sí es cierto es que, en cada cultura o sociedad en particular, los delitos tienen características



distintas y específicas.

Es por esta gama de aspectos que el concepto de delito describe la extensión concreta de la acción penal y, de esta manera, resulta determinante para la función de garantía de la norma penal; en ese contexto, es conveniente agregar que, en esencia, la definición formal está estrictamente ligada a una concepción legal, a través de la cual el delito es toda acción legalmente imputable; es decir, el conjunto de preceptos jurídicos que se encuentran descritos en los ordenamientos penales sustantivos y, particularmente, en los que se sustentan sobre un sistema de tipo acusatorio.

En este sentido, Medina (2001) manifiesta que:

Existen diversas concepciones formales del delito; sin embargo, todas aquellas coinciden en que el delito es aquella conducta legalmente imputable; esto quiere decir que dicha acción se encuentra tipificada (descrita), en los distintos ordenamientos de la ley penal. Una vez admitido como axioma inconcuso que sin la ley no hay delito y que las conductas que quedan fuera de las leyes son impunes, sólo se puede asegurar lo que el delito es, interrogando la ley misma. (p. 19)

La definición formal expuesta por Medina, en esencia, hace énfasis en una concepción legal en función de la cual el delito se considera como toda acción jurídicamente imputable; en ese sentido, procede señalar que se refiere al conjunto de presupuestos de la pena que son susceptibles en la parte especial de los Códigos Penales; con ello, se ha llegado a estimar que la forma de establecer el delito se considera la única posible por ser el producto de la metodología del derecho, básicamente, porque la acción punible es aquélla que se encuentra sancionando por un marco jurídico.

En virtud de esta serie de aseveraciones, es razonable considerar que, al



prevalecer el método jurídico, aumentó la tendencia a concebir la definición formal como única posible, principalmente porque las acciones punibles son las castigadas por la ley; ello, en función del postulado *nullum crimen nulla poena sine lege*, estimándose el mismo como el hecho concreto de que no existe delito y, por ende, tampoco pena alguna sin una ley que la establezca previamente, circunstancia que, consiguientemente, permite establecer plenamente que las acciones castigadas corresponden. Obviamente, a las determinadas como punibles por la ley, y que fuera de esa consideración se estaría abiertamente vulnerando el principio de legalidad que debe procurar todo Estado.

Entonces, aunque existe una notable similitud entre una concepción formal de delito y el principio de legalidad al que hace referencia el postulado presentado con anterioridad, acorde con ello se requiere considerar que el principal problema del concepto formal del delito consiste en la tarea de concretar el concepto de delito en cualquier marco normativo; con ello, al pretender ubicar una definición para el caso de Guatemala, se requiere circunscribirse al Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal (1973).

La conceptualización formal del delito se refiere, en esencia, al conglomerado de conductas que se encuentran plenamente reguladas y que, por ende, se establece una pena dentro de una normativa en concreto, aspecto que implica exponer con claridad que no son producto del azar o la casualidad, sino que son establecidas en un Código Penal (1973), como sucede en el caso de Guatemala; todo ello, encaminado a cumplir o alcanzar el objetivo de defender los distintos valores éticos, morales y sociales del hombre en compañía de sus semejantes.

En ese sentido, es preciso señalar que se les puede llamar bienes jurídicos; estos bienes son protegidos y las normas tipificadas en los distintos ordenamientos



legales, con la convicción de que de esa forma se va a asegurar la paz y la sana convivencia social; esta convicción se ve reforzada con la idea de una pena que impone el Estado mediante una intervención que, aunque sea ejecutada por el propio aparato estatal, tiene sus límites punitivos, siendo esta una de las razones por las cuales se encuentran contenidas de forma escrita.

En consecuencia, es razonable considerar la importancia de destacar plenamente que el conjunto de comportamientos antijurídicos o delictivos que sanciona la ley no deriva de azares ni de prácticas legislativas inconscientes; es de esa cuenta que los tipos penales se establecen para defender plenamente los intereses materiales, éticos y sociales que la comunidad asume e integra a su patrón de convivencia a manera de bienes jurídicos, con plena convicción de su validez y su observancia, y en esa inteligencia, mediante la amenaza de una pena.

De esta manera, es pertinente estimar que dicha concepción tipifica determinadas conductas contrarias a la expectativa social que se despliega en torno a todos los individuos en convivencia, pues el Estado sólo puede prohibir y sancionar acciones que sean contrarias a las posibilidades de hacer la vida en conjunto y que vayan en contra de los derechos ajenos y del Estado, siendo éstos los límites punitivos de la intervención estatal. En esencia, pueden considerarse estos preceptos como los fundamentales y que conforman la concepción formal del delito dentro de cualquier ordenamiento jurídico en particular, pues independientemente de la legislación, la formalidad radica en los aspectos sustantivos que caracterizan a las normas penales.

A raíz de estos puntos de vista, se requiere, consecuentemente, hacer énfasis en los aspectos positivos y negativos que caracterizan al delito y que necesariamente deben tenerse en cuenta para efectuar la valoración inicial de una conducta que pudiera enmarcarse como un delito en particular.



En este orden, es preciso tener en cuenta que la conducta es el primer elemento básico del delito y se concibe esencialmente como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a realizar una actividad en concreto. Ello significa que, en realidad, únicamente los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, bien sea una actividad o inactividad en particular. Es voluntario dicho comportamiento, porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La acción, en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto; consta de un elemento físico y de un elemento psíquico; el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del sujeto; esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado. Dicho resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo los ponga en peligro según el tipo penal.

Su naturaleza se considera como acontecimiento causal, dado que causa una modificación en el mundo exterior; pero algunos lo tratan como un acontecimiento finalista, debido a que el hombre, por su conocimiento causal, puede prever, en cierta medida, las posibles consecuencias que obran con un fin. El artículo 10 del Código Penal (1973) lo trata como un acontecimiento causal, o sea que su naturaleza es más causal que finalista.

Es importante destacar que, en el ámbito del derecho penal, se presentan con regularidad diversas teorías sobre los actos humanos penalmente relevantes; de esa cuenta, algunos de estos actos conllevan, por consiguiente, las



consecuencias jurídicas correspondientes, aun cuando existen diversas posturas para determinar dicha acción, pues para algunos es conducta, para otros se proyecta como el comportamiento humano antijurídico.

Es de esta cuenta como, a partir de la concepción o estudio de la conducta, se puede afirmar que la acción se suscita cuando el ser humano entra en contacto con algún ordenamiento en particular, básicamente, porque la conducta implica tanto la acción como la omisión; empero, este último aspecto conlleva una dificultad que gira en torno a un aspecto eminentemente subjetivo de la conducta, pues únicamente puede resultar atribuible a un ser humano, por lo que el delito debe evaluarse como un hecho material y no como una circunstancia formal; esto conduce a exponer que debe analizarse el tipo por un lado y el delito, como hecho, por otro lado.

En seguimiento de lo que se presenta, se requiere señalar que una conducta puede ser manifestada por cualquier ser vivo, mientras que una acción se realiza con exclusividad por el ser humano; en tal sentido, es mucho más conveniente denominarla como acción que puede ser tanto positiva como negativa, pero que de alguna forma se vincula con el resultado típico producido o que pudo haber causado.

A este respecto, Quintanilla (2014) expone:

La acción es la conducta voluntaria en el mundo exterior, causada voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, en primer término, una manifestación de voluntad (objetiva), es decir, la conducta voluntaria es la que se encuentra libre de violencia física o psicológica que está determinada (motivada) por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento. (p. 123)

Los autores destacan a la voluntad libremente determinada como un



elemento básico de la conducta, así como a la acción y la omisión como sus especies, a la vez de identificar a la primera como el elemento positivo y a la segunda como el negativo. En tal virtud, identifican a la conducta como elemento básico de la conducta, cuando en su lugar se debe considerar como elemento básico al sujeto activo, pues el delito por sí mismo adolece de conducta toda vez que, como se señala, ésta sólo es atribuible a los seres humanos.

Sobre el particular, Islas (1985) puntualiza que:

Es el proceder volitivo descrito en el tipo, por lo que el concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta, si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con los mismos elementos: En atención a lo anterior, la voluntad y la actividad causal definen a la acción, la voluntad y el desvalor de hacer algo en el tipo, a la omisión. (p. 90)

El término conducta conlleva restarle valor como elemento del delito e identificarla con el sujeto activo a través de la actividad o inactividad corporal; acorde con ello, al afirmar que el delito es una conducta, implica describirlo como el producto de fuerzas conscientes e inconscientes, lo que necesariamente lleva hacia algo abstracto y subjetivo, circunstancia que, en esencia, tendría algún grado de interés en el ámbito de la psicología, mas no así dentro del campo jurídico.

Derivado de la serie de consideraciones que se ha vertido con anterioridad, es prudente señalar que el concepto de acción ha sido ampliamente utilizado desde los propios orígenes del derecho penal, circunstancia que ha motivado diversas controversias a nivel doctrinario, pues se estima que constituye un elemento fundamental de la teoría del delito, aunado a la connotación atribuida por la teoría clásica, neoclásica y finalista, donde se hace énfasis en los postulados que sustentan la teoría de la acción causal, final y social, los cuales se consideran como parte esencial del concepto de acción dentro de la teoría general del delito.



Ahora, en cuanto a la tipicidad, la misma constituye un elemento esencial y formal descriptivo, perteneciente a la ley y no a la vida real; de esta manera, a través de la serie de faltas y delitos que se cometen contra el bien jurídico tutelado, su interpretación objetiva debe realizarse por los Jueces y Agentes Fiscales de la Fiscalía correspondiente del Ministerio Público, en el ámbito de su competencia.

Este aspecto tiene como finalidad esencial que se tome en cuenta que son los primeros en conocer las denuncias o prevenciones policiales, y deben realizar la adecuación del hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, sobre todo, porque es una manifestación del principio constitucional de legalidad y alrededor del cual debe girar la interpretación extensiva que se realiza de los factores que convergen para que se pueda tipificar una conducta como delictiva, dependiendo, por consiguiente, de la gravedad de la misma.

En cuanto a la tipicidad, existe infinidad de postulados en torno a cómo identificarla y, en su caso, definirla, aspecto que deriva de la postura teórica a la cual se apegue; sin embargo, resulta claro el carácter eminentemente valorativo que tiene el tipo penal y, por ende, la tipicidad, lo cual da lugar a que se le defina como la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador, siendo en concreto el resultado afirmativo de ese juicio.

En lo relativo a la antijuridicidad, se estima como el desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del derecho en general; por esta razón, es considerada como contraria a la norma jurídica. En ese sentido, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal; se necesita que esta conducta sea antijurídica, al estimar como tal a toda aquélla definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación. Acorde con ello, precisamente radica en contrariar lo



establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable.

El concepto de antijuricidad es otro de los elementos estructurales del delito. Se le puede considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito; para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el derecho, es decir, ha de ser antijurídica, lo cual, en esencia, se refiere fundamentalmente a que ocasiona un daño hacia un bien en concreto que se encuentra protegido por alguna de las leyes del marco jurídico guatemalteco.

Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por el ordenamiento, y que denota cómo ésta es una conducta contraria a un ordenamiento jurídico, aunque en realidad la conducta antijurídica no está fuera del Derecho, por cuanto éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas.

Como característica sustantiva e independiente del delito, separada totalmente de la tipicidad, debe hacerse énfasis, en este apartado, en las condiciones que se identifiquen en torno a los posibles delitos contra un bien jurídico tutelado, a efecto de que no se generen vacíos que conlleven una interpretación imprecisa sobre la tipificación de algún delito ambiental en particular, y que redunde en las faltas de mérito que regularmente se suscitan en los tribunales del país, principalmente porque se trata de un juicio negativo de valor, que recae sobre una conducta y que indica que la misma es contraria al ordenamiento jurídico.

Sobre el elemento positivo de la culpabilidad, dentro del ámbito del derecho



penal y tomando en consideración la naturaleza eminentemente punitiva, existe la necesidad de proteger al individuo frente a una manipulación por razones arbitrarias de política criminal. Es, entonces, que se materializa el hecho concreto de considerar que, sin culpabilidad no hay justificación posible de la pena, y el punto de vista rector para el juicio de culpabilidad sigue siendo la cuestión de responsabilidad del autor del delito.

De León & De Mata (2010) aseveran que:

Se entiende por culpa la posibilidad de prever el resultado no requerido. Esta es otra de las formas de participación psicológica del sujeto en el hecho, junto al dolo, el cual se puede definir como la conciencia de querer y la conciencia de obrar, traducidas estas en una conducta externa, es decir, es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito. La preterintención es el resultado punible que sobrepasa la intención del autor. (p. 116)

En este entendido, respecto de la culpabilidad existen muchos planteamientos en la dogmática penal. De estos diferentes puntos de vista, sólo algunos son compatibles con los preceptos constitucionales que fundamentan el Estado democrático de derecho; de esa cuenta, para determinar la culpabilidad de una persona en el plano jurídico-penal, sólo se pueden invocar aquellas concepciones de la culpabilidad que se enmarcan dentro de los principios constitucionales, lo cual significa que deben proteger al ciudadano frente al poder punitivo del Estado. En ese orden y en virtud de la serie de elementos expuestos con anterioridad, puede decirse que, acorde con estos preceptos, el análisis de cada construcción de la culpabilidad se debe realizar de cara a los valores constitucionales, y que también se regulan en el Decreto Número 17-73, Código Penal (1973).

Al tomar en cuenta lo antes consignado, es evidente que una concepción



de culpabilidad orientada a limitar al poder penal debe surgir a partir de las garantías del principio de culpabilidad, para obtener legitimación democrática; se trata de la culpabilidad por hecho, y no por la conducta de vida, o por el carácter, o por el ánimo que tenga la persona de perpetrar el delito.

Frente a un concepto de culpabilidad que se ubica como categoría del delito luego de la tipicidad y antijuridicidad, ya explicados brevemente en el presente capítulo, existe la concepción de la culpabilidad como principio político criminal que configura y da sentido humanista al derecho penal, la culpabilidad sin dejar de constituir una categoría dogmática dentro de los aspectos puramente doctrinarios que se abordan al respecto y que, en consecuencia, al hablar del concepto de delito pasa a ser una idea rectora límite en la lucha que el Estado emprende contra la delincuencia.

La inculpabilidad se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable. Opera cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad, es el error del tipo.

En relación con la punibilidad, se estima que la misma hace énfasis en aquella conducta a la que se puede aplicar una sanción o pena jurídica, es decir, que la punibilidad significa la posibilidad de aplicar pena; atendiendo a esto, no a cualquier delito se le puede aplicar pena. Una vez que el delito se ha manifestado en su forma típica y en sus formas antijurídica y culpable, corresponde imponer una pena como lógica consecuencia jurídica.

La categoría de la punibilidad se va a fundamentar en la diferencia entre merecimiento de la pena y necesidad de imponerla. Como elemento del delito, no



considera constituido el delito si no están satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad. Este aspecto implica determinar la particularidad de los delitos y que, en ese sentido, la pena viene a constituir una consecuencia del mismo, principalmente en aquellos aspectos relacionados con el daño ocasionado al bien jurídico tutelado y, por consiguiente, a la sociedad en general.

El delito es, esencialmente, todo acto señalado con una pena, y es en este contexto donde se fundamenta el accionar de los Fiscales del Ministerio Público, básicamente, con la finalidad de sustentar sus acusaciones, con el firme propósito de que se cumpla con la serie de condiciones objetivas de punibilidad que caracterizan a los delitos en general dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, esencialmente los aspectos preceptuados en el Código Procesal Penal (1992) vigente.

El delito es un acontecimiento típico antijurídico e imputable; regularmente expresa una acción típicamente antijurídica y culpable. Es, por lo tanto, un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se haya conminado con una pena, o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.

Con el desarrollo de los principales elementos positivos del delito, se estima que la impunidad en los delitos contra la vida en grado de tentativa cometidos en los últimos cinco años en la República de Guatemala, no puede comprenderse con precisión sin efectuar el abordaje de los elementos negativos del delito y, con ello, garantizar un mayor grado de comprensión para presentar una eventual solución a la misma.

Es así como, en cuanto al elemento negativo referente a la ausencia de acción o falta de acción, se refiere al conjunto de circunstancias que, al ser



consideradas o analizadas en determinados casos, excluyen la responsabilidad del sujeto activo que ha observado un comportamiento, que, de no mediar esa falta de acción, constituiría una acción delictiva. De esta cuenta, se considera que no existe acción en el caso de que se emplee en contra de una persona, fuerza física irresistible que se obliga a cometer un acto que no cometería de no mediar la misma. En virtud de que el derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad.

El Código Penal (1973), declara exento de responsabilidad criminal a quien obra violentado por una fuerza irresistible. La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente.

Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta, de tal forma que no deje ninguna opción para quien la sufre. En ese sentido, si la fuerza no es absoluta, quien la sufre puede resistirla, o, por lo menos, tiene esta posibilidad; no cabe apreciar esta eximente. La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona o incluso, más dudosamente, de fuerzas naturales.

La doctrina estima que los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, estados pasionales) no pueden servir de base a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto no excluye que puedan servir de base a la apreciación de otras eximentes, como la de trastorno mental transitorio, que excluyen o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

La consecuencia principal de la apreciación de esta eximente es que quien violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y quien actuó violentado por la fuerza irresistible no



sólo no responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro que es el verdadero responsable.

Seguidamente, dentro de los elementos de índole negativa, se encuentra, también, la ausencia de tipo o atipicidad; se requiere tener en consideración que éste es el fenómeno en virtud del cual una determinada conducta humana no encaja exactamente en algún tipo legal y, por lo mismo, no es posible sancionarla en el campo penal, porque esto atentaría contra el principio de legalidad, ya que no se encuentra previamente calificada como delito; el acto ejecutado no coincide con ninguna de las conductas descritas por la Ley penal.

La doctrina establece, regularmente, dos modalidades de atipicidad, siendo la primera conocida como atipicidad relativa, la cual, en gran medida, se caracteriza porque la conducta observada no se subsume plenamente en un tipo penal determinado por ausencia de, al menos, uno de sus elementos constitutivos. La segunda implica, realmente, inexistencia de un tipo penal que describa la conducta en examen, y suele denominarse atipicidad absoluta.

De esa cuenta, el tipo de atipicidad se refiere a la falta de adecuación típica que distingue este fenómeno puede referirse a uno cualquiera de los elementos que integran el tipo, así: los sujetos, la conducta o el objeto. Habrá atipicidad relativa en relación con los sujetos -activo o pasivo-, cuando el hecho descrito en la ley penal es realizado por persona que no reúne las condiciones señaladas en el tipo, o cuando el titular del bien jurídico vulnerado tampoco presenta dichas calidades.

En función de esta consideración, la atipicidad absoluta supone este fenómeno de que la conducta examinada no sea subsumible en ningún tipo penal, porque no está, en absoluto, descrita en la ley como hecho punible. Hay, pues,



en este caso, una verdadera ausencia de tipo y, por ende, imposibilidad de aplicar sanción alguna, de conformidad con el principio según el cual no hay delito sin tipicidad. La no incriminación de un hecho por ausencia total de tipo que la describa es, por otra parte, homenaje a la libertad ciudadana en los Estados democráticos, puesto que permite al hombre realizar cualquier actividad sin temor de que por ella pueda ser objeto de represión punitiva, en tanto tal conducta no esté previamente descrita como ilícita en la ley.

Derivado de ello, resulta importante señalar que, en cuanto a estos aspectos negativos del delito, la tipicidad sí se encuentra definida en el Decreto 17-73, Código Penal (1973), aunque en la práctica se concretan de manera relativa estos dos tipos de atipicidad, y que es necesario regular o reformar dichos aspectos en el Código en mención, a efecto de garantizar que se tipifiquen con precisión los delitos medioambientales en el marco jurídico guatemalteco.

En lo que concierne a las causas de justificación, se estima que es el lado negativo de la antijuridicidad, ya que lo constituyen determinadas circunstancias que el ordenamiento jurídico reconoce como justificativas de la acción de determinada persona, despojándole de su antijuridicidad, aun cuando en circunstancias normales debería sancionarse porque lesiona un bien jurídico tutelado. En el artículo 24 del Código Penal (1973) se definen las causas de justificación de una conducta normalmente antijurídica de una persona, siendo éstas: la legítima defensa, el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho.

En cuanto al elemento negativo de la inimputabilidad, se presenta en forma general cuando los individuos están en el pleno goce de sus facultades físicas, mentales y volitivas, pues se les considera con aptitud para conocer la naturaleza del acto que realizan. Las causas de inimputabilidad son verdaderas exenciones



de responsabilidad penal, porque la imputabilidad está ausente.

Derivado de ello, entre las causas de inimputabilidad está reconocida la falta de desarrollo mental, la cual puede comprender la minoría de edad y la sordomudez, la enajenación mental (falta de salud mental) y el trastorno mental que abarca la embriaguez.

La minoría de edad como causa de inimputabilidad está establecida buscando la seguridad jurídica, de un modo tajante que no admite gradación. De tal modo, pues, que sólo a partir de los dieciocho años se puede responder, y no antes, a la responsabilidad penal, aunque en el caso concreto se pudiera demostrar que el menor de esa edad tiene la capacidad de culpabilidad suficiente; y en lo relativo a la enajenación y el trastorno mental transitorio, inciden de lleno en la capacidad de motivación y, con ello, se convierte en la causa de inimputabilidad por excelencia.

Ahora bien, en cuanto al elemento concerniente a las causas de inimputabilidad, es consistente señalar que el mismo se presenta cuando el sujeto activo de un delito puede ser responsable por haber actuado con la voluntad de ejecutarlo; ante ello, se estaría ante una forma específica de dolo, con imprudencia, negligencia o impericia; de esto se estaría configurando lo que se conoce como culpa por determinarse a realizar un hecho leve con un resultado más grave fuera de su previsión; es decir, en la que no existe un dolo determinado, pero sí la intención de causar un daño, a lo cual la doctrina le denomina la preterintención.

Acorde con ello, la Ley reconoce estos grados de culpabilidad, cuando en la ejecución de un acto no existe dolo, culpa, o bien un resultado que no se tenía previsto, con lo cual, en definitiva, se actualiza el elemento negativo de la



culpabilidad; esto, en realidad, corresponde a las causas de inculpabilidad. El artículo 25 del Código Penal (1973) regula como causas de inculpabilidad: el miedo invencible, la fuerza exterior, el error, la obediencia debida y la omisión justificada.

Derivado de la serie de conceptos vertidos con anterioridad, al efectuar el análisis correspondiente de este apartado, se puede decir que las causas de inculpabilidad, al igual que las causas de inimputabilidad y las causas de justificación, se consideran como eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo y, en este caso, porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente, no está justificado. En ese sentido, las causas de inculpabilidad son el negativo de la culpabilidad como elemento positivo del delito y surgen, precisamente, cuando en la comisión de un acto delictivo no concurre tanto el dolo, o, bien, culpa, y menos aún la intencionalidad de provocar un daño mucho mayor del que se creía inicialmente.

En este mismo contexto, se requiere considerar como un aspecto central negativo del delito, la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, y, para ello, se estima que el mismo se presenta cuando no se dan las circunstancias descritas a manera de modalidades del tipo funcional como formas atípicas que destruyen la tipicidad. Cuando en la acción del sujeto faltan las condiciones objetivas de punibilidad, evidentemente, tal conducta no puede ser sancionada.

Siempre en ese mismo contexto, es de particular interés destacar como el último de los elementos negativos del delito, a las excusas absolutorias; para ello, se estima pertinente efectuar la aproximación doctrinaria hacia las mismas.

Respecto de las excusas absolutorias, el tratadista Cuello Calón (1997) expone que:



El delito impune en ciertos casos declarados en la Ley. Se trata de casos como la inmunidad de los jefes de Estado extranjeros y de los representantes extranjeros, los cuales son una causa personal de exclusión de la punibilidad que deja en pie la existencia de la antijuridicidad y de la culpabilidad, pero además de estas causas de impunidad y de justificación, existen otras llamadas excusas absolutorias mediante cuya concurrencia, hechos definidos por la Ley como delitos quedan impunes. Se diferencia de las causas de inimputabilidad y de justificación en que el acto ejecutado es antijurídico y culpable, hay delito como también delincuente, pero no se castiga. La excusa absoluta es en realidad un perdón legal. (p. 289)

A partir de esta consideración doctrinaria, se estima que las excusas absolutorias son verdaderos delitos sin pena, porque a pesar de que existe una conducta típicamente antijurídica, culpable, imputable a un sujeto responsable, éste no se castiga atendiendo a cuestiones de política criminal que se ha trazado el Estado en atención a conservar íntegros e indivisibles ciertos valores dentro de una sociedad.

Dentro de la legislación guatemalteca, están contempladas excusas absolutorias en los artículos: 137, 139, 153, 172, 200, 280 y 476 del Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal (1973).

Con todo este bagaje doctrinario, se considera haber alcanzado los propósitos de describir detalladamente los elementos positivos y negativos que se encuentran inmersos, y que, necesariamente, deben tenerse en consideración para la calificación, intimación y tipificación correspondiente, principalmente en torno a la primera, pues si desde un inicio no se encuentra debidamente determinado, las posibilidades de que se realice una investigación objetiva y, por ende, eficiente, son limitadas.

4.7. Desarrollo de Tipos Penales Abiertos en delitos de violencia contra la



mujer

Para realizar el análisis específico sobre los delitos previstos en la norma especial del Decreto 22-2008, Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, se ejemplifica con lo que indica el artículo 7:

“Violencia contra la mujer. Comete el delito de violencia contra la mujer quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias:

- a. Haber pretendido, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer
o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la
víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral, educativa o religiosa.
- c. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- d. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales,
o cometiendo actos de mutilación genital.
- e. Por misoginia.

La persona responsable del delito de violencia física o sexual contra la



mujer será sancionada con prisión de cinco a doce años, de acuerdo con la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.”

Aquí es donde se determina que se complementa con cinco incisos; no es como el ejemplo visto al inicio del capítulo de homicidio: quien diere muerte tendrá una sanción; sin embargo, acá se complementa con los incisos del a. al e., donde amplía las circunstancias en las que pueda cometerse el delito, lo que da lugar a un análisis extensivo de distintos criterios interpretativos de los juzgadores, pues cada uno se ajusta a una condición como mujer víctima de violencia por parte de su agresor.

En el mismo sentido, se hace referencia a que la violencia psicológica contra la mujer será sancionada con prisión de cinco a ocho años, de acuerdo con la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.

4.8. Vulneración al Principio de Legalidad en los Tipos Penales Abiertos de violencia contra la mujer

Previo a determinar la vulneración del principio de legalidad en los tipos penales abiertos, es importante establecer la función e importancia del principio de legalidad penal en Guatemala. Entre los principios que deben guiar y regir el derecho penal, es necesario destacar la importancia que reviste para éste el principio de "*legalidad nullum crimen nulla poena sine lege*", considerado por la mayoría de los estudiosos de la ciencia penal, con toda razón, como el pilar sobre el cual se debe fundar toda la edificación del derecho penal. Es importante resaltar que la doctrina no está de acuerdo en cuanto a cuáles son todos los principios que deben regir al derecho penal; no obstante, este principio es reconocido casi



universalmente por las legislaciones de países civilizados y actualizados en lo que respecta a sus conductas.

El delito y la pena deben estar definidos en la ley, para que la pena produzca su función, en cuanto al delito de violencia contra la mujer, físicamente, psicológicamente, sexualmente, o económicamente, tomando en cuenta que deben considerarse delitos cerrados, pues si se trata de una agresión debería ser específica, no de segundos preceptos que dan lugar a interpretar fuera de la ley el tipo penal:

Lo anteriormente expuesto, tomando en consideración que la legalidad busca lo siguiente:

- a. Toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación del Derecho exterior, y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna.
- b. La existencia de una pena supone una ley penal anterior; la existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada, y el acto legalmente amenazado está condicionado por la pena legal.
- c. La tipificación de las conductas delictivas, toda vez que en un verdadero estado de derecho el cumplimiento de las exigencias que presenta el principio de legalidad se manifiesta en el grado de precisión para describir las conductas prohibidas por la ley penal y para determinar las penas que se aplicarán a las personas que realicen las acciones prohibidas.



Es por ello por lo que el órgano Legislativo en un Estado desempeña un papel fundamental para que el principio de legalidad funcione realmente en el ordenamiento jurídico penal, ya que su mayor o menor técnica legislativa para listar las conductas consideradas como delictivas y la graduación de las penas con las que se debe sancionar cada una de ellas, condiciona la eficacia o ineficacia de este principio.

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

Para efectos del aporte principal al derecho positivo, es pertinente analizar en forma resumida la subdivisión del principio de legalidad, en la forma siguiente:

a. *Lex Scripta*

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

b. *Lex Stricta X*

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

c. *Lex Certa*



Es lo fundamental del principio de legalidad penal, también denominada de taxatividad, que constituye un mandato dirigido exclusivamente al legislador, quien está obligado a redactar con la mejor precisión posible la conducta delictiva, no existiendo posibilidad alguna de atribuir dicha función al poder judicial; de lo contrario, se vulneraría el principio de separación de poderes, tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala (1985) y el "*nullum crimene sine lege*", Principio de legalidad.

d. *Lex Praevia*

Que los hechos calificados como delitos deben ser juzgados bajo las leyes penales vigentes en el momento de su comisión; en ese sentido, no puede juzgarse a una persona en el momento de la comisión de un hecho delictivo.

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

En cuanto al problema identificado en el Decreto 22-2008, éste se da por la vulneración del principio de legalidad en los tipos penales abiertos, de delito de violencia contra la mujer, toda vez que el legislador al no dejarlas reguladas, el juez está facultado para crear nuevas figuras delictivas, en virtud de que la



conducta de una persona a quien se le atribuye un hecho delictivo y sometido a su judicatura no se encuadra en los tipos penales; caso típico, lo contemplado en el artículo 7 de la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer (2008).

La solución a la problemática planteada es que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Decreto 22-2008, con el objeto de que se modifiquen los tipos penales de Violencia contra la mujer, y no dé lugar a interpretar (cada quien) a su manera dichas normas en perjuicio del sindicado.



CONCLUSIONES

1. Al finalizar la tesis se puede determinar que sí se comprobó la hipótesis sobre la aplicación del criterio judicial en la tipificación de delitos contenidos en el artículo tres, incisos c) y m), de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Por la falta de taxatividad, constituyen tipos penales abiertos, toda vez que, en entrevistas realizadas a jueces de primera instancia penal y de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, así como jueces del Tribunal de sentencia penal de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer y violencia sexual, indicaron los entrevistados que en ningún momento los artículos que tratan sobre los tipos de violencia contra la mujer se determinan a una sola conducta; más bien, se complementan con otro artículo; inclusive, en la violencia psicológica se considera una consecución de hechos para probar este tipo de violencia, lo que obliga a los jueces a interpretarlos extensivamente, incluso, haciendo uso de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para acreditar los hechos y arribar a una sentencia condenatoria; lo que buscan esos delitos es proteger a las víctimas de hechos de violencia, por considerarse un grupo vulnerable.
2. Se considera que los tipos penales abiertos se limitan a respetar derechos constitucionales, como la igualdad entre seres humanos ciudadanos guatemaltecos, el principio de inocencia y demás garantías constitucionales que se limitan a órganos de justicia especializados, lo cual hace que se vulneren de alguna forma ciertos derechos propios del ser humano, por lo considerado en el Decreto 22-2008.
3. Se determina que el derecho penal es el medio de control social, pues prevé



una conducta y determina una sanción, que es muy distinto a lo que refiere el artículo de homicidio: a quien diere muerte a una persona se le sancionará con una pena de (...), a lo que indica el tipo penal de violencia contra la mujer en sus diferentes manifestaciones, tanto física, psicológica, sexual y económica, cuya interpretación es amplia.

4. Se determina que las reglas y principios del proceso penal también se limitan a considerar la aplicación de las normas sustantivas; sin embargo, al referir tipos penales abiertos se aplica la sana crítica razonada al cumplimiento de los elementos específicos de la conducta; en el caso de los delitos de violencia contra la mujer, se valora, se interpreta de forma extensiva la ley específica y, necesariamente, se aplican fallos jurisprudenciales y doctrina.

BIBLIOGRAFÍA

- Armenta Deu, T. (2019). *Sistemas y Principios del Proceso Penal*. Barcelona: FUOC.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis.
- Berducido Mendoza, H. E. (2004). *Derecho Penal (Parte General)*. Fenix.
- Bobbio, N. (1982). *Presente y porvenir de los Derechos Humanos*. Madrid, España: Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- Carmignani, G. (1992, p. 145). *Elementos de derecho criminal*. Bogotá Colombia: Temis.
- Castro Maradiaga, J. B. (2005). *Las etapas del iter criinis y su aplicación práctica*



en los tipos de injusto de homicidio y asesinato. Managua, Nicaragua.

Chiriboga Galo, H. (1995). *Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Ildis.

Cobo Del Rosal , A. (1987). *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Cordini, N. S. (2017). *Delitos de organización: Los modelos de conspiración y asociación criminal en el derecho interno y en el derecho internacional*. Santa Fe, Argentina: Universidad del Litoral.

Corte de Constitucionalidad. (1988). *Gaceta No. 9, Expediente 230-88*. Guatemala.

Cuello Calón, E. (1971). *Derecho Penal. Parte general*. Madrid, España: Bosch.

Cuello Calón, E. (1997). *Derecho Penal, Tomo I Parte General*. España: Babarias.

De León Velasco, H. A., & De Mata Vela, J. (2010). *Derecho Penal guatemalteco*. Guatemala: Magna Terra.

Devis Echandía, H. (1978). *Compendio de Derecho Procesal*. El Salvador.

Diez Ripollés, J. L. (2001). *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*. Impresos Industriales.

Flores Gómez, F., & Carvajal Moreno, G. (1986). *Nociones de derecho positivomexicano*. México D.F.: Porrúa.

Florián, E. (1996). *Elementos de Derecho Procesal Penal. España: . España: Bosh. .*

Gillibrand, Z. J. (s.f). *Derecho Penal*. s.l.i: s.e.

Guerra Duarte, L. K. (2007). *Análisis jurídico de las incongruencias de los delitos de asociación y conspiración regulados en el Código Penal y la Ley Contra la Delincuencia Organizada*. Guatemala.



- Hernández Flores, Y. (2008). *Importancia de la Debida Protección de los Derechos Humanos del Adulto Mayor en la Sociedad Guatemalteca*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Hikal, W. (2010). *Criminología. Derechos Humanos y garantías individuales*. Buenos Aires, Argentina: Porrúa.
- Islas de González, M. O. (1985). *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*. México: Trillas.
- Jescheck, H. H. (2004). *Tratado de Derecho Penal*. UNAM.
- Jiménez De Asua, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*. Argentina: Abeledo Perrot.
- Jiménez de Asua, L. (2001, p. 5-6). *Teoría del delito*. Buenos Aires, Argentina: Sudamericana.
- López Guardiola, S. G. (2012). *Derecho Penal*. México D. F.: Red Tercer Milenio.
- Maier, J. B. (2004). *Derecho Procesal Penal Fundamentos (2da. ed.)*. Buenos Aires: del Puerto. .
- Martínez Escamilla, M., Martín Lorenzo, M., & Valle Mariscal, M. (2012). *Derecho Penal. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Madrid, España.
- Martínez Kelly, M. M. (2006). *Aportes para una política ambiental en Guatemala*. Guatemala.
- Medina Peñalosa, S. (2001). *Teoría del delito, causalismo, finalismo e imputación objetiva*. México D.F.: AE.
- Molina Carrillo, J. G. (2005). Los derechos políticos como derechos humanos en México. *IUS*.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2002). *Derecho penal, parte general*. España: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*.



España: Tirant Lo Blanch.

Ossorio, M. (2001). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*.

Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Pereznieto Castro, L., & Ledesma Mondragón, A. (1992, p. 9). *Introducción al estudio del Derecho*. España: Harla.

Pineda Sandoval, M. (1978). *Fundamentos de derecho*. Guatemala: Serviprensa S.A.

Piza Escalante, R., Piza Rocafort, R., & Navarro Fallas, R. (2008). *Principios constitucionales*. San José, Costa Rica.

Politoff, S., Matus Acuña, J. P., & Ramírez, M. C. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.

Poroj Subbuyuj, O. A. (2007). *El proceso penal guatemalteco: generalidades, etapa preparatoria, etapa intermedia y la vía recursiva*. Guatemala: Magna Terra.

Porrúa Pérez, F. (2002). *Teoría del Estado, Trigésima quinta edición*,. Mexico: Porrúa.

Quintanilla González, J. A. (2014). *Derecho Penal Mexicano. Parte general y*. México D.F.: Porrúa.

Rey Pérez, J. L. (2007). *La naturaleza de los derechos sociales*. Madrid, España: ICADE.

Sainz Cantero, J. A. (1990). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. España: Bosch.

Secretaría de la Paz, Presidencia de la República. (2006). *Los Acuerdos de Paz en Guatemala*. Guatemala: Gobierno de la República de Guatemala.

Trujillo, J. C. (1994). *Teoría del Estado en Ecuador: estudio de derecho constitucional*. Quito, Ecuador: Nacional, Editora Ecuador.



Welzel, H. (1986). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma.

Legislación Referenciada:

Constitución Política de la República de Guatemala (1985). Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Guatemala.

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

Código Procesal Penal (1992). Congreso de la República de Guatemala. Decreto 52-92. Guatemala, 1992.

Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia en Contra de la Mujer, Congreso de la República de Guatemala. Decreto 22-2008. Guatemala, 2008.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 97-96. Guatemala 1996.

Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, Congreso de la República de Guatemala. Decreto No. 7-99. Guatemala 1999.

Ley de Desarrollo Social. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 42-2001. Guatemala 2001.