

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

ANALISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE
CONSTITUCIONALIDAD QUE DECLARO
INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 232,
233, 234, Y 235 DEL CODIGO PENAL Y LA
NECESIDAD DE CREAR UN TIPO PENAL



Previo a conferirsele el Grado Académico de:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los títulos de:

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 1999.

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo de León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Ing. José Manuel Pereda Saca
VOCAL V	Br. José Francisco Pelaez Gordon
SECRETARIO	Lic. Hector Anibal de León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE:

PRESIDENTE:	Lic. Manuel de Jesus Elias Higueros
VOCAL:	Lic. José Luis de León Melgar
SECRETARIO:	Lic. Cesar Landelino franco lopez

SEGUNDA FASE:

PRESIDENTE:	Lic. Hector Aqueche Juarez
VOCAL:	Lic. José Victor Taracena Alva
SECRETARIO:	Licda. Martha Ruth Barrientos Urizar

NOTA: "Unicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Articulo 25 del reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacia y Notariado y publico de tesis).

MP
19/1/99



319-99

Guatemala, 15 de enero de 1999.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

Licenciado José Francisco de Matta Vela
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

29 ENE. 1999

RECIBIDO

Horas: 14 Minutos: 30
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

En cumplimiento a lo resuelto con fecha once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en mi calidad de Asesor de Tesis del bachiller BYRON RENE TANCHEZ URBINA, sobre el tema: "ANALISIS JURIDICO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD QUE DECLARO INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 232, 233, 234 Y 235 DEL CODIGO PENAL DECRETO 17-73 Y LA NECESIDAD DE CREAR UN TIPO PENAL", por este medio me permito emitir opinión favorable sobre el trabajo desarrollado porque a mi criterio se satisfacen los requisitos reglamentarios atinentes, se dan a conocer diversos puntos de vista de los diferentes sectores interesados y se formulan recomendaciones que merecen tomarse en cuenta por quienes tienen la facultad de legislar en Guatemala.

En conclusión, estimo que el trabajo realizado por el bachiller BYRON RENE TANCHEZ URBINA puede discutirse en examen público de tesis, previo a la obtención del grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Sin mas consideraciones sobre el particular, me suscribo del señor Decano como su atento y seguro servidor.

[Signature]
Lic. Carlos Anibal Estrada Archila
Asesor de Tesis





FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA
FEB 23 1999

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, tres de febrero de mil
novecientos noventa y nueve.-----

Atentamente, pase al LIC. SILVERIO ALBERTO CHUM
CABRERA para que proceda a Revisar el trabajo de
Tesis del bachiller BYRON RENE TANCHEZ URRINA y en su
oportunidad emita el dictamen correspondiente.-----

Aihj.



[Handwritten signature and scribbles over the stamps]



legando a la conclusión que los mismos violaban los principios de igualdad de los seres humanos y de derechos en el matrimonio, poniendo de manifiesto la ineficacia de los legisladores en la creación de normas jurídicas, y concluyendo que existe la necesidad de crear un tipo penal observando dichos principios.

Considero que las conclusiones a que arriba hago mención son congruentes con su trabajo, por lo que considero debe ser aceptado para su discusión y análisis en el Examen General Público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo
Atentamente,

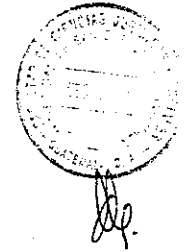

Lic. Alberto Silverio Chum Cabrera.

REVISOS DE TESIS.

Licenciado
ALBERTO SILVERIO CHUM CABRERA
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Calle Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, diecinueve de febrero mil novecientos noventa y
nueve.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis del Bachiller BYRON RENE TANCHEZ URBINA
intitulado "ANALISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE
CONSTITUCIONALIDAD QUE DECLARO INCONSTITUCIONALES
LOS ARTICULOS 232, 233, 234, 235 DEL CODIGO PENAL, Y LA
NECESIDAD DE CREAR UN TIPO PENAL" Artículo 22 del
Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis

[Firma manuscrita]
[Firma manuscrita]



ALHJ.



DEDICATORIA

A Dios:

Cuya presencia y existencia la vida me ha probado.

A Mis Padres:

RUBILIO ISAURO TANCHEZ PALACIOS, In Memoriam. y MARIA
TERESA URBINA RAMIREZ

A Mis Hermanos:

OTTO RUBILIO, MARYLIBNI, OLIVIA ANJEANETHE, KAREN YOHANA
CLAUDIA CAROLINA.

A Mi Esposa:

YENY PAOLA LOPEZ VILLAGRAN.

A Mi Hija:

NAHOMI RUBI TANCHEZ LOPEZ, In Memoriam

A Mis Sobrinas:

DORESLY ANJEANETHE, EYMI JANETH, IVANY ISABEL, YANELI
JOHANA,

A Los Profesionales:

Licda. LIDIA MICAELA PEREZ, Lic. CARLOS ANIBAL ESTRADA
ARCHILA, Lic. ALBERTO SILVERIO CHUM CABRERA.

A Mis Amigos:

ESTUARDO PEREZ, NICOLAS SALGUERO, ESTUARDO CHAVARRIA,
NOE MIRANDA, LUIGUI OROZCO, MANFREDO ROCA, MARCO VINICIO
CARLOS CASTILLO, SERGIO TENI, GRETA MORALES.-



AGRADECIMIENTO

LA UNIVESIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

LA FACULTAD DE CIENCIAS JURICAS Y SOCIALES

MI ASESOR Lic. CARLOS ANIBAL ESTRADA ARCHILA

MI REVISOR Lic. ALBERTO SILVERIO CHUM CABRERA



INDICE GENERAL



Página

Introducción.

CAPITULO I
LA LEY PENAL

1.-	Antecedentes	Históricos.
	Edad Antigua	1
	Edad Media	6
	Edad Moderna	10
	Edad Contemporanea	12
2.-	Definición.	12
3.-	Características.	14
4.-	Formas y Especies de la Ley Penal.	16
5.-	Leyes Penales en blanco o abiertas.	17
6.-	Fuentes del Derecho Penal.	18
7.-	Exégesis o Interpretación de la Ley Penal.	21
8.-	La analogía y la Interpretación Analógica.	25
9.-	Concurso Aparente de Leyes Penales.	26
10.-	Ambito de Validez temporal de la Ley Penal.	28
11.-	Ambito Espacial de Validez de la Ley Penal.	33

CAPITULO II
EL DELITO

1.-	Antecedentes.	37
2.-	Definición.	37
3.-	Elementos.	38

CAPITULO III

LOS DELITOS DE ADULTERIO Y CONCUBINATO

1.- EL ADULTERIO.	43
Antecedentes Históricos.	43
Definición.	46
Elementos.	47
Bien Jurídico Tutelado.	50
2.- EL CONCUBINATO.	52
Antecedentes Históricos	52
Definición	53
Elementos	54
Bien Jurídico Tutelado	56

CAPITULO IV

ANALISIS JURIDICO DE LA SENTENCIA DEL EXPEDIENTE 936-95 DE LA
CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD.

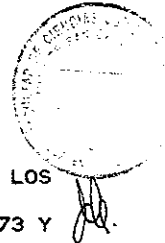
1.- Antecedentes.	58
Fundamento Jurídico de la impugnación.	58
Análisis de Normas Específicas.	58
Análisis de Normas Constitucionales.	60
Análisis de Tratados y Convenios Internacionales	63
2.- Trámite de la Inconstitucionalidad.	67

CAPITULO V

EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS
ARTICULOS 232, 233, 234, 235 DEL CODIGO PENAL DECRETO 17-73 Y

LA NECESIDAD DE CREAR UN TIPO PENAL.

1.- Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.	73
Legislación Penal	73
Legislación Civil	74
2.- Necesidad de crear un tipo penal en condiciones de Igualdad.	76
CONCLUSIONES.	79
RECOMENDACIONES.	81
BIBLIOGRAFIA.	82



INTRODUCCION:



El presente trabajo de tesis titulado "ANALISIS JURIDICO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD QUE DECLARO INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 232, 233, 234, 235 DEL CODIGO PENAL, Y LA NECESIDAD DE CREAR UN TIPO PENAL." se originó de la importancia de proteger jurídicamente a la familia.

La familia, como base fundamental de la sociedad, y organizada sobre la base legal del matrimonio, necesita protección jurídica para asegurar su subsistencia y funcionamiento. Aquí resalta la trascendencia de las instituciones del adulterio y concubinato, ya que estos delitos protegen el orden jurídico familiar, pues requiere la abstención de relaciones sexuales con persona distinta de su pareja, es decir de persona que se encuentra legalmente casada.

Los delitos de adulterio y concubinato se encontraban regulados en el Código Penal vigente, bajo la esfera de los delitos contra el Orden Jurídico Familiar, en el Libro Segundo, en el Título V, Capítulo II, del Artículo 232 al 235.

En el Primer capítulo se hace una serie de consideraciones de carácter doctrinario, en cuanto a La Ley Penal, iniciando con sus antecedentes históricos, su definición, sus características, formas, y todo lo relativo a ella.

En el segundo capítulo hago referencia a los delitos de

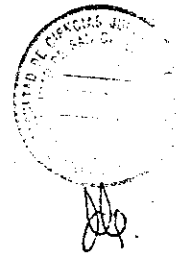


adulterio y concubinato, tratando primeramente sus antecedentes históricos, su definición, sus elementos, y la forma como eran regulados los mismos en el Código Penal Vigente.

En el tercer capítulo se hace un análisis jurídico de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad que declaró inconstitucionales los artículos que regulaban los delitos de adulterio y concubinato, partiendo del análisis de las normas impugnadas, hasta el trámite de la inconstitucionalidad.

Y por último se hace un análisis de los efectos que produjo la declaratoria de inconstitucionalidad de los delitos de adulterio y concubinato, en la legislación civil y penal, para concluir estableciendo la necesidad de crear un tipo penal en condiciones de igualdad.

CAPITULO I
LA LEY PENAL



1.- ANTECEDENTES HISTORICOS:

En el presente capítulo vamos a realizar un recorrido por así decirlo rápido sobre el surgimiento del Derecho Penal en el cual aparecen las primeras manifestaciones de como se sancionaba al transgresor. Por todos es sabido que el hombre es un ser sociable, que ha tenido un origen, un nacimiento, que ha ido evolucionando a través del tiempo y del espacio; paralelamente a la evolución de la sociedad humana ha surgido el Derecho Penal. Para su estudio hemos considerado dividirlo en cuatro edades, así como está enmarcada la historia de la humanidad: 1.- Edad Antigua; 2.- Edad Media; 3.- Edad Moderna; 4.- Edad Contemporanea.

Los estudiosos del Derecho han logrado determinar cuatro periodos en la transformación del derecho penal; la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública y el período humanitarista del derecho penal.

La Venganza Privada: Se manifiesta de dos maneras: La realizada de individuo a individuo, o la realizada por un grupo familiar contra otro, la venganza dio lugar a grandes luchas privadas y produjo resultados negativos ocasionando muertes de familias enteras. Con el Tali6n se reduce la venganza privada, pues no se podía devolver al delincuente un

daño mayor que el causado a la víctima "ojo por ojo, diente por diente". Con el tiempo surge otro medio de la venganza que se llama la composición y consiste en que el ofensor y su familia paga al ofendido mediante dinero u objetos de valor.

La Venganza Divina: La justicia se ejecuta a nombre de un ser divino (Dios), los jueces juzgan invocando el nombre de su Dios, las penas se imponen para que el delincuente expie su delito y la divinidad deponga su cólera. Los pueblos de Oriente, Israel, India, Persia, etc. tuvieron sus leyes penales con la mentalidad de la venganza divina.

La Venganza Pública: El estado se forma y asume la responsabilidad de castigar al ofensor, el delito de lo particular para a ser público. El Estado en este periodo trata de mantener la paz y la tranquilidad social a como de lugar y para ello se vale de medios muy crueles, imponiendo penas despiadadas.

Periodo Humanitario: La iglesia reparó el monstruoso sistema de aplicación de las penas practicado en el periodo de la venganza pública, aseveran los tratadistas del Derecho Penal. Con las ideas geniales de varios filósofos a finales del siglo XVII se conoce ese lapso con el nombre de "El iluminismo" y más tarde "El siglo de las luces" entre los filósofos podemos citar especialmente a Rousseau, Montesquieu, D' A Lambert, Voltaire, pero realmente en el campo del Derecho Penal es digno de mencionar a CESAR DE BECCARIA quien es el que preconizó el DERECHO PENAL HUMANITARIO, con su libro DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

causando revolución en la ciencia del derecho penal. Se opuso a las penas infamantes, la confiscación de bienes, la tortura, y luchó por el "principio de legalidad" y rebaja de las penas.

El derecho humanitario a pesar de tratar de humanizar al delincuente no toma en cuenta la personalidad de éstos puesto que toda persona es diferente en su ego y en el aspecto social de la vida humana, pero a pesar de ello se debe reconocer un alivio a favor de los reos de aquel entonces.

1.1.- Edad Antigua.

El derecho comparado, nos demuestra que los primitivos países por ejemplo China, India, Persia estaban saturados de una influencia religiosa; cuando se castigaba al delincuente siempre lo hacían en nombre de Dios, para que los Dioses no descargarán la cólera que sentían sobre su pueblo por haberse cometido un delito.

Describiremos a continuación los continentes y estados más antiguos y más importantes donde se originan las primeras legislaciones del Derecho Penal.

1.1.1.- Asia.

En ese lugar se redactó el Código Penal más antiguo que se conoce hasta la fecha, llamado "El Código de Hammurabi" monarca de la primera dinastía de Babilonia que reinó 22 siglos A.C.. El mencionado Código contiene drásticas disposiciones para castigar los delitos; se impuso la pena de muerte, las mutilaciones corporales, las penas económicas; se

hizo uso de la ley de Tali6n.

1.1.2.- China.

Su legislaci6n penal estuvo plasmada de normas religiosas. A las Miao se les atribuye la creaci6n de las leyes penales, de los cinco castigos que tienen el origen de la primera legislaci6n Penal China' Las cinco penas es el libro que contiene las disposiciones penales que se aplicaron en China.

1.1.3.- India.

En este lugar se escribi6 el C6digo m6s antiguo de Oriente que se titula el CODIGO DE MANU o llamado tambi6n Manava Dharma Sastra, redactado m6s o menos en los siglos XII-XIII A.C., tiene inspiraci6n al Dios Brahma. El c6digo de Manu trata en tres cuartas partes asuntos religiosos o ceremoniales y el resto lo dedica a materias legales; regulando el libro octavo disposiciones innumerables de caracter civil y disponiendo lo referente a asaltos, adulterio, robos, violencia, injurias". (1) En la India no se practic6 la ley de Tali6n.

1.1.4.- Israel.

En el pueblo hebreo o judio se tiene como representante en su legislaci6n a Mois6s y est6 compuesta de 5 primeros libros del Antiguo Testamento (La Santa Biblia): GENESIS, EXODO, LEVITICO, NUMEROS Y DEUTERONIMIO, se conoce tambi6n a

 (1) Jorge Alfonso Palacios Motta. APUNTES DE DERECHO PENAL.
 P6g. 63-63.



estos libros como el PENTATEUCO; están formados por normas religiosas, morales y jurídicas. En lo jurídico radica su importancia en el principio de "IGUALDAD" ante la ley penal.

1.1.5.- Grecia.

La legislación penal griega, tiene períodos históricos, la primera la venganza privada, el segundo período una inspiración religiosa, su representante es el Dios Júpiter, en el tercer período, duda la justicia de los Dioses y toma el derecho penal un sentido cívico moral. "En el derecho penal griego destacan la legislación Espartana de Licurgo y la Ateniense de Dracon y Solón, (2) las leyes penales tuvieron su base en la venganza pública y la intimidación. Los jueces tenían amplias facultades para castigar al ofensor, debido a ello no se desconoció el principio de "Legalidad", fué frecuente en Grecia la imposición de la pena de destierro.

1.1.6.- Roma.

Así, como en Grecia, los romanos iniciaron su legislación penal con inspiración religiosa, arrancaron el derecho a los dioses y lo trajeron sobre la tierra". (3). En forma lenta la ley Penal llega a asumir la ley penal carácter público. En Roma, el primer monumento de dicho derecho, fué la ley de las doce tablas, que tienen su origen en el siglo V A.C. en el período clásico romano; el derecho Penal está

(2) Idem. Pág. 65.

(3) Eugenio Cuello Calón, DERECHO PENAL (16a edición tomo I Pag 70.



contenido en las leges Corneliae y en las leges Juliae; en la época imperial el Código Teodociano, entre las penas que se impusieron en dicho imperio podemos citar las siguientes: la horca, quizá la más común, el culleun, que consistía en encerrar al delincuente en un saco de cuero junto con varios animales y despeñarlo o arrojarlo al mar; la vivi combustio, se efectuaba quemándolo vivo, y la bestiles obieccctio, que era el combate con las fieras en los juegos circences" (4). La decapitación con hacha previa flagelación, decapitación con espada, la crucifixión una de las penas más antiguas de los romanos fue abolida por Constantino por haber sido utilizada en la muerte de "Nuestro Señor Jesucristo"; la precipitación por la roca Tarpeya; la condena al trabajo de minas; de trabajos públicos perpetuos, la condena a la escuela de Gladiadores destinada a combatir en el circo; la deportación perpetua a un lugar determinado y en fin sería prólijo continuar enumerando todas las sanciones penales.

1.2.- Edad Media.

1.2.1.- Derecho Germano.

En este derecho encontramos instituciones fundamentales entre ellas la venganza de sangre y pérdida de la paz. Antes de sus invasiones los germanos tenían un derecho consuetudinario, basándose en la inspiración religiosa y en la venganza de la sangre. En el derecho germano los delitos

(4) Negelli Rolando Arana Medina, Evolución Histórica de las ideas penales. Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Univ. de San Carlos. Pág. 22.

constituían una ofensa para toda la comunidad, originaban para el delincuente la pérdida de la paz; y esto lo separaba de la comunidad jurídica y como consecuencia de ello, era considerado como un enemigo de su comunidad. "El que perdía la paz no solamente quedaba excluido de la sociedad humana, de la comunidad jurídica de su pueblo y equiparado a los animales de los campos y de los bosques, sino que estaba a merced de todos, todos tenían el derecho y, en ocasiones, hasta el deber de matarle. (5)

1.2.2.- Derecho Penal de la Iglesia.

Es el derecho que arriba la iglesia hacia la humanización de las penas en tiempos de excesiva hostilidad de ésta, y se inspira en las ideas del amor al prójimo y de la virtud de la compasión hacia los ofensores, creando de esta manera, un derecho penal; suave, benigno, para encontrar una redención de los reos. El sistema penitenciario lo organiza con el fin de reformar al delincuente, es decir lo que hoy en día se pretende con los reos en las granjas penales de nuestro país. El derecho penal de la iglesia es eminentemente espiritualista; "El derecho penal de la iglesia y el derecho canónico introdujeron en las concepciones penales de aquellas épocas un profundo sentido espiritualista que dió a los conceptos de imputabilidad, de delito y de pena un considerable valor subjetivo, dando nacimiento a nuevas ideas sobre la responsabilidad (responsabilidad fundada en la causalidad psíquica), creando el criterio de la

(5) Eugenio Cuello Calón. Op. Cit. Pág. 71



responsabilidad moral". (6).

El derecho de la iglesia luchó con afán contra la venganza privada pestándole su apoyo al Estado a efecto de que la administración de justicia fuera impartido por éste.

1.2.3.- España.

Con su legislación ha mantenido enorme influencia sobre los países de América, puesto que con la conquista que hizo al Nuevo Continente, vino imponiendo su religión, costumbres, vestuario, etc., sin faltar sus leyes, especialmente en lo Penal y Civil; sabido es que la historia del Derecho Penal Español, viene a ser parte de la historia del Derecho Guatemalteco; como hemos sostenido que la legislación nuestra, se basa, en gran porcentaje a un derecho extranjero fundamentalmente al español, por ello describiremos las principales disposiciones penales españolas.

Fuero Juzgo

Contiene disposiciones generales penales tales como el en el caso fortuito, castigo al actor intelectual, la prescripción penal; entre las penas que impone la citada ley podemos indicar las siguientes: los azotes, las penas pecuniarias, la muerte, las mutilaciones, dejar ciego al delincuente.

Las Partidas.

Señala un nuevo período del Derecho Penal, representa el desenlace de la influencia del derecho germánico, para tomar orientación Romana y Canónica. Las siete partidas aparecen en

(6) Idem. Pág. 72.



el tiempo de Alfonso X; no llegaron a tener fuerza de ley en tiempo de él, sino siglos después y aún se aplicaron en España en la primera mitad del siglo XIX. En ellas se define lo que es el delito, exención, lo atenuante, lo agravante, tentativa, complicidad, la prescripción de la pena, etc. Teniendo una especie de parte general del Código Penal y el resto de delitos.

El ordenamiento de Alcalá

Fué redactado después de las siete partidas (1348) en las Cortes celebradas en dicha localidad. "Las disposiciones de carácter penal no están orgánicamente agrupadas, sino que se hallan diseminadas por los varios títulos de la obra. Entre las más importantes se hallan las que se refieren los Jueces Prevaricadores (pierden el oficio y pagan doblado lo que tomen), a los alguaciles que no cumplen con sus obligaciones, a los guardadores de presos que faciliten su fuga, las disposiciones relativas a los adúlteros, en la que se vuelve a la legislación del Fuero Real, el ofendido puede, si quiere, matar a ambos adúlteros, más no puede perdonar a uno y matar al otro; ocúpase de los homicidios, de los préstamos usurarios, de las asonadas, y de las traiciones, cuya enumeración toma de las partidas" (7).

Las Leyes del Toro.

Se redactaron con el objeto de enmendar los errores y deficiencias de las leyes citadas anteriormente; estas leyes tienen muy poca importancia en Derecho Penal, ya que contiene

(7) Idem. Pág. 139.

Unicamente lo que se refiere al adulterio y falso testimonio.
La Nueva Recopilación.

Estas leyes consistieron en una compilación de las leyes anteriores por encargo de Felipe II. Lo relativo a lo penal se encuentra localizado en el libro VIII.

La Novísima Recopilación

El rey Carlos IV encomendó la redacción de leyes penales al Jurista Juan de la Reguera Valdelomar, siendo sancionadas estas leyes en el año 1805, en el libro XII consagra lo relativo al derecho penal las ideas humanizadoras del Derecho Punitivo.

1.3 Edad Moderna.

1.3.1.- Alemania.

A mediados del siglo XVI Alemania adquirió certeza y desarrollo en el derecho penal; a finales de la edad media el derecho de los romanos (canónico y bárbaro) volvió a renacer en ellos, situación que fue aprovechada por Alemania para recibir los avances jurídicos y es así como inmediatamente toma la delantera en la ciencia del Derecho Penal, llegándose a promulgar posteriormente la Ley Imperial conocida con el nombre de la "Constitutio Criminalis Carolina", dándole al Derecho Penal seguridad y formalidad al ordenamiento jurídico que antes no tenía. "La Carolina reguló también la organización de los Tribunales, la aplicación de la pena de muerte, estableció muchas penas corporales, admitió la tortura como sistema procesal, diferenció muchas penas

corporales, diferenci6 los delitos dolosos de los culposos, incluyendo entre estos 6ltimos el caso fortuito, legisló la tentativa y la participaci6n, admitió la interpretaci6n anal6gica, facult6 a los jueces para que pudieran establecer las penas a su arbitrio cuando no las sealara la ley" (8). Como podemos apreciar tiene una serie de innovaciones, avances, d6ndole adem6s al derecho penal la característica de p6blico.

1.3.3.- Francia

Como otras naciones, al principio tuvo un derecho penal cubierto de crueldad y desde luego la arbitrariedad en la aplicaci6n de la pena y fue a finales del siglo XVIII y antes de la Revoluci6n Francesa.

Estaba influenciada por las corrientes doctrinarias de la humanizaci6n del Derecho Penal y de las ideas de C6sar Bonessana, Marqu6s de Beccaria, que con su excelente obra "De los delitos y de las penas" influy6 enormemente en toda Europa y critica duramente los defectos del Derecho, teniendo efectos por consiguiente beneficiosos para la Reforma del Derecho Punitivo en varios paises europeos, especialmente en aplicaci6n de la pena y fue a finales del siglo XVIII y antes Francia, quien a la vez inicia la codificaci6n en tiempos de la Revoluci6n; al pasar dicho movimiento aparecieron en Francia, El C6digo Penal de 1791 y despu6s en 1810 el llamado "Codigo de Napole6n" siendo el punto de partida de la inspiraci6n para otros paises en su legislaci6n.

(8) Jorge Alfonso Palacios Motta, Op. Cit. P6g. 79.

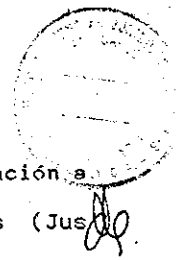


1.4.- Edad Contemporánea

En los inicios del siglo XIX la legislación penal española contenía la NOVISIMA RECOPIACION y además como derecho supletorio LAS PARTIDAS, que provenían de la edad media. La Reforma iniciada por Beccaria también causó impacto en España, ya que su libro se tradujo al español e influyó en la obra del célebre criminalista español de aquel tiempo Lardizabal y Uribe titulado "DISCURSO SOBRE LAS PENAS". Pero por las circunstancias por las cuales pasaba España, motivada por la lucha contra la invasión Francesa, impidieron que las ideas de Beccaria se tomaran para un nuevo código y no fue sino hasta después de amplia discusión que el nueve de Julio de 1822 se fuera promulgado. El código en referencia constaba de 2 partes, la primera parte la general, la segunda parte la especial que a la vez se dividía en 2, (la primera comprende los delitos contra la sociedad y la parte segunda los delitos contra los particulares). El primero de octubre de 1823 fue derogado ese código, automáticamente no estuvo en vigor, por lo que la Novísima Recopilación continuó sin interrupción. El primero de julio de 1848 entró en vigor un nuevo Código Penal, decretado por la ley de las Cortes Constituyentes, estando vigente cerca de sesenta años; el actual Código Español tiene vigencia a partir del 8 de abril de 1963.

2.- DEFINICION.

La facultad de castigar que corresponde con exclusividad



al Estado (Jus Puniendi), se manifiesta para la aplicación a través de un conjunto de normas jurídico-penales (Jus Poenale) que tienden a regular la conducta humana en una sociedad jurídicamente organizada; ese conjunto de normas penales que tienen un doble contenido: la descripción de una conducta antijurídica (delictiva) y, la descripción de las consecuencias penales (penas y/o medidas de seguridad), constituyen lo que denominamos la ley penal del Estado, y decimos del Estado, (aunque parezca albarda sobre aparejo), porque la ley penal es patrimonio únicamente del poder público representado por el Estado (como ente soberano), y a diferencia de otros derechos, sólo el Estado produce Derecho Penal. (9).

Para el Penalista Federico Puig Peña: "La Ley Penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea Derecho con carácter de generalidad, estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define" (10). El licenciado Jorge Alfonso Palacios Motta lo conceptúa así: "La Ley Penal es el conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y las faltas, determinan las responsabilidades o las exenciones y establecen las penas o medidas de seguridad, que corresponden a las figuras delictivas" (11) Asimismo el Licenciado Noel Isidro Juárez Estrada nos indica que: "La Ley

(9) Héctor Aníbal de León Velasco, José Francisco de Mata Vela. DERECHO PENAL GUATEMALTECO. (9na. Edición, Guatemala; Pág. 71.

(10) Federico Puig Peña. DERECHO PENAL (5a. Edición, Barcelona, España; Pág. 139.

(11) Palacios Motta. Op. Cit. Pág. 97.

Penal Guatemalteca es una declaración de voluntad del Estado, por medio de las normas jurídicas que determinan los delitos o las faltas, estableciéndose las responsabilidades o eximentes que sancionan las penas o medidas de seguridad, que se describen objetivamente en el Código Penal o Leyes Penales Especiales Guatemaltecas. (12)

3.- CARACTERISTICAS.

La excepcional situación de la Ley Penal como productora del Derecho Penal nos permite conocer los caracteres de la misma que son:

a) Generalidad, Obligatoriedad e igualdad.

La Ley penal está destinada a aplicarse a todos los individuos; debe dirigirse a todos los ciudadanos quienes tienen la obligación de acatarla, y esto nos lleva a la igualdad de todas las personas frente a la ley penal, exceptuándose únicamente las personas que gozan de ciertos privilegios tales como: inmunidad, antejudicio, etc. Sin embargo, ello no significa desde ningún punto de vista, que no se les pueda aplicar la ley penal, lo único y excepcional es que su aplicación requiere de un procedimiento distinto al de todos los ciudadanos.

b) Exclusividad.

Se refiere a la exclusividad de la ley en la creación de Derecho Penal, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa o de reserva, que contiene el artículo

o. del Código Penal (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege), Nadie Podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se interpondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.". Es decir, que sólo la ley penal puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad.

c) Permanencia e Ineludibilidad.

Se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio, hasta que otra ley la abrogue o la derogue, y mientras ésta permanezca debe ser ineludible para todos los que habitan en el territorio nacional.

d) Imperatividad.

Se refiere a que las normas penales, a contrario sensu de otro tipo de normas, contiene generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no deja librado nada a la voluntad de las personas, manda hacer o prohíbe hacer, sin contar con la anuencia de la persona que sólo debe acatarla, y en caso contrario, la amenaza con la imposición de una pena.

e) Es sancionadora.

Lo que realmente distingue a la norma penal es la "sanción que bien puede ser una pena o una medida de seguridad, en ese sentido se dice que la ley penal es siempre sancionadora, de lo contrario, estaríamos frente a una Ley Penal sin pena y obviamente dejaría de ser Ley Penal.

f) Es Constitucional.

Se refiere a que indiscutiblemente, la Ley Penal, no solo debe tener su fundamento en la Ley suprema que es la Constitución de la República, sino debe responder a sus postulados y lineamientos políticos.

4.- FORMAS Y ESPECIES DE LA LEY PENAL.

4.1.- Formas de la Ley Penal.

Cuando nos referimos a las formas de Ley Penal, tomamos como base el órgano que le dió origen, en ese sentido, hablamos de Ley Penal Formal y Ley Penal Material;

a) Ley Penal Formal:

Es todo precepto jurídico-penal que nace del organismo técnicamente facultado para crearla, que en nuestro caso es el Congreso de la República.

b) Ley Penal Material:

Es toda disposición o precepto de carácter general acompañado de una sanción punitiva, que precisamente no ha emanado del órgano constitucionalmente establecido para crearla, tal es el caso de los "Decretos Leyes", que se emiten para gobernar durante un gobierno de facto por no existir el Organismo Legislativo.

4.2.- Especies de la Ley Penal.

Al hablar de especies de la Ley Penal, partimos de que en un sistema jurídico, aparte del Código Penal, que es la ley ordinaria, existen otros cuerpos legales, tal es el caso de nuestro sistema jurídico, en donde tenemos:

a) Leyes Penales Especiales:



Es el conjunto de normas jurídico penales que no estando contenidas en el Código Penal, regulan la conducta de personas pertenecientes a cierto fuero, o tutelan bienes o valores jurídicos específicos, tal es el caso del Código Penal Militar, El Código de Aduanas, etc.

b) Convenios Internacionales:

Son acuerdos o tratados que se llevan a cabo entre distintos países, que contienen normas de tipo jurídico penal, y que se convierten en leyes obligatorias para los habitantes de un país, cuando una ley interna los convierte en legislación del Estado, por ser países signatarios o suscriptores del mismo, tal es el caso del Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado.

c) Los Decretos Leyes:

Son disposiciones jurídicas que emanan con carácter de leyes del Organismo Ejecutivo, cuando por cualquier razón no se encuentre reunido o no existe el Congreso de la República, que es el órgano constitucionalmente encargado de crear las leyes.

5.- LEYES PENALES EN BLANCO O ABIERTAS.

Su nominativo se atribuye al tratadista alemán Karl Binding; y son disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido, y no así en cuanto a la sanción que está bien determinada; es decir, que son leyes penales en blanco o incompletas, aquellas en que aparece en el Código Penal bien señalada la pena, empero la

descripción de la figura delictiva debe buscarse en una ley distinta o reglamento de autoridad competente, a los que queda remitida la Ley Penal. (13)

Jorge Alfonso Palacios Motta nos dice: "Ley Penal en blanco es aquella que aparece dentro de un Código Penal, estableciendo la sanción, sin concretar la figura delictiva la que aparece en otra ley o reglamento. (14).

6.- FUENTES DEL DERECHO PENAL.

En sentido amplio la palabra "fuente" significa manantial natural y en sentido figurado equivale a origen, fundamento. Si aplicamos la expresión al campo jurídico podemos afirmar que "Fuentes del Derecho" son en general, los manantiales de donde se origina, de donde brota, de donde procede el Derecho; las Fuentes del Derecho son en realidad el principio, fundamento u origen de las normas jurídicas, especialmente del Derecho Vigente o de Derecho Positivo en determinado país o época. Desde un punto de vista estricto y formal, las Fuentes del Derecho son las distintas formas como éste se manifiesta o aparece en la vida social de los pueblos. (15)

6.1.- Fuentes Reales o Materiales.

Tienen su fundamento en la realidad social de los hombres y por ende de los pueblos; son las expresiones y manifestaciones socio-naturales previas a la formalización de

(13) De León Velasco, De Mata Vela. Op. Cit. Pág. 77.

(14) Palacios Motta. Op. Cit. Pág. 76.

(15) Palacios Motta. Op. Cit. Pág. 71.

na ley penal.

5.2.- Fuentes Formales.

Consisten en el proceso de creación jurídica de las normas penales y a los órganos donde se realiza el mencionado proceso legislativo, que de acuerdo a la organización política del Estado de Guatemala, corresponde al Congreso de la República.

5.3.- Fuentes Directas.

Son las que por sí solas tienen virtualidad suficiente para producir normas jurídicas y obligatorias y se subdividen en:

6.3.1.- Fuentes Directas de Producción.

Son las integradas por la autoridad que declara el derecho, el poder que dicta las normas jurídicas, que no es más que el Estado, a través del Organismo Legislativo, representado por el Congreso de la República que es el lugar donde se crean las leyes. Las fuentes de producción no son en realidad productoras del Derecho, sino fuentes de éste.

6.3.2.- Fuentes Directas de Cognición.

Son manifestaciones de voluntad estatal, las expresiones de la voluntad de los legisladores o sean formas que el Derecho Objetivo toma o asume en la vida social. Dicho de otra manera las fuentes de cognición son las leyes penales, los códigos, etc.

6.4.- Fuentes Indirectas ó Coadyuvantes.

Son aquellas que por sí solas carecen de eficacia para obligar, pero colaboran para la producción de nuevas normas

Jurídicas, entre ellas tenemos: La costumbre, La jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del Derecho.

6.4.1.- La costumbre.

Como fuente de Derecho General, no es más que un conjunto de normas jurídicas, no escritas, impuestas por el uso. En lo referente al Derecho Penal, si fue fuente del Derecho Penal antiguamente, pero en la actualidad ha perdido por completo esa función, pues el Derecho Penal positivo sólo surge de la ley.

6.4.2.- La Jurisprudencia.

En sentido amplio "Jurisprudencia es el Derecho Introducido por los Tribunales mediante la aplicación de las leyes, pero en un sentido estricto se da este nombre al criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias de los Tribunales de la Nación" (16).

En países donde se acepta la analogía, la jurisprudencia podría dar lugar al nacimiento de nuevas normas jurídicas, empero, en legislaciones como la nuestra, los tribunales de justicia no trabajan para crear Derecho, sino solamente lo aplican a través de leyes escritas.

6.4.3.- La Doctrina.

Es el denominado "Derecho Científico, y consiste en el conjunto de teorías, opiniones y aún especulaciones que realizan en una materia o acerca de un punto los

(16) Puig Peña, Federico. DERECHO PENAL. Tomo I, VI, I. Parte General Pág. 153



juspenalistas, los doctos, los especialistas en Derecho Penal. La doctrina científica no es fuente directa productora de Derecho, pero tiene mucha importancia en la práctica judicial, en la preparación del Derecho, en la derogación de las normas y en la unificación de las leyes que ha dado origen al Derecho Penal Científico Colectivo elaborado en los Congresos Internacionales de tratadistas del Derecho Penal.

6.4.4.- Los Principios Generales del Derecho.

Son los valores máximos a que aspiran las ciencias jurídicas --la Justicia, la Equidad y el Bien Común--, tienen primordialmente importancia en la interpretación y aplicación de la Ley Penal, pero no pueden ser fuente directa del Derecho Penal, sencillamente porque para tratar de alcanzarlos deben cristalizarse en la misma Ley Penal del Estado.

7.- EXEGESIS O INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.

La interpretación o exégesis en general consiste en declarar, explicar o aclarar el sentido de una cosa o de un texto incompleto, obscuro o dudoso.

La interpretación jurídica tiene como finalidad descubrir para si mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición legal. La interpretación de las leyes es la aclaración fundada de la letra y del espíritu de las normas legales para conocer su



verdadero sentido y determinar su alcance o eficacia general o en un caso particular. (17).

ESPECIALES MODALIDADES DE INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.

La interpretación de la ley penal puede hacerse desde tres puntos de vista: a) Desde el punto de vista del interprete b) Desde el punto de vista de los medios para realizarla y , c) Desde el punto de vista del resultado:

INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.	Desde el punto de vista del interprete.	Auténtica. Doctrinaria. Judicial.
	Desde el punto de vista e los medios para rea- lizarla.	Gramatical. Lógica.
	Desde el punto de vista del resultado.	Declarativa. Restrictiva. Extensiva.

7.1.- Desde el Punto de Vista del Intérprete.

Es decir, de quien realiza la interpretación.

7.1.1.- Interpretación auténtica.

Es la que realiza el legislador por medio de reglas interpretativas contenidas en el mismo texto legal al que pertenece el precepto que se quiere interpretar, en forma simultánea o posteriormente a la creación de la ley.

(17) Palacios Motta, Op. Cit. Pág. 79, 80.

7.1.2.- Interpretación doctrinaria.

Es la que realizan los juristas en sus trabajos científicos, dictámenes, tratados, libros, etc. es la explicación del contenido de las leyes penales por los científicos del derecho y consiste en buscar la verdad de la ley acudiendo a la dogmática jurídica, tiene la particularidad de que no obliga a nadie a acatarla.

7.1.3.- Interpretación Judicial o usual.

Es la que realiza el juez al aplicar la ley a un caso concreto, o sea que esta labor la realizan los órganos jurisdiccionales con el fin de aplicar las leyes descubriendo la verdadera voluntad que tales leyes contienen. Se diferencia de la interpretación auténtica en que esta no obliga a todas las personas, sino solo ejerce fuerza para el caso concreto.

7.2.- Desde el punto de vista de los medios para realizarla.

Es decir, como puede hacerse la interpretación.

7.2.1.- Interpretación Gramatical.

Es la que se realiza analizando el verdadero sentido de las palabras en sus acepciones común y técnica, de acuerdo a su uso y al Diccionario de la Real Academia Española, es como dice Jimenez de Asúa la búsqueda del valor de las palabras. "La interpretación gramatical tiende a determinar el sentido de la ley buscando el significado de las palabras contenidas en el texto legal". (18)

(18) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 184.

7.2.2.- Interpretación Lógica o Teleológica.

Esta interpretación no se limita al conocimiento de un texto en su apariencia más natural, sino que recurre a su aplicación armónica dentro del precepto, de la institución a que se refiera, de la ley que se trate, e incluso del ordenamiento jurídico general y tradición legislativa o consuetudinaria de un país. Excede el marco de lo puramente gramatical, constituye una interpretación más íntima y profunda que sobrepasa la letra del texto de la ley para llegar a través de diversos procedimientos teleológicos, racionales, sistemáticos, históricos, político-sociales, etc., al conocimiento de la "ratio legis" (razón legal) para la cual fue creada la ley, es decir, el fin que la ley se propone alcanzar, lo cual es tarea del juzgador.

7.3.- Desde el punto de vista del resultado.

Es decir, qué se pretende obtener con la interpretación.

7.3.1.- Interpretación Declarativa.

Se dice que la interpretación es declarativa, cuando no se admite discrepancia de fondo ni de forma entre la letra de la ley y su propio espíritu; de tal manera que la tarea del interprete aquí, es encontrar plena identificación y absoluto acuerdo entre la letra de la ley y el espíritu para la cual fue creada. Debe concordar la interpretación gramatical con la interpretación lógica.

7.3.2.- Interpretación restrictiva.

Esta se da cuando el texto legal dice mucho más de lo que el legislador realmente quiso decir, con el fin de buscar el

verdadero espíritu de la ley, ha de interpretarse restrictivamente, limitando o restringiendo el alcance de las palabras de modo que el texto legal se adecue a los límites que su espíritu exige.

7.3.3.- Interpretación extensiva.

Se da cuando el texto, legal dice mucho menos de lo que el legislador quiso decir, con el fin de buscar el verdadero espíritu de la ley, ha de interpretarse extensivamente, dando al texto legal un significado más amplio que el estrictamente gramatical, de modo que el espíritu de la ley se adecue al texto legal interpretado.

7.3.4.- Interpretación Progresiva.

Se da cuando se hace necesario establecer una relación lógica e identificar el espíritu de la ley del pasado con las necesidades y concepciones presentes, de tal manera que sea posible acoger al seno de la ley información proporcionada por el progreso del tiempo, ya que la "ratio" de la ley siempre debe actualizarse.

8.- LA ANALOGIA Y LA INTERPRETACION ANALOGICA.

Iniciamos diciendo que, mientras la analogía está prohibida, la interpretación analógica está permitida;

La analogía es la semejanza entre cosas e ideas distintas, cuya aplicación se admite en algunas ramas del Derecho para resolver un caso no previsto por la ley, mediante otro que siendo análogo o similar sí está previsto.

Se dice que la analogía fue admitida en el Derecho Penal

antiguo, principalmente en el Derecho Penal Romano y Canónico: En Guatemala, el artículo 70. del Código Penal establece: "Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones." Tiene como fundamento el principio de legalidad del artículo primero de dicho cuerpo legal de tal manera que es absolutamente prohibido utilizarla.

En cuanto a la interpretación analógica, es permitida como un recurso interpretativo, que consiste en una interpretación extensiva de la Ley Penal cuando buscando el espíritu de la misma encontramos que el legislador se quedó muy corto en la exposición del precepto legal.

Existe una gran diferencia entre ellas, En la analogía existe ausencia absoluta de una disposición legal que regule el caso concreto, mientras que en la interpretación analógica sí existe un precepto legal que regula el caso pero de manera restringida, lo cual se desprende de su espíritu, por lo que debe interpretarse extensivamente sin caer en analogía.

9.- CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES.

Hay concurso aparente de leyes o normas penales, cuando una misma conducta delictiva cae o está comprendida por dos o más preceptos legales que la regulan, pero un precepto excluye a los otros en su aplicación al caso concreto (19).

9.1.- Principios Doctrinarios para resolver el conflicto.

No ha existido unidad de criterio entre los tratadistas

(19) De Mata Vela, y De León Velasco. Op. Cit. Pág. 91.

para resolver el problema planteado. En el presente trabajo expondremos la clasificación que al respecto plantea el Doctor Luis Jiménez de Asua. (20)

9.1.1.- Principio de Alternatividad.

Para Karl Binding hay alternatividad cuando dos o más tipos de delitos se comportan como círculos secantes, si las distintas leyes amenazan con la misma pena, es indiferente que ley ha de aplicarse, pero si las penas son diferentes, el juez debe basar su sentencia a la ley que sea más grave..

9.1.2.- Principio de Especialidad.

El principio de especialidad es más aceptado, de más fácil aplicación y es resuelto en la doctrina con el adagio latino "LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI". Este principio se formula diciendo que: en el caso de que una misma materia sea regulada por dos leyes o disposiciones de la ley, la ley o disposición especial es la que se aplica al caso concreto.

9.1.3.- Principio de Subsidiariedad.

Este principio se anuncia diciendo que una ley o disposición es subsidiaria de otra, cuando ésta excluye la aplicabilidad de aquella. La máxima latina "LEX PRIMARE, DEROGAT LEGI SUBSIDIARIAE" significa que tiene aplicación preferente la ley principal, tanto la ley principal como la subsidiaria describen estadios o grados diversos de violación del mismo bien jurídico, pero el descrito por la ley principal, y por esa razón, la ley principal absorbe la ley subsidiaria.

(20) Jiménez de Asúa Luis, DERECHO PENAL, Pág. 145.

9.1.4.- Principio de Consunción o Absorción.

Este principio surge cuando un hecho previsto por la ley o por una disposición legal, está comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que ésta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera. Es decir que, cuando una ley, conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de otra, aquella excluye terminantemente a ésta, el precepto de mayor amplitud comprende al hecho previsto por otro de menor alcance y en ese caso prevalece el precepto más amplio. "LEX CONSUMENS DEROGAT LEGI CONSUMTAE."

10.- AMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL.

Cuando la doctrina se refiere a la Ley Penal en el tiempo, lo hace con el fin de explicar el tiempo de duración de la misma y los hechos que debe regular bajo su imperio. Las normas penales, nacen y se proyectan siempre hacia el futuro, regulando únicamente hechos o actos humanos nacidos con posterioridad a su vigencia; es decir, miran al porvenir no al pasado.

En cuanto a la eficacia temporal de validez de la Ley Penal, es el comprendido entre el inicio de su vigencia hasta su abrogación o derogación, de tal forma que su ámbito de validez temporal está limitado en dos momentos: el momento en que nace su promulgación y, el momento en que fenece por la abrogación o derogación. Así surge lo que en la doctrina se conoce como "Sucesión de Leyes", porque a través del tiempo, unas suceden a otras.



10.1.- Extractividad de la Ley Penal.

La denominada extractividad de la Ley Penal contiene una particular "excepción" al principio general de la "irretroactividad" en cualquier clase de ley, por el cual una ley sólo debe aplicarse a los hechos ocurridos bajo su imperio, es decir, bajo su eficacia temporal de validez.

Quiere decir entonces, que la actividad de la Ley Penal, tanto formal como materialmente, tiene lugar durante la época de vigencia; y para explicar la extractividad de la misma nos preguntamos: ¿Es posible aplicar la Ley Penal fuera de la época de su vigencia? La respuesta la encontramos en el artículo 2o. del Código Penal que dice: "si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquélla cuyas disposiciones sean favorables al reo, aún cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo su condena."

En tal virtud si es posible aplicar la Ley Penal fuera de la época de su vigencia, pero sólo cuando favorezca al reo. Así cobra vida la Retroactividad y la Ultractividad de la Ley Penal.

10.1.1.- Retroactividad de la Ley Penal.

Consiste en 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 a su vigencia, estamos en el caso de la retroactividad.



En nuestro país la retroactividad de la Ley Penal ha tenido rando de garantía constitucional, así el artículo 15 de la Constitución Política establece: "La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo".

10.1.2.- Ultractividad de la Ley Penal.

Se da en el caso de que una ley posterior al hecho sea perjudicial al reo, entonces seguirá teniendo vigencia la anterior, es decir, que cuando una ley ya abrogada se lleva o utiliza para aplicarla a un caso nacido bajo su vigencia, estamos frente a la ultractividad.

De lo anterior se desprende que la extractividad de la Ley Penal que comprende la "Retro" y la "Ultra", sólo persigue favorecer al reo, de lo contrario no puede aplicarse. En tal sentido, es necesario que previamente se establezca cual es la ley más benigna para el procesado, si la ley existente en el momento de cometer el hecho o la que rige en el momento de dictar la sentencia, o cuando se cumple la condena, o bien incluso una ley intermedia.

10.2.- Casos que pueden presentarse en la sucesión de leyes penales.

Los especialistas han considerado que durante la sucesión de leyes penales en el tiempo pueden presentarse cuatro casos:

10.2.1.- La nueva ley crea un tipo Penal Nuevo.

Una conducta que con anterioridad carecía de relevancia

penal (era atípica) resulta castigada por la ley nueva. En este caso, La Ley Penal nueva es irretroactiva, es decir, no puede aplicarse al caso concreto que perjudica al sujeto activo.

10.2.2.- La Ley Nueva destipifica un hecho delictuoso.

Una ley nueva le quita tacita o expresamente el carácter delictivo a una conducta reprimida o sancionada por una ley anterior. En este caso la Ley Penal nueva es retroactiva, es decir, debe aplicarse al caso concreto porque favorece al reo.

10.2.3.- La Ley Nueva mantiene la tipificación del hecho delictivo y es más severa.

Una ley nueva que castiga más severamente la conducta delictiva que la ley anterior. En este caso la Ley Penal nueva resulta irretroactiva, es decir, no puede aplicarse al caso concreto porque es perjudicial para el reo.

10.2.4.- La Ley Nueva mantiene la tipificación del hecho delictivo y es menos severa.

Una ley nueva castiga más levemente la conducta delictiva que la ley anterior. En este caso la ley penal es retroactiva, es decir, que puede aplicarse al caso concreto porque favorece al reo.

10.3.- La retroactividad de la Ley Penal y la Cosa Juzgada.

En nuestro país ha sido motivo de discusión la existencia de una posible contradicción entre la Retroactividad de la Ley Penal y la denominada Cosa Juzgada

que según dicen se convierte en un obstáculo para la aplicación de la ley más benigna al condenado, por cuanto que el caso ya está cerrado por una sentencia ejecutoriada (que ha causado cosa juzgada), criterio que se fundamenta en el artículo 18 del Código Procesal Penal que dice: "Un caso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión, conforme a lo previsto en este código" Y contradictoriamente el artículo 2 del Código Penal, en su parte final expresa que se aplicará la ley favorable al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo su condena. He ahí el problema si partimos que ambas normas son ordinarias y se encuentran a un mismo nivel jerárquico.

Al respecto, estoy de acuerdo con la tesis que sostiene que si es procedente aplicar retroactivamente la Ley Penal más benigna al condenado aun existiendo cosa juzgada, no sólo porque científicamente prevalece la norma sustantiva sobre la adjetiva, sino porque la retroactividad de la Ley Penal favorable al reo tiene rango constitucional, y, desde el punto de vista legal, una norma constitucional prevalece siempre sobre un precepto o disposición ordinaria. El Código Penal establece en su artículo 14 el principio INDUBIO PRO-REO la duda favorece al imputado, en este sentido no creemos que exista legalmente contradicción entre la retroactividad de la Ley Penal y la cosa juzgada; la extractividad (Retro y Ultra), que favorece al reo, debe aplicarse de manera

ilimitada. (21)

10.4.- Leyes excepcionales o temporales.

Son las que fijan por si mismas su ámbito de validez temporal, es decir, que en ellas mismas se fija su tiempo de duración y regula determinadas conductas sancionadas temporalmente, tal es el caso de las leyes de emergencia y las leyes extraordinarias de policía.

En la doctrina se sostiene que estas leyes no permiten la aplicación retroactiva ni ultractiva de la ley penal, sin embargo, el ordenamiento penal guatemalteco si lo admite, según el artículo 3o. que establece. " La ley excepcional o temporaria se aplicará a los hechos cometidos bajo su vigencia, aun cuando ésta hubiere cesado al tiempo de dictarse el fallo, salvo lo dispuesto en el artículo 2o. (extractividad).

10.5.- Leyes Intermedias.

Son las que siendo leyes temporarias se aplican a determinados casos ocurridos con anterioridad a su vigencia, y que es juzgado con otra ley vigente cuando la ley intermedia ya ha desaparecido; esta aplicación sólo se hace en caso de que se favorezca al reo.

11.- AMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.

Cuando la doctrina se refiere a la Ley Penal en el espacio, lo hace con el fin de explicar el campo de aplicación que puede tener la Ley Penal de un país

(21) De Mata Vela y De León Velasco. Op. Cit. Pág. 97, 98.

determinado. "La determinación del ámbito espacial de validez de la Ley Penal es el resultado de un conjunto de principios jurídicos que fijan el alcance de la validez de las leyes penales del Estado con relación al espacio. (22)

El ámbito espacial de validez de una ley, es mucho más amplio que el denominado territorio, que está limitado por las fronteras; La Ley penal de un país regularmente trasciende a regular hechos cometidos fuera de su territorio, he aquí nuestro objeto de estudio. ¿Se puede aplicar la Ley Penal a un territorio distinto del país al cual pertenece?

11.1.- Principios para resolver el problema planteado.

11.1.1.- Principio de territorialidad.

Sostiene que la Ley Penal debe aplicarse únicamente a los hechos cometidos dentro de los límites del territorio del Estado que la expide, y dentro de esos límites la Ley Penal debe aplicarse, a autores y cómplices de los delitos, sin importar su condición de nacional o extranjero.

Se fundamenta en la soberanía de los Estados; por lo que la Ley Penal no puede ir más allá del territorio donde ejerce su soberanía determinado Estado. A este respecto el artículo 4o. del Código Penal establece: "Territorialidad de la Ley Penal" Salvo lo establecido en tratados internacionales, este Código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la república o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción."

(22) Sebastian Soler, DERECHO PENAL ARGENTINO, Pág. 148.



11.1.2.- Principio de Extraterritorialidad.

Es una "excepción" al principio de territorialidad y sostiene que la Ley Penal de un país, si puede aplicarse a delitos cometidos fuera de su territorio, teniendo como base los siguientes principios:

-- Principio de la Nacionalidad o de la Personalidad.

"La ley Penal del Estado debe aplicarse a todos los delitos cometidos por sus ciudadanos, en cualquier lugar del extranjero, ya sea (contra sus ciudadanos o contra extranjero". (23). Por este principio, la ley del Estado sigue al nacional donde quiera que éste vaya, de modo que la competencia se determina por la nacionalidad del autor del delito y tiene en la actualidad aplicación cuando se dan las circunstancias siguientes: Que el delincuente nacional no haya sido penado en el extranjero, y que se encuentre en su propio país. (Ver artículo 5o. inciso 3o. del Código Penal)

-- Principio Real, de Protección o de Defensa.

Fundamenta la extraterritorialidad de la Ley Penal, diciendo que un Estado no puede permanecer aislado frente a ataques contra la comunidad que representa por el solo hecho de que se realicen en el extranjero; de tal manera que la competencia de un Estado está determinada porque el interés lesionado o puesto en peligro por el delito sea nacional. Su finalidad es la defensa o protección de los intereses nacionales, por ataques venidos desde el extranjero. (Ver artículo 5o. inciso, 1o, 2o., 4o. y 6o. del Código Penal)

(23) Federico Puig Peña. Op. Cit. Pág. 192.





-- Principio Universal o de la Comunidad de Intereses.

Este principio sostiene que la Ley Penal de cada Estado tiene validez universal, por lo que todas las naciones tienen derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, no importando su nacionalidad, el lugar de comisión del delito ni el interés jurídico vulnerado, la única condición es que el delincuente se encuentre en territorio de su Estado y que no haya sido castigado por este delito. (Ver artículo 50. inciso 5o. del Código Penal.)

CAPITULO II
EL DELITO



1.- ANTECEDENTES.

Existe diversidad de criterios respecto a lo que es Delito y muchos tratadistas del Derecho Penal, dan distintos enfoques al respecto, que van desde lo filosófico, a lo naturalista. Anteriormente al Delito se le daba una valoración objetiva, castigándosele en relación al daño causado, lo que importaba era quién causaba el daño, por lo que se llegó hasta el punto de juzgar a los muertos y a las cosas inanimadas, como las piedras.

Fue hasta en Roma donde aparece por primera vez la valoración subjetiva del Delito, pues se juzgaba la conducta antijurídica atendiendo a la intención (dolosa o culposa) del agente, regulándose así actualmente.

2.- DEFINICION.

Con respecto a la definición del Delito, hay diferentes definiciones de tratadistas, entre las más relevantes se pueden mencionar las siguientes;

-- "Es la acción humana, antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley." (24)

-- "La acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible." (25)

(24) Cuello Calón Eugenio. DERECHO PENAL, Parte General, Pág 282.

(25) Muñoz Conde, Francisco, TEORIA GENERAL DEL DELITO, 2da. Edición. Pág. 20.

-- "El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena." (26)

-- "El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable." (27)

3.- ELEMENTOS DEL DELITO.

Al hablar del Delito es necesario referirse a los elementos que lo integran.

3.1.- La acción.

Algunos tratadistas al referirse a este elemento, también le denominan Conducta Humana. Puede decirse que acción, es la manifestación de la conducta humana, que causa una modificación en el mundo exterior y que esta prevista en la ley.

Al Derecho Penal le interesa, la causa que tiene su nacimiento, en la conducta humana, debido a que entre ésta y el resultado delictuoso, debe existir una relación de Causa Efecto; es decir, debe existir una conexión directa entre la conducta del hombre y el resultado, Al respecto nuestro Código Penal Decreto 17-73 en su artículo 10 señala que: Relación de Causalidad. " Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y

(26) Rodríguez Devesa, José María. DERECHO PENAL ESPAÑOL. Parte Especial. Pág. 34.

(27) Fontán Balestra, Carlos. TRATADO DE DERECHO PENAL. Pág. 123.

a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.

3.2.- La Tipicidad:

Puede decirse que, es la condición sine qua non para señalar de criminal, alguna conducta humana. Al referirse a la Tipicidad se debe hacer alusión al Tipo, diciendo que éste no es más, que la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana, reprochable y punible, por lo que al establecerse el Tipo y al adecuarse una conducta humana al tipo establecido en la ley, se da a la luz la Tipicidad, o sea el encuadramiento de la conducta humana a la abstracta descripción que señala la norma, siendo la Tipicidad, presupuesto necesario de la Antijuridicidad.

Nuestra ley penal se refiere a este elemento en el artículo 10. del Código Penal, al señalar: Principio de Legalidad. Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración. Es necesario el Tipo legal para poder señalar una conducta determinada, como delito o falta, ya que si se realiza una conducta que sea reprochable, pero que no este prevista en el ordenamiento sustantivo penal, no surge el delito a la vida jurídica.

3.3.- La Antijuridicidad:

Este elemento implica una confrontación entre la conducta humana y lo que la ley penal pretendía que se realizase. Es antijurídica la conducta contraria al derecho.

Este elemento se pone de manifiesto en el ataque que ocasiona la conducta humana a la norma penal o sea, la conducta socialmente dañosa que lesiona el Bien Jurídico Tutelado o protegido por el Estado. Por eso la antijuridicidad encuentra siempre su expresión en un juicio de valor, pues declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda, no es conforme a derecho. Los elementos que integran la antijuridicidad son: 1.- La Tipicidad: Debe existir una norma descriptiva de la conducta que atenta contra un interés tutelado, contenido en el ordenamiento jurídico. 2.- El Bien Jurídico Tutelado: El interés jurídicamente protegido por el derecho debe ser atropellado o sometido a peligro de lesión.

3.4.- La culpabilidad:

Se refiere a la voluntad del sujeto para realizar la acción delictiva a título de dolo o culpa. Puede decirse que es el comportamiento consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo o debiendo actuar de otra manera.

La culpabilidad se manifiesta a través de dos formas radicales y opuestas y una intermedia. Las dos formas son: 1.- Dolo: Que es la acción que ha sido provocada en forma intencional, al respecto nuestro Código Penal señala en el artículo 11, que el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible y ejecuta el acto. 2.- Culpa: Es el acto que se haya rodeado por la imprudencia, negligencia o impericia en el sujeto activo. Nuestro Código Penal al

referirse al delito culposo en el artículo 12, establece que el delito es culposo cuando con ocasión de acciones u obligaciones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia, estableciendo además que solo son punibles los hechos culposos en los casos expresamente determinados por la ley.

Con respecto a la forma intermedia de la culpabilidad, que es la preterintención, que surge cuando se ha producido un resultado dañoso mayor del que originalmente se perseguía ocasionar el sujeto activo. Al respecto nuestro Código Penal hace alusión a ésta, en el Título IV, de las circunstancias atenuantes, en el artículo 26 numeral 6, al señalar que la preterintencionalidad, es no haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

3.5.- La punibilidad.

La conducta humana, típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito se requiere que esté sancionada con una pena o medida de seguridad, de ésta manera la punibilidad resulta ser elemento del delito, pero lo cierto es que todos los elementos se complementan entre ellos, por lo que sería difícil señalar cual es el elemento más relevante o trascendental, en virtud del cual su estudio tendrá que hacerse complementadamente.

Los fines de la pena se han señalado que tienen un fin retributivo (teoría Absoluta) pues debe haber un castigo como consecuencia del delito cometido, como un acto de justicia;

otros dicen que tiene un fin de prevención (teoría Relativa) y su objetivo primordial es la prevención de los delitos, sin embargo cualquiera que sea la posición que se mantenga, la pena siempre tiene un fin primario y general, que es la prevención de los delitos.

CAPITULO III

LOS DELITOS DE ADULTERIO Y CONCUBINATO.

1.- EL ADULTERIO.

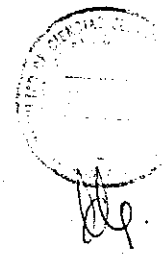
1.1.- Antecedentes Históricos.

Al realizar una reseña histórica, se debe mencionar que la etimología de la palabra adulterio, viene del latín ALTERIUS Y TORUS, que significa, en romance como lecho de otro; porque la mujer es contada por el lecho de su marido, y no él de ella. (28)

A través de casi todas las legislaciones el adulterio aparece castigado ya sea como delito privado o público (según el caso), otorgándole al marido el derecho de castigar a la mujer y al cómplice o codelincuente con penas que variaron en intensidad y en severidad hasta la muerte inclusive. En algunos pueblos el adulterio no se castigaba, considerándolo un deber obligado derivado de la hospitalidad, mientras que en Atenas el marido ofendido podía dar muerte al amante o exigirle fuerte indemnización; a la mujer no se le penaba más que con la vergüenza de su deshonra.

En Esparta, según los autores, no se conoció este delito, afirmándose que por el contrario hasta era justificado en el caso de marido estéril o impotente. Por su parte los egipcios acostumbraban la muerte del amante y mutilación de la nariz de la mujer, y en la India era

(28) Enciclopedia Jurídica OMEBA Pág. 531.



devorada por los perros en la plaza pública, dándosele muerte al amante.

Los hebreos decretaban muerte para los adúlteros (mujer y amante) por lapidación. Solamente delinquía la mujer infiel a su marido y no a la inversa. Los elementos para que se presumiera cometido éste fueron rigurosos, bastando el hecho de estar a solas con un hombre por breve tiempo. En los aztecas la pena era la lapidación y en las tribus de Venezuela y Colombia la mujer era considerada como "cosa propia del marido" equiparaban el delito del adulterio al robo, castigándolo con la muerte. (29) El derecho incaico penaba con la muerte a la adúltera y el destierro al marido uxoricida.

El derecho Romano merece especial atención por la serie de variantes que sufrió a través de su historia, tanto la tipificación como la pena del adulterio. El derecho Romano primitivo no penó el adulterio de la mujer, pero admitió que el marido la castigara como quisiera; era el dueño de la acción y el encargado de aplicar la pena. Luego llegamos a la LEX JULIA DE ADULTERIIS, que lo convierte en un delito público (seguimos siempre con el adulterio de la mujer) aplicando penas muy severas y sujeto de acusación por todos los ciudadanos, con disposiciones tales como: "La acción para perseguir a la mujer adúltera prescribía a los cinco años, y no podía ejercerla si había habido connivencia del marido, pues en tal caso éste era indigno y se hacía reo del delito.

(29) Idem. Pág. 532.

La acción se extinguía si había reconciliación (presumida si no se arrojaba de su lado a la adúltera)*. (30)

Como ya se dijo, en los tiempos primitivos la pena era la muerte para la mujer a manos del marido; durante la República fue el destierro, y más adelante la relegación. En Constantino se ve un giro considerable, puesto que decreta pena capital de nuevo para el marido, pero extendida al adulterio del marido, siendo uno de los contados indicios de que se aplica la ley de una manera más equitativa. Finalmente nos encontramos con Justiniano quien de nuevo cambió la pena de muerte para la mujer adúltera por la de azotes y reclusión en un monasterio, pudiendo el marido redimirla. En cuanto al códelincuente o cómplice de la mujer la pena no varió; era la muerte. El Derecho canónico establece que cometen adulterio ambos cónyuges, tanto el hombre como la mujer infiel.

El derecho penal Español (de indiscutible influencia en nuestro sistema legal) sufrió un proceso en cuanto al adulterio, más o menos paralelo al derecho Romano:

- a) El marido ofendido podía hacer lo que quisiera de los adúlteros incluso matarlos, y los bienes pasaban a su poder (sino habían hijos legítimos). Podía asimismo, perdonar a la adúltera reconciliándose con ella, y la connivencia del hombre en la conducta de su mujer hacían que no pudiera ejercitar la acción persecutoria.
- b) Consideraban el dolo como figura esencial por lo que no sancionaban el adulterio por violencia o error.

 (30) Idem. Pág. 532.

c) Declaraba impune el adulterio del marido; la esposa, ofendida por el mismo hecho no podía acusar al marido de adulterio, dando como base legal la siguiente razón: "pues que los daños y las deshonras no son iguales" (31)

1.2.- Definición.

El adulterio como delito ha suscitado controversias entre los juristas que lo han hecho motivo de estudio. Existen varias definiciones de lo que es el adulterio, de las cuales podemos mencionar:

-- "Unión sexual ilícita de una persona casada con una persona distinta de su propio cónyuge" (32)

-- "Ayuntamiento carnal de hombre con mujer, que implica violación de la fe conyugal por parte de cualquiera de ellos o de los dos a un tiempo". (33)

-- "Delito que comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada". (34)

Salta a la vista la disparidad de criterios que prevalece en lo que a los sujetos activos del adulterio se refiere, pues mientras unos códigos, consideran que el adulterio solo es cometido por mujer casada, como figura principal alrededor de la cual gira la tipificación del mismo; otros se inclinan a considerar como potenciales

(31) Idem. Pág. 33

(32) Maggiore, Giuseppe DERECHO PENAL. Pág. 136.

(33) Enciclopedia Jurídica Española. Pág. 10

(34) Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pág. 39.

adúlteros a ambos cónyuges, es decir, que tanto el hombre como la mujer toda vez que estén casados cometen adulterio al incurrir en relaciones sexuales con tercera persona.

Esta última es precisamente la corriente que a luz de los principios generales del derecho es la más acertada, y en base a ella diremos entonces que adulterio es: "Relacion sexual entre personas de distinto sexo, siendo una de ellas casada con tercero, la cual lesiona la fe conyugal y todos los valores concernientes a un matrimonio, célula primogenia de la sociedad"

1.3.- Elementos.

El ordenamiento Penal Guatemalteco consideraba que solamente cometía adulterio la mujer casada, y para que el delito llegara a configurarse se requería de ciertos elementos:

1.3.1.- Personales:

1.3.1.1.- Activos: mujer casada y hombre que no sea su marido y que conozca perfectamente el estado civil de ella.

Al identificar a los sujetos activos, la ley guatemalteca descartaba la posibilidad sugerida por algunos autores de que relaciones sexuales con personas del mismo sexo puedan constituir adulterio. (De darse tal situación, ésta quedaría enmarcada dentro de una figura delictiva distinta). Por otra parte el hombre debía conocer perfectamente el estado civil de la mujer. Nuestro Código Penal en su artículo 232 coincidía con Sebastián Soler quién

afirma que no se requiere de la culpabilidad (pero si de la acción) de ambos codeincentes para que se dé el delito de adulterio, puesto que si el hombre ignora el estado civil de la mujer no hay delito para él; sin embargo para ésta subsiste.

Cabe aquí observar que ha sido causa de un debate más en doctrina la posibilidad de terceros sujetos activos, de cómplices o de encubridores. En este caso autores como Vizmanos y Alvarez al estudiar el derecho español interpretan la norma de iniciar la acción contra ambos culpables como "una restricción impuesta por la ley para la facultad de acusar a otras personas". (35)

Corriente opuesta sustenta Pacheco al considerar que si puede haber complicidad o encubrimiento en el adulterio como en cualquier otro delito al decir que "lo que la ley quiere es que se acuse siempre, cuando menos a ambos culpables" (36.) Nuestro Ordenamiento penal contempla la complicidad y el encubrimiento en sus artículos 37, 474 al 476 respectivamente, sin ninguna excepción a los mismos; por lo que se infiere que en el adulterio podía haber complicidad y/o encubrimiento tal y como puede suceder con cualquier otro delito.

1.3.1.2.- Pasivo: Es el esposo de la mujer que comete adulterio.

1.3.2.- Materiales:

1.3.2.1.- Matrimonio de la mujer preexistente al hecho,

(35) Fontan Balestra, Carlos. Op. Cit. Pág. 244.

(36) Fontan Balestra, Carlos. Op. Cit. Pág. 244.

aunque después se declare nulo. Entendemos por matrimonio válido el que se haya celebrado llenado todos los requisitos que para el efecto preceptúa el código civil vigente en sus artículos 81 a 87 y 92 a 107 respectivamente, y por lo tanto no es suficiente el matrimonio religioso para que pueda considerarse como dado este elemento.

1.3.2.2.- Acto de yacimiento efectivo y material entre los sujetos activos. (37)

Al decir acto de yacimiento algunos autores conciden en referirse a las relaciones sexuales genitales propiamente dichas, otros son más específicos al señalar la naturaleza de la relación existente entre los sujetos activos; tal es el caso de Carrara que aún excluye del adulterio el acto sexual antinatural, para quien tales prácticas en nada integran la figura. Por otra parte algunos autores prefieren la expresión acoplamiento sexual, como Fontan Balestra, quien afirma que tanto el coito en sí como un sustitutivo anormal de él constituyen adulterio: "el contacto de mujer y varón por vaso indebido, constituye, también a nuestro juicio el adulterio, pues admitir lo contrario implicaría limitar la infidelidad conyugal al solo coito natural, lo que resulta absurdo, sin que para ello sean necesarias otras explicaciones. (38).

Posición última que favorecía nuestro código, pues si bien es cierto que no incluía los actos que con todo y ser

(37) Monzón Paz, Guillermo. Introducción al Derecho Penal Guatemalteco. Pág. 109.

(38) Fontan Balestra, Carlos. Op. Cit. Pág. 241.

voluptuosos o lujuriosos (besos, abrazos, caricias, etc.) si quiere llamárseles así, no llegan a finalizar en unión carnal fisiológica: no limita esta última al coito natural.

Por el contrario se refería a ella como Yacer, palabra que describe las relaciones sexuales de una manera amplia que da lugar a muchas interpretaciones.

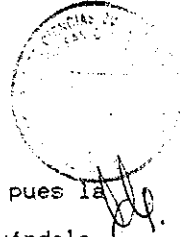
1.3.2.3.- Que el hecho sea voluntario y libre de vicios del consentimiento tales como: imposibilidad de resistir por fuerza o intimidación, mediante engaño, etc. o sea eminentemente doloso. De lo contrario nos encontraríamos ante un típico caso de violación y la esposa pasaría de sujeto activo responsable criminalmente, a víctima de delitos contra la libertad y seguridad social.

1.3.3.- Psicológicos:

Como se mencionó anteriormente, es fundamental que tanto en uno como en el otro sujeto activo, el elemento dolo se manifieste, que exista la inclinación consciente y voluntaria a cometer el hecho. Es decir, congruencia entre sus actos externos y su estado psicológico; la plena certeza de estar transgrediendo mediante sus actos, normas religiosas, morales, sociales jurídicas naturalmente.

1.4.- Bien Jurídico Tutelado.

Para cumplir con los propósitos de este estudio, es absolutamente imprescindible determinar cual es el bien jurídico que se pretende preservar, amparar; el valor o valores que se consideran susceptibles de sufrir menoscabo o



lesión al regular el adulterio.

Puig Peña afirma que: "Hay un patrimonio moral, pues la infidelidad de la mujer y la conducta del hombre poseyéndola, además de ser una ofensa al sentimiento público de honestidad, ataca directamente la dignidad y honor del marido. (39)

Para Cuello Calón es el orden jurídico y moral del matrimonio y de la familia, y como el matrimonio es institución de derecho público la violación del orden jurídico matrimonial es violación de un interés estatal. (40) En algunas legislaciones (Inclusive la nuestra en ciertas épocas) se ha agrupado el adulterio dentro de los delitos contra la Honestidad, al mismo tiempo que se hacen fundamentales diferencias entre el adulterio del hombre y el de la mujer. "No se comprende en verdad, porque motivo debe de tenerse por deshonesto el acceso carnal, entre mujer y hombre solamente cuando, de los dos sujetos, el casado es la mujer. (41).

También se ha tipificado al adulterio entre los delitos contra la Honestidad y de Contagio Venéreo, lo que resulta interesante, pues de esto se infiere que al legislador así se consideraba como bien jurídico tutelado además de la honestidad, la salud física de la persona, al preocuparse del contagio venéreo susceptible de transmitirse mediante las

(39) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 641.

(40) Soler, Sebastian. Op. Cit. Pág. 332.

(41) Fontan Balestra, Carlos. Op. Cit. Pág. 242.

relaciones sexuales genitales propiamente dichas. De lo anterior, es perfectamente lógico suponer que debía reprimirse con mayor severidad las relaciones sexuales extramatrimoniales del cónyuge varón, ya que tratos con prostituta por ejemplo, aún los esporádicos, lo exponen a dicho contagio, y él a su vez, pone en peligro la integridad física de su esposa.

Nuestro Código Penal vigente agrupaba al delito de adulterio dentro de los delitos contra el orden jurídico familiar, de lo cual se desprende que el bien jurídico tutelado era por su importancia espiritual y moral, LA FAMILIA.

2.- EL CONCUBINATO.

2.1.- Antecedentes históricos.

Contrariamente a lo que sucede con el adulterio de la mujer, el concubinato (léase adulterio del marido), tiene una vida jurídica bastante reciente.

Como lo vimos en los anteriores antecedentes históricos del adulterio, no es sino en el derecho Romano, en la época de Constantino, que se tipifica y castiga de igual manera la infidelidad de ambos cónyuges; ley que no prevaleció al ser reformada nuevamente por Justiniano.

En el derecho Español aparece castigado en la Novísima Recopilación con una pena pecuniaria, y más adelante (gracias a influencias del Código Penal Frances) se tipifica con los requisitos de que el marido debe tener manceba (concubina,

"mujer con quien se tiene comercio ilícito continuado" (42) dentro de la casa conyugal o fuera de ella con notorio escándalo.

Dicha manera de legislar se transmitió de los códigos penales Españoles a casi la totalidad de los pueblos latinoamericanos entre ellos el nuestro.

2.2.- Definición.

Debe ponerse especial atención al hecho de que la palabra concubinato puede sugerir (y de hecho lo hace) la idea de una forma de unión entre hombre y mujer, que sin estar casados con tercera persona o entre sí, conviven como si fueran cónyuges; y sin que por eso lesionen ningún otro interés; tal como lo define Naymark y Cañadas:

"Estado en que viven dos personas de sexo apuesto que sin estar casadas entre sí, hacen vida marital. Cuando uno o los dos están casados el concubinato configura el delito de adulterio..." (43)

Aunque lo anterior es un hecho evidente, algunos estudiosos incluyendo quienes elaboraron nuestro Código Penal, insistieron en tomarlo como figura delictiva de infidelidad sexual del cónyuge varón definiéndolo como:

"Hecho del esposo que tiene una concubina o manceba en la casa conyugal o en otro sitio de manera notoria". (44)

(42) Enciclopedia Jurídica Omeba. Pág. 618.

(43) Maggiore, Giuseppe. DERECHO PENAL. Pág. 201.

(44) Monzón, Guillermo. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Pág. 110.

Es más acertado referirse al adulterio del cónyuge varón pues continuamos, quierase o no, refiriendonos a la infidelidad básicamente sexual de un cónyuge para el otro.

2.3.- Elementos.

Para que la infidelidad sexual del cónyuge varón pudiera considerarse como cometida por la legislación guatemalteca, esta exigía que se dieran varios elementos:

2.3.1 Personales.

2.3.1.1.- Activos: Hombre casado y mujer que no sea su esposa. Autores como Monzón Paz nombran al marido como único sujeto activo. No concordaba con él el Actual Código Penal, al tenor de lo que preceptuaba su artículo 235, que también sancionaba a la concubina, teniéndola por lo tanto como sujeto activo también.

2.3.1.2.- Pasivo: Esposa ofendida.

2.3.2.- Materiales.

2.3.2.1.- Matrimonio del hombre preexistente al hecho. Deben tomarse aquí las mismas consideraciones hechas con respecto al adulterio de la mujer, en el sentido de lo que la ley entiende como matrimonio válido, o sea, un matrimonio civil.

2.3.2.2.- Hecho de tener concubina: es decir, hacer vida sexual en común de manera consuetudinaria con una sola mujer distinta a la propia.

Por lo tanto las relaciones sexuales extramatrimoniales

realizadas por el marido esporádicamente y/o con distinta mujer no se tipifican como delito según el legislador.

2.3.2.3.- La concubina debe ser tenida dentro de la casa conyugal.

Primeramente definamos casa conyugal como "habitación donde se encuentra el núcleo familiar, aunque la esposa la haya abandonado, mientras no se disuelva el vínculo familiar". (45).

Según nuestra legislación derogada, si las relaciones sexuales extra-matrimoniales que realiza el marido de una manera constante, con la misma mujer; no se llevan a cabo dentro de la casa conyugal, no se conforman todos los elementos necesarios para que se dé el delito.

Tratadistas como Cuello Calón, Fontán Balestra y Maggiore, afirman que es punible aunque la concubina esté dentro o fuera del hogar conyugal, si el hecho es notorio o con escándalo.

2.3.2.4.- Que el hecho sea voluntario y libre de vicios del consentimiento. La posibilidad de que pueda existir fuerza mayor que obligue a un acto sexual involuntario, que se admite en el adulterio de la mujer; resulta poco creíble en este caso, puesto que "se hace muy difícil imaginar una relación sexual continuada que sea absolutamente involuntaria por parte del hombre, en virtud de su constitución fisiológica". (46)

(45) Monzón, Guillermo. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Pág. 110.

(46) Fontán Balestra, Carlos. Op. Cit. Pág. 242.

2.4.- Bien Jurídico Tutelado.

Cuello Calón afirma que "es el orden jurídico y moral del matrimonio y por ende el de la familia" (47); mientras que Soler se inclina por las buenas construmbres y el orden de la familia.

Ambos autores no están alejados de la realidad, puesto que efectivamente, tanto en el adulterio del esposo como en el de la esposa entra en juego toda una gama de intereses protegidos por la ley; por lo tanto resultaría erróneo el señalar un exclusivo valor como objeto de la tutela legal, pero si se hace necesario exponer el bien jurídico que con caracter de principal, se trata de proteger al establecer la figura del concubinato como delito.

Cabe aquí hacernos la siguiente pregunta: era o no el mismo bien tutelado por los delitos denominados adulterio y concubinato respectivamente dentro de nuestro ordenamiento penal?

Si ambos se orientaban hacia el mismo fin y objetivo, no se explica el porqué de las diferencias que tanto la ley como la doctrina particularmente latinas, hacen entre los actos de infidelidad sexual de un cónyuge hacia el otro dependiendo de su sexo.

Resulta evidente al estudiar la ley, que no es simplemente la fe conyugal, puesto que ese solo hecho puede cometerse de diversas maneras como se apuntara anteriormente

(47) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 651.

y no solamente dentro del concubinato de manera especial.

Tampoco es objeto de tutela la Honestidad, porque como acertadamente señala Soler; el marido está en libertad de visitar casas de tolerancia con la frecuencia que desee, sin que esto sea constitutivo de ser considerado punible por la ley, no obstante la evidente falta de honestidad que encierra.

Por otra parte, la idea tan generalizada de velar por la pureza de la sangre en la descendencia, cuando pensamos en el adulterio; se convierte en un verdadero absurdo al referirnos al concubinato. No existe manera lógica y coherente de imaginar como la infidelidad sexual del cónyuge varón podría conducir a la esposa a engaño sobre su propia maternidad.

Por lo tanto, siendo que nuestra legislación contemplaba al concubinato dentro del mismo grupo de delitos que el adulterio, es decir, de los delitos CONTRA EL ORDEN JURIDICO FAMILIAR Y CONTRA EL ESTADO CIVIL; es perfectamente lógico suponer que el bien jurídico que se está protegiendo no es otro que el orden jurídico familiar.

O sea, lo mismo que tutela el adulterio; "El interés público de amparar el ordenamiento ético-jurídico del matrimonio monogámico, contra el cual se atenta no sólo con las nupcias dobles (bigamia), sino también con las relaciones extramatrimoniales de alguno de los dos conyugés" (48).

(48) Maggiore, Guiseppe. Op. Cit. Pág. 187.

CAPITULO IV
ANALISIS JURIDICO DE LA SENTENCIA DEL EXPEDIENTE 936-95 DE LA
CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD.

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- Fundamento Jurídico de la Impugnación.

ANALISIS DE NORMAS ESPECIFICAS:

En las normas legales impugnadas es notoria la discriminación que existía en contra de la mujer, puesto que se ejercía sobre ella coerción e intimidación, especialmente en el artículo 232 que establecía el delito de adulterio como aplicable exclusivamente a la mujer casada, y no al varón casado, otorgando con ello a éste una licencia implícita para ser infiel a su cónyuge.

Ese artículo venía a darle legitimación expresa a la concepción patriarcal que desvaloriza y subordina a las mujeres, y por ello precisamente debía desaparecer, dado que al contrastarlo con las normas constitucionales, resultaba evidentemente discriminatorio e injusto.

Los siguientes artículos 233 y 234 que se referían al régimen de la acción y al perdón, continuaban desarrollando el carácter discriminatorio de la ley, que desvalorizaba a la mujer, no considerándola con los mismos derechos que el varón, lo que se evidenciaba al analizar la forma como estaba tipificada una misma acción, como es la infidelidad conyugal en el caso de los hombres.

El artículo 235 evidenciaba nuevamente la discriminación y la incongruencia entre Código Penal y Constitución Política de la República, al establecer el delito de concubinato para los hombres casados, que requería para su tipificación que el marido llevara a vivir al hogar conyugal a la concubina, lo cual por otra parte sí se da en la realidad social guatemalteca, pero en raros casos llega a ser motivo de persecución penal, puesto que generalmente el tipo de relación entre los cónyuges, está basado en el dominio del marido sobre la mujer, especialmente en el área rural de nuestro país.

Es necesario destacar que el delito de concubinato estaba sancionado con una pena notoriamente menor, y no estaba considerado que la figura pueda tener agravantes, como en el caso del adulterio que se especificaba en el artículo 232: "Si el hecho se practicare reiteradamente en el hogar conyugal, con publicidad y escándalo, la pena se agravará en una tercera parte."

Los artículos señalados eran discriminatorios, porque tipificaban y penalizaban en forma distinta, para el hombre y la mujer casados, una misma acción como lo era la infidelidad conyugal, en el caso de las mujeres con una pena más severa que contemplaba el agravamiento. En el caso de los hombres los liberaba y licenciaba para cometer adulterio, al existir una figura distinta: el concubinato, que no contemplaba el agravamiento. Mientras el adulterio pendía como una amenaza sobre las mujeres, el concubinato no era una acción que

pudiera ejercer la mujer, debido al desconocimiento que la mayoría tiene de las leyes, a sus condiciones educativas y socio-económicas, y a la actitud de dependencia y sumisión que se le ha inculcado desde niñas.

Se puede concluir que detrás de estas normas estaba presente la desvalorización de la mujer como ser humano, considerándola propiedad del esposo, un ser carente de dignidad, sujeta a servidumbre, quién podía ser acusada y penada, por la misma acción que tácitamente le es permitida al hombre. El perdón, por otra parte, aunque también estaba considerado en el caso del delito de concubinato, solamente estaba expresamente regulado en el caso del adulterio, como lógica consecuencia del enfoque patriarcal que considera a la mujer como un apéndice del marido, como un ser en situación de menor capacidad, equiparable a los niños y a los ancianos.

ANALISIS DE NORMAS DE CARACTER CONSTITUCIONAL.

Se encuentra establecido en el artículo cuarto de la Constitución Política de la República, el PRINCIPIO DE IGUALDAD, asentándose que todos los seres humanos son libres, e iguales en Dignidad y derechos, que el Hombre y la Mujer, cualquiera que sea su Estado Civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades, que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni otra condición que menoscabe su dignidad, y que todos los seres humanos deben guardar

conducta fraternal entre sí.

En este artículo encontramos claramente establecida la igualdad del hombre y la mujer, independientemente de su estado civil, por lo que la tipificación del delito de adulterio que hacía el artículo 232 del Código Penal con dedicativa específica para la mujer, era una norma evidentemente discriminatoria y violatoria del orden constitucional.

El artículo 234 del Código Penal también violaba la igualdad establecida, al conceder al varón expresamente la facultad de otorgar el perdón a la cónyuge imputada.

En la segunda parte del artículo constitucional citado, se asienta que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre, ni otra condición que menoscabe su dignidad. Contrastando el espíritu de esta norma con los contenidos del referido capítulo II del título V, encontramos una franca colisión, puesto que todo ese capítulo menoscababa flagrantemente la dignidad humana de la mujer.

También encontramos establecido en el artículo 44 de la Constitución Política de la República: " Serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitucion garantiza".

Por otra parte el artículo 47 contitucional, prescribe la PROTECCION A LA FAMILIA y establece que el matrimonio es



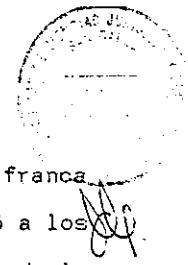
una institución social, que se basa en la igualdad de derechos de ambos cónyuges.

Sin embargo las normas penales impugnadas en nada contribuían a garantizar el respeto y la igualdad de los cónyuges, habida cuenta que la tipificación del adulterio tomaba como sujeto activo unicamente a la mujer. De esa manera, validando la cultura machista, y reforzando el sentimiento de minusvalía que hace presa de la mayoría de mujeres, esa norma penal era un mecanismo más para ejercer violencia síquica contra ellas, desde el momento que pendía en su contra la amenaza de la pena, en flagrante infracción de una de las características más importantes de la norma jurídica, la cual es la Generalidad.

El artículo 175 constitucional establece: " Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la constitucion. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales, serán nulas ipso jure".

Por último el artículo 204 constitucional establece: " Los tribunales de Justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución Política de la República, prevalece sobre cualquier ley o tratado."

El análisis de los artículos constitucionales y su comparación con las normas aludidas del capítulo II Titulo V



del Código Penal, nos permite establecer su franca contradicción con los principios y espíritu que orientó a los legisladores al emitir la actual Constitución Política de la República, pues ésta es eminentemente humanista y privilegiada por sobre todo la dignidad e igualdad de los seres humanos. De tal manera que la discriminación del artículo 232, al tipificar el delito de adulterio con dedicatoria sólo para la mujer, era inconstitucional

Las normas impugnadas del ordenamiento penal, eran además discriminatorias, nulas de pleno derecho de acuerdo al artículo 115 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, puesto que disminuían, restringían y tergiversaban como se ha demostrado, artículos del texto constitucional, que es la base de todo nuestro ordenamiento jurídico legal.

ANÁLISIS DE TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES.

Además de los argumentos ya expuestos, es aplicable la norma establecida en el artículo 46 constitucional que asienta la preeminencia de los Tratados en Materia de Derechos Humanos, por sobre cualquier ley de orden interno de nuestro país, y que literalmente dice:

" Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional: Se establece el principio general de que en materia de Derechos Humanos, los tratados y Convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho Interno."

Haciendo aplicación al anterior artículo, se debe tomar

████████████████████

████████████████████

en cuenta que el Estado de Guatemala ratificó desde el año de mil novecientos ochenta y dos la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, desde el año de mil novecientos noventa y cinco, la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

Se citan estas dos Convenciones porque ambas son Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos de las mujeres, y contienen artículos expresos que se citan a continuación, los que obligan al gobierno guatemalteco a suprimir y derogar todas aquellas normas o disposiciones legales que sean discriminatorias o propicien violencia contra las mujeres:

De la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer:

Artículo 2. Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer, y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro

carácter, con las sanciones correspondientes, que prohiban toda discriminación contra la mujer.

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre, y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer.

g) Derogar todas aquellas disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

De la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer:

" Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.

Estos derechos comprenden entre otros; a) El derecho a que se respete su vida, b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, c) El derecho de la libertad y la seguridad personales, d) El derecho a no ser sometida a torturas, e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia, e) El



derecho a igualdad de protección ante al ley y de la ley.

Además de esas convenciones, nuestro país ha ratificado numerosos tratados en Materia de Derechos Humanos, los que el Estado guatemalteco está obligado a aplicar, puesto que son parte de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo al artículo 46 constitucional, aspecto que resulta favorable para nuestra modernización jurídica ya que los Tratados Internacionales contienen disposiciones evolucionadas, que tratan de alcanzar los más altos ideales de la humanidad en las diferentes épocas de la historia.

De la Convencion Americana sobre Derechos Humanos:

" Artículo 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley ".

Queda con esto claramente determinado, que el capítulo contra el que se accionó, adolecía en su totalidad de vivo de inconstitucionalidad, analizándolo a la luz de normas expresas constitucionales, de las que prohíben la discriminación, establecen la igualdad y dignidad de los seres humanos sin distinción de sexo, de las que establecen la preeminencia sobre nuestro derecho interno de los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos; de normas de la Ley de Amparo Exhibición Personal, y de Constitucionalidad, y de disposiciones específicas de Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos,

ratificados por nuestro país.

El principio jurídico de Igualdad ante la ley, de todos los seres humanos, reconocido como un derecho humano y recogido en la Constitución Política de la República, tiene plena vigencia y jerarquía superior. Las normas penales que se impugnaron contradicen dicho principio, en consecuencia dichas normas son inconstitucionales.

2.- TRAMITE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Decreto número. 1-86.


2.1 No se decretó la suspensión provisional.

"Artículo 138. Suspensión Provisional. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136 (omisión de requisitos), la Corte de Constitucionalidad deberá decretar, de oficio y sin formar artículo, dentro de los ocho días siguientes a la interposición, la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general si, a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables.

La suspensión tendrá efecto general y se publicará en el Diario Oficial al día siguiente de haberse decretado.

2.2.- Se dió audiencia al Ministerio Público.

" Artículo 139. Audiencia, vista y resolución. Si no se dispone la suspensión provisional o, en su caso, decretada

ésta se dara audiencia por quince dias comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o entidades que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente... ". 

2.3.- Se señaló día y hora para la vista.

" Artículo 139. Audiencia, vista y resolución. ... transcurridos los cuales, se haya evacuado o no la audiencia, de oficio se señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días. La vista será pública si lo pidiere el interponente o el Ministerio Público.

2.3.1.- Alegatos el día de la vista.

Los solicitantes manifestaron que las normas impugnadas discriminatorias, anacrónicas, antitéctinas e inoperantes ya que no cumplen con el fin de proteger a la familia, pues lejos de contribuir al sostenimiento y desarrollo de la unión conyugal, transgreden los derechos constitucionales de igualdad, libertad e integridad de la persona humana, dado que colocan en estado de subordinación a la mujer frente al hombre. Solicitaron (se declare con lugar la inconstitucionalidad.

El Ministerio Público solicitó se declare con lugar la inconstitucionalidad.

2.4.- Se dictó sentencia.

" Artículo 139. Audiencia, vista y resolución. ... La sentencia deberá pronunciarse dentro de los veinte días siguientes al de la vista. La Corte deberá dictar sentencia

entro del término máximo de dos meses a partir de la fecha en que se haya interpuesto la inconstitucionalidad.

El día siete de marzo de mil novecientos noventa y seis se dictó la sentencia que en su parte considerativa expone

CONSIDERANDO.

I

El principio de supremacía constitucional implica que la Constitución es norma superior a la cual están subordinados todos los órganos del Estado y la actividad que de ellos emana. Este principio de superlegalidad está reconocido en los artículos 44 y 175 de la Constitución, la que a su vez dispone en el artículo 272 inciso a) que corresponde a la Corte de Constitucionalidad conocer las impugnaciones contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas total o parcialmente de inconstitucionalidad, y el 268 que le asigna la función esencial de defender el orden constitucional. Estas disposiciones fundamentan la supremacía de la Constitución como principio esencial del ordenamiento jurídico y político del país.

II

El derecho de igualdad adquiere en nuestra Constitución un pleno reconocimiento en el artículo 4o. que establece: "En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades..."

El artículo 232 del Código Penal establece que comete el delito de adulterio, la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y quien yace con ella sabiendo que es casada; que si el hecho se practicare reiteradamente en el hogar conyugal, con publicidad o con escándalo, la pena se agravará en una tercera parte y que será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Al confrontar dicho precepto con el artículo 4o. de la Constitución, se establece que se trata en forma discriminatoria a la mujer casada por su sexo, pues la concurrencia de los mismos hechos en iguales condiciones o circunstancias si los comete el varón casado no tipifican delito de adulterio; teniendo el género una relación directa inequívoca con el delito; la conducta infiel de la mujer casada es la que configura el adulterio no así idéntica conducta observada por el hombre casado. Esta figura delictiva que sanciona sólo la infidelidad conyugal de la mujer, da un trato desigual a idénticos actos. No es razonable la diferencia establecida por el legislador para la misma situación fáctica y esta regulación no puede encontrar su ubicación ni justificación dentro de los delitos contra el orden jurídico familiar y contra el estado civil, pues si esos fuesen los valores protegidos, habría sancionado la infidelidad en igualdad de condiciones para ambos cónyuges. El artículo del Código Penal que se analiza por ser discriminatorio está en contradicción con el artículo 4o. de la Constitución, por lo que es procedente eliminarlo del

ordenamiento jurídico.

Los artículos 233 y 234 del Código Penal dan al marido exclusividad del ejercicio de la acción penal para la sanción del delito de adulterio y para que otorgue el perdón para la no persecución del mismo y si el artículo 232 del dicho Código viola el derecho de igualdad, los artículos 233 y 234 de ese cuerpo legal, también lo contradicen y, deben asimismo ser expulsados del ordenamiento legal, en aplicación del artículo 4o. de la Ley Fundamental.

El artículo 235 del Código Penal establece: "El marido que tuviere concubina dentro de la casa conyugal será sancionado con prisión de cuatro meses a un año. La concubina será sancionada con multa de cincuenta a quinientos quetzales. Lo dispuesto en los artículos 233 y 234 es aplicable al caso de que se trata en el presente artículo." Es decir trata en forma distinta la conducta infiel del hombre y la mujer tomando como parámetro para la diferencia el sexo, lo cual viola el artículo 4o. de la Constitución.

III

La vigencia de los artículos impugnados en el ordenamiento jurídico no sólo haría nugatorio el mandato constitucional de erradicar la desigualdad, al quedar virtualmente vacíos de contenido y sin cumplimiento los convenios internacionales ratificados por Guatemala en esta materia, los cuales según el artículo 46 de la Constitución tienen preeminencia sobre el Código Penal.

Esta Corte considera que en cumplimiento a los artículos

44 y 175 que consagran el principio de supremacía constitucional, los artículos 232, 233, 234, y 235 del Código Penal, son inconstitucionales y deben ser eliminados del ordenamiento jurídico, por discriminar por razón de sexo a la mujer.

CITA DE LEYES

Artículos citados y 93, 94, 95, 96, 119, inciso i) 267, 268, 272 inciso a) de la Constitución Política de la República; 114, 115, 134, 137, 139, 140, 142, 145, y 146 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y 31 y 32 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes Citadas resuelve: 1) Con lugar la inconstitucionalidad de los artículos 232, 233, 234 y 235 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República. II) Las disposiciones citadas quedan sin vigencia y dejan de surtir efecto desde el día siguiente al de la fecha de la publicación de este fallo. III) Publíquese en el diario oficial dentro de los tres días siguientes a la fecha en que quede firme. IV) Notifíquese.

CAPITULO V

EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS
ARTICULOS 232, 233, 234, 235, DEL CODIGO PENAL DECRETO
17-73 Y LA NECESIDAD DE CREAR UN TIPO PENAL.

1.- EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Con fecha siete de marzo de mil novecientos noventa y seis la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucionales los artículos antes mencionados y analizados, lo que produjo ciertos efectos tanto en la legislación penal como en la legislación civil, lo que a continuación trataremos.

1.1- LEGISLACION PENAL:

En la legislación penal, se origino un problema bastante grande, en virtud de que los delitos de Adulterio y Concubinato tenían como Bien Jurídico Tutelado EL ORDEN JURIDICO FAMILIAR, y el mismo quedó desprotejido con dicha acción.

Tomando en cuenta que el objeto jurídico de los delitos de adulterio y concubinato, es el interés del estado, en la protección de la Familia contra las ofensas que para ella se derivan de las relaciones sexuales entre personas limitadas para ello, se necesita una protección jurídica hacia la misma ya que en la actualidad quedó desprotejida, los cónyuges ahora quedan en completa libertad de cometer actos de

infidelidad sin que dichas conductas puedan ser sancionadas en virtud del principio de legalidad. Así también dichas conductas dan un mal ejemplo a los niños, quienes desde pequeños conocen que si realizan dicha conducta la misma no podrá ser sancionada de ninguna manera, y paulatinamente se irán perdiendo los valores familiares que tanto cuesta mantener en la actualidad, por lo que desde este punto de vista se hace necesaria la creación de un tipo penal que regule dichas conductas.

Además la Corte de Constitucionalidad basó su fallo en que los artículos que regulaban los delitos objeto de estudio violaban los principios de igualdad de los seres humanos, y de derechos en el matrimonio, regulados en la Constitución Política de la República y Tratados internacionales, y no porque los mismos fueran de difícil comprobación o no legislados en países con legislación moderna por lo que debió reformarse su contenido, y no declararlos inconstitucionales, ya que esto originó el problema antes planteado, y algunos en la legislación civil que a continuación comentaremos.

1.2.- LEGISLACION CIVIL.

En lo que se refiere a la Paternidad y filiación matrimonial, el Código Civil Decreto Ley No. 106 en el artículo 203 establece que " El marido puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, alegando el adulterio de la madre, cuando se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso

sí podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación.

De lo anterior se puede establecer que el delito de adulterio tenía gran importancia en la protección de la Familia, y era una causal para impugnar la paternidad y filiación matrimonial. En la actualidad la mujer casada que realiza la conducta antes tipificada por el adulterio, la infidelidad, y como consecuencia resulta embarazada, no solamente está libre de toda sanción por no existir un tipo penal que la sancione, sino que el marido por su parte no puede impugnar la paternidad y filiación matrimonial alegando el adulterio de la madre en virtud de que el adulterio ya no está regulado en el Código Penal, que sería la ley especial a la cual nos remitiríamos para saber a lo que se refiere el adulterio.

Esto tendría grandes consecuencias dentro de la familia, ya que los valores dentro de la misma se perderían totalmente y como consecuencia los hijos crecerían con un mal ejemplo que indudablemente seguirían.

El artículo 314, numeral 2 del mismo cuerpo legal nos señala que: " Los cargos de tutor y protutor no podrán ser ejercidos por la persona que hubiere cometido algún delito contra la honestidad, aquí existe un problema originado con anterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos analizados, pero es importante señalarlo ya que en el Código Penal anterior que

estuvo vigente de 1,936 a 1973, y en los anteriores, los delitos de adulterio y concubinato estaban tipificados dentro de los Delitos contra la Honestidad, y si alguna persona en la actualidad realizara la conducta que tipificaban dichos delitos no tendría problema alguno para ejercer el cargo de tutor o protutor no obstante no tener la capacidad moral para ejercer los mismos.

Por último en el artículo 924 numeral 4 nos indica que:
" Tienen incapacidad para heredar por indignidad.... El condenado por adulterio con el cónyuge del causante, y en la actualidad por no existir dicho delito, la causal para tener incapacidad para heredar por testamento antes mencionada deja de tener validéz.

He realizado un análisis general de los efectos que produjo la declaratoria de inconstitucionalidad en el orden jurídico penal y civil, y puedo establecer que existe necesidad de crear un tipo penal, lo que fundamento a continuación.

2.- NECESIDAD DE CREAR UN TIPO PENAL EN CONDICIONES DE IGUALDAD.

Para establecer la necesidad de crear un tipo penal, en condiciones de igualdad, que regule las conductas que regulaban los delitos de adulterio y concubinato se debe tomar en cuenta además de la doctrina analizada en los capítulos anteriores, el análisis de la sentencia que declaró

Constitucionales dichos delitos, los efectos que la misma produjo, lo que al respecto establece la Santa Biblia, así como la regulación y penalidad de dichos delitos a través de las legislaciones penales guatemaltecas, y su importancia total, desde este punto podemos establecer:

En La Santa aparecen sancionadas las conductas que regulaban los delitos de adulterio y concubinato, por lo que desde el punto de vista religioso es necesario que se cree un tipo penal que regule dichas conductas, y de esta forma estar de acuerdo a lo que se establece en la misma.

Con respecto al adulterio existe un capítulo que trata de manera específica, en cambio el concubinato parece diseminado en toda la Biblia.

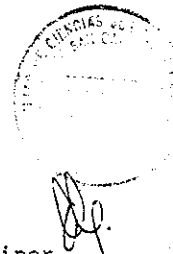
Otro aspecto que hay que hacer notar para fundamentar la necesidad de crear un tipo penal, es que a través de las legislaciones penales guatemaltecas el mismo ha sido regulado, si bien es cierto que el Bien Jurídico Tutelado de los mismos algunas veces a sido la Honestidad y otras el Bien Jurídico Familiar, siempre ha sido regulado.

Como lo dije anteriormente la causal por la cual desapareció la regulación de dichos artículos no fue porque los mismos fueran de difícil comprobación o no regulados en otros países con legislación moderna, sino que porque violaban los principios de igualdad de los seres humanos y de derechos en el matrimonio, por lo que es necesario que se cree un tipo penal que regule dichas conductas observando dichos

principios.

Al hablar de importancia moral de los delitos de adulterio y concubinato tendremos que remitirnos a la FAMILIA, ya que la misma, juega un papel muy importante, en las relaciones jurídicas del individuo, consecuencia en gran medida de su situación familiar, precisa entonces de una ordenación, de un disciplinamiento, de un conjunto de normas y disposiciones, que integran el derecho de familia. En tal virtud la familia constituye el mejor ambiente biológico y emocional para el ser humano, desde el momento que da lugar al nacimiento de otros seres, determina su designio de ser los continuadores de la sociedad, oportunamente; su preocupación es el mantenimiento del orden social, sin el cual no podría ser posible la existencia.

Estableciendo la importancia que tiene la regulación de las conductas que regulaban los delitos de adulterio y concubinato, podemos concluir diciendo que es necesario que se cree un tipo penal que regule dichas conductas observando los principios de igualdad entre los seres humanos y de derechos en el matrimonio, antes estudiados, en virtud de ser el bien jurídico tutelado de los mismos El Orden Jurídico Familiar.



CONCLUSIONES:

- 1.- Los estudiosos del Derecho han logrado determinar cuatro períodos en la transformación del Derecho Penal; la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública y el período humanitarista del derecho penal.
- 2.- La Ley Penal Guatemalteca es una declaración de voluntad del Estado, por medio de las normas jurídicas que determinan los delitos o las faltas, estableciéndose las responsabilidades o eximentes que sancionan las penas o medidas de seguridad, que se describen objetivamente en el Código Penal o Leyes Penales Especiales Guatemaltecas.
- 3.- El Delito es la conducta humana típica, antijurídica, culpable y punible.
- 4.- El Adulterio se puede definir como Unión sexual ilícita de una persona casada con una persona distinta de su cónyuge.
- 5.- El Concubinato lo podemos definir como Hecho del esposo que tiene una concubina o manceba en la casa conyugal o en otro sitio de manera notoria.
- 6.- En las normas legales declaradas inconstitucionales era notoria la discriminación que existía en contra de la mujer, puesto que se ejercía sobre ella coerción e intimidación.
- 7.- Detrás de las normas objeto de estudio estaba presente la desvalorización de la mujer como ser humano,



considerádola propiedad del esposo, un ser carente de dignidad, sujeta a servidumbre, quién podía ser acusada y penada, por la misma acción que tácitamente le era permitida al hombre.

- 8.- Los artículos declarados inconstitucionales violaban los principios de igualdad de los seres humanos, y de derechos en el matrimonio, ya que este fué el principal motivo por el cual fueron declarados inconstitucionales
- 9.- Al declarar inconstitucionales dichos artículos se creó la situación de no poder sancionar a las personas que realizan las conductas que eran reguladas por dichos delitos.
- 11.- Del análisis de la Sentencia que declaró inconstitucionales los artículos objeto de estudio puedo concluir diciendo que: Es necesario crear un tipo penal que regule las conductas que regulaban los delitos de adulterio y concubinato, observando los principios de igualdad de los seres humanos, y de derechos en el matrimonio.

RECOMENDACIONES:

Debe estudiarse detenidamente la forma de corregir los errores existentes en las normas legales guatemaltecas, no optar por la solución más rápida, ya que en el presente caso, como lo dije anteriormente, las normas declaradas inconstitucionales si violaban los principios de igualdad de los seres humanos, y de derechos en el matrimonio pero la solución correcta era reformar el contenido de los mismos.

Siendo el objeto del derecho regular las relaciones del hombre en sociedad, es fundamental que la redacción de los preceptos legales observen claridad y precisión y en el contenido de los mismos se respete la Supremacía Constitucional y los Tratados Internacionales.

A mi criterio las conductas que regulaban el delito de adulterio y concubinato deben continuar regulándose como delito, bajo la esfera de los delitos contra el Orden Jurídico Familiar; pues la familia constituye la base de la sociedad en virtud de lo cual necesita protección jurídica.

Mi criterio es que se debe crear un tipo penal que regule las conductas que regulaban los delitos de adulterio y concubinato, observando los principios de igualdad de los seres humanos y de derechos en el matrimonio, y al mismo tiempo no solo sancionarse con una pena sino también con una medida de seguridad.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

ARANA MEDINA, NEGELLI RONALDO. Evolución Histórica de las Ideas Penales, Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1972.

CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Editorial Bosch. Barcelona, España. 1968.

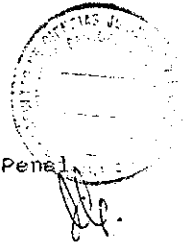
DE LEON VELASCO HECTOR ANIBAL Y DE MATA VELA JOSE FRANSICO. Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Parte Especial. Novena Edición, Editorial Lerena, Guatemala, 1,997.

FONTAN BALESTRA, CARLOS. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abelleo Perrot. 1970.

JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1950.

JUAREZ ESTRADA NOEL ISIDRO, Aplicación de la Ley Penal Guatemalteca. Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1980.

MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal. Tomo IV. Editorial Temis, Bogota, Colombia, 4a. Edición. 1955.



MONZON PAZ, GUILLERMO ALFONSO. Introducción al Derecho Penal. Guatemala. Impresiones Gardisa. Guatemala. 1980.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del Delito. Editorial tirant lo blanch. 2a. Edición. Valencia, España 1991.

PALACIOS MOTTA, JORGE ALFONSO. Apuntes de Derecho Penal. Primera y Segunda Parte, Serviprensa Centroamericana, Guatemala. 1980.

PUIG PEÑA, FEDERICO, Derecho Penal, 5a. Edición, Barcelona, España, Editorial Ediciones Nauta, S.A. 1971.

RODRIGEZ DEVESA, JOSE MARIA. Derecho Penal Español. Parte Especial. Editorial Dikinson, Madrid, España 1979.

SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tomo I, Tipografía Editora, buenos Aires Argentina. 1956.

DICCIONARIOS:

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ossorio, Manuel. Edición I, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XV. Driskill, S.A. Sarandi, Buenos Airdres, Argentina.



**LEYES:**

Constitución Política de la República de Guatemala.

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

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

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

Código Civil, Decreto Ley 106.