



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DERIVADO DE LA UTILIZACIÓN DE
ANALOGÍA AL MOMENTO DE OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO
DE VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA.**

SERGIO ANDRES TORTOLA CASPROWITZ

GUATEMALA, MARZO DE 2023

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DERIVADO DE LA UTILIZACIÓN DE
ANALOGÍA AL MOMENTO DE OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO
DE VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SERGIO ANDRES TORTOLA CASPROWITZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

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 III	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA	Licda.	Evelyn Johanna Cheves Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

PRESIDENTE	Lic.	David Ernesto Sánchez Recinos
SECRETARIO:	Lic.	Juan Manuel Perny García
VOCAL:	Lic.	María de los Ángeles Castillo

Segunda fase:

PRESIDENTE:	Lic.	Roberto Fredy Orellana Martínez
SECRETARIO:	Lic.	Luis Adolfo Chávez Pérez
VOCAL:	Lic.	Rolando Nech Patzán

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).



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
dos de junio de dos mil veintiuno.

Atentamente pase al (a) Profesional, CAROLINA LUCRECIA REYES GUTIÉRREZ,
para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
SERGIO ANDRES TÓRTOLA CASPROWITZ, con carné 200942839,
intitulado VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DERIVADO DE LA UTILIZACIÓN DE ANALOGÍA AL
MOMENTO DE OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA
PENA.

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.



ASTRID JEANNETTE LEMOS RODRÍGUEZ
Vocal I en sustitución del Decano

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

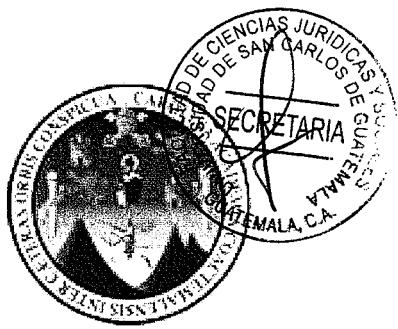
Carolina Lucrecia Reyes Gutiérrez
Abogada y Notaria

Fecha de recepción 30/09/2021

f)
Asesor(a)
(Firma y Sello)

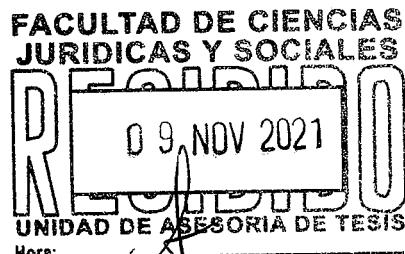


Licenciada Carolina Lucrecia Reyes Gutiérrez
Abogada y Notaria
26 avenida 21-67 zona 16 ciudad de Guatemala- Celular 55428042



Guatemala, 3 de noviembre de 2021

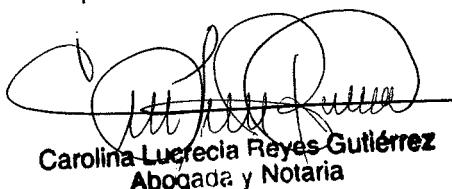
Doctor
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimada licenciada, reciba un cordial y respetuoso saludo, por medio del presente, respecto al nombramiento emitido por el despacho a su cargo con fecha veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno, procedí a asesorar al bachiller **Sergio Andres Tórtola Casprowitz**, en su investigación de tesis del tema intitulado: "*VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DERIVADO DE LA UTILIZACIÓN DE ANALOGÍA AL MOMENTO DE OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA*" y, habiendo cumplido con los lineamientos establecidos en el Normativo de Tesis, procedo a emitir el siguiente:

DICTÁMEN

1. El contenido de la tesis advierte la aplicación de requisitos técnicos y científicos en la investigación del tema relacionado, así como la utilización de los métodos analítico y deductivo, las técnicas de investigación utilizadas consistieron en consulta de textos, legislación aplicable nacional y jurisprudencia.
2. Las fuentes bibliográficas son relacionadas al plan de investigación, la redacción de los capítulos es clara, precisa y lógica, así como la utilización de lenguaje jurídico.
3. La investigación elaborada constituye un aporte en cuanto al derecho laboral guatemalteco, con el objeto establecer a través de un Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia que los jueces de orden penal empleen el término de



Carolina Lucrecia Reyes Gutiérrez
Abogada y Notaria

Licenciada Carolina Lucrecia Reyes Gutiérrez
Abogada y Notaria

26 avenida 21-67 zona 16 ciudad de Guatemala- Celular 55428042



violación con agravación de la pena en todas sus sentencias para evitar la utilización de violación agravada, de tal forma que se pueda cumplir con la justicia pronta y cumplida dentro del territorio nacional. Además, la presente investigación es una fuente de consulta para los profesionales del derecho y estudiantes.

4. En cuanto a la conclusión discursiva, a mi criterio es procedente que la Corte Suprema de Justicia, específicamente por medio de la Cámara Penal, emita un Acuerdo, mediante el cual se instruya a los jueces del orden penal para que empleen el término de violación con agravación de la pena en todas sus sentencias, no así el de violación agravada, de tal forma que se pueda cumplir con la justicia pronta y cumplida dentro del territorio nacional.
5. Hago constar que no tengo ningún parentesco por consanguinidad o afinidad dentro de los grados de ley con el estudiante Sergio Andres Tórtola Casprowitz, ni amistad que pueda afectar la imparcialidad de la asesoría prestada.

Por lo antes expuesto, estimo pertinente indicar que la tesis que desarrolló el estudiante reúne y cumple con los requisitos establecidos en el *Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público*, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE** al bachiller **Sergio Andres Tórtola Casprowitz**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente y posteriormente evaluarse por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Agradeciendo su atención a la presente.
Me suscribo deferentemente,

f) _____
Lcda. Carolina Lucrecia Reyes Gutiérrez
Abogada y Notaria
Colegiado No.16583

Carolina Lucrecia Reyes Gutiérrez
Abogada y Notaria



Guatemala, 03 de mayo de 2,022.

Doctor
Carlos Ebertito Herrera Recinos
JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Estimado Licenciado:

Respetuosamente a usted informo que procedí a revisar la tesis del bachiller **SERGIO ANDRES TÓRTOLA CASPROWITZ**, la cual se titula **“VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DERIVADO DE LA UTILIZACIÓN DE ANALOGÍA AL MOMENTO DE OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA”**.

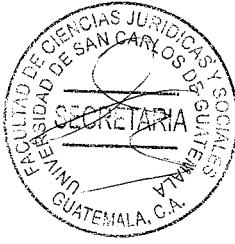
Le recomendé al bachiller algunos cambios en la forma, estilo, gramática y redacción de la tesis, por lo que habiendo cumplido con los mismos emito DICTAMEN FAVORABLE para que se le otorgue la correspondiente orden de impresión.

Atentamente,

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Licda. Ingrid Beatriz Vides Guzmán
Docente Consejero de la Comisión de Estilo

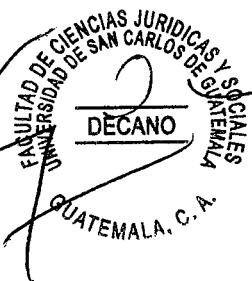
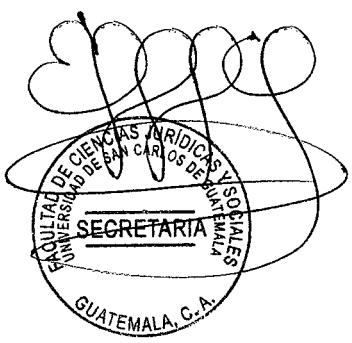
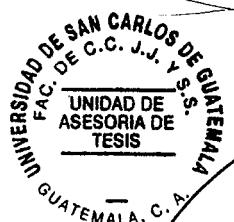




Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, treinta de enero de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante SERGIO ANDRÉS TÓRTOLA CASPROWITZ, titulado VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DERIVADO DE LA UTILIZACIÓN DE ANALOGÍA AL MOMENTO DE OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA. 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:

Por todas sus bendiciones y la oportunidad de cumplir uno de mis sueños.

A MIS PADRES:

Por su amor, paciencia, confianza, esfuerzo, dedicación y consejos.

A MI HIJA:

Samantha, por ser una luz en mi vida y ser la persona por quien late mi corazón.

A MI ESPOSA:

Por su amor y motivación.

A MI HERMANA:

Alejandra, por su apoyo incondicional en todo momento.

A:

Moshé y David por ser una alegría en mi vida.

A:

Mis amigos Lariza, Castillo, Roca, Calvo, Toledo, Romeo, Víctor y Mario, por su apoyo y amistad.

A:

Licenciado Moisés Eduardo Galindo Ruiz, por creer en mí y ser un ejemplo de persona, profesional, gran pensador y firme creyente de un Estado de Derecho en nuestro país.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por proveer conocimiento y potenciar el desarrollo profesional en nuestro país.



PRESENTACIÓN

La investigación se desarrolló dentro de la esfera del derecho penal, en la cual nos circunscribimos a desarrollar la investigación sin abordar el tema desde la gravedad de los delitos cometidos o de las consecuencias que conlleva para la sociedad; únicamente nos enfocamos en el principio constitucional que se vulnera a través de la utilización de la analogía por los jueces y para lograr lo anterior, se utilizó un procedimiento de recopilación de información de forma cualitativa.

El inicio del análisis de la investigación, es a partir de las reformas que el Congreso de la República de Guatemala decidió efectuar en el año 2009 al Artículo número 174 del decreto número 17-73, código penal de la República de Guatemala hasta finales del año 2021.

El sujeto de estudio son las resoluciones judiciales, en los casos concretos del otorgamiento o denegación de medidas sustitutivas para personas imputadas del delito de violación con agravación de la pena. Dentro de la relación de los temas abordados, encontramos el objeto de la investigación, siendo este la vulneración del principio de legalidad, el cual es una piedra angular del proceso penal y de un estado de derecho. Uno de los aportes académicos de la investigación, es resaltar la importancia del respeto por lo establecido en nuestra Constitución Política, código penal, su impacto directo en la seguridad jurídica y la percepción de los profesionales del derecho.

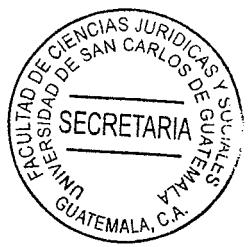
Es importante tener un sistema de justicia funcional y confiable para el beneficio de la sociedad guatemalteca, sin sesgos personales, políticos, espurios o análogos.



HIPÓTESIS

El Organismo Judicial debe de fundamentarse en el Artículo 7 del Código Penal guatemalteco, para garantizar y cumplir con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, que garantiza el principio de legalidad y debido proceso de una persona sujeta a un proceso penal al otorgar medidas sustitutivas por el delito de violación con agravación de la pena. Para el desarrollo de lo anterior se utilizó el método de investigación cualitativa.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



En la investigación, se utilizó una hipótesis descriptiva en donde se fijó un problema y se consideró una solución al mismo; en el sentido de que en la actualidad no se otorgan medidas sustitutivas a quien se encuentra sujeto a un proceso penal por el delito de violación con agravación de la pena, iniciando a considerarlo desde la normativa establecida para el delito de violación agravada, utilizando la figura de la analogía, la cual está prohibida dentro del contexto jurídico del territorio nacional.

En tal sentido la hipótesis se comprobó como válida, debido a que se determinó que es necesario que se cumpla lo normado en el Artículo 7 del Código Penal, de tal manera que no se utilice una figura delictiva derogada, para no otorgar medidas sustitutivas a una persona que se encuentre sujeta a un proceso penal por el delito que se encuentra vigente; cuando en nuestro ordenamiento jurídico, no existe limitante o prohibición para poder gozar de medidas sustitutivas. Para el desarrollo de la investigación, fueron utilizados, los métodos deductivo e inductivo.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El delito.....	1
1.1. Marco conceptual del delito.....	1
1.2. Teoría del delito.....	3
1.3. Elementos constitutivos del delito.....	5
1.3.1. Acción.....	5
1.3.2. Tipicidad.....	6
1.3.3. Antijuridicidad.....	6
1.3.4. Culpabilidad.....	7
1.3.5. Imputabilidad.....	7
1.3.6. Punibilidad.....	7
1.4. Sujetos del delito.....	7
1.4.1. Sujeto activo.....	8
1.4.2. Sujeto pasivo.....	8
1.5. Delitos de violencia sexual.....	9
1.6. El delito de violación.....	10

CAPÍTULO II

2. Principios constitucionales del derecho penal guatemalteco.....	15
2.1. Principio de legalidad.....	15
2.1.1. Principio de legalidad sustancial.....	17
2.1.2. Principio de legalidad penal formal.....	17
2.2. Principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo.....	18
2.3. Principio de inocencia.....	23
2.4. Principio de intervención mínima.....	24
2.5. Principio de lesividad y de protección de bienes jurídicos tutelados.....	25



2.6. Garantías procesales del derecho penal guatemalteco.....	25
---	----

CAPÍTULO III

3. Derecho procesal penal guatemalteco.....	31
3.1. Concepto.....	31
3.2. La actividad jurisdiccional penal.....	31
3.2.1. Función de enjuiciamiento.....	33
3.2.2. Función de declaración.....	34
3.2.3. Función de ejecución.....	35
3.2.3.1. Irrenunciable.....	35
3.2.3.2. Indelegable.....	35
3.3. Proceso Penal de Guatemala.....	38
3.3.1. Procedimiento preparatorio.....	38
3.3.2. Fase intermedia.....	40
3.3.3. Fase del juicio oral y público.....	41
3.3.3.1. Medios de prueba dentro de la etapa del debate.....	43

CAPÍTULO IV

4. Vulneración del principio de legalidad derivado de la utilización de analogía al momento de otorgar medidas sustitutivas en el delito de violación con agravación de la pena.....	47
4.1. Consideraciones generales.....	47
4.2. La diferencia entre el delito de violación con agravación de la pena y el delito de violación agravada.....	50
4.3. La figura doctrinaria de la analogía.....	53
4.4. Vulneración del principio de legalidad derivado de la utilización de analogía al momento de otorgar medidas sustitutivas en el delito de violación con agravación de la pena.....	54



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	63



INTRODUCCIÓN

En la actualidad podemos observar diferentes resoluciones emitidas por los jueces a cargo de procesos penales en las cuales se vulnera el principio de legalidad, al aplicar erróneamente por analogía normas procesales penales para el otorgamiento de medidas sustitutivas a personas sujetas a proceso penal específicamente en el delito de violación con agravación de la pena, sustentando así diferentes resoluciones totalmente violatorias a principios constitucionales, por práctica, desconocimiento o errónea aplicación de fundamentos legales.

El problema encontrado fue que algunos jueces al momento de resolver el otorgamiento de medidas sustitutivas en los delitos de violación con agravación de la pena, utilizan de forma análoga un delito derogado como la violación agravada para sustentar o determinar la procedencia del otorgamiento de las mismas. Lo anterior, podría desencadenar una serie de eventos, que únicamente contribuyen a la pérdida del equilibrio entre los poderes del Estado, de la ciudadanía e inicia la debilitación o pérdida de un estado de derecho, que puede conllevar al surgimiento de antiguos régimen totalitarios o anarquistas.

El objetivo principal de esta investigación consiste en determinar la vulneración del principio de legalidad ante la prohibición de otorgar medidas sustitutivas al delito de violación agravada regulada en el Código Procesal Penal frente al delito de violación con agravación de la pena establecido en el Código Penal. En la hipótesis planteada, se establece que el Organismo Judicial debe de fundamentarse en el Artículo 7 del Código Penal guatemalteco, para garantizar y cumplir con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, que garantiza el principio de legalidad y debido proceso de una persona sujeta



a un proceso penal al otorgar medidas sustitutivas por el delito de violación con agravación de la pena.

El contenido de ésta investigación se encuentra estructurada en cuatro capítulos de la siguiente manera: en el primero desarrolla al delito; en el capítulo segundo se estudia a los principios constitucionales del derecho penal guatemalteco; en el capítulo tercero, se aborda al Derecho procesal penal guatemalteco; y en el cuarto capítulo, se analiza la vulneración del principio de legalidad derivado de la utilización de analogía al momento procesal de la discusión del otorgamiento de medidas sustitutivas en el delito de violación con agravación de la pena.

Para el desarrollo de la presente investigación, se utilizó el método analítico e inductivo, así como técnicas bibliográficas y documental que centra su principal función en todos aquellos procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos documentales disponibles en las funciones de información, en libros, revistas y periódicos e internet, sobre el tópico en cuestión.

La presente investigación es de suma importancia, para que se establezca que no es legal la utilización del uso de la analogía en el caso de los delitos de violación con agravación de la pena, al momento de determinar si procede otorgar alguna medida sustitutiva, que contraviene normativa constitucional.



CAPÍTULO I

1. El delito

Resulta necesario establecer la importancia que tiene para la investigación que se presenta el análisis completo sobre el delito y su teoría, de tal manera que se entienda en qué consiste esta figura y cómo esta afecta a la sociedad guatemaiteca, para luego establecer su vínculo con la reparación del daño y como debe de aplicarse en el territorio nacional.

A manera de introducción se puede afirmar que el derecho es un conjunto de normas jurídicas, que tienen el objeto de regular las relaciones de las personas en una sociedad de tal manera que exista una reglamentación para cada situación de la vida dentro de un territorio determinado. Es por esto que se debe de recurrir al derecho para poder identificar y sancionar las conductas que van en contra de los cánones sociales; exemplificado de forma perfecta a través de los delitos.

Respecto al delito, se puede afirmar que se define como aquella conducta contraria a la ley que tiene como resultado una penalización debido a la consecuencia dañosa que esta lleva consigo; es decir que se castiga la conducta que está establecida como ilegal y que además resulta como un daño en contra de otra persona.

1.1. Marco conceptual de delito

Es necesario determinar en qué consiste el delito, para tener una noción sobre qué es lo que se busca proteger al encuadrar una conducta como prohibitiva delante de la ley; en ese



sentido, se puede afirmar que el delito se considera, como: "Acción manifestación de la personalidad, típica *nullum crimen*, antijurídica; soluciones sociales de conflictos, culpable es decir necesidad de pena, más cuestiones preventivas y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad."¹

Lo anterior quiere decir que el delito posee ciertas características que lo distinguen de otras figuras que pueden ser penalizadas, las cuales son: antijuridicidad; tipicidad y culpabilidad, las cuales se entrelazan para crear la figura delictiva, si una de estas falta no se puede considerar un delito, por lo que es necesario que se cumplan estos elementos; la antijuridicidad, se refiere a una conducta contraria al ordenamiento jurídico, por su parte la tipicidad es que la conducta referida sea definida como delito en la ley penal y la culpabilidad es la reafirmación de la autoría de la persona en la conducta.

El delito se define como "todo hecho típico, antijurídico y culpable"². Entonces se refiere al delito como como un acto que va en contra de la ley y además establece que, dentro de las mismas, se actúa con dolo; es decir con intención, lo cual es una verdad a medias debido a que existen conductas en las cuales se actúa sin la intención de causar un daño, aunque el resultado es mismo; situación que es abordada por el autor al derecho que es un quebrantamiento de una ley y esta es la que causa el daño.

"Es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal, que revela su prohibición, que por no estar permitida por ningún precepto jurídico, es contraria al orden jurídico y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia,

¹ Roxin, Claus. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 140

² http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3701_4.pdf (Consultado 15 de julio de 2021).



le es reprochable".³ Delito es toda conducta o acción que contraviene a las leyes penales de un país exigiéndose para que se considere como tal que sea típica; es decir que se encuentre dentro de la ley como delito, antijurídica que quiere decir que está en contra de la ley y las buenas costumbres o el orden público y culpable, es decir que la persona que se considere como delincuente tiene que comprobarse la culpabilidad y la participación efectiva en la misma.

1.2. Teoría del delito

Es necesario establecer en qué consiste la teoría del delito, para determinar cómo esta se relaciona con el mismo; se puede afirmar que la teoría del delito se utiliza dentro del derecho penal para determinar cómo pueden existir los delitos dentro de un estado de derecho, también para establecer si estos pueden o no ser considerados como tal, ya que como su nombre lo indica, esta es una forma de estudiar al delito, desde su concepción, hasta su perfeccionamiento así como las consecuencias del mismo, es por esto que el estudio del delito se hace tan importante.

Debido a que no basta únicamente con la intención de cometer delito, este debe de materializarse, ya que los delitos no únicamente son dolosos o con intención, sino también pueden ser sin intención o por culpa, es por esto que es de gran importancia que se estudie como estos deben de ser analizados para afirmar como se pueden realizar los delitos, dentro de las distintas fases que lo distinguen dentro del derecho.

La teoría del delito constituye "un método de análisis de distintos niveles, cada uno de estos presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirán

³ Zaffaroni, Eugenio. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 4.



la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación".⁴

Lo anterior supone la importancia que tiene la teoría del delito, que establece la forma en la cual se debe de actuar dentro del derecho penal para poder determinar la participación de una persona en el delito, sabiendo los niveles de participación en la misma y la comprobación del delito.

"El objeto de esta teoría, consiste en analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano ya sea a través de una acción o de una omisión en esos términos dicho análisis no sólo alcanza los delitos sino incluso todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal."⁵ Por lo que la teoría del delito, se encarga de establecer los parámetros jurídicos en los cuales se realiza el delito y las consecuencias que este conlleva respecto a la vinculación del autor con el hecho delictivo y la participación activa de este dentro de la actividad criminal.

"La teoría del delito guarda una gran cautela en torno a los elementos que constituyen a cada uno de los tipos penales contenidos en la parte especial de un código una ley Pues el objeto de análisis son las categorías comunes a todo comportamiento punible, en ese sentido se puede afirmar que la dogmática penal identifica a la acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y la punibilidad como elementos que constituyen al delito."⁶

Lo anterior establece la relación de la teoría del delito con los elementos que conforman esta conducta, iniciando con la acción, que consiste en la comisión de un acto, en este caso que

⁴ Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal. Parte general.** Pág. 67

⁵ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/4.pdf> (Consultado: 05 de mayo 2021).

⁶ **Ibid.** Pág. 67.



vaya en contra de la ley; que se compruebe la participación en el delito y que estos sean castigados conforme con la ley.

1.3. Elementos constitutivos de delito

En un primer término, es necesario afirmar que la convergencia de estos son los que determinan que una conducta exteriorizada por un ser humano resulta contraria a la ley además de tener un resultado dañoso para la sociedad, por lo que es menester el estudio detenido de cada uno de los elementos que conforman el delito de tal manera que se pueda observar como la concatenación de estos, deriva en una acción condonable y punible conforme con la ley penal. En ese sentido, se puede determinar que son cinco los elementos que constituyen el delito, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad y punibilidad los cuales se describen y se enumeran a continuación:

1.3.1. Acción

La acción se determina como el acto humano y derivado de la voluntad humana; es decir que la dirección final de la acción se realiza en dos fases una interna y la otra externa.

En ese sentido, se afirma que la fase interna de la acción, se lleva a cabo en la esfera del pensamiento del autor del delito, y se propone la realización de un fin. La fase externa por contraparte se materializa cuando después de la fase interna; caracterizándose porque el autor del delito materializa lo planeado en la fase interna; ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto.



1.3.2. Tipicidad

La tipicidad consiste en la coincidencia son las descripciones del delito de las reunidas en la parte especial del Código Penal. Para definir la tipicidad de forma clara y precisa es la adecuación de la conducta o sea el delito al tipo legal concreto. Se puede afirmar que el tipo cumple tres cometidos: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función político criminal. En el sentido sistemático el tipo abarca el conjunto de los elementos de que delito se trata. “La función dogmática: consiste en describir los elementos. La función Político criminal: radica en una función de garantía, para saber en qué tipo se adecúa.”⁷

Se puede determinar entonces que la tipicidad representa la forma que existe dentro de la ley, es la manera en la cual se puede establecer a través de la ley y como puede dictaminarse a una conducta como delito, ya que para tal efecto debe de constar en la ley, describiendo sus elementos que lo califican como delito y que exista la descripción de la conducta sobre la cual se quiere establecer la conducta delictiva.

1.3.3. Antijuridicidad

Representa lo contrario a la ley, realizar actos que vayan al orden jurídico penal, es decir la materialización de la acción dentro de una sociedad que conlleve como consecuencia la pena.

⁷ Madrazo Mazariegos, Danilo, Sergio Madrazo Mazariegos. **Constelaciones de las Ciencias Penales.** Pág. 171.



1.3.4. Culpabilidad:

Es la fuerza que hace responsable al autor que cometió el delito, es decir que establece que la persona que es sospechosa de un delito realmente es culpable por dicha acción y por esto se debe de castigar la conducta de la persona, que en contra de los cánones normados por la sociedad.

1.3.5. Imputabilidad

Para establecer la culpabilidad de una persona, se tendrá que determinar en primer lugar la capacidad mental y edad cronológica del sujeto para ser responsable, por lo que, se necesita establecer la capacidad de comprensión del hecho ilícito por parte del sujeto y la capacidad para actuar conforme a su comprensión.

1.3.6. Punibilidad

Se considera este elemento como una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible y es la característica diferencial del delito. Ya que una persona que comete un delito debe ser penado por la ley.

1.4. Sujetos del delito

Es necesario establecer cuáles son los sujetos que tienen participación en el delito, ya que a partir de esta se puede determinar cómo se efectuó el delito y como se pueden determinar



las penas que corresponden a cada uno de estos ilícitos penales. Los distintos de sujetos que la ley y la doctrina identifican son los siguientes:

1.4.1. Sujeto activo

"Dentro del delito, son aquellos que tienen el papel de ofensor o agravante, también puede considerarse como tal, aquella persona que comete y participa en su ejecución."⁸ El sujeto activo va a ser la persona sobre la que recae la consecuencia jurídica del delito ya que él es el culpable, es a él a quien se impone una pena o una medida de seguridad, dependiendo de la gravedad del delito. Esta persona es reconocida por ser en un futuro declarada responsable penalmente por un tribunal juzgador del delito, a través de haber efectuado la conducta prohibida establecida por el poder legislativo.

1.4.2. Sujeto pasivo

Es la persona que sufre las consecuencias del delito y a quien protege la ley penal, quien también es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. "El problema de esto es saber exactamente a quien se le protege y quien es el titular, porque hay quienes indican que es el Estado y la sociedad mientras que otros establecen que son las personas individuales o Jurídicas."⁹ En otras palabras, consiste en la persona que por algún motivo resulta agraviada por un hecho delictivo, debido a que este sujeto resultado dañado en sus derechos, aunque no siempre sea la víctima directa, se puede ser sujeto pasivo del delito.

⁸ Ibíd. Pág. 174.

⁹ Cifuentes Molina, Jacqueline Shaidé. **Consecuencias jurídicas por la comisión del delito en el derecho penal.** Pág. 21.



1.5. Delitos de violencia sexual

Es necesario analizar en qué consisten los delitos de violencia sexual y como este se desarrolla dentro del territorio nacional, de tal forma que se puede tener un panorama más acertado sobre estos delitos y su impacto en el territorio nacional.

En primer término, se puede determinar que se define la violencia sexual como “todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y lugar de trabajo”.¹⁰

La violencia sexual, implica el uso de la fuerza física, la coerción o la intimidación psicológica para hacer que una persona lleve a cabo un acto sexual u otros comportamientos sexuales indeseados, por lo que el requisito fundamental para que exista violencia sexual es que siempre que se establece un acto de esta índole no exista plena validez y consentimiento de ambas partes para que el mismo se suscite.

“La violencia sexual en Guatemala ha ido en aumento, según registros del Ministerio Público, en el año 2011 recibieron un promedio de seis denuncias diarias. Concatenado con lo anterior un informe de Médicos Sin Fronteras publicado en marzo de 2011, indica que este programa ha atendido a más de tres mil víctimas de este flagelo desde el 2008, cuando comenzó a funcionar.”¹¹

¹⁰ <https://svet.gob.gt/temasdetrabajo/%C2%BFqu%C3%A9-es-violencia-sexual> (consultado: 16 agosto 2021).

¹¹ *Ibid.* Pág. 21.



En virtud de lo anterior, se puede determinar que este tipo de delitos, van en constante aumento a medida pasa el tiempo, haciendo evidente la necesidad de que los mismos sean cada vez más perseguidos y condenados dentro del contexto del derecho nacional, debiendo de establecerse los métodos más eficaces para tal efecto, siempre dentro del contexto del principio de legalidad, fundamental en el proceso penal guatemalteco.

1.6. El delito de violación

Es necesario analizar en qué consiste el delito de violación y como se aborda en el territorio nacional, de tal manera que se pueda determinar cuáles son los elementos que conforman el mismo dentro del contexto de la legislación nacional.

Doctrinariamente, se define de la manera siguiente: "Acceso carnal con una mujer privada de sentido, usando fuerza o grave intimidación, o si es menor de doce años, en que se supone que carece de discernimiento para consentir un acto de tal trascendencia para ella.

Se agrava cuando resulte un grave daño a la víctima o se cometa el hecho por un ascendente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de educación o guarda de aquél, o con el consentimiento de dos o más personas. Y más todavía cuando resulte la muerte de la persona ofendida."¹² En tal sentido, se puede determinar que este delito, se lleva a cabo cuando por la fuerza o través de la coacción, amenazas o violencia el acceso carnal sin el consentimiento expreso de la persona, siendo la mayoría de las ocasiones, mujeres y niñas, sin embargo, la conducta puede extenderse a cualquier persona dentro del territorio nacional.

¹² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 314.



"La violación es la imposición de la cópula sin consentimiento, por medios violentos. Se caracteriza el delito en estudio, por la ausencia total de consentimiento del sujeto pasivo y la utilización de fuerza física o moral. Este concepto se refiere al tipo básico del delito, los subtipos de violación se examinarán en su oportunidad en el apartado correspondiente.

La cópula en la violación se entiende en su sentido más amplio, no se limita a cópula por vía idónea entre varón y mujer, sino abarca cualquier tipo de cópula, sea cual fuere el caso por el que se produzca la introducción. Respecto del sujeto pasivo, puede ser cualquier persona con independencia de sexo, edad, conducta o cualquier otra situación personal, de manera que la violación puede cometerse en personas del sexo masculino o femenino."¹³

Siempre que se establezca como violación se debe de establecer que debe de existir el acto de copulación de una persona con otra con cualquier acto de violencia ya sea física o moral, que sean no consensuados y tengan un resultado dañoso para las personas quienes son víctimas de estas en el territorio nacional.

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

Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no

¹³ Lezaum Begue, J. J. **Delitos contra la intimidad y libertad sexual**. Pág. 301.



medie violencia física o psicológica. La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.”

Este tipo penal, según su estructura, es un tipo básico ya que contiene la descripción más genérica del hecho punible. Según la división de los tipos en relación con el sujeto activo es un tipo penal unipersonal, porque describe una conducta realizada solo por una persona.

El sujeto activo de este tipo penal puede ser cualquier persona hombre o mujer y el sujeto pasivo, puede ser un hombre o mujer, mayor o menor de edad. Este es un avance al incluir al hombre como sujeto pasivo dentro de este tipo penal, tanto los hombres como mujeres gozan de libertad sexual que debe protegerse por parte del Estado.

El sujeto pasivo menor de 14 años e incapaces necesitan una especial atención, ya que dentro de este tipo penal se establece que los menores de 14 años e incapaces, aunque no medie violencia física o violencia psicológica siempre deberá constituir delito de violación.

En relación con la violencia física o psicológica, descrita en el tipo penal de violación, Artículo 173 y agresión sexual, Artículo 173 Bis, de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, este es un elemento normativo, el cual permite que el juzgador emita un juicio de valor. Para entender la definición de violencia física o psicológica es necesario estudiar lo que se contempla en doctrina en cuanto a la violencia física o psicológica, como ya se hizo referencia en esta investigación y empero también es prudente analizar la definición plasmada en nuestra normativa especial de violencia contra la mujer respecto de dichos preceptos. Por su parte, los objetos del delito; respecto al objeto jurídico se entiende que es el bien jurídicamente tutelado por la norma penal.



La libertad de todo individuo de tener relaciones sexuales con quien quiera. Ahorita bien; el objeto material. Es el sujeto pasivo, ya que en el cuerpo de la víctima se ejecuta el delito; o sea la violación por medio de la violencia tanto física como moral. Por su parte, existen dos teorías en cuanto a la sanción del ilícito:

- a. De la acción: Es cuando el delito se sanciona en el lugar donde se produjo la acción, sin importar donde se produjo el resultado.
- b. Del resultado: Se castigará al ilícito en el lugar donde se produzca el resultado, no interesando donde se efectuó la acción que lo ocasionó.





CAPÍTULO II

2. Principios constitucionales del derecho penal guatemalteco

La Constitución Política de la República de Guatemala, es la base del ordenamiento jurídico de Guatemala; por lo tanto, en esta ley está contenida los lineamientos generales sobre los cuales, se fundamentan todos los procesos y garantías que regirán dentro de la medida de lo posible los procesos que se llevarán a cabo dentro del país.

Cuando se habla de principios, son aquellos tópicos que le dan forma a la manera de cómo se abordaran y la manera en la cual se resolverán las incidencias que sean presentados a este tipo de procesos. Los principios son aquellos preceptos jurídicos que dan lineamientos a los procesos de Guatemala. En este caso, será dentro del derecho penal de nuestro país.

A continuación, enunciaremos y definiremos cada uno de los principios que hay en nuestra constitución respecto al derecho penal y como debe de abordarse.

2.1 Principio de legalidad

Debemos iniciar por decir que en general, legalidad significa de conformidad con la ley, por lo tanto, una descripción somera de principio de legalidad, serán "aquellos en los cuales los poderes públicos están sujetos a la ley; de tal forma en que todos sus actos deben de ser conforme a la ley so pena de invalidez. Es decir que todos los actos de los poderes públicos que no encuentren su génesis en la ley. Esta regla se refiere especialmente a los actos del estado que pueden incidir de manera directa sobre los derechos subjetivos limitándolos o



extinguiéndolos.”¹⁴ Las autoridades al no mantener su actuar dentro de los límites de este principio, aportan de manera significativa al proceso de desestabilización de un estado de derecho. Este principio es un contrapeso de un sistema de anarquía que en ocasiones lo utilizan personas con pensamientos o tendencias a que impere tal sistema.

Con esto claro podemos afirmar entonces que principio de legalidad es aquel que “Se conoce como principio de legalidad a la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público. Esto quiere decir que todo aquello que emane del Estado debe estar regido por la ley, y nunca por la voluntad de los individuos.”¹⁵

Se conoce como principio de legalidad a la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público. Esto quiere decir que todo aquello que emane del Estado debe estar regido por la ley, y nunca por la voluntad de los individuos.

Un gobernante, de este modo, no puede actuar de manera contraria a lo establecido por la Constitución, que recopila las normas esenciales del Estado. De acuerdo al principio de legalidad, no alcanza con que el gobernante en cuestión haya sido elegido para ocupar su cargo por la votación popular ni que, al ganar una elección, haya sido investido como mandatario: todas sus medidas de gobierno deben ser sometidas a la ley.

Cuando un Estado respeta el principio de legalidad, puede ser calificado como un Estado de Derecho. El accionar estatal, en estos casos, encuentra su límite en la Constitución y no avasalla los derechos de ningún ciudadano. El principio de legalidad penal, el cual “es

¹⁴ Gianinni. **Diritto amministrativo**. Pág. 82.

¹⁵ Maldonado Ericastilla, Pablo Alberto. **Auctoritas prudentium**. Pág. 1.



conocido universalmente con el apotegma latino *nullum crimen, nulla poena, sine lege; es decir no hay delito, no hay pena, sin ley*. Las formulaciones latinas ordinarias del principio de legalidad *nulla poena sine lege* (*scripta, stricta, praevia, certa*), *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali* provienen de Feuerbach, que las desarrolla como elemento de su teoría de la pena (teoría de la conminación penal). La prevención general a través de la coacción psicológica actuaría con mayor eficacia cuando más rigurosa esté determinado el mal de la pena.”¹⁶

Esto quiere decir que el principio de legalidad como tal, es la forma en la cual debe de existir en la ley; la conducta delictiva es un principio para que sea considerada como tal, de tal forma que primero exista en ley para que luego sea determinada como delito. Existen dos tipos dentro del principio de legalidad:

- a) Principio de legalidad penal sustancial: Es un axioma extrajurídico de defensa social en virtud del cual se sanciona con una pena o se somete a una medida de seguridad cualquier acción u omisión o estado peligroso de una persona que vaya contra la sociedad o el Estado.
- b) Principio de legalidad penal formal: Es un axioma jurídico por el cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que la ley anterior lo haya previsto como tal.

La descripción del delito o situación peligrosa tiene que preceder al acto delictivo o peligroso. Considera y castiga como delito, todo hecho que esté en la ley como tal. No considera ni castiga los hechos que no estén en la ley, aun cuando esos hechos sean lesivos

¹⁶ Jakobs, Günther. **Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación**. Pág. 79.



a la sociedad o al individuo. En la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra el primer indicio del mismo; el artículo cinco, norma lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma". Esto deja claro que este principio tiene una doble fundamentación:

- a) Fundamento Jurídico: El poder judicial juzga casos concretos
- b) Fundamento Político: El poder legislativo define el ilícito penal

Asimismo, se debe de mencionar que este principio se busca impedir la actuación del Estado en forma absoluta y arbitraria restringiéndole al individuo única esfera de defensa de su libertad. Es una previsión de toda conducta humana que pretende ser incriminatoria.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 17; también establece: "No son punibles las acciones u omisiones calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración". Por lo tanto, es acertado afirmar que este principio encuentra su fundamentación en la proposición de que no se puede actuar sino ha existido una ley en la cual fundamentarse. En el caso de derecho penal entonces este principio se resume; en que no existe delito si primero no existe una legislación que prohíba la conducta.

2.2. Principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo

La retroactividad se refiere a aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, a pesar de que se haya cometido el hecho bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado



sentencia. Cuando la ley posterior al hecho se vuelve hacia atrás para juzgar dicho hecho nacido con anterioridad a su vigencia, es cuando se considera retroactividad.

"La retroactividad consiste en la traslación de la aplicación de una norma jurídica creada en un determinado momento, a uno anterior al de su creación, por lo que se contemplan ciertas situaciones, fácticas pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su realización.

Existe cuando la nueva disposición legal vuelve al pasado para apreciar condiciones de legalidad de un acto, o para modificar los efectos de un derecho plenamente realizado. Son leyes retroactivas aquellas que vuelven sobre los efectos ya consumados bajo el imperio de una ley anterior y el solo hecho de hacer referencia al pasado no es suficiente para calificarlas como tales, porque son las consecuencias nuevas las que se rigen por la ley nueva."¹⁷

Doctrinariamente; la retroactividad se da únicamente cuando esta sea favorable al reo; y para que esta se lleve a cabo deben de ocurrir las situaciones siguientes:

1. Cuando en la nueva ley nueva se considera delito un hecho que en la antigua no lo era.
La nueva ley no se puede aplicar con efectos retroactivos, por tanto, no se puede aplicar a supuestos que ocurrieron durante la vigencia de la ley derogada.
2. En la nueva ley se agravan las consecuencias previstas en la antigua o se amplía su ámbito de aplicación, por lo tanto, tampoco cabe la retroactividad.

¹⁷ Ibid. Pág. 102.



3. Si en la nueva ley deja de considerarse un delito un hecho penado hasta entonces, cabe la retroactividad.
4. Si en la nueva ley se regula un hecho con menos pena que en el precedente igualmente cabe la retroactividad.
5. En el caso de que existan situaciones favorables y desfavorables al mismo tiempo, en cuyo caso se da audiencia al reo y el juez decide.

Debemos afirmar también que, los efectos de la retroactividad se producen sobre los hechos pendientes de ser juzgados y también sobre los ya juzgados y sentenciados, cuando el autor este cumpliendo condena.

La retroactividad también tiene efectos una vez cumplida la condena en materia de antecedentes y de reincidencia, la retroactividad también alcanza a la norma administrativa que va vinculada a la pena.

Cuando la nueva norma que es derogada es más beneficiosa que otra, los delitos cometidos durante este período de vigencia, aun cuando no se encuentre en vigor por haber sido derogada también tienen carácter retroactivo. El Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo. En armonía con esa disposición, el Artículo siete de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-80 establece: "La ley no tiene efecto retroactivo ni modifica derechos adquiridos".



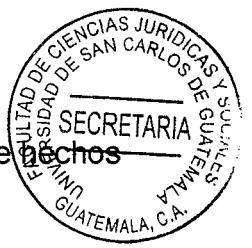
No existe en el ordenamiento jurídico guatemalteco ningún precepto que defina o determine cuando una ley deba calificarse de retroactiva; sin embargo, la última norma transcrita hace referencia a los derechos adquiridos, que es uno de los conceptos que sirve de fundamento a ciertas corrientes doctrinarias para explicar el alcance del principio de la no retroactividad de la ley.

La legislación guatemalteca, puede afirmarse, ha optado por la de los derechos adquiridos, la que tiene, como todas las demás sobre esta materia una conceptualización todavía imprecisa. Para que una ley sea retroactiva es indispensable que obre sobre el pasado y que lesione derechos plenamente adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, para modificarlos.

El derecho adquirido existe cuando se consolida una facultad, un beneficio o una relación en el ámbito de la esfera jurídica de una persona; por el contrario, la expectativa de derecho es la esperanza o pretensión de que se consoliden tales facultades, beneficios o relaciones; en tal caso, el derecho existe potencialmente, pero no ha creado una situación jurídica concreta, no se ha incorporado en el ámbito de los derechos del sujeto.

Este principio debe aplicarse con suma prudencia, y relacionarse con el esquema general de valores y principios que la Constitución reconoce y adopta, así como con el régimen de atribuciones expresas que corresponden a los diversos órganos constitucionales.

"La ley es retroactiva cuando ella actúa sobre el pasado; sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar y suprimir los efectos de un derecho ya realizado.



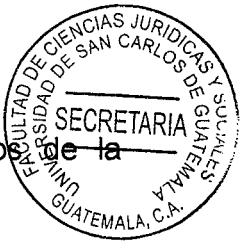
Fuera de estos no hay retroactividad, y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos anteriores sin ser retroactiva".¹⁸

Ahora bien, la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 15, establece: la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo, lo cual nos deja en claro la postura de Guatemala frente a la retroactividad de la ley. En este sentido, la corte de constitucionalidad, por su parte, establece estos criterios: "...La regla general":

1. Es que la ley es de aplicación inmediata
2. Rige para el futuro a partir de su promulgación
3. Se aplica en el presente
4. Que no puede ser aplicada al pasado
5. Que rige los efectos posteriores a su vigencia, aunque deriven de hechos anteriores a ella.

Por lo tanto, la retroactividad de la ley solo puede aplicarse en el sentido de que favorezca al reo y no puede aplicarse en ningún otro sentido, dentro del territorio nacional, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala y la Corte de Constitucionalidad, determina las normas en las cuales este criterio ha de ser aplicado. Es una decisión acertada, debido a la politización que puede sufrir la justicia y ser utilizada para iniciar a restringir o permitir que la persona pierda interés en resolver sus conflictos a través de tribunales de justicia y evitar que las resoluciones sean totalmente contrarias a derecho, que

¹⁸ Planiol, Marcel. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 97.



terminaría promoviendo la inseguridad jurídica y menoscabando los cimientos de la Constitución Política de la República.

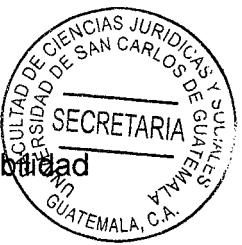
2.3. Principio de inocencia

El principio de inocencia es fundamental en la vida jurídica de cada estado, en el entendido de que no hay crimen sin culpa, es decir que se tiene que probar culpable el acusado de un crimen para que sea declarado culpable. Este principio establece que sólo puede perseguirse y castigarse penalmente a quien intervino en la comisión de un delito por un hecho propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal.

Asimismo, determina que la culpabilidad es un presupuesto y un límite de la pena; Sin duda alguna, el principio de culpabilidad constituye un indispensable límite al poder punitivo estatal no sólo para evitar cualquier castigo motivado en hechos de otros, en una responsabilidad puramente objetiva o basada exclusivamente en las características personales del autor, sino también para no sobrepasar la medida o grado del injusto cometido.

Por ello, el principio de inocencia limita el derecho penal a los hechos propios cometidos por un ser racional culpablemente, dolo o culpa y establece el marco justo preciso y equitativo de la pena. "El principio de culpabilidad establece que la pena criminal únicamente puede fundamentarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho".¹⁹ Las doctrinas y las legislaciones penales modernas no titubean hoy en día en analizar la conducta humana para determinar la culpabilidad del delincuente, como

¹⁹ http://obligaciones.obolog.es/derecho-penal-i-principio-culpabilidad-1910039#_ftn3 (consultado: 21 de julio 2021).



presupuesto de la punibilidad, entrando a discutir únicamente la naturaleza de la culpabilidad en la constitución del delito.

2.4. Principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima, “quiere decir que el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos”.²⁰ El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

- a) “El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.
- b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.”²¹

El carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente

²⁰ Blanco Lozano, Carlos. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 122.

²¹ **Ibid.** Pág. 122.



a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ~~ello sea~~ necesario.

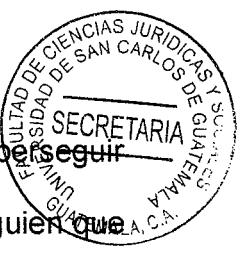
1.5. Principio de lesividad y de protección de bienes jurídicos tutelados

Este principio se refiere a que únicamente pueden legislarse o tipificarse únicamente las conductas en las cuales exista una conducta que ponga en peligro de manera grave o lesione un bien jurídico tutelado.

2.6. Garantías procesales del derecho penal guatemalteco

Las garantías procesales, procesales son los modos de cumplir con los principios de seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de equidad, para asegurar la garantía más general del debido proceso y evitar que el Estado en ejercicio de su poder punitivo avasalle derechos fundamentales de sus habitantes. Estas garantías están constitucionalmente protegidas en todos los países democráticos.

Se debe de iniciar entonces por el Artículo seis de la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde se establece que: “ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad”. Este Artículo norma la detención legal, es importante en el proceso debido a que, si la detención legal no se cumple, es retención ilegal de personas, que es un delito y por lo tanto el proceso no



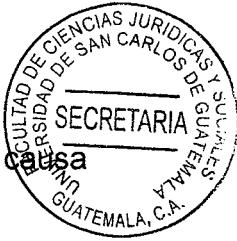
puede nacer a la vida jurídica y si lo hace estará viciado, por lo tanto, no se puede perseguir el delito, por cuanto el estado no tiene potestad de entablar un proceso contra alguien que no fue detenido legalmente. Por lo tanto, es el inicio del proceso penal.

"Todo detenido por delito o falta, ya sea por orden de juez competente o flagrante delito, debe ser puesto a disposición de la autoridad judicial competente dentro del plazo de seis horas. El incumplimiento de esta norma por parte del funcionario o agente de la autoridad, respecto a detener a una persona sin orden de juez competente o delito flagrante, da lugar a ser sancionado conforme a la ley, y los tribunales de oficio, iniciaran el proceso correspondiente."²²

Este artículo tiene íntima relación con los Artículos 11 y 13 de la Constitución Política de la República, para el cumplimiento de cada caso concreto, y siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos; en el caso de las faltas o infracciones a los reglamentos, la persona no debe permanecer detenida, siempre y cuando se establezca su identidad, por: a) documento de identificación, b) testimonio de persona de arraigo y c) testimonio de la propia autoridad que conozca".

En cuanto a los delitos, debe existir un auto de prisión, dictado por juez competente, previo cumplimiento de los requisitos siguientes: a) debe existir información de que se cometió un delito, y b) motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él. En este apartado se debe de incluir la notificación de la causa de detención; debido a que es parte del proceso de la detención legal, este se encuentra regulado en el Artículo séptimo de la Constitución, en donde se establece que: toda persona

²² <http://andragogosa.blogspot.com/2010/07/la-detencion-legal.html> (consultado: 1 de agosto 2021).



detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá.

La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación. Por lo tanto, debe de notificarse a cabalidad la causa de la detención, con el objeto de la que la persona detenida sepa el motivo de su arresto además de que pueda iniciar su defensa, además para eliminar que este alegue ignorancia sobre el delito imputado.

Debemos de enfocarse en el Artículo nueve de la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde se encuentran los lineamientos para los interrogatorios, de conformidad con este artículo, "las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas. El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio."

Respecto a esta temática, la Corte de Constitucionalidad opina en la Gaceta No. 57, expediente No. 73-00, página No. 285, sentencia: 25-07-00: "el Artículo 9° de la Constitución Política no precisa a partir de qué momento debe computarse, bien fuera del momento de la consignación al tribunal o de la detención de la persona. Esta duda quedó legalmente despejada a tenor del Artículo 87 del Código Procesal Penal, que lo determina a partir del momento de la aprehensión. Esto significa, que descontando las seis horas que la autoridad ejecutiva tiene como máximo para consignar a un detenido, quedarían dieciocho horas para hacer comparecer al aprehendido a efecto de que preste su declaración.



Estos tiempos, por precarios que parezcan dentro de una realidad de sobrecarga de asuntos a resolver, algunos que exigen la inmediación personal del juez, no exime para que se cumpla con ellos, por tratarse de derechos públicos subjetivos de razonable exigibilidad. La normativa constitucional y la legal persiguen que la detención preventiva o cautelar se prolongue lo menos posible, articulando para ello medidas que, de no ser por conductas específicas, permiten en general un régimen de libertad controlada mediante las denominadas medidas sustitutivas, a fin de hacer prevalecer los valores de la libertad y de presunción de inocencia.”

Este artículo afirma que es necesario que sea una autoridad judicial quienes estén a cargo de un interrogatorio, ya que son las únicas con competencia suficiente para que las declaraciones surgidas de estos interrogatorios tengan plena validez jurídica y valor probatorio en el posterior juicio que se entablara respecto a la culpabilidad o no en la comisión de un delito.

Debemos entonces de analizar lo normado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual es de suma importancia para el proceso penal de nuestro país; debemos de iniciar diciendo que esta es la primera norma que regula un asunto netamente procesal, este artículo, versa de esta forma: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables.

Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y pre establecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén pre establecidos legalmente”.



Sobre este Artículo, la Corte de Constitucionalidad, opina en la Gaceta No. 54, expediente 105-99, página No. 49, sentencia: 16-12-99: "Tal garantía consiste en la observancia por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que entraña el procedimiento judicial.

Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas.

Se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y pre establecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso."

Se debe de analizar la importancia de esta norma; por cuanto establece los parámetros de la legalidad de cada proceso que se lleve a cabo en Guatemala, ya que es la forma en la cual se norman los procesos, ya que se establece la forma en la cual una persona puede ser condenado. Así como se regula la forma por medio de la cual se establece la culpabilidad de cada una de ellas, estableciendo que estos deben de ser citado, oído y vencido en juicio, para establecer que puede defenderse de la pretensión estatal o de otro particular en el



sentido en que se ofrece la posibilidad de protegerse y que no sea inmediatamente condenado, por lo tanto es necesario que sea cumplido para que un proceso sea válido en Guatemala, lo cual constituye uno de las más importantes garantías procesales consignadas en la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, también es de suma importancia para los efectos de esta investigación; en el sentido de que es en este artículo que se establece la presunción de inocencia en todos los procesos; en este sentido se establece: "Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada".

Se debe entonces acotar que, aunque se reputa autor de un crimen, todas las personas son inocentes hasta que se demuestre lo contrario, por lo tanto, nadie debe de ser señalado como autor de un delito sin que haya sido probado por parte del Estado como culpable.

Sobre esto la Corte de Constitucionalidad establece en la Gaceta No. 47, expediente No. 1011-97, página No. 109, sentencia: 31-03-98: "el Artículo 14 constitucional reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se impute la comisión de hechos, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta en tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata, entonces, de una presunción iuris tantum."



CAPÍTULO III

3. Derecho procesal penal guatemalteco

Es necesario para el curso de la investigación, es importante estudiar el derecho procesal penal de Guatemala, de tal manera que se entiendan bien sus fases, la importancia de la investigación en el proceso y los medios de prueba en la fase del debate para el convencimiento de la inocencia o culpabilidad del acusado en el proceso.

3.1. Concepto

Es el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo, por medio de la averiguación de la perpetración del hecho delictivo, la participación del sindicado, su responsabilidad, la imposición de la pena señalada y la ejecución de la misma. Entonces, se puede afirmar que "el proceso penal es la totalidad de los actos desde que se inicia la acción penal persecutoria hasta que se determina la responsabilidad.

3.2. La actividad jurisdiccional penal

Debemos iniciar por definir la actividad jurisdiccional en general, para pasar al específico de tal manera que entiendo actividad jurisdiccional de forma general, se pueda aplicar los elementos comunes de la misma, al proceso penal, teniendo en cuenta la especialidad de la materia que nos atañe en la presente investigación. Se debe de empezar a analizar la actividad jurisdiccional desde el punto de vista formal, en donde se alude a la organización



constitucional que asigna la tarea de ejercer la función de juzgar al poder judicial del país; en Guatemala está regulado en el Artículo 29 de la Constitución Política de la República, donde se establece que: "Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley".

El Estado, delega la acción de para hacer valer sus derechos a los tribunales, en este entendido podemos afirmar que de acuerdo con la ley cualquiera sea la reclamación que se crea con derecho de hacer cualquier persona, sin importar cuál sea el área del derecho, debe de hacerlo valer a través de los tribunales de justicia establecidos por el Estado para tal propósito.

Sobre este tópico la Corte de Constitucionalidad opina en la Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 12, expediente No. 89- 89, página No. 14, sentencia: 14-06-89: "libre acceso a tribunales, al que le es insito un derecho subjetivo público a la jurisdicción e impone la correlativa obligación al Estado, por conducto del Organismo Judicial, de emitir decisiones fundadas en ley, que garanticen el derecho de defensa, en observancia del principio de prevalencia constitucional...dando vigencia... a la justicia, enmarcada en ley, como fin esencial de la organización del Estado..."

Ahora bien, la función judicial desde el punto vista material, se refiere a que es una actividad del estado subordinada al orden jurídico y atributiva, constitutiva o productora de derechos de conflictos concretos o particulares que se le someten para comprobar una regla de derecho o de situación de hecho y adoptar una solución adecuada, esta actividad, da solución a un conjunto de intereses. "La jurisdicción penal o criminal, es la que se instruye,



trama y falla en el proceso penal, el suscitado para la averiguación de los delitos, la imposición de las penas o absolución que corresponda. La jurisdicción y su ejercicio, la función jurisdiccional, comprende la instrucción, el trámite y la sentencia en el proceso penal, lo que equivale a ser citado, oído y vencido, que a su vez constituye el contenido de administrar justicia.²³

Debemos entonces enunciar, las distintas funciones que derivan de la actividad jurisdiccional; las cuales enumeraremos y analizaremos a continuación:

- a) Función de enjuiciamiento: Básicamente, es la potestad pública que tienen los tribunales para conocer los procesos penales y conocer los delitos y las faltas, doctrinariamente, se refiere a esta acción de esta forma, "el enjuiciamiento, de rancio abolengo en el idioma castellano, significa la acción y efecto de enjuiciar y, usando y abusando de una sinécdote, se designa en el lenguaje legal el todo por la denominación de la parte visible más importante de la actividad jurisdiccional, y se toma como equivalentes enjuiciar y otro verbo, que no existe en el idioma, pero cuyo contenido ideológico se intuye el non nato de jurisdiccionar, decir o establecer lo que es justo en un caso concreto.

Reduciendo el alcance de la palabra a su estricto carácter técnico, entendemos por enjuiciamiento la parte de la actividad jurisdiccional consistente en determinar la aplicabilidad de una norma objetiva a un caso concreto, mediante la afirmación de la existencia de un hecho que coincide con el supuesto de hecho de la norma.

La mera enunciación de este concepto nos hace ver que nos encontramos en presencia de

²³ Ossorio Manuel. **Op. Cit.** Pág. 36.



una operación mental y como tal imposible de someter a normas jurídicas, y menos al juzgado a un procedimiento, que se realiza mediante un juicio.

Se ha dicho con acierto que este juicio es existencial, no de valor, en cuanto, a lo largo del iter lógico de la resolución se han de dar una serie de pasos, entre los que cabe destacar aquéllos a través de los cuales se va a fijar la existencia o no de unos hechos alegados, de una norma jurídica, y de la concordancia entre aquéllos y los contemplados en la norma.

"Estos tres juicios integran lo que se denomina enjuiciamiento, y que, por ser así, son previos a toda resolución. Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia se han referido a él al estudiar la sentencia, pero no es menos cierto que toda resolución, por sencilla que sea, exige ese enjuiciamiento, exige la coordinación de esos tres juicios en que el enjuiciamiento consiste.

Por ello, el enjuiciamiento es previo a cualquiera de las facetas de la función jurisdiccional. No existe, o, mejor, no debería existir, función decisoria, en su faceta declarativa o en la de ejecutar, ni ordenadora, ni de impulso, sin un previo enjuiciamiento."²⁴

b) Función de declaración: Esta función es de suma importancia, debido a que es netamente jurisdiccional; consiste en la facultad concedida por el Estado a los Tribunales competentes para conocer de los procesos penales y decidirlos mediante la emisión de una sentencia. Entonces podemos afirmar que esta función únicamente corresponde a los organismos jurisdiccionales por cuanto solo estos tienen la facultad de declarar a alguna persona culpable de algún delito o de una conducta criminal.

²⁴ http://www.encyclopedia_juridica.biz14.com/d/enjuiciamiento/enjuiciamiento.html (consultado: 16 de agosto 2021).



c) Función de ejecución: El Juez ejecuta o hace valer lo que se ha declarado en una sentencia firme. Consiste en la facultad o potestad que tienen los órganos jurisdiccionales para hacer que se cumplan las decisiones que se adoptan.

Esta función; también posee sus propias características; las cuales de conformidad con la doctrina son:

a) Irrenunciable: Esta característica, se refiere a que esta función es única y exclusiva de los órganos jurisdiccionales, por lo tanto, los jueces, no pueden bajo ninguna circunstancia renunciar a su función. En otras palabras, ningún juez puede renunciar a la jurisdicción que le ha sido atribuida.

b) Indelegable: En anuencia con la característica anterior; se afirma que esta jurisdicción; es únicamente delegada en los jueces, valga la redundancia, debido a que solo ellos están instruidos y versados en cuanto a la problemática planteada y la solución jurídica que puede darse y que solo ellos pueden ejecutar por lo tanto esta es indelegable.

Teniendo en consideración todo lo expuesto debemos de analizar lo regulado por la ley respecto a la actividad procesal penal. En primer lugar, debemos de analizar la máxima jurídica de la ley en Guatemala, es decir la Constitución Política de la República; en donde el Artículo 203, establece: "La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente



están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia."

Analizando este Artículo, se puede determinar que, de conformidad con la ley del país, la justicia del país corre por cuenta de los tribunales del país, instituciones específicamente creadas para tal efecto y ningún otro organismo dentro del país tiene potestad para brindar justicia.

También establece que los jueces son libres e independientes en su función teniendo como única limitante la ley sin aceptar presiones o sobornos; en caso de que se atente contra la independencia de estos órganos por los mismos; serán castigados, por su delito además de ser inhabilitadas.

En el último párrafo se enfatiza que en Guatemala solo la corte suprema de justicia y los tribunales tienen la exclusividad respecto a la función jurisdiccional.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad establece en la Gaceta No. 56, expediente No. 1110-99, página No. 237, sentencia: 23-05-00: "Por su carácter extraordinario, el amparo es garante del acceso a la tutela judicial ordinaria pero no su sustituto. Por ello, de conformidad con lo preceptuado en la Constitución, las cuestiones relativas a la jurisdicción ordinaria corresponden ventilarse ante los tribunales del orden común, cuya exclusiva función está



reservada para resolver las controversias de los particulares, que no pueden abordarse mediante amparo, salvo evidencia de vulneración concreta a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o la ley."

Por su parte el Artículo 57 de la Ley del Organismo Jurídico, establece el mismo sentido que el Artículo anteriormente mencionado en la Constitución; dejando en claro o delimitando el marco dentro del que se imparte la justicia, de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país.

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley. El Artículo 58 de la Ley del Organismo Judicial establece la jurisdicción y la forma que se organiza este organismo en Guatemala.

El código procesal penal por su parte sobre este tema establece en el Artículo 37: "Corresponde a la jurisdicción penal el conocimiento de los delitos y las faltas", refiriéndose que tiene exclusividad para mediar, decidir y ejecutar procesos penales. El Artículo 38 del mismo código regula jurisdicción penal se extenderá a los hechos delictivos cometidos en el territorio nacional en todo o en parte, y a aquéllos cuyos efectos se produzcan en él, salvo lo prescrito por otras leyes y por tratados internacionales.

El Artículo 39, refuerza la indelegabilidad e irrenunciabilidad de la jurisdicción, solo que lo circumscribe al área penal. Por lo que se puede determinar la importancia de la jurisdicción y la forma en la cual únicamente los jueces pueden aplicar la justicia dentro del territorio



nacional en virtud de lo que establece la imparcialidad de estos, así como la manutención en la cual no se puede juzgar a alguien salvo cuando esté determinado por la ley.

3.3. Proceso penal de Guatemala

A continuación, explica de forma expedita como se puede resolver un proceso penal dentro de Guatemala, teniendo en consideración sus elementos más fundamentales, con el objeto de establecer un pleno entendimiento de las instituciones jurídicas que tienen cabida dentro de este tipo de procesos. Para un mayor entendimiento, se realiza una división preliminar sobre las etapas de este tipo de proceso; las cuáles serán las siguientes:

- a. Fase de investigación, instrucción o preliminar, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación y por ende el juicio oral y público
- b. Fase Intermedia: donde se critica, se depura y analiza el resultado de esa investigación
- c. Fase del juicio oral y público: etapa esencial, plena y principal que define el proceso penal por medio de la sentencia
- d. Fase de control jurídico procesal sobre la sentencia. Este se desarrolla a través de los medios de impugnación
- e. Fase de ejecución penal, en la que se ejecuta la sentencia firme

3.3.1. Procedimiento preparatorio

Esta fase preparatoria en el proceso penal, inicia con el consentimiento de la noticia *criminis*, compuesto por los actos eminentemente investigativos que, como su nombre lo indica, preparan y construyen las evidencias, informaciones o pruebas auténticas, que permitirán



establecer la existencia del delito y la participación del imputado y que, posteriormente, servirán al Fiscal del Ministerio Público, formular la acusación y la petición de apertura del juicio penal contra el procesado, ante el juez de primera instancia penal contrario de la investigación.

Estos actos, que constituyen la base del requerimiento del fiscal tratan de analizar si existe una sospecha suficiente de que el imputado ha cometido el hecho punible investigado, bastando para el progreso de la acción, solo habilidad positiva y no la certeza que si se requiere para una sentencia de condena.

Esta fase importa no solo por lo dicho, sino porque el fiscal del Ministerio Público no realiza completamente esta fase de investigación, es decir no reúne la materia probatoria no proporciona suficientes elementos de convicción, para fundamentar la acusación contra el imputado, se da la posibilidad de que el proceso finaliza mediante el sobreseimiento, la clausura provisional o bien el archivo, según sea el caso.

En el aspecto legal, el proceso preparatorio, está regulado en el Código Procesal Penal; en los Artículos 309 al 323; amparados en el Artículo 251 de la Constitución Política Republicana de Guatemala. Según lo establecido en Código Procesal Penal, el fin principal de la fase preparatoria es:

1. Reunir todas las evidencias, informaciones y elementos probatorios acerca de la comisión del delito;
2. Individualizar a los imputados, tanto como autor y como, cómplice;
3. Asegurarse que el imputado, durante la dilación de la fase preparatoria, no se fugue, ni



obstaculice la averiguación de la verdad con el objeto de evadir la responsabilidad penal, que podría tener en el hecho punible; siempre y cuando el delito sea grave y existan suficientes indicios de criminalidad contra el acusado.

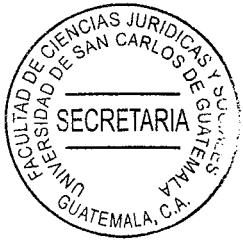
3.3.2. Fase intermedia

La fase intermedia se desarrolla después de agotada la etapa de investigación. Es decir, después de haber realizado un cúmulo de diligencias consistentes en informaciones, evidencias o pruebas auténticas, que servirán para determinar si es posible someter al procesado a una formal acusación y si procede la petición del juicio oral y público.

La fase intermedia, como su nombre lo indica es una fase procedural situada entre la investigación y el juicio oral, cuya función principal consiste en determinar si concurren los presupuestos procesales que ameritan la apertura del juicio penal, es decir que una persona afronte un debate oral y público con el que el Ministerio Público tendrá que destruir su presunción de inocencia.

Esta se caracteriza por ser un tanto breve, ya que en su momento procesal en el que el Juez de Primera Instancia; contralor de la investigación califica los hechos y las evidencias que fundamentan la acusación el Ministerio Público.

Después de la anterior, se les comunica a las partes el resultado de investigaciones, los argumentos y defensas presentadas confiriéndoles audiencia por el plazo de seis días para que manifiesten sus puntos de vista y cuestiones previas. Posteriormente el juez determina si procede o no la apertura a juicio penal.



3.3.3. Fase del juicio oral y público.

Es durante esta etapa donde se desarrolla el juicio propiamente dicho con base a las pruebas aportadas por el Ministerio Público al proceso, sobre las que se fundamenta la pronunciación de la sentencia, ya sea en sentido afirmativo o negativo, según sean valoradas por el tribunal de sentencia conforme a la sana crítica razonada; el juicio oral es: “aquel que se sustancia en sus partes principales de viva voz y ante el juez o tribunal que entiende en el litigio; ya sea éste civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc. En el juicio oral, las pruebas y los alegatos de las partes se efectúan ante el juzgador. La oralidad es esencial para la inmediación.”²⁵

Con esto concluye la fase final de la primera instancia procesal, en la que un órgano jurisdiccional, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, el tribunal de sentencia penal, emite el fallo de primera instancia; y que deviene como consecuencia de todo lo actuado en las anteriores fases preparatoria e intermedia; lo cual hace que estas fases preparatoria e intermedia revistan de una gran importancia en el sentido que si se desarrollaron con apego a lo regulado por el Código Procesal Penal, se evitará que en segunda instancia se anule por motivos de forma, las sentencias recurridas, y que en la sentencia de casación por motivos de forma, se ordene el reenvío del proceso, al tribunal que corresponda.

Esta fase final de la primera instancia procesal, es sabido que es la etapa cumbre o principal del proceso penal, que se desarrolla frente a un órgano denominado por nuestra legislación como tribunal de sentencia, que se integra por tres jueces distintos al que conoció en la fase preparatoria e intermedia, y tiene como finalidad esencial ratificar que es en la fase del juicio

²⁵ Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 405.



oral donde se juzga y se oye al enjuiciado, se recibe y diligencian las pruebas y se realiza el pronunciamiento de la sentencia respectiva.

El debate desde el punto de vista procesal, tiene así mismo dos finalidades específicas: la absolución del enjuiciado, de conformidad con el Artículo 391 del Código Procesal Penal, mediante la cual el tribunal de sentencia libera al acusado, de la acusación que se le había realizado.

La condena del enjuiciado, establecida en el Artículo 392 del Código procesal penal, a manera que el tribunal de sentencia se pronuncie sobre la responsabilidad penal y civil del acusado. La indemnización al imputado, regulada en el Artículo 521 del Código procesal penal, no puede encuadrarse dentro de las finalidades del debate, ya que es en todo caso, una de las finalidades de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, resolviendo la impugnación de revisión, de conformidad con el Artículo 456 del Código Procesal Penal.

Debido a la importancia del proceso penal en Guatemala, es menester estudiar las implicaciones que tiene la investigación dentro de este. En el proceso penal, es el Estado a través del Ministerio Público, quien se encarga de recabar información y liderar la investigación para esclarecer un delito que ha sido cometido, por ser el Estado parte del proceso penal, empero por ser el único ente que puede castigar a las personas por un delito.

Es por esto que la exclusividad de la investigación corresponde al Ministerio Público como el ente encargado de esclarecer cualquier delito que sea demandado ante los oficios de los tribunales; por lo tanto, es este el que se encarga de adquirir todos los medios de prueba para tratar de comprobar la culpabilidad o no de alguna persona ocupada. En este sentido,



el Estado de Guatemala debe de brindar todos los elementos que puedan ser útiles para la consecución de la verdad.

La importancia de la investigación en el proceso penal se circunscribe en que, a través de la misma, se consiguen las pruebas necesarias para ligar al presunto culpable al proceso y de comprobarse ciertas las suposiciones entonces es a través de la investigación que hace el Ministerio Público que se consiguen los medios de prueba necesarios para la continuidad, validez y legalidad del proceso penal.

3.3.3.1. Medios de prueba dentro de la etapa del debate

Para analizar los medios de prueba en el debate, debemos iniciar por su ofrecimiento; el Artículo 347 del Código Procesal Penal señala: "Ofrecimiento de prueba. Resueltos los incidentes a que se refiere el Artículo anterior, las partes ofrecerán en un plazo de ocho días la lista de testigos, peritos e intérpretes, con indicación del hombre profesión, lugar para recibir citaciones y notificaciones, y señalarán los hechos a cerca de los cuales serán examinados durante el debate. Quien ofrezca la prueba podrá manifestar su conformidad para que se lea en el debate la declaración o dictamen presentado durante el procedimiento preparatorio.

Se deberá presentar también los documentos que no fueron ingresados antes o señalar el lugar en donde se hallen, para que el tribunal lo requiera. Los demás medios de prueba serán ofrecidos con indicación del hecho o circunstancia que se pretenda probar. Si el Ministerio Público no ofreciere prueba, se le emplazará por tres días. Al mismo tiempo, se le notificará al Fiscal General de la República para que ordene lo conducente sin perjuicio de



la aplicación de las sanciones legales que procedan."

Tal como aparece en la ley, en este momento procesal, también se pueden presentar los documentos y pruebas que no fueron ingresados antes, o pueden indicar el lugar donde se encuentran, para que el Tribunal los requiera. Cabe reiterar, que en ese mismo plazo las partes también deben de ofrecer e individualizar las pruebas documentales, tales como constancias, reconocimiento e inspección, declaración de testigos, las que hayan sido practicadas con carácter de prueba anticipada, diligencias judicadas, etc. o bien las que establecen los artículos 363 y 364 del código. Y pedir que en momento procesal se deban incorporar por su lectura al debate.

En todos estos casos, las partes deben señalar los hechos y circunstancias que se pretenda probar con los mismos. El código no señala el número de testigos, peritos o intérpretes que pueden ofrecer las partes. Sin embargo, se deduce que el número es ilimitado. Queda entonces, a criterio del oferente de la prueba de cuantos ofrecer.

En igual forma queda la prueba de documentos. Obviamente la parte que los ofrezcan deben examinar minuciosamente las actuaciones para establecer cuáles son los más idóneos, útiles a sus intereses y los que mejor conozcan el hecho punible. Con esto entendido, se abordará los medios de prueba, dentro del debate; el debate, por mandato legal es el medio idóneo para encontrar la verdad real del hecho. Por ello es necesario que se incorpore a él incluso las pruebas que las partes no hayan ofrecido pero que las circunstancias hicieren indispensables y útiles.

Concluida la declaración del acusado, continúa la recepción de las pruebas ofrecidas por las



partes, durante la audiencia de ocho días que se les otorga en su oportunidad procesal. El presidente del tribunal tiene la atribución de disponer la comparecencia de los testigos o peritos según el orden que se crea conveniente. Se tendrá en cuenta en esa decisión las circunstancias particulares de cada caso.

En cuanto al acusado, la doctrina es unánime en considerar que la declaración del acusado constituye un acto de defensa para este y no un medio de investigación o prueba en su contra.

Con base a lo preceptuado por el Artículo 376 del código procesal penal: el presidente hará leer las conclusiones de los dictámenes presentados por los peritos, si éstos hubieren sido citados, responderán directamente a las preguntas que les formulen las partes, sus abogados o consultores técnicos o los miembros del tribunal, en ese orden y comenzando por quienes ofrecieron el medio de prueba. Si resultare conveniente, el tribunal podrá disponer que los peritos presencian los actos de debate.

La prueba de los testigos es una de las más importantes y comunes en el ámbito jurídico procesal, entre otras que van a nutrir y fundamentar la decisión judicial que se concretará a través de la sentencia. Su recepción en el ámbito de una audiencia oral hace que sea un eficaz instrumento para la investigación de los hechos. Por ello es indispensable que cada testimonio sea tomado con la amplitud necesaria y en profundidad. En cuanto a esta prueba el código procesal penal en su Artículo 377 establece: Inmediatamente, el presidente procederá a llamar a los testigos, uno a uno.

Comenzará con los que hubiere ofrecido el Ministerio Público; continuará con los propuesto



por los demás actores y concluirá con los del acusado y los del tercero civilmente demandado. El presidente, sin embargo, podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.

El código procesal penal en su Artículo 381 establece: Durante el debate, el tribunal también podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, sin en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. En este caso, la audiencia será suspendida a petición de algunas de las partes por un plazo no mayor de cinco días. También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes. Las operaciones periciales necesarias serán practicadas en la misma audiencia, cuando fuere posible.

CAPÍTULO IV

4. Vulneración del principio de legalidad derivado de la utilización de analogía al momento de otorgar medidas sustitutivas en el delito de violación con agravación de la pena

Es necesario analizar como se vulnera el principio de legalidad ante la utilización de la figura de analogía para poder establecer la imposibilidad en la otorgación de medidas sustitutivas en el caso del delito de violación con agravación de la pena en Guatemala.

4.1. Consideraciones generales

Dentro de la audiencia de primera declaración, una persona, además de conocer la razón por la que fue requerida su presencia ante un órgano jurisdiccional, se resuelve la situación jurídica de una persona, la resolución del juez de garantías puede versar al inicio sobre si concurren o no concurren los presupuestos para que el Ministerio Público continúe investigando en relación a la imputación realizada y de esta forma, quede ligado a un proceso por el delito de violación con agravación de la pena.

Posteriormente, se discute sobre las restricciones a la libertad de la persona que se encuentra inmersa en un proceso penal, siendo este mismo, supresor de forma temporánea de los derechos establecidos en nuestra Constitución Política, debiendo el Juez resolver sobre la procedencia o improcedencia del otorgamiento de una medida sustitutiva, es decir, analizar si los peligros procesales como el peligro de fuga u obstaculización para la averiguación de la verdad están plenamente superados.



Por imperativo legal, además de lo anterior debe determinar si existe o no existe prohibición de otorgar medida sustitutiva a este delito, es decir debe determinar si se encuentra frente a uno de los delitos doctrinariamente denominados inexcarcelables que establece el Código Procesal Penal en el Artículo 264; debido a que en el cuarto párrafo establece que delitos no pueden ser beneficiados con medidas sustitutivas, de tal manera que el juez en todo caso debe de cumplir el principio de legalidad.

El problema de la investigación, surge por la vulneración del principio de legalidad que fundamenta al derecho penal ante la existencia de una laguna legal, cuando el delito de violación agravada fue dejado de lado del ordenamiento jurídico penal guatemalteco por derogatoria contenida en el Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Es por esto que cabe preguntarnos: ¿es lo mismo el delito de violación con agravación de la pena y el delito de violación agravada?; algunos jueces, consideran que los elementos que conforman la tipificación de dicho delito se encuentran subsumidos en lo regulado por los Artículos 173, 174 y 175 del Código Penal, equiparando la figura delictiva de “violación agravada” con los presupuestos contenidos en la reforma indicada con antelación en el Artículo 174.

Es menester indicar, que la norma prohibitiva de la medida sustitutiva del Artículo 264 del Código Procesal Penal, es la del delito anterior a la reforma del año 2009. Pueda que la analogía utilizada en este tema en particular conlleve a una vulneración de derechos constitucionales, así como también se violenta el debido proceso por considerar que existe una prohibición. A través de la garantía del principio de legalidad, de conformidad con el principio básico *nulum proceso sine lege*, establecido como garantía que regula la actividad



procesal de los Jueces penales particularmente sobre las medidas de coerción en congruencia con el principio de legalidad y prohibición de analogía desarrollados como garantías jurídicas en el código penal. Resulta necesario analizar la naturaleza del principio constitucional de legalidad en congruencia con la prohibición de los Jueces de crear figuras delictivas por analogía, por lo que la aplicación de la analogía jurídica resulta lesiva para el sindicado.

En tal sentido, se puede definir a la analogía de la siguiente forma: “consiste en la aplicación de una norma a un supuesto que no está recogido en la ley o su espíritu, pero presenta semejanzas a los supuestos que dicha norma comprende”; por lo que es acertado afirmar que no se puede dar en el caso del derecho penal, ya que un tipo penal debe de estar perfectamente definido para considerarse como delito, porque el delito es una combinación de una conducta típica, antijurídica y culipable, por lo que al incurrir en la analogía, se incumple con uno de los elementos del delito, ya que no se puede juzgar a una conducta, por su similitud con otra.

En la actualidad, en los Juzgados de Femicidio y los Juzgados de Primera Instancia Penal en los departamentos en los cuales no existen Juzgados de Femicidio, los jueces no conceden medidas sustitutivas a los imputados por el delito de violación con agravación de la pena, con el argumento de que dicha figura penal subsume los mismos elementos que el delito de violación agravada.

La cual es la figura delictiva que se encuentra prohibida en el Artículo 264 último párrafo del código procesal penal; y esa circunstancia procesal, podría ser considerada como la creación o aplicación de penas y delitos en cuestiones o situaciones análogas, lo cual está

prohibido procesalmente en el campo penal, debido a que esta situación vulnera el principio de legalidad, en donde todas las actuaciones deben de estar fundamentadas en la ley; para poder aplicar el poder coercitivo del Estado investido en la autoridad judicial.

Por lo anterior, se puede afirmar que la manera en la cual se aplica de forma análoga la prohibición de un delito ante otra figura delictiva, se vulnera el principio de legalidad, es decir, se desvirtúa la finalidad del derecho penal.

Para solucionar el problema es necesario que, dentro del Organismo Judicial, específicamente en los Juzgados de Femicidio y los Juzgados de Primera Instancia Penal en los departamentos en los cuales no existen juzgados de femicidio, se lleve a cabo un informe circunstanciado, así como una circular informando que no se debe de utilizar el uso de analogía entre las figuras delictivas del delito de violación con agravación de la pena y el delito derogado de violación agravada.

Por su parte, la analogía no se puede utilizar dentro del derecho penal nacional, ya que esto vulnera los derechos del sindicado sobre todo en el ámbito del principio de legalidad fundamental en el derecho penal.

4.2. La diferencia entre el delito de violación con agravación de la pena y el delito de violación agravada

Para poder establecer cual es la diferencia entre el delito de violación con agravación de la pena y el de violación agravada, de tal manera que se pueda determinar cómo se deben de diferenciar estas conductas delictivas a partir de los elementos que conforman a estas como



delitos dentro del contexto del territorio nacional. En tal sentido, se debe de establecer como está regulado este delito dentro del contexto del Código Penal de Guatemala, en tal sentido se puede determinar que el Artículo 173 regula lo siguiente: "Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducírselos a sí misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.

Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica. La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos".

Esto determina la tipicidad del delito de violación en Guatemala, estableciendo los parámetros del mismo dentro del territorio nacional, toda vez que se regula todas las formas en las cuales se tendrá que recaer para ser responsable de este delito.

Por su parte, el delito de violación con agravación de la pena, se puede establecer lo siguiente: "En este caso el posible sujeto activo se encuentra en una mejor posibilidad de efectuar su conducta delictuosa; en la llamada violación tumuituaria, la intervención de dos o más sujetos implica una menor defensa del pasivo, un aptitud disminuida para repeler el ataque sexual, con la consiguiente mayor facilidad para los activos; en el supuesto de cercanía, relación próxima o la autoridad que el activo ejerza sobre el pasivo, pueden provocar una situación que posibilite mayormente efectuar la violación y además tal conducta fractura los deberes de respeto y seguridad que el posible sujeto activo debe



guardar respecto del pasivo, de ahí que se agrave la pena; en cuanto a los supuestos de razones de cargo, empleo o de profesión, el activo puede colocarse en una situación ventajosa que le permita con mayor accesibilidad llevar a cabo su acción delictiva, aprovechando ilícitamente la situación de cargo, empleo o profesión.”²⁶

Por lo tanto, la violación con agravación de la pena se constituye en que las personas que intervienen en este hecho delictivo, conocidos como los sujetos activos, utilizan como medios, la cantidad de personas que intervienen en este acto, utilizando objetos extraños, además de la confianza y la víctima o en este caso el sujeto pasivo, a consecuencia resultare con daños físicos o lesiones graves en el futuro.

Por otra parte, la violación agravada, se establece la forma en la cual el delito de agresión sexual en el que, por las circunstancias concurrentes, la agresión sexual es más grave, razón por la que se incrementa la pena. Por lo tanto, se puede determinar que es de suma importancia establecer que la violación agravada, toma en consideración situaciones que se dieron dentro de la actividad delictiva, por lo que es muy utilizado como una forma de violación que determina la forma en la cual se torna más grave el delito en cuestión.

Por lo tanto, ambas conductas determinan Una forma de abuso sexual en la cual siempre se ocupa la violencia para satisfacer los deseos carnales de una persona, pero de estas dos conductas sólo una está regulada dentro del código penal de Guatemala toda vez que el legislador, consideró conducente que todas las violaciones fueran estimadas como delitos graves debido a la naturaleza inhumana esta acción delictiva. Por lo que fue necesario únicamente agravar la pena del delito y la conducta delictiva y no estipula dentro del código

²⁶ Op. Cit. Pág. 305.



una forma agravada de un delito que estaba previamente definido por lo tanto la diferencia principal estriba en la gravedad de uno y otro delito toda vez que de conformidad con el artículo 174 del Código Penal se debe de establecer que establece la agravación de la pena, toda vez que el delito se considera como grave y no en si la agravación del delito; situación por la que este cuerpo legal optó por agravar la pena y no el delito.

4.3. La figura doctrinaria de la analogía

La palabra analogía significa “Relación de semejanza entre cosas distintas” y en concreto aplicado su uso al ámbito del derecho: “Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”. En el supuesto donde la analogía se presenta como la aplicación de una norma contraria al reo, el principio de legalidad la prohíbe claramente, por lo que es ilícito el calificar un delito o aplicar una pena mediante la analogía. Aunque su funcionamiento es claro en este caso, si es verdad que es posible encontrar casos donde se ha aplicado la misma.

La prohibición de la analogía viene contemplada en el Artículo siete del Código Penal, al prohibir a los jueces crear por esta vía figuras delictivas o aplicar sanciones. El derecho penal describe una serie de conductas punibles y bajo ningún concepto un juez está autorizado a aumentar el alcance de dicha punibilidad.

Sin embargo, no se puede confundir la analogía con la interpretación amplia. Para la interpretación es la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, mientras que la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí

comprendidos en el texto legal. Por ejemplo, es una interpretación amplia considerar como morada, en el delito de allanamiento tal como lo establece el Artículo 206 del Código Penal, una casa rodante en la que una persona resida. Sin embargo, sería analogía considerar morada una casa no ocupada. No obstante, la analogía sí se admite a favor del imputado. Ello, porque de esta forma no se crean ni amplían sanciones o delitos. De hecho, el mismo Código Penal recurre a esta figura a favor del reo.

4.4. Vulneración del principio de legalidad derivado de la utilización de analogía al momento de otorgar medidas sustitutivas en el delito de violación con agravación de la pena

Es necesario analizar cómo se puede vulnerar el principio de legalidad cuando se deniegan las medidas de sustitutivas en el caso de en el delito de violación con agravación de la pena.

En tal sentido se debe de determinar que es de gran importancia como se desarrolla en el territorio de Guatemala, debido a la manera en la cual existe una tendencia por parte de los jueces a determinar la pena a través de la figura de la violación agravada, fundamentando cada una de sus sentencias condenatorias por este delito. No obstante, se pudo observar que de conformidad con la legislación nacional esta figura no encuentra ningún fundamento legal, por lo que se puede aseverar que la misma no existe dentro del derecho penal de Guatemala.

No obstante, la violación agravada es un delito ampliamente aceptado y desarrollado en el derecho penal internacional, toda vez que conlleva agravantes del delito original, que es la violación. Se puede considerar que existe dentro de Guatemala la capacidad jurídica para



destruir el principio constitucional de presunción de inocencia que asiste a toda persona y que pueda demostrarse la participación y la responsabilidad de un sujeto por el delito de violación con agravación de la pena.

Sin embargo, se deben de presentar algunos ejemplos prácticos donde se ha condenado el delito de violación agravada dentro de Guatemala de tal manera, Que se pueda establecer dentro de la práctica cómo se aborda esta situación; para que a partir de esto se pueda determinar el uso de la analogía dentro dada la forma en la cual se aborda este delito y por ende todas las implicaciones que tiene el mismo en el país. En tal sentido, se deben de analizar las siguientes sentencias:

Casación No. 4-2003: Sentencia del 21/10/2003: "Esta Cámara, considera que el principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Constitución Política de la República confiere certeza al ordenamiento jurídico penal, pues establece que para que las acciones u omisiones sean punibles, es decir, sean delitos, deben estar sancionadas en una ley anterior a su perpetración.

En el presente caso se aprecia, que la utilización por el tribunal aquo de las leyes señaladas como infringidas corrobora la vigencia de dicho principio, pues se utiliza el tipo básico, establecido en el artículo 173 y el tipo complementario establecido en el artículo 174 ambos del Código Penal, que se utiliza para imponer la pena superior a la indicada en el tipo básico, toda vez se den las condiciones que éste indica.

Se llenan entonces las condiciones constitucionalmente requeridas de utilizar la ley conveniente pues se refiere a las acciones u omisiones descritas, siendo éstas delitos, y la



de ser la utilizada una ley anterior a la perpetración de las mismas. Por otra parte la interpretación realizada por el tribunal es correcta, ya que se ha utilizado el tipo básico que califica la conducta, y el tipo complementario que determina la agravación de la pena a imponer, no siendo trascendente, en relación con el derecho de defensa el condenado, que se haya utilizado la expresión: Violación con agravación de la pena, pues la misma hace referencia al tipo utilizado y a las circunstancias del hecho. Por lo anterior el recurso debe ser desestimado por el sub motivo indicado."

Se puede determinar que, de conformidad con esta sentencia, establece la forma en la cual se pone de manifiesto la utilización de analogía de esta figura en el caso del delito de violación agravada, debido a que la Corte Suprema de Justicia, determina que independientemente de la forma en la cual se aborda el delito en la sentencia, establece los mismos elementos del delito, por lo que es conducente la forma en la cual se aborda y se resuelve el mismo.

Casaciones Acumuladas No. 463-2008 y 465-2008; sentencia del 07/10/2009: "Esta Cámara al realizar el análisis respectivo sobre los argumentos esgrimidos y la resolución impugnada, estima que la decisión dictada por la Sala de Apelaciones interpreta erróneamente la norma y por ende incurre en indebida aplicación del artículo 65 del Código Penal.

En el sentido de que los elementos que ésta tomó para variar la pena impuesta por el tribunal ad quem, fueron basados sobre un derecho penal de autor, como también que la agraviada, señora (...), no se encontraba contenida en la circunstancia agravante del artículo 27 inciso 18 del Código Penal, como tampoco consideró, la utilización de su arma como parte de su equipo, y encontrarse detenida la agraviada en un recinto policial, no constituía la



circunstancia agravante de abuso de superioridad contemplada en el artículo 27 inciso G como lo había considerado, el Tribunal de Sentencia, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Quiché.

De lo contrario no debió haberse modificado la pena impuesta inicialmente, que estaba dentro del marco penal que establece un rango de 10 a 25 años de prisión por la comisión en concurso ideal de los delitos de Violación con agravación de la pena y abuso de autoridad, por las circunstancias en que fueron cometidos, de esa cuenta, ésta Cámara al resolver se debe de asumir estas consideraciones, e imponer la pena señalada en la forma que establece la ley, aumentada en una tercera parte, tal como quedó inicialmente establecido en el numeral II de la sentencia de primer grado."

En esta sentencia, se puede determinar que se refiere de forma correcta al delito, como violación con agravación de la pena, por lo que la sentencia es precisa y conforme como lo establece la legislación nacional.

EXPEDIENTE 1242-2019. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, EN CALIDAD DE TRIBUNAL EXTRAORDINARIO DE AMPARO. Denuncia violaciones a los derechos de justicia, de defensa, a recurrir y a la tutela judicial efectiva, así como al principio jurídico del debido proceso. Producción del acto reclamado: el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Santa Lucía Cotzumalguapa del departamento de Escuintla condenó a Víctor Manuel Buch Vásquez por el delito de violación agravada, imponiéndole la pena de dieciséis años de prisión. Agravios reprochados en el acto reclamado: estimó que la autoridad cuestionada, al dictar la resolución que constituye el acto reclamado, vulneró los derechos y el principio jurídico enunciados, porque rechazó para su



trámite el recurso de casación, vedándole la posibilidad de que se examinaran las razones que expuso en el referido medio de impugnación, aduciendo que no se cumplieron los requisitos formales para su admisibilidad, lo que significó que no tuviera acceso a un recurso sencillo y efectivo a efecto de que se le brindara justicia. Resolución:

- a) No procede otorgar el amparo cuando la autoridad cuestionada al rechazar el recurso de casación interpuesto, lo realizó en el ejercicio de las facultades que la ley le concede, sin ocasionar los agravios reprochados por el postulante.
- b) Víctor Manuel Buch Vásquez acude en amparo, señalando como acto reclamado la resolución de veinte de agosto de dos mil dieciocho, por la que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, autoridad cuestionada, rechazó el recurso de casación, por motivos de fondo, que interpuso contra la sentencia emitida por la Sala Mixta de la Corte de Apelaciones del departamento de Escuintla, en el proceso penal incoado en su contra por el delito de violación agravada.
- c) Adujo como agravios, que la autoridad cuestionada, al dictar la resolución que constituye el acto reclamado, vulneró los derechos y el principio jurídico enunciados, porque rechazó para su trámite el recurso de casación, vedándole la posibilidad de que se examinaran las razones que expuso en el referido medio de impugnación, aduciendo que no se cumplieron los requisitos formales para su admisibilidad, lo que significó que no tuviera acceso a un recurso sencillo y efectivo a efecto de que se le brindara justicia.

El aludido rechazo el excesivo rigor con que actuó la autoridad reprochada y lo deja en estado de indefensión, pues cumplió con los requerimientos exigidos, los cuales se describieron de manera puntual, tanto en los escritos de interposición del recurso como



en el de subsanación, de ahí que era procedente el conocimiento de fondo del recurso de casación.

d) El tribunal de alzada al hacer un análisis de los fundamentos del interponente del recurso consideró que el juzgado a quo inobservó el artículo 69 relacionado con los artículos 173 y 174 numeral 5) todos del Código Penal, consideramos que debe imponerse una pena de ocho años de prisión incommutables por el delito de violación agravada, más las dos terceras partes por ser agravada, dan un total de trece años con cuatro meses, para el primer hecho que quedó probado con la prueba diligenciada, según el juez a quo en la sentencia;

Por el segundo hecho que ha quedado probado a través de la prueba diligenciada en juicio oral y público, debe condenar por el delito de violación agravada ocho años de prisión incommutables, más las dos terceras partes por ser agravada, dan un total de trece años con cuatro meses.

e) Con base en lo expuesto, se concluye que el proceder de la autoridad cuestionada en la emisión de la resolución que constituye el acto reclamado, no configura violación a derecho constitucional alguno, razón por la cual, el amparo solicitado se estima notoriamente improcedente y así debe declararse al emitirse el pronunciamiento legal correspondiente, sin condenar en costas al postulante por no haber sujeto legitimado para su cobro, ni imponer multa al abogado patrocinante por ser integrante del Instituto de la Defensa Pública Penal.



Se puede determinar que en este mismo sentido la Corte de Constitucionalidad, también establece que, por los elementos de la conducta delictiva, se puede considerar como correcta la aplicación de elementos agravantes del delito independientemente de como sea denominado en las sentencias de los juzgadores. En virtud de lo anterior se puede aseverar que se cumple la hipótesis propuesta en la presente investigación.

Debido a la forma en la cual se ha abordado este delito en el territorio nacional, también se ha utilizado dentro de las sentencias el uso de la analogía jurídica debido a que no existe el delito de violación agravada dentro de la normativa penal guatemalteca, sino el delito de violación con agravación de la pena.

En ese orden de ideas, se establecen que los elementos del delito concuerdan y por lo tanto debe deducirse responsabilidades penales por parte del Estado. La constante utilización del término violación agravada, determina la posibilidad de plantear recursos ante la administración de justicia, debido a que ésta figura no aparece dentro de la legislación penal guatemalteca, atentando contra el principio de legalidad.

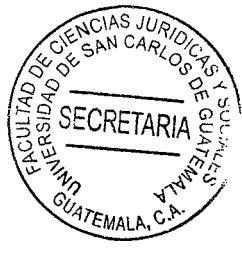
Por lo que es necesario que el Organismo Judicial, ordene a los jueces que en las resoluciones judiciales se refieran en específico al delito de violación con agravación de la pena o utilicen su función constitucional de iniciativa de ley para que el Organismo Legislativo, reforme el Artículo 264 del código procesal penal guatemalteco, con el objetivo de incluir o suprima el delito de violación agravada del mismo. De tal forma, que se evite la vulneración al principio de legalidad al resolver una situación a través de la analogía.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La analogía jurídica es muy importante establecer la validez o invalidez jurídica de la interpretación analógica de la ley penal en el derecho penal guatemalteco, teniendo en cuenta que la aplicación de analogía está expresamente prohibida por la legislación penal; pues dependiendo de la validez o no de dicha interpretación, el caso legal antes expuesto podría traer como resultado un problema de grandes dimensiones por las consecuencias jurídico penales que conllevaría una violación al principio de legalidad del derecho penal.

En ese sentido, si se tuviera por inválido la utilización de ese recurso interpretativo y aun así si se hiciera una interpretación analógica de esa norma penal incompleta, imponiendo la condena de prisión (pena no señalada previamente por la ley penal para ese delito en particular), se incurría en ilegalidad al imponerla pues ésta no está claramente establecida por la ley y, por lo tanto, se violarían los derechos y garantías de los imputados, reconocidos incluso constitucionalmente; se desampararía a las víctimas de ese delito; y, además, no se podrían hacer cumplir los fines del derecho penal. Por lo tanto, es necesario que dentro de Guatemala a través de las publicaciones del organismo judicial se establezca una ordenanza para los jueces a través de una vía judicial para qué se refieren al término de violación con agravación de la pena en todas sus sentencias para evitar la utilización del término violación agravada de tal forma que se pueda cumplir con la justicia pronta y cumplida dentro del territorio nacional.



BIBLIOGRAFÍA



- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal Parte General**. Argentina: Ed. Hammurabi. 1999.
- BAJO, Manuel. **Sistemas jurídicos y sus contradicciones**. México: Ed. Cervantes, 2011.
- BLANCO LOZANO, Carlos. **Derecho Penal: Parte General**. Ed. La Ley. España. 2003.
- CARDENAL, Sergi. **¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de ejecución**. España: (s.e.), 2015.
- CASTELLANOS, Carlos. **Derecho Procesal Guatemalteco**. Guatemala: Ed. Tipografía nacional. 1941.
- CID, José. **La elección del Castigo**. España: Ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- GARCÍA, Jonathan. **Razonar sobre derechos**. España: Ed. Tirant lo Blanch, 2016.
- GIANNINI. **Diritto amministrativo**. España: Ed. Giufré, 1988.
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/4.pdf> (consulta: 05 de mayo 2021).
http://obligaciones.obolog.es/derecho-penal-i-principio-culpabilidad-1910039#_ftn3 (consultado: 21 de julio 2021).
- http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3701_4.pdf [Consulta 15 de mayo de 2021].
- <http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/d/enjuiciamiento/enjuiciamiento.html> (consulta: 02 de agosto 2021).
- <http://andragogosa.blogspot.com/2010/07/la-detencion-legal.html> (consulta: 1 de agosto 2021).
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación**. España: Ed. Marcial Pons, 1997.
- LEZAUM BEGUE, J. J. Delitos contra la intimidad y libertad sexual. España: Ed. Marcial Pons, 2015.
- MADRAZO MAZARIEGOS, Danilo, Sergio Madrazo Mazariegos. **Constelaciones de las Ciencias Penales, Guatemala**. Ed. Magna terra, 2006.
- MUÑOZ, Pablo. **Distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador**. España: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.



NUÑEZ, Juan. **Populismo punitivo y una verdad construida**. España: Universitat Autònoma de Barcelona, 2019.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Argentina: Ed. Astrea, 2008.

PLANIOL, Marcial. **Traite elementaire de droit civil**. España: Ed. Marcial Pons, 1955.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte General**. España: Ed. Civitas, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio. **Derecho penal. Parte general**. Argentina: Ed. Ediar, 1998.

Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

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

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