

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

**ANTINOMIA ENTRE LO REGULADO EN LA LEY Y LO ESTABLECIDO EN EL
REGLAMENTO DE PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO EN AGENTES DE
SEGURIDAD PRIVADA**

EDWIN ALEJANDRO GÁMEZ

GUATEMALA, MARZO DE 2023

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

**ANTINOMIA ENTRE LO REGULADO EN LA LEY Y LO ESTABLECIDO EN EL
REGLAMENTO DE PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO EN AGENTES DE
SEGURIDAD PRIVADA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDWIN ALEJANDRO GÁMEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2023

Guatemala, marzo de 2023
**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Vocal: Lic. Edson Roberto Bautista
Secretaria: Licda. Karina Amaya

Segunda Fase:

Presidenta: Lic. Doris de María Sandoval Acosta
Vocal: Licda. Rosa Elida Guevara Pineda
Secretario: Lic. Diego Caj Cal

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

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
PRIMER NIVEL EDIFICIO S-5

REPOSICIÓN POR: Corrección de datos
FECHA DE REPOSICIÓN: 20/09/2021

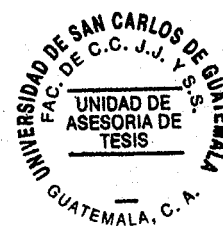


Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. veintiseis de julio de dos mil veintiuno

Atentamente pase al (a) profesional **GABRIEL ALBERTO PELLECEER CASTRO**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **Edwin Alejandro Gámez**, con carné **201514565** intitolado **ANTINOMIA ENTRE LO REGULADO EN LA LEY Y LO ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO DE PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO EN AGENTES DE SEGURIDAD PRIVADA**. Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



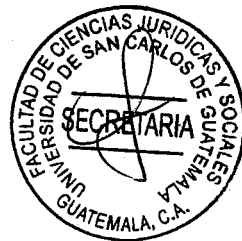
Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción: 21 / 09 / 21

(f)
Gabriel Alberto Pelleceer Castro
Asesor(a)
(Firma y Sello)

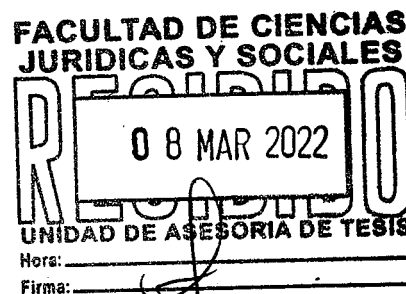


LICENCIADO GABRIEL ALBERTO PELLECCER CASTRO
ABOGADO Y NOTARIO
6 ta calle oriente casa número 7 antigua Guatemala
Sacatepéquez
Teléfono 3176 5731



Guatemala, 8 marzo de 2022

Licenciado Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Herrera:

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, procedí a asesorar el trabajo de tesis del estudiante Edwin Alejandro Gámez, intitulado "ANTINOMIA ENTRE LO REGULADO EN LA LEY Y LO ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO DE PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO EN AGENTES DE SEGURIDAD PRIVADA", motivo por el cual emito el siguiente

DICTAMEN:

- a. Contenido científico y técnico de la tesis: considero que el tema investigado por el bachiller en Ciencias y Letras Edwin Alejandro Gámez es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, ya que el mismo se enfoca desde la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales tanto nacionales como internacionales relacionados con el tema.
- b. Metodología y técnicas de investigación utilizadas: la estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de metodología concerniente al método inductivo y sintético. En lo que concierne a las técnicas de investigación documentales, comprobándose con ello que se hizo uso de la recolección de la bibliografía actualizada.
- c. Redacción: la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a la claridad y precisión



LICENCIADO GABRIEL ALBERTO PELLECCER CASTRO
ABOGADO Y NOTARIO
6 ta calle oriente casa número 7 antigua Guatemala
Sacatepéquez
Teléfono 3176 5731



- d. Contribución científica: el aporte que el tema investigado por la sustentante brinda, es hacer notar la importancia de: los parámetros necesarios de la carrera judicial para una efectiva administración de justicia.
- e. Conclusión discursiva: mediante el desarrollo de la presente investigación, se pudo establecer que los requisitos para las mismas cumplen con los objetivos propuestos.
- f. Bibliografía utilizada: cabe destacar que la bibliografía utilizada es reciente, acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en la investigación realizada.
- g. Expresamente declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con los requisitos exigidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, suscribo la presente como su amable servidor.

LICENCIADO
GABRIEL ALBERTO PELLECCER CASTRO
Colegiado 19070

Gabriel Alberto Pelleccer Castro
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA

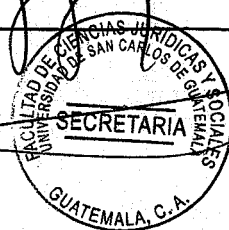
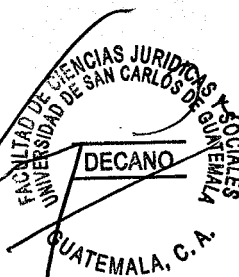
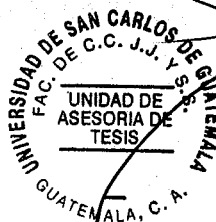
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, ocho de marzo de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EDWIN ALEJANDRO GÁMEZ, titulado ANTINOMIA ENTRE LO REGULADO EN LA LEY Y LO ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO DE PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO EN AGENTES DE SEGURIDAD PRIVADA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/SAQO





DEDICATORIA

A DIOS:

Su gran amor es el motor que me ha dado la fortaleza para llegar a donde estoy y día con día me dio ánimo para seguir, aunque cayera me levantaba con su fidelidad, ha sido mi guía espiritual para llegar a este momento.

A MI MADRE:

Desde el cielo al lado de nuestro Padre Celestial me ve y es mi guía para prepararme cada día mejor y está siempre en mi corazón, porque aun la siento conmigo, es quien me da la fuerza de voluntad para ser un ser humano con buenos sentimientos hacia mis semejantes.

A MI FAMILIA:

Por estar siempre apoyando mi proyecto de vida y ver cómo me graduó para ser una persona profesional y seguir en la lucha a favor de los más desprotegidos y velar por las injusticias.

A MIS AMIGOS:

Por el apoyo en momentos de necesidad y estar allí cuando las cosas se ponían cuesta arriba.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme la oportunidad de estudiar en prestigiosa casa de estudios profesionales y al pueblo



de Guatemala por el aporte constitucional el cual
devolveré con servicio social.

A:

La facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por el
apoyo que me dio durante mi carrera, tanto en las aulas
como fuera de ellas.



PRESENTACIÓN

La investigación corresponde a la disciplina jurídica, es tipo cualitativo y pertenece a la rama del derecho público, encuadrado específicamente al derecho penal y procesal penal, actualmente el desconocimiento del Decreto “52-2010” Ley que regula los servicios de seguridad privada, le solicitan al agente de seguridad privada, una “Licencia de Portación de Armas de Fuego”, pero es evidente que esta ley especial, y el Artículo 79 de la Ley de Armas y Municiones, establece que ellos no utilizan “Licencia de Portación de Armas de Fuego”, sino una credencial según lo regula la literal e) de dicha ley; así como únicamente reciben una sanción pecuniaria al no portar el referido carné según lo regulado en el Artículo 59. Literal h).

El objeto de estudio es establecer por medio de la investigación se pretende determinar si existe antinomia entre lo regulado en la ley y lo establecido en el reglamento de portación de armas de fuego en agentes de seguridad privada. Por medio de una crítica jurídica los alcances del Decreto “52-2010” Ley que regula los servicios de seguridad privada con relaciona a las incidencias procesales del delito de portación de armas de fuego en agentes de seguridad privada distribuidos en todo el territorio nacional y así aplicar la ley que beneficie a los agentes de seguridad privada, para que la aplicación sea a los propietarios de referidas empresas.

Para tal efecto, se utilizó el método de investigación científico en sus diferentes fases de campo, demostrativa y expositiva; se llevó a cabo en el periodo del año 2015 al 2020 y esta investigación será de beneficio para los agentes de seguridad privada que prestan sus servicios a todas las empresas de seguridad privada registradas en el Ministerio de Gobernación.



HIPÓTESIS

En el Código Procesal Penal, aparecen las medidas desjudicializadoras explicadas como instituciones que por su naturaleza pueden ser el criterio de oportunidad, la conversión, la mediación y la suspensión provisional de la persecución penal, todas ellas deben aplicarse conforme a los principios del sistema acusatorio, en audiencias orales y públicas, con inmediación del juez y que tienen la finalidad específica de descargar a los tribunales de procesos que pueden ser solucionados con acuerdo de la víctima y la parte acusada, en delitos menos graves y que debe tomar en consideración la forma en que ha procedido el imputado al intentar reparar el daño ocasionado y la actitud de la víctima en sentirse satisfecha por la reparación del perjuicio surgido. El Artículo 79 de la Ley de Armas y Municiones, establece que el no tener “Licencia de Portación de Armas de Fuego”, sino una credencial según lo regula la literal e) de dicha ley por lo que la falta de unificación de criterios o desconocimiento de una ley más benigna repercute en una aplicación inadecuada de la ley.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

El método de comprobación de hipótesis utilizado fue el descriptivo, analítico, comparativo y bibliográfico, ya que se comprobó la hipótesis determinando la naturaleza de la realidad, al presentar una investigación elaborada sobre la base de aspectos doctrinarios, sociales, legales y humanos de forma objetiva y práctica, respecto a las leyes vigentes en el país en materia procesal penal, así como buscar mejorar las medidas desjudicializadoras.

En cuanto a los principios y comprobaciones, utilizados para argumentar la hipótesis, estos fueron los principios filosóficos, al establecer la necesidad que permite demostrar si existe antinomia entre lo regulado en el Artículo 79 de la Ley de Armas y Municiones y lo que regulan los Artículos 74 y 75 del Reglamento de Portación de Armas de Fuego en Agentes de Seguridad Privada.

ÍNDICE



CAPÍTULO I

1. La pena.....	1
1.1. Definiciones de la pena	3
1.2. Fines de la pena	7
1.3. La pena desde el punto de vista de la dogmática jurídica (Constitución Política de la República de Guatemala)	11

CAPÍTULO II

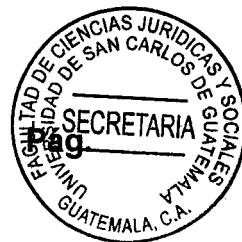
2. Portación de armas de fuego.....	21
2.1. Ley de Armas y Municiones.....	21
2.2. Origen de las armas de fuego en la legislación	25
2.3. Clasificación de las armas de fuego	28
2.4. Evolución de la penalización de las armas de fuego	32

CAPÍTULO III

3. Antinomia del derecho.....	35
3.1. Diversos criterios	35
3.2. Definición de antinomia	37
3.3. Clases de antinomias	37
3.4. Ámbito de validez	54

CAPÍTULO IV

4. Antinomia entre lo regulado en la Ley y lo establecido en el Reglamento de portación de armas de fuego en agentes de seguridad privada.....	55
4.1. El derecho penal enemigo	59
4.2. La aplicación del derecho penal del enemigo en los delitos de portación ilegal de armas de fuego	61
4.3. Las medidas desjudicializadoras	63



4.4. Medidas desjudicializadoras	65
4.5. El criterio de oportunidad	66
4.6. El criterio de oportunidad en Guatemala.....	67
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71



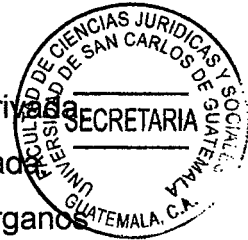
INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación denominado: “Antinomia entre lo regulado en la ley y lo establecido en el reglamento de portación de armas de fuego en agentes de seguridad privada”, se trata de exponer actualmente el desconocimiento del Decreto “52-2010” Ley que regula los servicios de seguridad privada, le solicitan al agente de seguridad privada, una “Licencia de Portación de Armas de Fuego”, pero es evidente que esta ley especial, y el Artículo 79 de la Ley de Armas y Municiones, establece que ellos no utilizan “Licencia de Portación de Armas de Fuego”, sino una credencial según lo regula la literal e) de dicha ley anterior.

El personal de la empresa de seguridad que porte el arma de fuego, acreditará su portación mediante credencial extendida por la DIGECAM.

Sin embargo en el caso, que en consecuencia al bajo grado de escolaridad de los agentes de seguridad privada, el descuido o falta de interés de las empresas de seguridad privada y el desconocimiento de una ley y requisitos especiales y distintos a los de los civiles, por parte de la PNC y órganos jurisdiccionales, al momento que el agente de seguridad privada, pierde, olvida, está vencida o no porta o su patrono no le entrega esta credencial, inmediatamente la PNC y/o el órgano jurisdiccional contralores, encuadran y asumen su conducta como una “PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO” claramente el Artículo 79 de la Ley de Armas y Municiones, párrafo final establece que el control y uso de las armas de las empresas y prestadoras de servicios privados de seguridad legalmente autorizadas, se regirán por la ley especial, estatutos y demás disposiciones legales que regulen su organización y funcionamiento.

Y el reglamento del Decreto 52-2010 Ley que Regula los Servicios de Seguridad Privada, en su Artículo 74 y 75, establece que el no portar consigo el carnet respectivo, tenerlo vencido, o que el patrono no lo haya entregado o tramitado, es constitutivo de



una falta administrativa ante la Dirección General de Servicios de Seguridad Privada del Ministerio de Gobernación, ente regulador de las empresas de seguridad privada. Como ha sucedido, obviando por parte de la Policía Nacional Civil y órganos jurisdiccionales, la aplicación de la ley más benigna y según experiencia propia, en la mayoría de las ocasiones los han ligado a proceso por este delito y en algunos casos han sido condenados, en la etapa intermedia se les ha otorgado un sobreseimiento, es decir no existe una unificación de criterios o existe un desconocimiento de aplicar la ley que beneficie al infractor o simplemente el sector justifica no resuelve conforme a derecho; por lo expuesto se tiene por objeto la aplicación del Reglamento de Portación de armas de fuego en agentes de seguridad en sus artículos 74 y 75 Decreto 52-2010

La tesis contiene cuatro capítulos, en el primero, se desarrolló lo referente a la pena; en el segundo se describió lo relacionado a la portación de armas de fuego; se enfocó en el tercero, la antinomia del derecho; por último, en el capítulo IV, se enfoca la antinomia entre lo regulado en la Ley y lo establecido en el Reglamento de portación de armas de fuego en agentes de seguridad privada.

Los métodos empleados fueron el deductivo, inductivo y analíticos mismo que ampara la investigación, deduciendo conceptos y sistematizando las diferentes doctrinas encontradas durante el desarrollo de esta. Las técnicas utilizadas fueron la investigación documental, el fichaje y el análisis del contenido legal de la legislación en materia de armas existente en la República de Guatemala.

En consecuencia, el trabajo constituye un análisis de la inaplicación de la ley más benigna para el infractor de la misma en la portación de armas de fuego en Guatemala en cumplimiento del Reglamento de portación de armas de fuego en agentes de seguridad privada, la necesidad de legislar tipos penales ágiles y congruentes que exista unificación de las penas con las faltas en lo posible, para no tener tendencia de confusión de parte de los jueces y llevar a cabo una justicia pronta y segura.



CAPÍTULO I

1. La pena

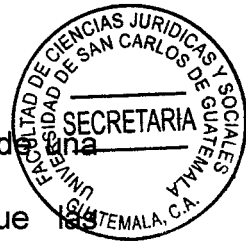
Para conocer el origen y significado de la pena: “A partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada lucha de escuelas, que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal. Mientras la llamada Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las teorías absolutas de la pena, la Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad expresándolo por medio de las “teorías” relativas modernas de la pena.”¹

Para estudiar la pena, hablan del periodo humanitario, lo siguiente: “Periodo 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 a como resultado un movimiento a favor de la humanización no sólo de las penas sino del procedimiento penal, toda vez que en la época de la venganza pública se iniciaron las torturas, los calabozos y toda clase de tormentos con la finalidad de castigar y obtener confesiones.”²

Conforme lo estudiado en relación a las penas se considera que no existe un tiempo donde se pueda precisar con exactitud un momento histórico que marque su

¹ Bacigalupo Zapater, Enrique. **Principios de derecho penal: Parte general**. Pág. 11.

² De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Pág. 19.



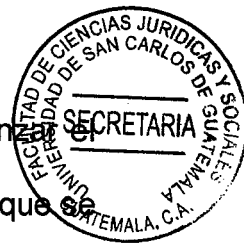
nacimiento; ya que su génesis se remota muchos años antes a la existencia de una sociedad jurídicamente organizada. Pero se debe tomar en cuenta que las características de las penas actuales son realmente distintas a la que en la antigüedad se le asignaron.

Como lo cita De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela, citando al filósofo Cesare Beccaria: “se ha dicho en aquella época un alegato en definitiva contra el tormento de las penas, aún se recuerdan sus palabras: Que derecho sino el de la fuerza será el que da potestad al Estado para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o es inocente; considero que la pena es tanto justa y útil cuanto más pronta y más vecina al delito cometido se encuentre.”³

También se considera que en sus inicios la pena fue concebida como un castigo o una venganza por un mal causado. Por lo tanto, se considera que en la antigüedad se marcaron los inicios de la organización social, ya que existían sufrimientos impuestos a los que no adecuaban sus actividades a las costumbres del grupo.

De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela, citan varios significados para la palabra pena: “Etimológicamente el término pena se le ha atribuido varios significados en la historia del Derecho Penal, así se dice que la misma se deriva del vocablo PONDUS, que quiere decir PESO; otros consideran que se deriva del sanscrito

³ **Ibíd.** Pág. 19.



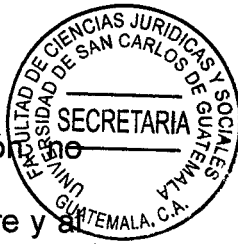
PUNYA, que significa pureza o VIRTUD (valores espirituales que debería alcanzar el delincuente a través del sufrimiento por el delito cometido); algunos otros creen que se origina del griego PONOS, que significa TRABAJO o FATIGA; y por último se considera que proviene de la palabra latina POENA, que significa castigo o suplicio. En cuanto a la terminológica jurídica en nuestro medio y en sentido muy amplio se habla de pena, sanción, castigo, condena, punición, etc. sin embargo, entendemos que desde el punto de vista strictu sensu estos términos podrían tener diversos significados.”⁴

Partiendo de aquí, se establece que, pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un mal que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. De acuerdo con el principio de legalidad, consiste en que toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión de este. Apotegma latino: nullum crime, nulla poena sine lege (no hay crimen ni pena sin ley).

1.1. Definiciones de la pena

Enrico Ferri citado por Luis Jiménez De Asúa, describió la pena de la siguiente manera: “Adjudicó este nombre con un sentido peyorativo, que no tiene en realidad la expresión clasicismo, y que es, más bien, lo consagrado, lo ilustre. Ferri quiso significar con este título lo viejo y lo caduco. En realidad, dentro de la escuela clásica hay muchas

⁴ **Ibíd.** Pág. 236.



variedades; así; por ejemplo, entre la teoría de la retribución y de la prevención hubo en su época similitud alguna. Pero cuando el positivismo concibió al hombre y al delito como objeto natural de la indagación, las muy diversas escuelas que existían pudieron ser unificadas por contraste.”⁵

Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela, expresan que: “La Escuela clásica la que en aquella época subrayó el carácter eminentemente científico de nuestra ciencia, cuya idea fundamental era la tutela jurídica. Sin embargo, no se puede hablar de un derecho penal clásico, sin exaltar la personalidad de su más grande, prodigioso y genuino representante, cual fue el maestro de la Real Universidad de Pisa, Francesco Carrara, en quien pueden resumirse los más importantes logros de aquella escuela.”⁶

Con los criterios planteados, la corriente clásica del derecho penal, sentó las bases para construir un coloso monumento jurídico que resplandeció sobre todas las construcciones penales alcanzadas hasta esa época, cuyos postulados más importantes podemos resumirlos de la manera siguiente:

“a) Respecto al Derecho Penal: Se consideró como una ciencia jurídica que debía estar incluida dentro de los límites que marca la ley, sin dejar nada al arbitrio del juez, cuyo fundamente debía ser la justicia limitada a las necesidades de defensa,

⁵ Lecciones de derecho penal. Pág. 22.

⁶ Op. Cit. Pág. 46.



buscando con ello la tutela jurídica, a través del estudio de tres temas fundamentales: El delito, la pena y el juicio penal.

- b) Respecto del Método: Consideraron que el método más apropiado para el estudio de su construcción jurídica era el Racionalista o Especulativo.
- c) Respecto al delito: Sostuvieron que no era un ente de hecho, sino un Ente Jurídico, una infracción a la ley del Estado.
- d) Respecto a la pena: La consideraron como un mal, a través del cual, se realiza la tutela jurídica, siendo la única consecuencia del delito.
- E) Respecto del delincuente: No profundizaron en el estudio del delincuente, más que como autor del delito, afirmando que la imputabilidad moral y el libre albedrío son la base de su responsabilidad penal.”⁷

Se considera que agrupan a los pensadores y tratadistas del derecho penal que, fundándose en el libre albedrío humano y en la eficacia de la pena como ejemplaridad general e individual tratan de imponer al delincuente un castigo con una pena tratando con ella de castigar el mal y al autor del ilícito, y así marcar la ley y hacer justicia, no obstante no estudiaban al delincuente más que como único culpable del delito, es por ello que las penas eran bastante drásticas e inhumanas, caso contrario a lo que sucede en la actualidad donde el delincuente también tiene un proceso de defensa técnica y las penas se aplican con proporción al mal causado.

⁷ **Ibíd.** Pág. 48.

Según Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela, los principales fundadores fueron los siguientes: “Es evidente aún en nuestros días, que la obra de Cesare Beccaria suele ser el antecedente inmediato más importante que impulso a la corriente clásica del Derecho Penal, esta corriente de pensamiento auténticamente jurídico penal, se inicia a principios del siglo XIX en la Escuela de Juristas como originalmente se denominó a la Escuela Clásica de nuestra ciencia, siendo sus más connotados representantes: Giandoménico Romagnosi, Pellegrino Rossi, Terencio Mamiani, Della Rovere, Carmignani, Luigi Luchini, Enrico Pessina, Francesco Carrara.”⁸ Se concluye que de acuerdo con Carrara, a quien se le considera el máximo exponente de esta doctrina, pues fue quien expuso diversas fuerzas morales y físicas. Además, es esta misma corriente donde también se establece la proporcionalidad entre el delito y las penas, dado que se excluyen las penas corporales e infamantes, se defiende como garantía suprema la inexistencia de delito para la ley positiva y defiende ardorosamente las garantías individuales en el procedimiento y en las condenas penales.

Para Luis Jiménez De Asúa los caracteres comunes de la escuela clásica son los siguientes:

- “a) Método lógico-abstracto puesto que el derecho Penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología.
- b) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral: Carrara dijo que no podía concebirse en el derecho Penal si no construirlo sobre esas bases.

⁸ **Ibíd.** Pág. 49.

- c) El delito como antijurídico, ya que es un ente de hecho, sino el concepto jurídico de que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de su sistema de derecho Penal.
- d) La Pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica. Es verdad que entre los penalistas de aquellas épocas hay algunos que no creen en el libre albedrío o que asignan a la pena un fin de defensa. Por eso Romagnosi, Feuerbach y Bentham se les ha llamado padres del positivismo.”⁹

1.2. Fines de la pena

Según la teoría de la retribución: “La idea de retribución, nos lleva a pensar en la famosa Ley del Talión la cual tiene fundamento religioso, obliga a que el daño sea reparado según su intensidad sanciona con relación con el tipo de delito cometido debido al significado que tiene para la comunidad, promoviendo simbolizar la sanción que se identifiquen con el daño producido, de esta manera la similitud de la venganza es para que el trasgresor padezca cual y como lo hizo, aplicándosele, como dice la sentencia bíblica ojo por ojo diente por diente.”¹⁰

Se considera que la retribución, como fin de la pena, es el método idóneo para castigar un hecho ilícito dentro del proceso penal, tomándose en cuenta el daño causado y el bien jurídico lesionado, así para la persona que deba sufrir la pena impuesta, además

⁹ Op. Cit. Pág. 22.

¹⁰ Roxin, Claus. **Derecho penal, parte general.** Pág. 13.

de ser un acto de castigo sea un acto de reconciliación con el pueblo y un acto de reflexión para encaminar su futuro a un mejor camino y no volver a delinquir.

Según Carlos Roxin: "La inicialización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore, la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. Sobre todo, la tercera de las posibilidades de influencia preventivo especial, la corrección, que en el lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización, ha desempeñado un papel significativo en la postguerra."¹¹

Se considera que el fin que se espera a través de la teoría de la prevención es la recuperación social del delincuente. Es decir que, mediante la ejecución de la pena se logre la corrección de este, para readaptarlo a la sociedad y devolverlo como una persona útil a ella, siendo este uno de los fines del derecho penal dentro del sistema penitenciario.

Por otra parte, la naturaleza jurídica de la pena según los Artículos 141 y 203 de la Constitución Política de la República, es pública porque son los organismos del Estado, quienes deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

¹¹ **Ibíd.** Pág. 85.



Al respecto Francesco Carrnelutti, establece que: “La pena es un castigo y proceso por lo siguiente: La experiencia es, que la pena se considera un remedio contra el delito, pero es una experiencia que espera todavía un análisis severo. Incluso cuando en el terreno del derecho penal se considere que el método positivo se ha afirmado sólidamente, de manera que se ha hablado y se continúa hablando de una escuela positiva si, como se ha tratado de demostrar, método positivo y análisis de la experiencia son todo uno, este método, en cuanto al tema de la relación entre delito y pena, no es aun plenamente aplicado.

Con el fin de aplicarlo es necesario, ante todo, definir la experiencia que se debe analizar. La pena es, realmente un fenómeno que se presenta en dos planos: en el plano de la ley y en el del proceso, lo que quiere decir, como amenaza y como actuación.

Son dos planos, cuya diversidad conviene tener en cuenta. Sin embargo, también como diversidad, como ocurre con todas las distinciones, no excluye la unidad, en cuanto ley y proceso se combinan en un desarrollo que constituye, el castigo (la punición): en una palabra, que no castigan solamente el ministerio público y el juez, como veremos, sino, antes de ellos, castiga el legislador. Por tanto, si el proceso, en sentido estricto, se opone a la ley, en sentido amplio se puede, e incluso se debe hablar de un proceso punitivo, el cual comprende en sí mismo la actividad del legislador.

Aun cuando, un contrato o un delito es, lógicamente, un proceso, nadie lo llama así, sin embargo, el acto en si del homicida o del verdugo, tiene la misma estructura. Lo que ocurre es que, al considerar el castigo como un proceso, se quiere decir que si, para cometer el delito se puede obrar arrebatadamente, para castigarlo, en cambio, es necesario caminar con pies de plomo.”¹²

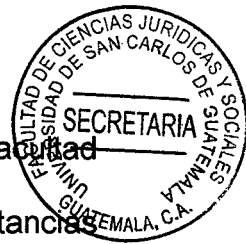
Respecto a otros presupuestos de la pena expone que: “Con la contratación de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad se puede decir que existe un delito completo en todos sus elementos.”¹³

Con relación a la pena el Código Penal guatemalteco nos da una serie de presupuestos, los cuales el Estado otorga como beneficios al sindicado a través de los órganos judiciales competentes, a estos beneficios en la doctrina se les conoce como, sustitutos penales, siendo ellos:

La suspensión condicional de la pena, regulado en el Artículo 72, del Código Penal guatemalteco, que consiste en que al dictar sentencia los tribunales podrán suspender la pena por un tiempo no menor de dos años ni mayor de cinco, siempre que se llenen los requisitos descritos en ese mismo Artículo; la libertad condicional, regulada en el Artículo 80, del Código Penal guatemalteco, que consiste en que se le podrá conceder la libertad condicional al reo que haya cumplido más de la mitad de la pena de prisión que exceda de tres años y no pase de doce; y, perdón judicial, regulado en el Artículo

¹² **Derecho procesal penal.** Pág. 9.

¹³ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito.** Pág. 133.



83, del Código Penal guatemalteco, que consiste en que los jueces tienen la facultad para otorgar, en sentencia, perdón judicial, siempre que, a su juicio, las circunstancias en que el delito se cometió lo amerite y se llenen los requisitos previstos en ese artículo.

1.3. La pena desde el punto de vista de la dogmática jurídica (Constitución Política de la República de Guatemala)

Para el estudio de la pena, Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela, la clasifican de la siguiente manera: “En la doctrina del derecho penal se han presentado una serie de clasificaciones en cuanto a las penas, tomando en consideración varios aspectos, como el fin que se proponen, la materia sobre la que recaen, el bien jurídico que privan o restringen, el modo como se imponen, su duración, su importancia, etc. Las más importantes, consideramos, son las que describimos:

- a) Intimidatorias: son aquellas, que tienen por objeto la prevención individual, influyendo directamente sobre el ánimo del delincuente, con el fin de que no vuelva a delinquir.
- b) Correccionales o reformatorias: son aquellas que tienen por objeto la rehabilitación, la reforma, la reeducación del reo para que pueda reincorporarse a la vida social como un ser útil a ella, desintoxicándose de todo tipo de manifestaciones antisociales.
- c) Eliminatorias: son aquellas que tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligros. Se entiende que su eliminación



tiene por objeto separarlo de la sociedad en consideración a su alto grado de peligrosidad criminal, de tal manera que se puede lograr imponiendo la pena capital para privarlo de la existencia, o bien confinándolo de por vida en una prisión a través de la cadena perpetua.”¹⁴

Según los ya citados autores, también, atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que privan o restringen, las penas pueden ser:

- a) La pena capital: mal llamada también pena de muerte, ya que realmente es una condena a muerte por lo que en realidad, lo que priva del delincuente condenado a ella es la vida; la pena capital o pena de muerte consiste pues, en la eliminación física del delincuente, en atención a la gravedad del delito cometido y a la peligrosidad criminal del mismo.
- b) La pena privativa de libertad: consiste en la pena de “prisión” o de “arresto” que priva al reo de su libertad de movimiento, es decir limita o restringe el derecho de locomoción y movilidad del condenado, obligándole a permanecer en una cárcel, centro penitenciario (granja penal), o centro de detención, por un tiempo determinado.
- c) La pena restrictiva de libertad: son aquellas que imitan o restringen la libertad del condenado al destinarle un específico lugar de residencia, es decir que obligan y limitan al condenado a residir en un determinado lugar, tal es el caso de la

¹⁴ Op. Cit. Pág. 253.

“detención domiciliaria” que contempla nuestra legislación procesal penal. destierro y el confinamiento también son restrictivos de libertad).

- d) “La pena restrictiva de derecho: son aquellas que restringen o limitan ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley, tal es el caso de las inhabilitaciones o suspensiones a que se refiere el Código Penal en sus Artículos: 56, 57, 58 y 59.
- e) La pena pecuniaria: son penas de tipo patrimonial que recaen sobre la fortuna del condenado, tal es el caso de la multa (pago de una determinada cantidad de dinero), y el comiso (perdida a favor del Estado de los objetos o instrumentos del delito), así como la confiscación de bienes que consistan en la pérdida del patrimonio o parte del mismo a favor del Estado (fisco).
- f) Penas infamantes y penas aflictivas: las penas infamantes privan o lesionan el honor y la dignidad del condenado, tenían por objeto humillar al condenado, tal es el caso de la picota (poste donde exhibían la cabeza de los reos), y la obligación de vestir de determinada manera. Las penas aflictivas eran penas de tipo corporal que pretendían causar sufrimiento físico al condenado sin privarlo de la vida, tal es el caso de los azotes y las cadenas (llamadas aflictivas debiles porque no dejaban huella permanente en el cuerpo), la mutilación y la marca con hierro candente llamadas aflictivas indelebiles porque dejaban señales permanentes en el cuerpo de quien la había sufrido.”¹⁵

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 254.



Continúan citando los autores, que: “Atendiendo a su magnitud, las penas pueden ser:

- a) Penas fijas o rígidas: son aquellas que se encuentran muy bien determinadas en forma precisa e invariable en la ley penal, de tal manera que el juzgador no tiene ninguna posibilidad legal de graduarla en atención al delito o a la ley.
- b) Penas Variables, flexibles o divisibles: son aquellas que se encuentran determinadas en la ley penal, dentro de un máximo y un mínimo, de tal manera que deben ser graduadas por el juzgador en el momento de emitir el fallo atendiendo a las circunstancias que influyeron en la comisión de delito y a la personalidad del delincuente.
- c) La pena mixta: se llama así a la aplicación combinada de dos clases de penas, pena de prisión y pena de multa.
- d) Penas temporales y perpetuas. Esta clasificación hace referencia específicamente al tiempo de duración de la pena. Son penas temporales aquellas que tienen un tiempo de duración cierto y determinado. Las penas perpetuas son indeterminadas en su duración y terminan con la muerte del condenado.”¹⁶

Continúan citando: “Atendiendo a su importancia y al modo de imponerlas, las penas pueden ser:

- a) Penas Principales: Son aquellas que gozan de autonomía en su imposición, de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de la imposición de otra u otras, por cuanto tienen independencia propia.

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 261.

b) **Penas Accesorias:** son aquellas que por el contrario de las anteriores no gozan de autonomía en su imposición, y para imponerlas necesariamente deben anexarse a una principal, es decir que su aplicación depende de que se imponga una pena principal, de lo contrario por sí solas no pueden imponerse.”¹⁷

Se considera que de acuerdo con la doctrina y la clasificación existente en el Código Penal la clasificación Legal de las penas corresponde a la siguiente:

Penas principales:

Pena de muerte, según Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela: “La pena de muerte, tiene carácter extraordinario y sólo podrá aplicarse en los casos consignados en la ley, es decir solo a delitos señalados por la ley cometidos en las circunstancias expresadas por la misma y después de agotados todos los recursos legales, aún el de gracia que no es un recurso jurídico-penal propiamente dicho.”¹⁸

De conformidad con el Artículo 18 de la Constitución Política de la Republica, no se podrá imponer:

- “a) Con fundamento en presunciones;
- b) A las mujeres;
- c) A los mayores de sesenta años;
- d) A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos; y,

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 262.

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 263.



e) A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.”

También que solo el Congreso podrá abolir la pena de muerte, y que está se ejecutará después de agotarse todos los recursos legales existentes.

Pena de prisión, Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela, señalan que: “Consiste en la privación de la libertad personal, y su duración en nuestro país puede ser hasta de cincuenta años; esta designada especialmente para los delitos o crímenes y es sin duda la más importante dentro de nuestro sistema punitivo.”¹⁹

Es decir que consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años. A los condenados a prisión que observen buena conducta durante las tres cuartas partes de la condena, se les pondrá en libertad, en el entendido que, si cometieren un nuevo delito durante el tiempo que estén gozando de dicho privilegio, deberán cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito. La rebaja a que se refiere al Artículo 80, del Código Penal guatemalteco, no se aplicará cuando el reo observe mala conducta, cometiere nuevo delito o infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 263.



También se considera que esta pena ha recibido muchas críticas desde que la misma surgió en el derecho penal, no obstante es la más adecuada en casos extremos, tal como lo indica nuestro ordenamiento jurídico vigente en el Artículo 43, que tiene carácter extraordinario y que solo podrá aplicarse en casos expresamente consignados en la ley, también se considera que la pena de prisión puede sustituir a la pena de muerte y a través de la historia sustituyó a las penas corporales y a las infamantes. De acuerdo con el Artículo 44 del Código Penal coincide con los autores De León, et al, en que dicha pena consiste en la privación de la libertad personal y que deberá cumplirse en los centros penales destinados para tal efecto.

Pena de arresto: Establece en el Artículo 45 del Código Penal: “Está pena consiste en, la privación de la libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión.”

La pena de arresto es sustituible a través del pago de cierta cantidad de dinero, que se regula entre un mínimo de cinco y un máximo de cien quetzales por cada día de arresto, esta forma de sustituir el arresto por el pago de dinero es lo que se conoce como conmutación de la pena, salvo el caso de reincidencia a que se refiere el Artículo del relacionado cuerpo legal.

La pena de multa, la conversión de la multa, regulada en el Artículo 55 del Código Penal, cuando no se hiciere efectivo el pago en el término legal, por incumplimiento de



las amortizaciones o para los insolventes. Los sentenciados cumplirán su condena con privación de libertad, regulándose el tiempo según la naturaleza del hecho y las condiciones personales del penado entre cinco quetzales y cien quetzales por cada día.

Para determinar la multa, el juez deberá tomar en cuenta lo contenido en el Artículo 53 del Código Penal, es decir la capacidad económica del reo, salario o renta percibida, aptitud para el trabajo, capacidad de producción, cargas familiares, y demás circunstancias que indiquen su situación económica.

Al hacer la integración de leyes vemos que en el Artículo 499 del Código Procesal Penal establece, en caso de impago de la pena de multa, la aplicación del embargo sobre bienes suficientes que alcancen a cubrirla.

Se concluye que la pena de multa no es reformadora sino intimidatoria siendo que es de acuerdo al precio que los individuos tienen por el bien que han afectado, ya que consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará, dentro de los límites legales.

La multa tiene carácter personal y será determinada de acuerdo con la capacidad económica del reo; su salario, su sueldo o renta que perciba; su aptitud para el trabajo, o capacidad de producción; cargas familiares debidamente comprobadas y las demás circunstancias que indiquen su situación económica. La multa deberá ser pagada por el condenado dentro de un plazo no mayor de tres días, a contar de la fecha en que la sentencia quedó ejecutoriada. Previo otorgamiento de caución real o personal, a



solicitud del condenado, podrá autorizarse el pago de la multa por amortizaciones periódicas, cuyo monto y fechas de pago señalará el juzgador teniendo en cuenta las condiciones económicas del obligado; en ningún caso excederá de un año el término en que deberán hacerse los pagos de las amortizaciones.

Penas accesorias, Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela, entre las penas accesorias citan las siguientes: "Inhabilitación absoluta. Pérdida o suspensión de los derechos políticos, pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniera de elección popular, la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos, privación del derecho de elegir y ser electo, incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.

Inhabilitación especial. Consiste, según el caso, en la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del Artículo que antecede, en la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.

Comiso. Consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho.

Publicación de la sentencia. Es una pena accesoria a la principal que se impone por los delitos contra el honor (calumnia, injuria o difamación), a petición del ofendido o de sus



herederos y cuando el juez considera que la publicación contribuirá a reparar el daño moral causado por el delito.

Expulsión de extranjeros del territorio nacional. Consiste en ordenar a los extranjeros, una vez haya cumplido una pena principal, en abandonar el país.”²⁰

Pago de costas y gastos procesales: según Artículo 509 del Código Procesal Penal, comprende: “los gastos originados en la tramitación del proceso, y el pago de honorarios regulados conforme arancel, de los abogados y demás profesionales que hubiesen intervenido en el proceso.”

²⁰ *Ibíd.* Pág. 265.

CAPÍTULO II

2. Portación de armas de fuego

A partir de las nuevas regulaciones relativas a los delitos de portación ilegal de armas de fuego, se incrementó la pena, por lo que las personas que son sorprendidas cometiendo este ilícito penal no tienen posibilidad de que se les aplique algún beneficio de los procesalmente establecidos. La comprensión de este tema debe partir de:

2.1. Ley de Armas y Municiones

Las armas de fuego tuvieron una regulación bastante permisiva hasta la entrada en vigencia del Decreto 15-2009, Ley de Armas y Municiones, su portación, la forma de transferir la tenencia de estas, la adquisición de municiones dio lugar a que grupos organizados para cometer delitos se abrieran fácilmente el paso en el país.

Al respecto la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, señala: “Antes de la vigencia plena de la nueva Ley de Armas y Municiones (Decreto No. 15-2009 del Congreso de la República) era lícito: 1. Adquirir hasta 500 municiones diarias por calibre registrado; 2. Legalizar mediante declaración jurada, las armas adquiridas fuera del marco de una transacción legal por medio de una empresa de compraventa. Los dos aspectos antes citados, aunados a un marco en general permisivo que incluía escasos mecanismos de control sobre las transacciones realizadas entre los comercios

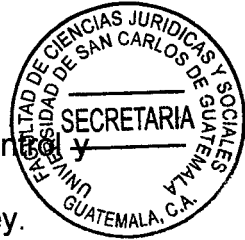


y los particulares, favorecía en extremo el traslado de armas y municiones del mercado legal al ilegal y viceversa. Desafortunadamente, quienes hacen de las transacciones con armas en Guatemala su actividad económica, no siempre han entendido la necesidad de establecer regulaciones en este ámbito, dirigiendo su rechazo tanto a los intentos por establecer controles al mercado, como a los intentos por limitar la tenencia y portación de armas de fuego.”²¹

Actualmente, la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, desarrolla el Artículo 38 de la Constitución Política de la República, que responde al deber estatal de controlar la tenencia y portación de armas con lo que se pretende garantizar el respeto a derechos humanos básicos como la vida, la integridad física, la libertad, la seguridad y la justicia de la generalidad de personas que integran la población guatemalteca. Básicamente, tras la proliferación de armas de fuego que han sido utilizadas de modo inadecuado y causantes de muchos hechos violentos, surgió la necesidad de tomar medidas para que el derecho fundamental de tenencia y portación de armas de fuego no transgreda los derechos de otras personas.

Además de ello, Guatemala forma parte de convenciones internacionales que buscan la erradicación de organizaciones criminales que se han valido de legislaciones permisivas para causar graves perjuicios a la sociedad internacional, por lo que la

²¹ **Armas de fuego y municiones en Guatemala: Mercado legal y tráfico ilícito. Pág. 25.**



emisión de esta normativa jurídica es una medida legislativa que pretende el control y además la penalización de aquellos que ejerzan este derecho sin ajustarse a la ley.

La Ley de Armas y Municiones está integrada de siete títulos, que respectivamente regulan lo relativo a: disposiciones generales, Dirección General de Control de Armas y Municiones, DIGECAM, fabricación, reacondicionamiento, exportación, importación, transporte y traslado de armas de fuego y municiones, de la compraventa, tenencia, portación de armas de fuego y municiones; registro de las armas de fuego de las fuerzas de seguridad y orden público del estado e instituciones y dependencias de la administración pública, armerías y polígonos de tiro; delitos, faltas, penas y sanciones; disposiciones transitorias, finales y derogatorias.

En síntesis, esta ley establece un control más estricto y con sanciones severas para todo tipo de armas y de las municiones que estas utilizan, establece su clasificación legal y además aquellas acciones cometidas con armas que constituyen delito.

Se destaca la creación de la Dirección General de Control de Armas y Municiones, como entidad encargada del registro y control de armas; se crea para la población en general la obligación de registrar ante esta dependencia las armas de fuego, pero también se extiende la obligación al Estado, Municipalidades y empresas privadas de seguridad; esta dirección tiene la posibilidad de hacer revisiones, evaluaciones psicológicas, conocimiento de ley y análisis periciales para otorgar las primeras licencias de portación de armas, extinguiendo con ello lo relativo al registro mediante

declaración jurada, declaración jurada ésta que en nuestro medio fue la más utilizada y que provocó con ello un descontrol total, debido a que en muchas ocasiones las personas que realizaban las declaraciones juradas eran no aptas o las no titulares del derecho que se pretendía.

Además, se implementó una nueva normativa para transferir armas, por lo que se regula lo relativo al marcaje, esto implica que cualquier arma que se importe para su comercialización en Guatemala, será marcada con la leyenda GUA, igualmente se marcan las armas de las fuerzas de seguridad. Por otro lado, se modifica lo relativo a la documentación de las armas para que los usuarios cuenten con un certificado que permita establecer la propiedad del arma.

Finalmente, se considera que las prescripciones contenidas en esta ley que contienen la descripción de tipos penales encaminados a sancionar duramente a quienes incumplan con las regulaciones de tenencia y portación de armas de fuego, cuyo objetivo principal es evitar el incremento de gente armada en los Estados que forman parte de la Organización de Naciones Unidas, porque esto da lugar a la proliferación del crimen organizado y en algunos casos, de actos de terrorismo.

Aunque en la actualidad ha tenido auge el que sean menores de edad quienes portan armas de fuego de manera ilegal y son los mismos quienes cometen los crímenes, eso sí estos menores están siendo manipulados y reclutados, en nuestro medio, por grupos de delincuentes denominados maras, téngase presente la denominada mara dieciocho



y la también denominada mara salvatrucha, quienes sin importar la edad les proporcionan armas de fuego comunes o de menor calibre, de alto calibre y en ocasiones armas de uso exclusivo del ejército y hasta granadas, con el único fin de someter a sus rivales y en la mayoría de casos para cobrar el mal llamado impuesto a los empresarios del transporte urbano y extraurbano.

2.2. Origen de las armas de fuego en la legislación

Las primeras regulaciones sobre tenencia de armas datan del Siglo XII en Inglaterra, en donde se estableció que todas las personas al servicio del rey debían poseer armas, de ese modo, no se le reconoció como un derecho, sino hasta el Siglo XVII, debido a que alrededor de 1689 fue que le asignó como un derecho de toda persona el poseer armas para su defensa personal y de sus familias.

Como las primeras regulaciones sobre el derecho a tener y portar armas surgieron en el Reino Unido, estas disposiciones fueron trasladadas por el commonlaw a Estados Unidos, Australia, Canadá y otros territorios que formaron parte de las colonias inglesas.

En Estados Unidos consagró como un derecho fundamental el derecho a tener y portar armas en su Constitución, y de ahí en adelante se esparció por América la regulación sobre este derecho que también se encontraba contenido en la bill of rights.



En Guatemala, la situación de inestabilidad sociopolítica que prevaleció durante largo tiempo y el período de enfrentamiento armado interno dio origen a una política estatal que suponía que entre mayor número de armas posean los gobernados, mayor seguridad y menor violencia, por consiguiente, la Ley de Armas y Municiones que precedió a la que se encuentra vigente, tenía pocas restricciones con respecto a las armas de fuego, dándole así poder amplio a quien pretendiera tener una arma de fuego, lo que generó que muchos terratenientes y hacendados tuvieran acceso ilimitado a las armas de fuego y esto hoy en día lo que más problemática ha generado debido a que estas armas de fuego fueron entregadas a los trabajadores quienes al momento de ser despedidos no devolvieron dichas armas de fuego y es sobre las cuales no se tiene control y en ocasiones son utilizadas para cometer delitos.

La Ley de Armas y Municiones, Decreto 39-89 del Congreso de la República fue puesto en observación de la generalidad cuando se estableció en los Acuerdos de Paz que dieron fin al conflicto armado interno en 1996, esto debido a que facilitaba a los ciudadanos dotarse de armas, no establecía ninguna restricción a la adquisición de municiones, permitía fácilmente legalizar armas obtenidas anómalamente y como consecuencia los niveles delincuenciales se incrementaron aceleradamente, así como las víctimas de delitos cometidos con armas de fuego.

El proceso de reforma de la legislación relativa a la tenencia y portación de armas de fuego fue bastante escabroso, como al respecto indica la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, -CICIG-.

“En 1999, el entonces Presidente de la República Álvaro Arzú Irigoyen, presentó la iniciativa de Ley de Armas y Municiones No. 2193, que sustituía completamente al Decreto 39-89, creaba la figura de la Dirección General de Control de Armas como nueva entidad encargada del control y registro de armas en manos de civiles.

A esa propuesta de reforma, siguieron otras: en el 2001, durante un nuevo período de gobierno, se presentó la iniciativa No. 2589 de reforma parcial, entre cuyas disposiciones el registro y control continuaba en el Ministerio de la Defensa Nacional y se proponía que los menores de 25 años y mayores de 18 años pudieran portar armas de fuego.

Posteriormente, en el 2004, se presentó otra iniciativa, la No. 2990, que propuso una reforma integral; según la misma, el control de armas pasaba al Ministerio de Gobernación, en tanto que se elevaban las penas por determinados delitos.

En el 2006, se presentó otra propuesta de reforma total, la No. 3206; que dejaba el registro y control de las armas en el Ministerio de la Defensa Nacional, así como disponía exámenes para la autorización de la licencia de portación de armas de fuego.

En el 2008 se presentó la iniciativa No. 3753 para reformar los aspectos penales de la Ley de Armas y Municiones, planteada por el mismo diputado que en el 2004 había presentado una propuesta de reforma total.

La propuesta No. 3902 fue aquella sobre la cual se fue estructurando la reforma, sin perjuicio que después de presentada, el mismo diputado que había presentado las

iniciativas No. 2990 y No. 3753, planteó la No. 3931, con un articulado similar a la No. 2990.

Finalmente, en marzo de 2009 se presentó la iniciativa 4003, sobre la Ley Punitiva Sobre la Comercialización, Control y Uso de Armas de Fuego y sus Municiones, la cual obtuvo dictamen desfavorable de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, por estimarse que había quedado sin materia luego de la emisión del Decreto 15-2009, Ley de Armas y Municiones, el 31 de marzo de 2009.”²²

La actual regulación del derecho a tenencia y portación de armas es mucho más restrictiva debido a que pretende disminuir la cantidad de armas que se encuentran en poder de los particulares, aunque hay que resaltar que aún existen armas en poder de particulares sin que se hayan registrado como resultado de que el plazo concedido para presentar las armas para registro ha concluido.

2.3. Clasificación de las armas de fuego

La Ley de Armas y Municiones ofrece una clasificación general de las armas en el Artículo 4, que establece: “Para los efectos de esta ley, las armas se clasifican en: armas de fuego, armas de acción por gases comprimidos, armas blancas, explosivas,

²² **Ibíd.** Pág. 28.



armas químicas, armas biológicas, armas atómicas, misiles, trampas bélicas, armas experimentales, armas hechizas y/o artesanales.

Las armas de fuego se dividen en: bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, de uso de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, de uso y manejo individual, de uso civil, deportivas y de colección o de museo.

Las armas de acción por gases comprimidos, se dividen en: de aire y de otros gases. Las armas blancas se dividen en: bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, de uso civil o de trabajo y deportivas.

Los explosivos se dividen en: de uso industrial y bélico. Las armas atómicas se dividen en: de fusión de elementos pesados y fusión de elementos ligeros...”

En cuanto a las armas de fuego, del Artículo 5 al Artículo 11 se explica en qué consiste cada una de las armas que pertenecen a la clasificación legal de armas de fuego, de referidas disposiciones jurídicas se extrae lo siguiente:

Armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala. Estas armas son las que puede utilizar el Ejército para la defensa interna y externa del país, siempre y cuando su uso no esté prohibido por la ley ordinaria o por convenios y tratados internacionales que Guatemala haya aceptado y ratificado. Entre ellas se comprenden los armamentos de guerra y armas de fuego de uso y manejo colectivo.

Armas de fuego de uso de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado. las fuerzas de seguridad y orden público pueden utilizar armas de uso civil y armas deportivas, pero además de ellas, las que se enumeran en el Artículo 6 de la Ley de Armas y Municiones, siendo estas: "...fusiles militares de asalto táctico, pistolas de ráfaga intermitente, continua o múltiple, rifles automáticos, rifles de acción mecánica o semiautomática, rifles de asalto; carabinas automáticas, ametralladoras, subametralladoras y metralletas, carabinas y subfusiles con armazón de subametralladora, armas de propósito especial, subametralladoras cortas o acortadas, automáticas o semiautomáticas, rifle/lanzagranadas, lanza granadas y otras fabricadas para el fin del cumplimiento de su misión."

Armas de uso y manejo colectivo. Son aquellas armas cuyo uso corresponde con exclusividad al Ejército de Guatemala, tales como: ametralladoras ligeras y pesadas, cañones ametralladores, cañones, aparatos de lanzamiento y puntería de granadas y proyectiles impulsados o propulsados. Además, de granadas, explosivos no industriales y/o elementos necesarios para su lanzamiento; armas de fuego y sus municiones diseñadas con propósitos bélicos especiales, como aquellas que fueron fabricadas sin número de serie, silenciadas o con alta precisión que no sean para uso deportivo y otras características aplicables a propósitos bélicos.

Armas de uso y manejo individual. Son aquellas armas que por su naturaleza pueden ser utilizadas por una sola persona, tales como los revólveres, pistolas automáticas y semiautomáticas de cualquier calibre, además de fusiles militares de asalto táctico, pistolas de ráfaga intermitente, continua o múltiple, rifles de acción mecánica o

semiautomática, rifles de asalto, carabinas automáticas, ametralladoras, subametralladoras y metralletas, carabinas y subfusiles con armazón de subametralladora, armas de propósito especial, subametralladoras cortas o acortadas, automáticas o semiautomáticas, rifle/lanzagranadas, escopetas de cualquier tipo y calibre, lanza granadas, armas automáticas ensambladas a partir de piezas de patente y armas hechizas, rústicas o cualquier modificación con propósito de ocultamiento.

Armas de fuego de uso civil. Son de uso civil, según el Artículo 9 de la Ley de Armas y Municiones: "...los revólveres y pistolas semiautomáticas, de cualquier calibre, así como las escopetas de bombeo, semiautomáticas, de retrocarga y avancarga con canon de hasta veinticuatro (24) pulgadas y rifles de acción mecánica o semiautomática."

Armas de fuego deportivas. Son descritas en el Artículo 11 de la Ley de Armas y Municiones, como aquellas diseñadas para la práctica de deportes, tanto de competencia como de cacería, y que están reconocidas y reguladas internacionalmente. Son permitidas para hacer deporte, siempre que su uso responda a la normativa jurídica existente y se enumeran como tales, las siguientes: armas de fuego cortas, armas de fuego largas y armas de fuego de caza. Son armas de fuego deportivas cortas: las pistolas y revólveres utilizados en eventos internacionales, olímpicos y otros, organizados por las federaciones nacionales de tiro y entidades deportivas reconocidas por la ley.

Son armas de fuego deportivas largas: los rifles, carabinas y escopetas con largo de cañón de hasta treinta y seis (36) pulgadas, utilizadas en eventos internacionales, olímpicos y otros organizados por las federaciones nacionales de tiro y entidades deportivas reconocidas por la ley. Además, son armas de fuego deportivas de caza: revólveres, pistolas, rifles, carabinas, escopetas con largo de cañón de hasta treinta y seis (36) pulgadas y aquellas cuyas características, alcance y/o poder, hayan sido diseñadas para tal propósito. Se entiende por carabina deportiva o de caza, aquellas cuyo funcionamiento sea mecánico o semiautomático.

Quedan exceptuados los dispositivos portátiles, no portátiles y fijos destinados al lanzamiento de arpones, guías, cartuchos de iluminación o señalamiento y las municiones correspondientes; las armas portátiles de avancarga; las herramientas de percusión y labranza.

2.4. Evolución de la penalización de las armas de fuego

La política criminal con relación a las armas de fuego ha variado a lo largo de los Siglos XX y XXI, desde la plena libertad de toda persona de hacer uso de su derecho a la tenencia y portación de armas de fuego sin ninguna restricción, hasta la actual penalización severa de su uso si no se cuenta con las condiciones que el Estado establece para poder ejercer este derecho.

De ahí que estudiosos como Raúl Eugenio Zaffaroni, den a conocer que las actuales modalidades de persecución penal, lejos de las doctrinas abolicionistas que se discuten por los más connotados juristas, están dando una regresión hacia el positivismo en el que todo lo que se regula debe ser atendido con relación a evitar algo que podría ocurrir, teniendo en cuenta las circunstancias en que se encuentran las personas, es decir que está sucediendo: "...la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las leyes penales en blanco, etc."²³

²³ El enemigo en el derecho penal. Pág. 45.

Esto significa que los delitos relativos a las armas de fuego se toman como delitos de autor, en los que se trata de prevenir que ocurran delitos simple y sencillamente por el peligro que existe en que una persona sin licencia esté teniendo o portando un arma de fuego, no importa si ha hecho un uso ilícito o no de esa arma, el simple hecho de tenerla es ya suficiente para considerar el peligro en que se pone la seguridad social. El uso de las armas de fuego, por lo tanto, ha evolucionado de ser un derecho sin restricciones a ser penalizados los sujetos no por los actos que hacen con las mismas sino por las circunstancias en que las tienen o portan.

CAPÍTULO III

3. Antinomia del derecho

A través del tiempo se ha dado la complejidad de las normas que regulan el comportamiento humano, sin embargo, no ha sido posible establecer normas que no logren contradecirse entre sí, la premisa parte cuando dos normativas son aplicables un caso en concreto y éstas se contradicen una con otra, creando un conflicto de intereses en la normativa.

En otras palabras, se podría decir que la antinomia se da cuando una normativa prohíbe y la otra es permisiva en un caso concreto. En el derecho romano por mucho tiempo se creía que no existían los conflictos que se creaban a raíz de las antinomias; ya que según ellos todas las normativas se creaban con total coherencia y estudio por parte de los juristas y estudiosos del derecho, quienes se esforzaban por no crear tales situaciones, tratando en la medida de lo posible no crear controversia alguna con las normas que ellos establecían.

3.1. Diversos criterios

En el derecho romano se consideró por varios siglos la inexistencia de las antinomias, esto a raíz de la existencia de juristas, juristas interpretadores y estudiosos del derecho de la época, quienes tenían como principal trabajo reglamentar las relaciones entre las

personas de manera coherente y precisa, de tal forma que las antinomias contradicciones, como se conocía en ese entonces, no se llegasen a presentar, haciéndose valer de todos los medio hermenéuticos que tuvieran a su alcance para conseguirlo; sin tener suerte al respecto, por tal situación se fueron creando técnicas que ayudaran a establecer y ubicar cuando se produjeran las antinomias.

Al respecto Hans Kelsen determino que: “Las normas y su unicidad deben atender que en el orden jurídico se describe por enunciados jurídicos que no se contradicen. Naturalmente, no puede negarse la posibilidad de que los órganos jurídicos, de hecho implanten normas que se encuentren recíprocamente en conflicto...”²⁴ No es que sea a propósito que se determinan lineamientos para que exista un conflicto en dos o más normativas, sin embargo genera duda e incertidumbre cuál de los lineamientos es el que debe de considerarse como bueno o valido.

De igual forma Kelsen agrego: “También, no puede determinarse que una norma no es ni verdadera ni falsa por la contradicción entre sí, sino valida o invalida. El enunciado que describe un orden normativo, afirmando que conforme a ese orden una norma determinada vale, y especialmente, conforme a ese orden jurídico, el enunciado jurídico que describe ese orden jurídico debe o no debe realizarse determinado acto coactivo, bajo determinadas condiciones puede ser como se demostró verdadero o falso.”²⁵

²⁴ Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Pág. 214.

²⁵ Op. Cit.



3.2. Definición de antinomia

Según Manuel Ossorio: "...la antinomia proviene del latín antinomia, a su vez, del griego αντί (contra) y nómos (ley). La contradicción aparente o real entre dos leyes o entre dos pasajes de una misma ley."²⁶

Norberto Bobbio, define la antinomia como: "Aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Puesto que antinomia significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir sino en eliminar una de las dos normas."²⁷

Antinomia debe entenderse: "contradicción entre dos preceptos legales."²⁸

3.3. Clases de antinomias

A continuación, se establecen algunos criterios de antinomia existentes. Las clases de antinomias se visualizan refiriéndose primordialmente al grado de superposición en la descripción de enunciados normativos en los que las soluciones son incompatibles. Por lo cual consideraremos los siguientes criterios de clasificación de antinomias

²⁶ Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 76.

²⁷ Teoría general del derecho. Pág. 188.

²⁸ Diccionario de la Lengua Española. Pág. 60.

existentes, que si bien es cierto se entrelazan a muchas oportunidades, ninguno de ellos puede dar cuenta de todas las posibilidades de agrupación de las antinomias.

Para Norberto Bobbio la clasificación de la antinomia se basa en tres tipos diferentes según el ámbito de validez de las normas que se encuentran en conflicto: "Así, si ambas normas tienen idéntico ámbito de validez, la antinomia es total-total, utilizando la terminología de Alf Ross. En este caso, ninguna de las dos normas puede ser aplicada sin generar un conflicto con la otra."²⁹

Es importante resaltar que la antinomia a tratar, se origina entre dos normas jurídicas constitucionales, con idéntico ámbito de validez, ambas están en oposición pues ellas regulan de manera distinta una misma controversia jurídica.

Continuando con la clasificación de Norberto Bobbio, la segunda se llama "Parcial-total, y consiste en que la contradicción existe entre dos normas cuyo ámbito de validez fuera en parte igual y en parte diverso."³⁰

Y la tercera y última clasificación de Norberto Bobbio la denomina: "Total- parciales, en donde dos normas coinciden en el ámbito de validez, pero en una de ellas es más

²⁹ Op. Cit. Pág. 184.

³⁰ Ibíd. Pág. 189.

restringido, por lo que nos encontraríamos frente a una antinomia total de la primera respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera.”³¹

Hans Kelsen da a conocer una clasificación completamente diferente, a Norberto Bobbio, clasificando las antinomias de la siguiente manera: “Bilaterales-unilaterales: serían bilaterales cuando la aplicación de una norma supusiera la violación de la otra, transformándose en unilaterales en el caso de que la aplicación de una de las dos normas supusiera la violación de la otra, pero no a la inversa, es decir, que el cumplimiento de la segunda no implicaría la violación de la primera.

Totales-parciales: en este caso, sería total cuando el cumplimiento de una de las normas supusiera la completa violación de la segunda, mientras que si solamente implicara una violación parcial de esta última nos encontraríamos ante un conflicto parcial entre ambas.

Necesarios y posibles: El primero de estos se daría cuando la aplicación de una de las normas implicara la necesaria violación de la otra que forma parte del conflicto, constituyéndose un conflicto posible cuando el cumplimiento de dicha norma supone sólo de manera posible la violación de la otra.”³²

Jaime Lara Márquez tiene una clasificación más extensa y al respecto expone: “Según el ámbito de incompatibilidad Este criterio de clasificación alude a una visión de

³¹ Ibid. Pág. 201.

³² Op. Cit. Pág. 123.

extensión geográfica o tamaño de las normas, entendiendo el concepto de norma en sentido más amplio y por lo tanto prescindiendo de los aportes de la doctrina en cuanto distinguen entre norma y disposición normativa.

Por lo tanto, este criterio de clasificación distingue las antinomias parciales de las totales, pero con ello no se refiere a que existan grados de incompatibilidad, en el sentido de que entre dos normas pueda haber mayor o menor incompatibilidad, porque si ese fuera el caso, no estaríamos hablando propiamente de antinomia, toda vez que, por definición la existencia de una antinomia exige el reconocimiento de que ambas regulen el mismo supuesto de hecho con consecuencias irreconciliables, al punto que no se podrían aplicar las dos a la vez.”³³

De igual forma Lara divide al ámbito de incompatibilidad de la siguiente forma, antinomia parcial y antinomia total.

Antinomia parcial: “Esta clase de antinomias agrupa a aquellos casos donde sólo una parte de una norma es incompatible con la totalidad de otra norma, se refiere más precisamente al caso en que una norma general colisiona con una norma especial, de manera tal que sólo una parte de aquella es incompatible con otra, donde ésta necesariamente debe ser especial, ya que si ésta última también fuera general, estaríamos ante otra clase de antinomias, que son precisamente a las que nos referiremos luego.

³³ Las antinomias en el derecho: El caso de las Leyes 29214 y 29215. Pág. 15.



Las antinomias parciales se resuelven usando el criterio de la especialidad, según la cual entre una norma general y una norma especial prevalece la especial, toda vez que se entiende que la norma especial constituye una excepción tácita respecto de la norma general, ya que las excepciones expresas no dan lugar a antinomia.”³⁴

Antinomia total: Por su parte, esta clase de antinomias agrupa a: “...aquellos casos donde la totalidad de una norma colisiona con la totalidad de otra norma. Por lo tanto, esta clase de antinomia se produce cuando colisionan dos normas generales o dos normas especiales, o también cuando colisiona sólo una parte de una norma con una parte de otra norma. Este último caso corresponde a lo que Alf Ross denomina antinomia del tipo parcial-parcial”³⁵ y que según Norberto Bobbio se produce cuando: “Dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso”³⁶, sin embargo, en el ámbito de intersección entre ambas normas la incompatibilidad es total, ya sea que en ese sector ambas sean generales o especiales.

En consecuencia: “Esta clase de antinomias no se resuelve con el criterio de especialidad sino, de ser el caso, con el criterio de jerarquía o de temporalidad, toda vez que, una norma de rango inferior no puede contradecir válidamente a una norma de rango superior, al derivar de ella su validez, así como una norma anterior no puede resistirse a ser modificada o derogada por otra norma posterior del mismo rango.”³⁷

³⁴ **Ibíd.**

³⁵ **Ibíd.**

³⁶ Norberto Bobbio. **Op. Cit.** Pág. 189.

³⁷ Lara Márquez. **Op. Cit.** Pág. 20.

Continuando con la clasificación realizada por Lara, según su autenticidad: Este criterio de clasificación pretende distinguir aquellos casos donde las antinomias son meramente aparentes o no existen, de las verdaderas antinomias. En el primer caso, una de las normas que inicialmente incurre en antinomia padece de un vicio de invalidez, hecho que permite excluirla, con lo que se disuelve la antinomia, de allí que se la catalogue de aparente. En el segundo caso, ambas normas son válidas y por lo tanto, en principio no hay razón para excluir ninguna de ellas alegando su invalidez, de allí que, la elección de una de ellas debe realizarse recurriendo a otro fundamento distinto al de validez.”³⁸

Según su autenticidad las antinomias se dividen en antinomias aparentes y antinomias reales.

Antinomias aparentes: “Constituyen antinomias aparentes aquellas situaciones de incompatibilidad entre normas donde en realidad no existe antinomia, debido a que una de las normas antinómicas es inválida o padece de invalidez, de manera tal que, al desaparecer una de las normas antinómicas, desaparece la polaridad que es indispensable para la existencia de una antinomia, quedando sólo una norma aplicable. La declaración de invalidez de una norma siempre está sujeta a un procedimiento, al cumplimiento de plazos y requisitos a efecto de concluir con su declaración formal de invalidez y su consiguiente expulsión del sistema normativo; de manera tal que,

³⁸ Op. Cit.



mientras no se siga con el procedimiento establecido y no se concluya con la declaración de invalidez, la norma presuntamente inválida permanece vigente y aplicable, toda vez que la declaración de invalidez no es automática.

En consecuencia, las antinomias denominadas aparentes, porque una de las normas antinómicas padece de vicio de invalidez, no determina automáticamente su invalidez y consiguientemente la solución de la antinomia, por lo tanto las antinomias aparentes o irreales no son tan aparentes o irreales cómo se las suponía.”³⁹

Antinomias reales: “Toda norma nueva al insertarse dentro de un sistema de normas pre-existente lo modifica, produciendo un reacomodo del ordenamiento y suscitándose no pocas veces roses o colisiones en el entramado regulativo, sin embargo, no todos estos encuentros entre normas califican precisamente como antinomias.

En ese sentido, las derogaciones expresas no dan lugar a antinomia, como tampoco dan lugar a antinomia el establecimiento de excepciones expresas; sin embargo, si las derogaciones y las excepciones son tácitas, entonces esta situación fundadamente que se considere que ambas normas son válidas y vigentes, y al regular el mismo supuesto de manera incompatible, dan lugar a la antinomia.

³⁹ *Ibíd.* Pág. 21.

Ahora bien, a esta clase de casos se denomina antinomias reales por cuanto ellas no pueden ser resueltas aplicando el criterio de validez, es decir, no se puede elegir una y descartar la otra, afirmando que esta segunda es inválida o padece de un vicio de invalidez, debido precisamente a que ambas normas son válidas. Esta última consideración es precisamente la que atribuye su denominación a esta clase de antinomias; es decir, se trata de antinomias reales porque las dos normas son válidas, a diferencia de las antinomias aparentes, donde una de las normas sería inválida o padecería de vicio de invalidez.

Así por ejemplo, entre una norma anterior y una norma posterior, donde ambas regulan un mismo supuesto y siempre que no se haya hecho uso de la derogación expresa, nos encontramos ante el caso de dos normas válidas, de manera tal que, para resolver la antinomia no se puede recurrir al criterio de validez, sino que será necesario suponer, por ejemplo, que existe una derogación tácita, y siendo así se prefiere la norma posterior, debido a que la norma anterior, aun cuando sea válida, habría perdido su vigencia por el hecho de la derogación tácita.

Lo propio ocurre, cuando se advierte una antinomia entre una norma general y una norma especial sin que se haya establecido expresamente que esta última es una excepción de la primera. En este caso, tampoco es de aplicación el criterio de validez, dado que ambas normas son válidas, de manera que, no se puede descartar a una de ellas en razón de ese criterio. Por lo tanto, la solución en este caso pasa por suponer

que la norma especial es una excepción tácita de la norma general, por lo cual se prefiere la norma especial.”⁴⁰

Según solubilidad: “Este criterio de clasificación pretende distinguir aquellos casos donde las antinomias son resolubles utilizando los criterios disponibles tales como jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia, de aquellos otros casos donde los referidos criterios conocidos de solución de antinomias no hacen posible la elección de la norma que se ha de preferir.”⁴¹

Antinomias resolubles: “Son antinomias resolubles aquellas para las que la Teoría General del Derecho y en algunos casos la legislación ha positivizado criterios de solución conocidos, tales como son: jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia.”⁴²

Al efecto, Riccardo Guastini señala que: “Una antinomia no puede ser resuelta más que negando la aplicación de una de las normas en conflicto: ya sea porque esté abrogada, o porque sea ilegítima (inválida).”⁴³

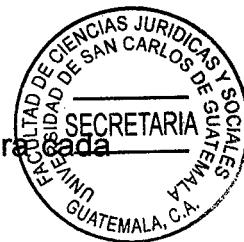
De manera tal que, en esta clase de casos, la solución es inminente, lo que hay que hacer es determinar cuál es la norma superior y cuál es la norma inferior, o cuál es la norma anterior y cuál es la norma posterior, o determinar cuál es la norma general y

⁴⁰ **Ibíd.** Pág. 22.

⁴¹ **Op. Cit.**

⁴² **Ibíd.** Pág. 22.

⁴³ **Estudios sobre la interpretación jurídica.** Pág. 69.



cuál la especial, etc., y seguidamente aplicar el procedimiento ya conocido para cada caso.

Antinomias irresolubles: "Son antinomias irresolubles aquellas que no pueden ser resueltas usando los criterios conocidos de jerarquía, cronología, temporalidad y competencia; sea porque estos no son aplicables o porque los referidos criterios entran en contradicción entre sí, proporcionando soluciones igualmente incompatibles.

Dentro de esta clase de antinomias se encuentran aquellos casos en los que la incompatibilidad se produce entre normas de un mismo cuerpo normativo como un código o una ley general, de modo tal que ambas tienen la misma jerarquía, la misma temporalidad y ambas la misma especialidad, por lo tanto, todos esos criterios antes señalados no son aplicables ... En consecuencia, aun esta clase de antinomias llamadas "irresolubles" deben ser resueltas, ya que todas las controversias deben ser resueltas y salvaguardarse la unidad y coherencia del sistema jurídico."⁴⁴

En ese sentido, Norberto Bobbio señala que, en esta clase de casos, a efecto de resolver la controversia: "...el intérprete, ya sea el juez o el jurista, tiene tres posibilidades:

1. Eliminar una de las normas;
2. Eliminar las dos;

⁴⁴ Lara Márquez. **Op. Cit.** Pág. 24.

3. Conservar las dos.”⁴⁵

Seguidamente, el referido autor precisa que dicha solución se obtiene haciendo uso de la interpretación abrogante. En un caso se abroga una de las normas, en el otro se abrogan las dos normas y en el último caso se abroga la parte inconsistente de una de las normas, de manera tal que se elimina la antinomia y se conservan las dos normas.

Desde nuestro punto de vista, sólo existen dos soluciones posibles, o se elimina una de las dos normas o se eliminan las dos, ya que en el tercer caso no existiría una solución propiamente dicha. Al efecto, el mismo autor en páginas anteriores del texto antes citado llega a la misma conclusión que nosotros, si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas.

Sin embargo, existen también otros autores quienes afirman que: “A menudo o en la práctica la solución de este tipo de antinomias se obtiene conciliando ambas normas o sosteniendo que se trata de casos distintos, lo que en buena cuenta significa negar la presencia de la antinomia, luego de haber reconocido su existencia, con lo que a nuestro parecer se incurre en una inconsistencia aún más grande e inexplicable, toda vez que el origen de las antinomias reside en el desconocimiento de la norma incompatible por parte del legislador, situación que no se da al momento de resolverla.”⁴⁶

⁴⁵ Op. Cit. Pág. 198.

⁴⁶ Lara Márquez. Op. Cit. Pág. 25.

Al efecto, debemos recordar que el caso que nos ocupa es aquel donde se ha establecido indubitadamente que existe una antinomia, toda vez que como resultado del proceso interpretativo se ha concluido que existen dos normas aplicables al caso, igualmente válidas y vigentes pero incompatibles entre sí; de manera tal que, no es posible retornar luego a la etapa interpretativa para sostener que no hay antinomia, so pena de incurrir en una inconsistencia mayor. En consecuencia, la interpretación no es un medio para resolver las antinomias.

Razón por la que se puede concluir, junto con Riccardo Guastini, en el sentido que: “La interpretación, en suma, puede evitar las lagunas y las antinomias, pero no resolverlas, por la simple razón de que unas y otras nacen precisamente de la interpretación y se presentan en un proceso interpretativo ya concluido.”⁴⁷

En tal sentido, se concluye que: “Existen dos formas de resolver las llamadas antinomias irresolubles: 1) se determina una de ellas como la norma aplicable, o 2) se eliminan ambas normas incompatibles.”⁴⁸

Una sola norma aplicable: Según esta forma de resolver esta clase de antinomias, la solución se alcanza, al igual que en los otros casos ya analizados, eligiendo una de las normas y posponiendo la otra, sin embargo, la diferencia radica en la forma de elección de la norma vencedora. “En las antinomias solubles existe un criterio reconocido o

⁴⁷ Op. Cit. Pág. 69.

⁴⁸ Lara Márquez. Op. Cit. Págs. 25.

metarregla que, al igual que una fórmula matemática, justifica la elección de la norma vencedora; en cambio en las antinomias insolubles no existe ningún criterio reconocido, sin embargo, entre las propuestas de los autores se pueden distinguir tres formas de realizar esta elección: 1) Haciendo prevalecer la norma favorable antes que la odiosa, 2) Haciendo prevalecer la norma imperativa antes que la permisiva o 3) Librando la elección a la discrecionalidad del juzgador.”⁴⁹

Se elige la norma favorable: “Según este punto de vista la norma que ha de prevalecer es la norma más favorable en el entendido que la otra no lo es tanto, o peor aún, es odiosa, si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra es permisiva, prevalecerá la permisiva, sin embargo la aplicación de este criterio es incierto, pues las normas al ser bilaterales, lo que pudiera ser favorable para una de las partes, no lo sería para la otra y viceversa, con lo cual la aparente justicia que sustentaría la elección se difumina.”⁵⁰

Se elige la norma imperativa: En oposición al criterio antes señalado, el presente criterio se inclina por elegir la norma imperativa, toda vez que un simple permiso no tiene la fuerza que lo mandado.

Al efecto cabe tener en cuenta: “los consejos que Marco Tulio Cicerón da a los abogados defensores cuando tengan que asumir la defensa de una causa donde existe antinomia.

⁴⁹ **Ibíd.** Pág. 26.

⁵⁰ **Op. Cit.**

Cuando dos leyes estuvieren con contradicción se ha de buscar, ante todo, si no hay abrogación ni derogación; y después se mira si son tan contradictorias que la una ordene y la otra prohíba, que la una exija y la otra permita. La defensa será débil si se pretende no haber hecho lo que una ley manda porque hay otra que permite, pues un simple permiso no tiene la fuerza que lo mandado en absoluto. Será igualmente floja la defensa si se alega haber obrado en virtud de una ley que haya sido derogada, o si no se tiene en cuenta lo prescrito por una ley posterior.

Hechas estas consideraciones, hay que citar, leer, hacer valer lo que nos sea favorable. Por último, tomaremos de la cuestión judicial absoluta, la razón del Derecho, buscando la parte del Derecho que milite en nuestro favor... En consecuencia, de dos normas incompatibles, ambas de igual jerarquía, temporalidad y especialidad, se ha de elegir la norma imperativa antes que la permisiva.”⁵¹

Se elige discrecionalmente: Juan Ruiz Manero sostiene que “En Casos cubiertos por dos reglas incompatibles (antinomias) en los que no cabe resolver la incompatibilidad a través de las metarreglas de lex superior, lex posterior o lexspecialis: es una solución jurídicamente correcta la fundada en cualquiera de las reglas incompatibles, entre las cuales elige el juez discrecionalmente.”⁵²

⁵¹ **Ibíd.** Pág. 27.

⁵² **Algunas concepciones del derecho y sus lagunas.** Pág. 110.

Ahora bien, el que la elección sea discrecional no significa que sea arbitraria o guiada por preferencias personales, sino que la elección debe estar suficientemente fundamentada y motivada para poder cumplir con las exigencias del debido proceso, inclusive motivada con mayor intensidad que en aquellos casos donde no existe discrecionalidad.

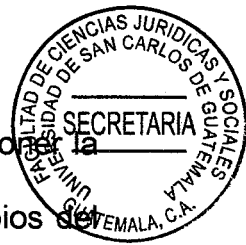
Al efecto, el mismo Ruiz Manero precisa líneas más adelante que: “No parece que los juristas consideren que el juez puede escoger sin más una de las dos reglas en conflicto, sino que habrá que atender al peso, en relación con el caso, de las razones subyacentes a una y otra regla en conflicto.”⁵³

Giuseppe Lumia señala que: “Cuando las normas incompatibles tienen el mismo grado jerárquico, son contemporáneas y tienen el mismo ámbito de validez. En este caso, el juez, al encontrarse en presencia de una verdadera laguna legislativa, realiza una elección en base a una valoración comparativa a la luz de los principios generales del ordenamiento y de los intereses que, respectivamente, tutelan las normas en conflicto, juicio éste que conduce a considerar válida una sola de las normas o, más a menudo, a conciliarlas modificándolas parcialmente.”⁵⁴

En consecuencia, dada una antinomia irresoluble, por no ser de aplicación ninguna de las metarreglas, jerarquía, cronología y especialidad, ni tampoco por la combinación de

⁵³ **Ibíd.** Pág. 110.

⁵⁴ **Principios de teoría e ideología del derecho.** Pág. 81.



las mismas, entonces la solución pasa por elegir una de ambas normas y posponer la otra, realizando la elección de manera discrecional y fundándola en los principios del derecho, previa una ponderación de los mismos, esto es, estableciendo una jerarquía axiológica o prelación valorativa entre los principios involucrados; toda vez que: Ponderar no significa atemperar, esto es, encontrar una solución que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, que los aplique o los sacrifique a ambos. La ponderación consiste más bien en sacrificar un principio aplicando el otro.⁵⁵

Ninguna norma aplicable: Según este punto de vista, producida una antinomia del tipo irresoluble por no serle de aplicación ninguna de los criterios reconocidos de solución de antinomias que permitiría preferir una y posponer la otra, la única opción que queda, a efecto de resolver las antinomias, salvaguardar la unidad y coherencia del sistema y poder resolver la controversia concreta, es admitir que ambas normas al ser irremisiblemente incompatibles, se anulan recíprocamente.

Al efecto, "Si no es posible ni la una ni la otra interpretación, el legislador habría prescripto algo sin sentido; tendríamos un acto de imposición de una norma carente de sentido como tal, y, por ende, en general, no tendríamos ningún acto cuyo sentido subjetivo pueda ser interpretado como su sentido objetivo, de suerte que no aparecería ninguna norma jurídica objetivamente válida, aunque el acto hubiera sido realizado de conformidad con la norma fundante básica. Puesto que la norma fundante básica no

⁵⁵ Guastini, Riccardo. **Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.** Pág. 29.

otorga a todo acto el sentido objetivo de una norma válida, sino solamente al acto que tiene un determinado sentido, a saber: el sentido subjetivo de que los hombres deban comportarse de determinada manera.”⁵⁶

Ahora bien, no obstante que el punto de vista planteado nos permite encontrar una forma de resolver la antinomia, debe tenerse en cuenta que ella por sí misma no permite resolver la controversia concreta, pues este procedimiento termina por eliminar del sistema las dos posibles normas aplicables al caso; toda vez que, al sostener que el legislador habría incurrido en un sinsentido o inconsistencia grave, al punto que ambas normas se anulan mutuamente, implica admitir la existencia de una laguna legal en el ordenamiento normativo, situación que conlleva en un segundo momento a hacer uso de los recursos de integración jurídica a efecto de colmar la laguna y así reconstruir la premisa mayor que permita resolver la controversia concreta.

En ese sentido, Karl Engisch señala: “El caso de una contradicción normativa insoluble puede ser realmente poco frecuente, pero no del todo imposible. Si no se logra demostrar cuál de entre varias normas contradictorias entre sí es la más fuerte, la única válida y decisiva, según la concepción dominante –y que también es en general la correcta–, las normas contradictorias se anulan mutuamente y se produce la llamada laguna por colisión, que debe ser llenada de acuerdo con los principios generales destinados a llenar las lagunas. Vemos cómo, en este punto, se encuentran los postulados de la no contradicción y del carácter hermético del orden jurídico.”⁵⁷

⁵⁶ Hans Kelsen. **Op. Cit.** Pág. 216.

⁵⁷ **Introducción al pensamiento jurídico.** Pág. 200.



Con base a lo anterior, las antinomias irresolubles se resuelven suprimiendo o quitándolas dos normas, hecho que dispone el reconocimiento de una laguna por colisión, situación que obliga con esto a hacer uso de los recursos de integración jurídica para llenar la referida laguna.

3.4. Ámbito de validez

Para Rosales Gramajo, los ámbitos de validez de las normas jurídicas son cuatro, las cuales son: “f.1.1. material, que alude la conducta jurídicamente regulada (la acción u omisión permitida o prohibida); f.1.2. personal, se refiere a los sujetos de derecho destinatarios de la proporción jurídica; f.1.3. espacial, que indica el territorio (espacio) en el que posee validez; y, f.1.4. temporal, que precisa el período de tiempo en que se puede aplicar (su vigencia).”⁵⁸

⁵⁸ Rosales Gramajo, Fernando Javier. **Lógica Jurídica: Instrumento indispensable para el juez y abogado litigante.** Pág. 187.

CAPÍTULO IV

4. Antinomia entre lo regulado en la Ley y lo establecido en el Reglamento de portación de armas de fuego en agentes de seguridad privada

Consecuentemente por la frecuencia con que se genera la problemática de las antinomias jurídicas en las legislaciones, los versados en derecho recomiendan la elaboración de un análisis jurídico para así, poder identificar con mayor solvencia, si hay o no una contradicción que puede ser aparente o real.

Creada la contradicción en las normas, es consecuente establecer cuál es la regla válida o la regla inválida a aplicar, por lo anterior debemos tomar en cuenta los diversos criterios para llegar a la solución de las antinomias jurídicas.

Lara Márquez detalla varios criterios que considerar:

"Criterio jerárquico: Este criterio está directamente vinculado con la estructura piramidal escalonada del ordenamiento jurídico, que partiendo de la Constitución como norma suprema, se va desagregando en cascada en normas de menor jerarquía, según la distribución de poder normativo previsto por la propia Constitución."⁵⁹

En ese sentido, las normas inferiores adquieren su validez de las normas superiores, siempre y cuando les sean fieles y consecuentes, en el sentido de que una norma

⁵⁹ Lara Márquez. *Op. Cit.* Pág. 15.



inferior no puede contradecir a una norma superior, so pena de perjudicar su propia validez.

Esto significa que, si existe una antinomia entre una norma superior y una inferior, prevalece siempre la norma superior.

Criterio cronológico: Este criterio está relacionado directamente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico, en el sentido de que el derecho positivo se va renovando de acuerdo al cambio de las circunstancias económicas, políticas y sociales, de manera, “entre dos normas incompatibles prevalece la posterior; lex posterior derogat priori.”⁶⁰

El derecho nuevo es el que ha de prevalecer, este criterio es incontestable en caso de conflicto entre dos normas de la misma jerarquía y especialidad.

Criterio de especialidad: El criterio de especialidad está destinado a solucionar aquellas antinomias que se producen entre una norma general y una norma especial, donde esta última no señala expresamente ser excepción de la primera, circunstancia que da pie a sostener fundadamente que existe antinomia entre ambas normas, ya que, si el carácter de excepcional de la norma especial estuviera establecido expresamente, dicha antinomia no existiría.

⁶⁰ Bobbio, Norberto. **Op. Cit.** Pág. 192.

La solución de este tipo de antinomias pasa por: "Suponer que la norma especial es una excepción de la norma general, de manera tal que, se ha de preferir la norma especial por tratarse de una norma específica para el caso concreto, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lexspecialisderegatgeneralis*."⁶¹

La razón que justifica la elección de la norma especial para resolver este tipo de antinomias se funda en una exigencia de justicia, entendida ésta en el sentido de dar a cada uno lo suyo (*suumcuiquetribuere*).

Una regla general es la formulada en términos abstractos para así poder comprender dentro de sí a todos los casos sobre los que extiende su poder normativo, en ese sentido, una regla general prescinde de las pequeñas particularidades que distinguen a cada uno de sus componentes, centrando su atención sobre los caracteres más generales o sobre los caracteres promedio, toda vez que de esa manera es como uniformiza y generaliza la regulación.

Sin embargo, dentro de esa generalidad existen particularidades que no fueron tomadas en cuenta por la regla general, pero que sin embargo reclaman su individualidad; de manera tal que la diversidad de estas particularidades no puede ser

⁶¹ Lara Márquez. *Op. Cit.* Pág. 16.

diluidas en la generalidad exigiendo un tratamiento particular, teniendo en cuenta objetivamente la naturaleza de las cosas, toda vez que, como decía Aristóteles es de justicia tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

“Por lo tanto, si existe incompatibilidad entre una norma general y otra especial se ha de preferir esta última, ya que es ésta la que en justicia tiene en cuenta las particularidades del caso concreto, constituyéndose de esa manera.”⁶²

Criterio de competencia: Este criterio tiene por objeto resolver las antinomias producidas entre una norma emitida de la manera y por el órgano al que se ha reservado competencia para regular el tipo de materia del que trata, y otra norma, inclusive de igual jerarquía, pero que carece de la referida competencia, de manera tal que se ha de preferir la norma competente.

“En este caso, el criterio decisorio elegido es también un elemento de validez de la norma, de forma que se prefiere la norma válida posponiendo la norma viciada de invalidez, aun cuando dicha invalidez aun no haya sido formalmente declarada, de manera tal que, la norma relegada mantiene su vigencia, pudiendo inclusive ser aplicada en otros casos.”⁶³

Hans Kelsen expresa la única solución a este problema es la norma derogatoria: un conflicto de este tipo: “Sólo puede ser solucionado de tal manera que una de ambas

⁶² *Ibíd.* Pág. 17.

⁶³ *Ibíd.*

normas pierda su validez o que ambas la pierdan. Esta pérdida de validez puede acontecer de dos maneras solamente. Ya sea perdiendo una de las normas en conflicto su validez, porque ha perdido su eficacia, puesto que un mínimo de eficacia es condición de su validez; o por derogación.”⁶⁴

4.1. El derecho penal enemigo

En los últimos tiempos se han modificado las políticas criminales incrementando la adopción del derecho penal del enemigo. Para su mejor comprensión es debido saber que el derecho penal del enemigo es opuesto al derecho penal del ciudadano, Jakobs Günter explican que: “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo, la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos. En el derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo.

Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el estatus de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en

⁶⁴ Op. Cit. Pág. 225.

su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.

Las tendencias contrarias presentes en el derecho material –contradicción versus neutralización de peligros- encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal. Un Derecho Penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho Penal del enemigo. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.”⁶⁵

El derecho penal del enemigo considera que toda persona que represente un peligro para los ciudadanos debe ser tratada como enemigo del Estado, entonces entran en el contexto políticas criminales encaminadas a sancionar al autor por sus cualidades y características, por su peligrosidad, no tanto al acto de que se trate.

Explica Jakobs Günter, que son tres las características del derecho penal del enemigo: “Se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el

⁶⁵ Derecho penal del enemigo. Pág. 56.

hecho cometido). Las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.”⁶⁶

El derecho penal del enemigo implica que las normas jurídicas sancionadoras tienen penas altas para delitos de peligro, aquellos en que pudiera o no existir un riesgo para la sociedad por el simple hecho de ejecutar determinadas acciones que podrían producir algún resultado dañoso, pero que no lo han producido aún.

4.2. La aplicación del derecho penal del enemigo en los delitos de portación ilegal de armas de fuego

A partir de que el derecho penal del enemigo es un concepto que entraña acciones estatales en contra de aquellos sujetos que devienen peligrosos y potenciales delincuentes para perjuicio de la sociedad, Jakobs, explican que: “La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa ya, que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas

⁶⁶ **Ibíd.** Pág. 80.

tientes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.”⁶⁷

Incluir los delitos relativos a las armas de fuego como parte del derecho penal del enemigo corresponde a una política criminal que tiene por objeto, por parte del Estado, limitar el uso de las referidas armas por parte de la mayor cantidad de personas posibles, en el entendido que aquella persona que tenga o porte un arma sin ajustarse a las normas jurídicas vigentes es un enemigo de la sociedad porque seguramente la utilizará con el afán de causar la lesión de un bien jurídico tutelado.

Por lo que a través de la penalización severa de estos delitos se advierte a los enemigos del Estado de que no habrá tolerancia sobre el uso ilegal de aquellas, lo que en la actualidad debería de ser una realidad, pero la realidad es otra, debido a que el Estado no cumple su función de prevención informando a la sociedad de la responsabilidad y limitaciones que existen para poseer una arma de fuego y los riesgos resultantes, al contrario la mayoría de personas menores de edad son educadas para que porten armas de fuego y con ello cometan delitos, poniendo en conocimiento de éstos menores que no puedan ser imputados por tales delitos, aprovechándose así de su ignorancia.

La aplicación del derecho penal del enemigo necesariamente debe llevarse a cabo ante condiciones especiales, en el caso de Guatemala, la gran cantidad de personas con poco o escaso acceso a la educación, a la que se suma una cultura de violencia que

⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 86.

deriva, entre otras cosas, de treinta y seis años de guerra interna, una cultura poco tolerante a los derechos ajenos y un clima de corrupción, da lugar a que la población desconozca o ignore las disposiciones legales bajo el argumento de que el Estado no proporciona la seguridad que ofrece o que es mejor prevenir y armarse para defenderse a sí mismo ya que las autoridades no actuarán en el momento oportuno.

Esto ha dado lugar a que muchas personas cometan actos que en su conciencia son normales pero que se subsumen en tipos penales de los cuales muchas veces se cree que no se les aplicará la sanción en virtud de que lo que están haciendo no es algo grave, de esa forma es como la administración de justicia no es funcional en los guatemaltecos, aunado a esto porque no se cumple con educar y prevenir a través de la enseñanza del funcionamiento de las armas tomando en cuenta que muchas personas mayores de cincuenta años no conocen una arma de fuego y menos aún tenerla en contacto, por lo que al momento de poseer una arma de fuego desconocen su peligrosidad ni la forma en que se puede adquirir de forma legal, lo que conlleva a pretender que portar una arma de fuego sin ningún tipo de permiso ni registro sea un delito.

4.3. Las medidas desjudicializadoras

El surgimiento de las medidas desjudicializadoras obedece principalmente a la lentitud de tramitación de todos los procesos, tanto los graves como los menos complicados,



siguiendo todos los mismos caminos pero, con la acumulación de ellos, avanzando muy poco, al respecto Barrientos Pellecer, indica:

“En la búsqueda de solución a los graves problemas de la administración judicial penal y para superar las fallas y abusos cometidos por operadores de la justicia; pero también al considerar los fundamentos prácticos de las soluciones subterráneas a conflictos penales, el derecho procesal penal moderno creó e innovó fórmulas para resolver ágilmente y de manera sencilla ciertos casos penales, destinando el proceso penal a los delitos graves. El Código Procesal Penal, Decreto 51-92 introduce al país formas procesales a dar salida rápida del sistema judicial a los casos planteados por delitos en que los fines del Derecho Penal sustantivo y procesal pueden cumplirse por mecanismos breves, acelerados pero siempre con la intervención del Estado, para protección de la sociedad y de los derechos de los particulares involucrados.”⁶⁸

La Corte Suprema de Justicia, en el año dos mil diez, a través de la circular número PCP-2010-0019, ha patentizado la importancia de la aplicación de medidas desjudicializadoras, debido a que constituyen una forma rápida de poner solución a los conflictos penales, en los supuestos que la ley lo permite, con utilidad social tanto para la víctima como para el sindicado. Además, permiten la descongestión de los tribunales de justicia y agilizar su aplicación a fin de que se pueda acceder fácilmente a la justicia en casos que están ajenos de complejidad.

⁶⁸ Barrientos Pellecer, César. **Exposición de motivos, Código Procesal Penal.** Pág. 158.

En ese contexto, hablar de las medidas desjudicializadoras es muy importante para conocer a profundidad las alternativas que ofrece el proceso penal para aquellos quienes no han causado grave afectación a la sociedad con su conducta y que merecen tener una segunda oportunidad porque con anterioridad han observado un comportamiento apegado a la ley.

4.4. Medidas desjudicializadoras

Las medidas desjudicializadoras son instituciones que se encuentran para simplificar la solución de litigios de tipo penal. En el Código Procesal Penal, Decreto 51-92, aparecen las medidas desjudicializadoras explicadas como instituciones que por su naturaleza pueden ser el criterio de oportunidad, la conversión, la mediación y la suspensión provisional de la persecución penal, todas estas medidas deben aplicarse conforme los principios del sistema acusatorio, en audiencias orales y públicas, con inmediación del juez y que tienen la finalidad específica de descargar a los tribunales de procesos que pueden ser solucionados con acuerdo de la parte acusadora y la parte acusada, en delitos de baja gravedad y que debe tomar en consideración la forma en que ha procedido el imputado al intentar reparar el daño ocasionado y la actitud de la víctima en sentir satisfecha la reparación del perjuicio surgido.

Barrientos Pellecer, señala: "Estamos frente a una opción de simplificación de trámites y alternativas distintos de solución a casos penales, originada por las necesidades de eficiencia judicial y readecuación del Derecho Procesal Penal. Ante un nuevo estilo

basado en la oralidad que sustituye a gigantesca escenografía de papel y la actuación subterránea del Estado, lo que requiere, desde luego, nuevas actitudes y una mentalidad inclinada a la búsqueda y realización de la justicia. Por todo ello la desjudicialización es como una ventana que se abre en los tribunales de justicia para dar paso al aire fresco y a la luz, y expulsar la estructura burocrática y los subterfugios. Presenciamos la renovación radical de las formas procesales.”⁶⁹

4.5. El criterio de oportunidad

El criterio de oportunidad es una medida desjudicializadora, que Fredy Enrique Escobar Cárdenas, define diciendo que: “El criterio de oportunidad es una medida desjudicializadora, que le permite al Ministerio Público abstenerse de ejercitar la acción penal, en delitos de poca trascendencia o de bagatela, o bien, cuando se trate de casos en que tanto el interés público como la seguridad ciudadana, no están gravemente afectados o amenazados, con el previo consentimiento del agraviado y con la autorización del juez competente.”⁷⁰

Cuando se ofrece una oportunidad a las partes para poder resolver su situación jurídica de tipo penal a través de medios alternativos, el beneficio de la satisfacción de las dos partes permite alcanzar un mayor grado de armonía social que el hecho de tener que esperar a que culmine un conflicto que al llegar a una sentencia llevará a que una de

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 159.

⁷⁰ *El derecho procesal penal en Guatemala.* Pág. 286.



las partes se encuentre inconforme. Es por ello que su aplicación es para delitos de poca relevancia social y que necesariamente debe mediar el consentimiento de las partes para su aplicación, obviamente con la debida autorización judicial para que el ente fiscal deje de accionar por el mismo en virtud de la solución alternativa a la que se ha llegado, lo que en realidad es nulo por parte de los entes encargados de la aplicación de justicia, toda vez que son ellos los que en ocasiones, por decirlo así, se encaprichan en no aceptar la aplicación de una medida desjudicializadora, toda vez que es sugerida por las partes implicadas en los casos o procesos.

4.6. El criterio de oportunidad en Guatemala

En la legislación guatemalteca el criterio de oportunidad aparece regulado en los Artículos 25, 25 bis, y 25 quinquies del Código Procesal Penal, estableciendo que se puede aplicar en aquellos casos en los que los delitos no sean sancionados con prisión, sean perseguibles a instancia particular o de acción pública pero con pena máxima no mayor a cinco años de prisión, que el sindicado haya contribuido en forma mínima al delito, el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por el delito o a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que colaboren a la averiguación de la verdad en delitos como aquellos contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, seguridad del Estado, orden público, tranquilidad social, cohecho, peculado, entre otros.

El criterio de oportunidad de acuerdo a la última reforma se puede aplicarse a los casos



de encubrimiento de delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos con motivo o ejercicio de su cargo.

Cuando el criterio de oportunidad se aplica el proceso se archiva por el plazo de un año, transcurrido el cual se extingue la acción penal, con la excepción que si en ese tiempo se demuestra que hubo fraude, error, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento.

Esto significa que, en los delitos con sanción máxima de seis años, siete, o más años de prisión, es inaplicable el criterio de oportunidad.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Realizadas las diferencias esenciales de la no aplicación de un criterio de oportunidad en los delitos de portación ilegal de armas de fuego para los agentes de seguridad privada, debido a que ellos no cuentan con una licencia como tal, como lo establece el Artículo 79 de la Ley de Armas y Municiones, que ellos no utilizan “Licencia de Portación de Armas de Fuego”, sino una credencial según lo regula la literal e) de dicha ley; así como únicamente reciben una sanción pecuniaria al no portar el referido carné según lo regulado en los Artículos 59 y 74 del Reglamento de Portación de Armas de Fuego en Agentes de Seguridad Privada en el Artículo.

La aplicación de un criterio de oportunidad en relación con otros ilícitos que sí gozan de este beneficio, refiere que aunque no aplique un criterio de oportunidad, los índices de criminalidad por dicho delito no han disminuido, pero el número de personas sentenciadas si ha aumentado y que han dejado, en ciertos casos, a sus familias desprotegidas y sin poder proveerlas económicamente por su condición de reos. La no aplicación de un criterio de oportunidad en los delitos de portación ilegal por parte de los agentes de seguridad privada de armas de fuego, no sólo ha privado de libertad a personas que cometen éste ilícito y que dejan desprotegidas a familias enteras sino también ha provocado la destrucción de matrimonios y los hijos se quedan sin el cuidado.

A la Corte Suprema de Justicia a través de sus órganos jurisdiccionales sea aplicada la ley más benigna para los agentes de seguridad privada, que cometan la falta de no portación del carnet que los acredita como miembros de una empresa de seguridad.





BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Principios de derecho penal: Parte general.** 2ª. ed., España: Ed. Akal, 1990.
- BARRIENTOS PELLECE, César. **Exposición de motivos, Código Procesal Penal.** 3ª. ed., Guatemala: Ed. Raúl Figueroa Sarti, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho.** 2ª. ed., Colombia: Ed. Temis, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal penal.** México: Ed. Impresora y Ediciones Rodríguez, 1998.
- Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala -CICIG-. **Armas de fuego y municiones en Guatemala: Mercado legal y tráfico ilícito.** Guatemala: Ed. CICIG, 2009.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** 22ª. ed., Guatemala: Ed. Magna Terra, 2012.
- ENGISCH, Karl. **Introducción al pensamiento jurídico.** España: Ed. Guadarrama, 1967.
- ESCOBAR CÁRDENAS, Fredy Enrique. **El derecho procesal penal en Guatemala.** Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 2013.
- GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.** España: Ed. Gedisa, 1999.
- GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica.** México: Ed. Porrúa, 2000.



JAKOBS, Günter. **Derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá, Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. **Lecciones de derecho penal**. México: Ed. Oxford University Press, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica**. España: Editorial Trotta, S.A., 2011.

LARA MÁRQUEZ, Jaime. **Las antinomias en el derecho: El caso de las Leyes 29214 y 29215**. Perú: Revista 48, Vol. 34, Págs. 1-34, 2009.

LUMIA, Giuseppe. **Principios de teoría e ideología del derecho**. España: Ed. Debate, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2ª. ed., Colombia: Ed. Temis, 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 35ª. ed., Argentina: Ed. Heliasta S.R.L.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. 22ª. ed., España: Ed. Real Academia Española, 2007.

ROSALES GRAMAJO, Fernando Javier. **Lógica jurídica: Instrumento indispensable para el juez y abogado litigante**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**. España: Editorial Civitas, 2008.

RUIZ MANERO, Juan. **Algunas concepciones del derecho y sus lagunas**. España: Ed. Marcial Pons, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. España: Ed. EDIAR, 2006.



Legislación:

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

Código Penal. Decreto 17-73: Congreso de la República de Guatemala, Diario de Centro América, 1973.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92: Congreso de la República de Guatemala, Diario de Centro América, 1992.

Ley de Armas y Municiones. Decreto 15-2009: Congreso de la República de Guatemala, Diario de Centro América, 2009.