

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a cross, a crown, and a lion. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin motto "OBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERAS".

**LA ANALOGÍA EN EL DELITO DE CASO
ESPECIAL DE ESTAFA DEL CÓDIGO PENAL
DECRETO NO. 17-73 DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA**

EIRAR ESCARLETH SUÀREZ ORTÌZ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2006.

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

**LA ANALOGÍA EN EL DELITO DE CASO ESPECIAL DE ESTAFA DEL CÓDIGO PENAL
DECRETO NO. 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

TESIS

Presentada ante la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

EIRAR ESCARLETH SUÀREZ ORTÌZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2006.



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidàn Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÒ
EL EXÀMEN TÈCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Byron Oswaldo De la Cruz López
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

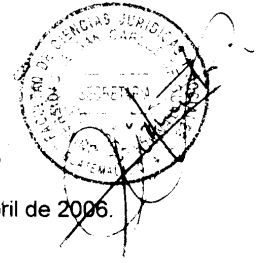
Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Vocal: Lic. Carlos Humberto De León Velasco
Secretario: Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejo

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LIC. WILLIAM RODOLFO CANTO BROL
Colegiado No. 5318
7ª. Calle 3-24 zona 1, Mixco. Tel. 53185791

Guatemala, 28 de abril de 2006.



Lic. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria

Licenciado Aguilar Elizardi:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona para asesorar la tesis titulada: " LA ANALOGÍA EN EL DELITO DE CASO ESPECIAL DE ESTAFA DEL CÓDIGO PENAL DECRETO NO. 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA ", elaborada por la bachiller EIRAR ESCARLETH SUAREZ ORTIZ, me permito informarle lo siguiente:

- a) El contenido científico y técnico de la tesis es un tema de actualidad y de suma importancia, en virtud de que al existir en el ordenamiento penal una norma vigente no positiva, existe el riesgo que en algún momento esta sea aplicada analógicamente, violentando así el principio fundamental de legalidad.
- b) Los métodos y técnicas utilizados son adecuados pues se hicieron en base a los lineamientos de la investigación científica a través de la cual logro comprobar la hipótesis planteada, tales como la realización de entrevistas y encuestas a jueces y abogados litigantes, quienes son los aplicadores del derecho.
- c) La tesante al haber comprobado la hipótesis planteada, en sus conclusiones y recomendaciones hace referencia a que debe adecuarse la norma a la realidad concreta, pues existe la posibilidad de que en el caso de estudio se creen figuras delictivas por analogía, lo cual esta prohibido por violentar el principio de legalidad, postura con la que estoy de acuerdo; asimismo para los temas abordados se utilizó bibliografía adecuada de tratadistas modernos y consultas en Internet.

Por lo anteriormente indicado en mi calidad de asesor de tesis APRUEBO el presente trabajo de investigación.

Atentamente;

A handwritten signature in black ink, which appears to be 'William Rodolfo Canto Brol'. The signature is written over a horizontal line.

William Rodolfo Canto Brol
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

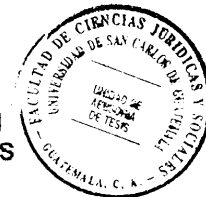


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cinco de mayo de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) EFRAÍN ANTONIO RUIZ BARRIENTOS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **EIRAR ESCARLETH SUÁREZ ORTIZ**, Intitulado: **"LA ANALOGÍA EN EL DELITO DE CASO ESPECIAL DE ESTAFA DEL CÓDIGO PENAL DECRETO NO. 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/sjh

LIC. EFRAIN ANTONIO RUIZ BARRIENTOS
Colegiado No. 4842
6ª. Calle 4-99 C zona 1 de Mixco, Tel. 55689698



Guatemala, 21 de mayo de 2006

Licenciado

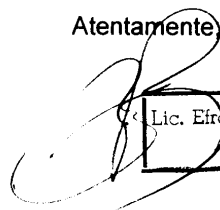
MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado Aguilar:

De manera atenta me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que procedí a revisar el trabajo de tesis intitulado " LA ANALOGÍA EN EL DELITO DE CASO ESPECIAL DE ESTAFA DEL CÓDIGO PENAL DECRETO NO. 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA ", elaborado por la bachiller EIRAR ESCARLETH SUAREZ ORTIZ.

Al emitir el dictamen respectivo considero que el presente trabajo contiene un alto valor científico y técnico pues cumple con los requisitos de la investigación científica, trata un tema de interés general y es un importante aporte para la sociedad; la metodología y técnicas empleadas son adecuadas pues se utilizaron las herramientas elementales para obtener los resultados deseados; la redacción en todo el contenido se realizó de manera técnica acorde al nivel académico que se persigue obtener; los cuadros estadísticos de las encuestas y entrevistas realizadas reflejan la importancia del tema investigado para las personas que aplican el derecho penal y cual es su postura frente a la problemática del tema en cuestión; en las conclusiones y recomendaciones la tesante hace referencia a que debe adecuarse la norma penal a la realidad concreta, pues el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal decreto número 17-73 del Congreso de la República es norma vigente no positiva, que de aplicarse se estaría atentando contra el principio de legalidad al crear figuras delictivas por analogía, criterio que comparto; asimismo considero que la bibliografía consultada es apropiada para la investigación realizada. Por las observaciones antes mencionadas en mi calidad de revisor de tesis APRUEBO el presente trabajo de investigación.

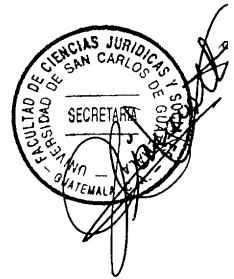
Atentamente


Lic. Efraín Antonio Ruiz Barrientos
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.

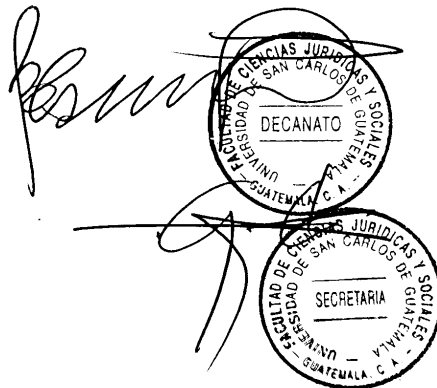


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de junio de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **EIRAR ESCARLETH SUAREZ ORTIZ**, titulado **LA ANALOGÍA EN EL DELITO DE CASO ESPECIAL DE ESTAFA DEL CÓDIGO PENAL DECRETO NO. 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**. Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~MAE/slh~~





DEDICATORIA

- A DIOS: Mi padre celestial, fuente infinita de bendiciones.
- A MIS PADRES: Oscar Emilio Suárez Durán y Olga Nereida Ortiz de Suárez.
Por darme la vida, su apoyo incondicional, sus sabios consejos y por ser un ejemplo de esfuerzo y perseverancia.
- A MI HIJA: Linda Escarleth Daniela Cárdenas Suárez.
Por ser la inspiración de mi vida. Con todo mi amor.
- A MIS HERMANOS: Angelita, Estuardo, Mynor, Wilmer, especialmente a Consuelo del Carmen y Elsa Maritza. Por estar conmigo y apoyarme en todo momento.
- A MIS SOBRINOS: Diana, Valentina, Ivana, Aarón, Bràndon, Mynor, Adrián, especialmente a Edwin Carlos José, Luisa Alejandra y Walfred Alejandro. Con mucho cariño y como ejemplo.
- A MIS CUÑADOS: Especialmente a Edwin Leonel. Por el apoyo brindado.
- A: Mis abuelitos, tíos y primos. Con cariño.
- A: Aarón Danilo Ovidio Cárdenas Soto (+). Que desde el cielo contemple este triunfo.
- A: Todas las personas que me apoyaron para alcanzar esta meta.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A: Usted especialmente.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Aspectos fundamentales.....	1
1.1 El derecho penal.....	1
1.1.1 Definición.....	1
1.1.2 Naturaleza jurídica.....	3
1.1.3 Fuentes del derecho penal.....	4
1.1.4 Fines.....	7
1.2 La ley penal.....	8
1.2.1 Definición.....	8
1.2.2 Características.....	9
1.2.3 Formas y especies de la ley penal	11
1.2.4 Interpretación de la ley penal guatemalteca.....	14

CAPÍTULO II

2. Analogía jurídica.....	21
2.1 Analogía.....	21
2.1.1 Generalidades.....	21
2.1.2 Definición de analogía.....	22
2.1.3 Garantías penales mínimas que deben observarse al aplicar la analogía penal.....	24
2.1.4 Definición de interpretación.....	27
2.2 Prohibición de la analogía (nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta)...	31
2.2.1 Principio de legalidad	31
2.2.2 Principio de legalidad en el ámbito internacional.....	35



CAPÍTULO III

	Pág.
3. La analogía y sus repercusiones en el principio de legalidad	37
3.1 Antecedentes del principio de legalidad	37
3.2 Sus repercusiones en cuanto a la analogía.....	45
3.3 Análisis de la legislación aplicable.....	46

CAPÍTULO IV

4. Inaplicabilidad de la analogía contenida en el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, por contravenir el principio de legalidad.....	49
4.1 Análisis jurídico doctrinal de la figura legal del caso especial de estafa.....	49
4.1.1 Breve definición de delito.....	49
4.1.2 La estafa como delito	49
4.1.3 Consumación y tentativa.....	56
4.2 Criterio judicial.....	64
4.3 Necesidad de adecuación jurídica legal por reforma del Artículo 264 numeral 23 del Código Penal.....	66
4.4. Apreciación personal	82
 CONCLUSIONES.....	 85
 RECOMENDACIONES.....	 87
 BIBLIOGRAFÍA.....	 89



(i)

INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad penal nace como una necesidad para regular el poder punitivo del Estado; está establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, del 19 de diciembre de 1966, en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo uno del Código Penal, dicho principio establece que nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley; por su parte, el Artículo 7 del mismo cuerpo legal, establece que por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones; sin embargo, al analizar el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, se puede constatar que aún existen figuras delictivas por analogía, en virtud de que el mencionado artículo no define expresamente qué tipo de ardid o engaño se necesita para que se tipifique la figura delictiva del caso especial de estafa, lo cual contraviene el principio de legalidad penal.

En la presente investigación se pudo deducir que el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal nos remite a aplicar analogía, violando el principio de legalidad; la que no es aplicada por los jueces al momento de tipificar los hechos delictivos a un caso concreto, haciendo prevalecer el principio de legalidad, conclusión a la que se llegó en base a encuestas realizadas a jueces de sentencia y abogados litigantes, confirmando de esa manera la hipótesis de la presente investigación de que no se puede aplicar la analogía contenida en el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal por contravenir el principio de legalidad.

En el capítulo uno se aborda el tema de los aspectos fundamentales sobre el derecho penal y la ley penal; en el capítulo dos, la analogía jurídica y su prohibición; en el capítulo tres, la analogía y sus repercusiones con el principio de legalidad; en el capítulo cuatro, la inaplicabilidad de la analogía contenida en el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, por contravenir el principio de legalidad; para el efecto se utilizaron



(ii)

teorías modernas relacionadas a los temas anteriormente indicados.

Asimismo, para obtener la información se hizo uso de los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo, aplicando las técnicas bibliográficas, documentales, estadísticas, entrevistas, encuestas, así como la técnica jurídica, para la interpretación de la legislación.



CAPÍTULO I

1. Aspectos fundamentales

1.1 El derecho penal

1.1.1 Definición

Al definir el derecho penal inmediatamente surge la idea de normas, es así como el derecho penal se encuentra integrado también de normas jurídicas, porque en él recaen también instituciones y principios que lo regulan.

El autor José Luís Díez Ripollès¹ para poder establecer la definición del derecho penal hace una relación de este concepto material y lo divide en cuanto al orden social, en el control social y el control social penal y se refiere a que un orden social cualquiera que éste sea, no se logra a través de un simple acuerdo sobre sus contenidos, exige una profunda involucración de muy diferentes instituciones sociales, ya sean de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la comunidad local ò sean de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales, la policía, etc., todas ellas aportan su colaboración para asegurar que el comportamiento de los ciudadanos sea socialmente correcto, esto es, respetuosos con los contenidos del orden social acordados.

Los elementos fundamentales del sistema de control social en su conjunto, al igual que de los diferentes subsistemas en que aquel se descompone, son tres: la norma; la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, de determinación de la sanción a imponer y de cumplimiento de ésta.

Con respecto al control social penal, se refiere a que el derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que como todos los restantes

¹ Díez Ripollès, José Luís, Et.Al., **Manual de derecho penal guatemalteco**, Págs. 3-5.



persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, normas, sanciones y proceso.

Conforme el diccionario, el derecho penal “es el que establece y regula la represión y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas”.²

El derecho penal “lo primero que ha de hacer es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y sobre esos principios variables en el tiempo y en el espacio, configurar específicamente los delitos y establecer la pena que a cada uno de ellos corresponde”.³

De acuerdo con lo anotado anteriormente, se establece que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, instituciones y principios, creados por el estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad; la ciencia penal comprende el estudio del derecho penal que tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido, ser preventivo, rehabilitador y se encuentra investido de una serie de principios fundamentales.

Como lo dice José Luís Díez Ripollès⁴ respecto al concepto formal del derecho penal que significa la definición de la norma jurídico penal, se refiere a la protección de bienes jurídicos por el derecho penal que se realiza a través del instrumento que lo constituyen las normas jurídico penales; éstas pueden ser de dos clases: prohibitivas o mandatos; mediante las primeras el derecho penal prohíbe las acciones dirigidas a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos; a través de las segundas ordena realizar determinadas acciones para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

En todo caso, en la medida en que van dirigidas a conseguir la omisión (objeto de prohibiciones) o la realización (objeto de mandatos) de acciones, son normas de determinación y no meras normas que valoran comportamientos.

²Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Pág. 345

³**Ibid**, Pág. 345

⁴Díez, **Ob. Cit**; Pág. 17



El tratadista Eugenio Cuello Calòn⁵ establece que: “es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que el Estado impone a los delincuentes”.

Los licenciados De León Velasco y De Mata Vela lo definen: ⁶ El derecho penal sustantivo o material. “La parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas y/o las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen”.

1.1.2 Naturaleza jurídica

Para establecer la naturaleza jurídica del derecho penal se tendría que establecer sus orígenes y la conformación actual para entender los distintos criterios que la definen. Por un lado se ha establecido que el derecho penal es de naturaleza pública, porque corresponde al Estado en ejercicio del poder punitivo, sancionar a los ciudadanos que cometen infracciones a las normas penales, por otro lado, se ha establecido que la naturaleza jurídica del derecho penal es considerado como una ciencia, otros lo consideran como una disciplina jurídica; a juicio de la sustentante se considera ambos aspectos toda vez que constituye una ciencia, porque contiene elementos integrantes de la misma, en virtud que implica un estudio científico de averiguación que conlleva la experimentación, ser efectiva y de aplicabilidad en la sociedad en un espacio y época determinados con respecto a buscar la redefinición de los fines de la misma en cuanto al ejercicio del poder punitivo del Estado que conlleva la facultad de juzgar y sancionar, tomando como base garantizar los derechos fundamentales individuales y colectivos.

⁵ Cuello Calòn, Eugenio, **Derecho penal español**, citado por Héctor Aníbal De León Velasco, Et.Al; Pág.6

⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal, Et.Al; **Derecho penal guatemalteco**, Pág. 6



No cabe duda que para la existencia misma del derecho penal como un conjunto de normas jurídicas que regulan la prohibición de determinadas conductas humanas que si se infringen, el sujeto activo se hace acreedor de una sanción penal, éste, el derecho penal debe basarse exclusivamente al apareamiento del principio de legalidad sin el cual no fuera derecho penal.

Como afirma Rodríguez Devesa,⁷ respecto a la intervención del Estado y al origen del derecho penal, éste necesariamente debe basarse precisamente en el origen del principio de legalidad y de las garantías que de él se derivan, se halla en el anhelo de seguridad jurídica y en la lucha para excluir la arbitrariedad en el derecho punitivo. Pretende entonces, a través del ejercicio del derecho penal como una disciplina jurídica, limitar ese poder punitivo del Estado, evitando excesos y arbitrariedades en contra de la sociedad.

1.1.3 Fuentes del derecho penal

Existen en la doctrina una serie de descripciones de fuentes del derecho penal; quien escribe después de haber analizado éstas, se acoge las que ha señalado el licenciado Héctor Aníbal De León Velasco⁸ describiéndolas como fuentes reales o materiales, refiriéndose a las que también en la doctrina se denominan substanciales y que tienen su fundamento en la realidad social de los hombres y los pueblos y se refieren a hechos naturales, a expresiones humanas ò a actos sociales que determinan el contenido de las normas jurídico – penales, es decir, son las expresiones y manifestaciones socio- naturales previas a la formación de una ley penal, por cuanto que son los fenómenos naturales o sociales los que constituyen y plantean las necesidades de regulación penal por parte del Estado con el objeto de brindar protección a bienes jurídicos, que en un momento determinado se consideran amenazados por efecto de los fenómenos indicados.

⁷ Rodríguez Devesa, citado por De León, **Ob.Cit**; Pág. 463

⁸ **Ibid**; Pág. 87



Con relación a las fuentes formales indica que son aquellas que se identifican con el proceso de creación jurídica de las normas penales y los órganos del estado técnicamente destinados a este proceso, de acuerdo a la organización política que corresponde al Organismo Legislativo, a través del Congreso de la República.

En relación a las fuentes directas o inmediatas, indica que son aquellas que por sí mismas tienen la posibilidad de emanar directa e inmediatamente del derecho penal, es decir, las normas imperativo-atributivas que describen delitos, penas y medidas de seguridad. Agrega que las fuentes directas del derecho penal suelen dividirse en fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición.

Las fuentes directas de producción se refieren al poder que dicta las normas o la autoridad que declara el derecho, que no es más que el Estado a través del Organismo Legislativo, representado por el Congreso de la República, que es el lugar donde por excelencia se producen las leyes.

Las fuentes directas de cognición se refieren a la forma que el derecho objetivo asume en la vida social y en la cual se manifiesta la expresión de la voluntad del legislador, es decir, los códigos y las leyes penales.

Con relación a las fuentes indirectas, indica el tratadista que son aquellas que por sí mismas no tienen la virtud de crear normas jurídicas con carácter obligatorio, empero si pueden influir y coadyuvar en forma indirecta y mediata en la creación y proyección de nuevas normas jurídico penales, además que pueden ser de mucha utilidad en la interpretación, valoración y aplicación de la ley penal cuando se trata de resolver casos concretos. Éstas pueden ser la costumbre, los principios generales del derecho, los tratados internacionales y la jurisprudencia.



El Licenciado Edgar Maldonado Juárez,⁹ en su trabajo de tesis, describe la siguiente clasificación de las fuentes del derecho penal:

- Reales o materiales: hechos naturales o actos sociales que se manifiestan en una sociedad, previo a la elaboración de la ley penal.
- Formales: el proceso de creación de la ley penal y los órganos que intervienen en su elaboración (Congreso y Ejecutivo).
- Directas: son aquellas de donde emana directamente el derecho penal. La ley suele ser la única fuente directa para crear normas que contengan figuras delictivas.

Se subdividen en:

- ✓ Fuentes directas de producción: es la autoridad, el Estado, que se manifiesta en el Organismo Legislativo.
- ✓ Fuentes directas de cognición: la ley a saber, es decir, el Código Penal, que refleja la expresión de la voluntad del legislador.
- Fuentes indirectas: pueden coadyuvar a la formación de nuevas normas penales e incluso pueden ayudar en la interpretación y en la sanción de la ley penal, pero no pueden ser fuente de derecho penal, carecen por si solas de eficacia para obligar; éstas son:
 - ✓ La costumbre: conjunto de normas jurídicas no escritas; anteriormente se aceptaba como fuente de derecho penal, actualmente no.
 - ✓ La jurisprudencia: criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las sentencias de los tribunales de la nación. La jurisprudencia

⁹ Maldonado Juárez, Edgar, **análisis jurídico crítico del juzgamiento por analogía en los casos de la participación en el delito**, Pág. 7



es de mucha importancia para interpretar las leyes penales, pero no es fuente independiente ni productora de derecho penal; en algunos países sí.

- ✓ La doctrina: el derecho penal científico. Conjunto de teorías, opiniones y especulaciones de los juristas, es tan solo una fuente de derecho indirecta.
- ✓ Los principios generales de derecho: son los valores máximos a que aspiran las ciencias jurídicas, la justicia, la equidad y el bien común.

1.1.4 Fines

Los fines inmediatos que pretende la aplicación del derecho penal en la sociedad, es mantener ese control por parte del estado a través del ejercicio del poder punitivo y la sanción efectiva que amerita al infractor de normas prohibitivas e imperativas que se rigen en los códigos penales, permitiendo a la vez, mantener la armonía entre los ciudadanos que necesitan además de que se les prohíba conducta que puedan afectar bienes jurídicos tutelados por el Estado, como por ejemplo la vida, la seguridad, la libertad, así como proteger a los ciudadanos de los infractores o los que lesionen éstos bienes jurídicos.

Ahora bien, tomando en consideración que el derecho penal se constituye en el ámbito del ordenamiento jurídico y que se ocupa de la determinación de los delitos, faltas, penas y las medidas de seguridad establecidas por el Estado para la prevención de la delincuencia; el contenido de éste es:

- Los delitos
- Las penas
- Las medidas de seguridad y corrección



Al respecto, el Licenciado Edgar Maldonado Juárez¹⁰ escribe que “El derecho penal criminal, tiene un fin único, que se mantiene tradicionalmente, en el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición o ejecución de la pena cuando es afectado o menoscabado por un delito. Sin embargo, a lo anterior hay que agregar que con el derecho penal moderno, se adiciona a las discutidas medidas de seguridad, un fin último: la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente”.

1.2 La ley penal

1.2.1 Definición

Ley (lex) proviene del verbo latino “lego (are)” que significa leer. La importancia de la ley escrita es que en combinación con su carácter impersonal y abstracto satisface el ideal de un “Estado de Derecho”. Sólo por la palabra escrita puede garantizarse los derechos ciudadanos (libertad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley), estableciendo así, un sistema de competencias para los gobernantes, en donde no existan situaciones jurídicas de excepción.”¹¹

Palacios Motta lo entiende en sentido amplio, indica que la ley penal es el conjunto de normas que definen los delitos y las faltas, determinándose las responsabilidades o las exenciones y establecen las penas o medidas de seguridad que corresponden a las figuras delictivas; y en sentido estricto, que la ley penal es una norma de carácter general que asocia una sanción, pena o medida de seguridad, a una conducta prohibida por ella, es decir, el delito o la falta.

La ley penal, única fuente capaz de crear delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad, ha de reunir los requisitos materiales y formales exigibles a

¹⁰ **Ibid;** Pág. 10

¹¹ Varios autores, **Diccionario enciclopédico espasa.** Pág.246



toda ley. En toda norma jurídica, existe un precepto o presupuesto y una sanción o consecuencia jurídica.

La norma penal establece un presupuesto (la descripción de un delito, falta o estado peligroso cuando se refiere a la posibilidad de imposición de una medida de seguridad) y le vincula una consecuencia imperativa (pena o medida de seguridad). Esto ocurre en los tipos penales que integran la llamada parte especial (delitos en particular) de los códigos penales, sin que se pueda extender esta técnica a la parte general de los textos penales formada para evitar repeticiones de la norma penal.

La ley penal expresa el pensamiento del legislador e implica siempre un juicio de valor imperativo y desfavorable sobre determinada conducta que desapruueba y castiga con una pena.

La función que desempeña la ley penal es castigar determinadas conductas, implicando indirectamente la prohibición de las mismas o estableciendo mediatamente una norma de conducta.

Las normas que describen delitos o faltas y establecen penas, se dirigen a todos los ciudadanos que integran la sociedad y también a los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación, estos órganos del Estado son los únicos destinatarios de las normas que describen estados peligrosos y establecen medidas de seguridad.

1.2.2 Características

Cabe señalar dentro de las principales características de la ley penal, las siguientes:¹²

¹²Maldonado, **Ob.Cit**; Pág. 12



- Generalidad, obligatoriedad e igualdad:

Significa que una norma va dirigida a todos, a la general, sin distinción de ninguna naturaleza o criterio, por lo que se vuelve obligatoria para todo ciudadano, lo que consecuentemente trae una igualdad en la aplicación de la misma.

La inmunidad o el antejuicio no afectan lo escrito, puesto que lo único que constituye es un trámite especial para quien detenta ése privilegio, sin embargo, es ley obligatoria para todos.

- Exclusividad:

Es la exclusividad de la ley penal para hacer el derecho penal, “nadie puede ser penado por delitos o faltas que no estén contenidos en la ley y a nadie se le puede aplicar penas que no sean previamente establecidas por la ley. Sólo la ley penal puede establecer ilícitos y solo ella puede imponer o asociar una sanción.”

- Contiene normas prohibitivas e imperativas.

Se establece que la ley penal contiene conductas que son prohibidas para la sociedad, porque protegen bienes jurídicos tutelados, además son imperativas, porque constituyen mandatos que de no cumplirse generan consecuencias jurídicas, no como lo que sucede con las normas morales, que aunque señalan que no debe realizarse determinadas conductas, no son de cumplimiento obligatorio, porque es facultad del sujeto pasivo acatarlas o no, porque las consecuencias no son jurídicas, sino más bien morales.

- Es permanente:

Porque se necesita de un proceso para que sean abolidas y mientras esté vigente la ley, es ineludible.



1.2.3 Formas y especies de la ley penal

- Formas de la ley penal

La ley penal tiene un ámbito temporal y una eficacia espacial, así como una vigencia en relación con las personas; en este último sentido debemos proclamar que el principio de igualdad ante la ley (Artículo 4 de la Constitución Política de la República) no admite excepciones en la norma penal.

El Artículo 3 del Código Penal establece: “Ley excepcional o temporal. La ley excepcional o temporaria se aplicará a los hechos cometidos bajo su vigencia, aún cuando ésta hubiere cesado al tiempo de dictarse el fallo, salvo lo dispuesto en el Artículo 2” este último establece: Extractividad. “Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean favorables al reo aún cuando haya recaído sentencia firme y aquel se halle cumpliendo su condena”.

El ámbito temporal de la ley penal debe estudiarse teniendo en cuenta su vigencia o validez formal (desde su entrada en vigor hasta su derogación expresa o tácita) y eficacia o vigencia material (la ley penal se aplica a los hechos cometidos bajo su vigencia).

La regla general es el principio de irretroactividad y la excepción es la retroactividad de la ley penal favorable.

Con carácter general se formula el principio de irretroactividad en la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece en el Artículo 15. “Irretroactividad de la ley. La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo”.



El Licenciado Edgar Maldonado Juárez,¹³ al respecto escribe que existen formas de la ley penal de manera formal y material.

La ley penal formal se establece en tanto que ella nace del órgano técnicamente facultado para hacerlo, es decir, el Congreso de la República.

En el caso de la ley penal material, es cuando nace la ley de un órgano que no es el que constitucionalmente está establecido para crearla. Tal el caso de los Decretos Leyes que se emiten en un Estado de Hecho, por no haber congreso.

- Especies de la Ley Penal

La ley penal es única, sin embargo, dentro del marco jurídico existen leyes generales, especiales y las que provienen de los tratados internacionales especialmente los que se relacionan con los derechos humanos.

El Licenciado Edgar Maldonado Juárez, también señala lo siguiente: “Las leyes que aparte de la principal, como el Código Penal, se convierten en especies de la ley penal.

- ✓ Leyes penales especiales: Que rigen para personas de un fuero determinado: el Código Penal Militar, el Código de Aduanas, la Ley de Contrabando y Defraudación, etc.
- ✓ Convenios internacionales: Tal el caso del Código de Bustamante, o Código de Derecho Internacional Privado. Cuando una ley interna los convierte en legislación del estado, por ser países signatarios.
- ✓ Los decretos leyes: son aquellas leyes que emanan del Organismo Ejecutivo, toda vez que no existe Congreso de la República por cualquier motivo, sucede en los

¹³ **Ibid;** Pág.14



Gobiernos de Facto y los Estados de Emergencia, tales como la Ley de Protección al Consumidor, por ejemplo, que nace por emergencia y en un gobierno de facto.

- Leyes Penales en Blanco o Abiertas

Entre las formas de aparición de la norma penal destacan las leyes penales incompletas, en blanco o necesitadas de complemento, en las que la propia ley penal se remite a otra fuente del derecho para integrar el precepto o la sanción, que pueden aparecer incluso en preceptos distintos. Así, la remisión puede hacerse a otra disposición de la misma ley penal, a otra ley distinta o a una disposición de rango reglamentario, en este último supuesto -ley penal en blanco en sentido propio-; la delegación del Legislativo en la administración debe restringirse al máximo y sólo es aconsejable, ya que por su propia naturaleza son imposibles de determinar en las leyes penales.

Al respecto, el Licenciado Edgar Maldonado Juárez indica que “son aquellas normas penales en las que aparece muy bien definida la sanción que deberá imponerse al infractor de las mismas, pero para saber con precisión a que se refiere la conducta delictiva que amenaza la pena descrita, debe consultarse otra ley o reglamento de autoridad competente.

Son diferentes las leyes penales incompletas, puesto que se trata de normas que su interpretación requiere de un análisis extensivo y pueden provocar una laguna de ley, pero las primeras no”.

1.2.4 Interpretación de la ley penal guatemalteca

- Definición

La interpretación de la ley penal, consiste en averiguar el sentido de la norma, su contenido y alcance para aplicarla a un caso concreto; el objeto de la interpretación no es descubrir la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley (ratio legis).



“La exégesis o interpretación de la ley penal, es un proceso mental que tiene por objeto descubrir el verdadero pensamiento del legislador (teoría de la escuela exegética); o bien explicar el verdadero sentido de una disposición legal”.¹⁴

Entonces la interpretación de la ley penal es la forma de fijar el sentido y alcance del espíritu de la ley; es decir que la interpretación de la ley penal, se debe entender como: “una operación completa que exige establecer el significado abstracto de la regla legal; es decir la intelección de la ley y su significado concreto frente al caso a resolver o aplicación de la ley”.¹⁵

Agrega esta autora que “en un principio existió un precepto prohibitivo de interpretar las leyes penales. Von Bar fue el primero en establecer estas prohibiciones, posteriormente a este vinieron otros autores, Carrara, Beccaria por mencionar algunos.

La historia fue avanzando, se dividieron los poderes del estado o más bien dicho se rompió el régimen en donde el soberano o el juez eran los que creaban, aplicaban, ejercían y hasta dictaban sentencia, ellos eran todo, consecuentemente existió un Estado de Derecho y debido a las necesidades o exigencias la ley fue interpretada.

- Las diferentes clases de interpretación de la ley penal se agrupan de la siguiente manera:
 - ✓ Según el sujeto que las realiza
 - ✓ Según los métodos utilizados
 - ✓ Según los resultados

¹⁴ Carrancà, Raúl, citado por De León, **Ob. Cit**; Pág. 25

¹⁵ Melgar, Rhina, **Interpretación de la ley penal**, consulta internet 22-04-06 www.goesjurica.cm.html.



Según el sujeto que la realiza puede ser:

- Interpretación auténtica: Esta es la interpretación que hace el propio autor de la ley quien por medio de otra norma jurídica con carácter obligatorio y general se encarga de aclarar su sentido y alcance; de tal manera que esta interpretación se encuentra plasmada en el texto de otra ley.
- Interpretación doctrinal: Como su nombre lo indica, es la realizada por los doctrinarios en su tarea de desentrañar el contenido de las leyes penales y esta se inclina más que todo en la dogmática jurídica y el resultado de esta interpretación, carece de toda obligatoriedad.
- Interpretación judicial: es la que realiza el juez para aplicar correctamente la ley al caso concreto, teniendo siempre presente la voluntad contenida en la norma, también es válido denominarla jurisprudencial, porque es llevada a cabo por el órgano jurisdiccional.

Según los medios utilizados, puede ser:

- Interpretación gramatical: También se le puede denominar “literal”, pretende establecer el sentido de las normas atendiendo a su significado de las palabras contenidas en las mismas; las palabras pueden ser de uso común o de lenguaje técnico; las palabras comunes se entienden por aquellas utilizadas en un determinado país y técnico cuando tienen cierto significado especial o término científico.
- Interpretación teleológica. Esta se refiere al fin de la norma, no es más que el motivo por el cual fue creada; es decir la interpretación de los bienes jurídicos o sea que su principal objetivo son los valores o derechos protegidos por la ley penal, de



tal manera que su fundamento es la finalidad de dichos intereses tutelados. Dentro de esta interpretación hay una serie de elementos:

En primer lugar el sistemático; se dice que los preceptos de todo ordenamiento jurídico-penal no son independientes, ni aislados entre si, sino al contrario, conforman un sistema de normas que se coordinan en su estructura orgánica.

En segundo lugar el histórico; éste, el derecho penal tiene sus bases en otras leyes que le precedieron, por lo que se vuelve necesario conocer su nacimiento, desarrollo y modificaciones a través del tiempo como producto de la evolución social que influyó en la creación de las normas penales que en la actualidad constituyen en efecto la legislación penal vigente.

En tercer plano esta el comparativo extranjero; éste puede usarse digamos por razón del sistema para esclarecer aquellos preceptos que poseen valor universal; pero únicamente tienen significado relevante cuando las leyes extranjeras han influido en la formación de la ley propia.

En último lugar el extrapenal y extrajurídico; el elemento político social tiene gran relevancia puesto que el derecho es forma de la vida social. Algunos autores opinan que las normas de la interpretación están determinadas por la estructura del cuerpo político al que la ley pertenece; esto en cuanto al extrapenal; con los preceptos extrajurídicos por ejemplo, en un Código Penal con términos que aluden a contenidos de psiquiatría, hemos acudido para saber que es enfermedad mental y que se ha querido decir con la frase usual de loco o demente que algunos códigos hispanoamericanos emplean todavía.

Según los resultados la interpretación puede ser:

- Declarativa: Cuando las palabras de la ley dicen con precisión lo que el texto quería y debía decir, de modo que el intérprete no puede ni ampliar, ni restringir el



alcance de su significado literal y cualquier duda se resuelve con la exacta correspondencia entre el texto de la ley y la voluntad del legislador; debe entenderse entonces que la ley se comprende como surge de sus palabras.

- Restrictiva: Esta forma de interpretación tiene lugar cuando el alcance de las palabras contenidas en la ley se reduce, por considerar el intérprete que su pensamiento y voluntad no permiten atribuir a su letra todo el significado que esta podría contener. La norma deberá interpretarse en forma restrictiva, toda vez que perjudique al imputado de una acción punible. (Indubio pro reo).
 - Extensiva: Es cuando se amplía el natural y obvio alcance de la ley, de manera que por encima de su tenor literal aparezca su verdadero espíritu; pero esta interpretación no puede sobrepasar el límite de la voluntad de la ley y si fuera así se violaría el principio de legalidad, lo que se pretende en si es descubrir los verdaderos alcances de la ley penal, será aplicable siempre y cuando favorezca al presunto culpable.
 - Progresiva. Como la sociedad está en constante cambio, las normas deben adaptarse a las situaciones que se vayan presentando en el ámbito científico, jurídico y social, para armonizar la seguridad jurídica.
- Clases de Interpretación más comunes de conformidad con la legislación guatemalteca.
 - ✓ La interpretación puede ser:
 - Auténtica (realizada por el mismo texto penal, definiendo un concepto).
 - Judicial (hecha por los órganos judiciales encargados del enjuiciamiento de los delitos y faltas).



- Doctrinal (o interpretación científica hecha por los estudiosos del derecho penal).

- ✓ Existen fundamentalmente cuatro medios de los que se sirve el intérprete:
 - La interpretación gramatical (análisis del lenguaje y del sentido vulgar, jurídico o técnico de las palabras empleadas),
 - Histórica (proyectos, proceso de elaboración de la ley, exposición de motivos),
 - Sistemática (colocación o situación de la norma penal dentro del sistema y comparación con otras normas).
 - Teleológica (que busca el fin de la norma, determinando el bien o interés jurídicamente protegido por la ley penal).

- ✓ Por sus resultados, la interpretación puede ser:
 - Declarativa (identidad entre voluntad y letra de la ley),
 - Restrictiva (la voluntad legal va más allá de la voluntad legal),
 - Extensiva (la voluntad legal rebasa la letra de la ley y por tanto está prohibida, si agrava la responsabilidad criminal),
 - Progresiva (debe responder siempre al momento y necesidades de la época en que se aplica la ley penal).¹⁶

- ✓ El artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial establece: “Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido

¹⁶ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Pág. 565



propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

- A la finalidad y al espíritu de la misma;
 - A la historia fidedigna de su institución;
 - A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
 - Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.
- ✓ Al interpretar una ley penal es preciso determinar la ley aplicable mediante las normas del concurso de leyes.

El Artículo 69 del Código Penal, establece: Concurso real. “Al responsable de dos o más delitos, se le impondrá todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración no podrán exceder del triple de la pena. Este máximo sin embargo, en ningún caso podrá ser superior, a cincuenta años de prisión, a cien mil quetzales de multa”.

El Artículo 70 del mismo cuerpo legal, señala: concurso ideal. “En caso de que en un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte. El tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones, si a su juicio esto fuere más favorable al reo que la aplicación de la regla anterior.



Cuando se trate de concurso ideal de delitos sancionados con prisión, de delitos sancionados con prisión y multa o de delitos sancionados sólo con multa, el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo”.

Tienen gran importancia muchas veces las imperfecciones de la misma ley constituidas por las reformas y los defectos de redacción del propio legislador.



CAPÍTULO II

2. Analogía jurídica

2.1 Analogía

2.1.1 Generalidades

La analogía podría ser considerada como una forma de integración de las normas, a falta o por la existencia de una laguna legal, la analogía como criterio de integración normativa. El Licenciado Héctor Aníbal De León Velasco¹⁷ indica al respecto de la analogía que existe una sustancial diferencia aceptada por la doctrina y compartida por la mayoría de legislaciones penales, incluyendo la nuestra, que mientras la analogía esta prohibida, la interpretación analógica esta permitida, expliquémoslas: la analogía es la semejanza entre cosas e ideas distintas, cuya aplicación se admite en algunas ramas del derecho civil, mercantil y administrativa, para resolver un caso no previsto por la ley mediante otro que siendo análogo o similar si está previsto.

Para que exista analogía se requiere entonces de una laguna legal, es decir, de un caso que no este previsto en la ley penal como delito o falta y luego que exista otro que estando previsto sea similar o análogo al no previsto y se pretende juzgarlo de la misma manera, tratando de integrar la ley penal.

En Guatemala el Artículo 7 del Código Penal establece: Exclusión de analogía. “Por analogía los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”. Tiene como fundamento el principio de legalidad del Artículo uno, de tal manera que usar la analogía como un recurso para integrar la ley penal frente a una laguna legal, esta absolutamente prohibido porque vulnera el principio de defensa o de reserva que es la base de nuestro ordenamiento jurídico penal; criterio que compartimos a fin de evitar arbitrariedad en que pudiera caer el criterio judicial.

¹⁷ De León, **Ob. Cit.** Pág. 102



A pesar de ello, aceptamos comprensiblemente que en la doctrina y la jurisprudencia se muestren favorables a la aceptación de la analogía en el campo de eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal y en las causas que extinguen el delito o la pena, por cuanto se trata de normas que no afectan las garantías jurídico penales de la persona.

En cuanto a la interpretación analógica, está 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 corto en la exposición del precepto legal, en éste orden de ideas existe una sustancial diferencia entre la analogía y la interpretación analógica.

En la analogía existe ausencia absoluta de una disposición legal que regule el caso concreto, mientras que en la interpretación analógica si 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 la analogía.

La analogía por si sola pretende integrar la ley penal cuando no existe regulación legal para el caso concreto; lo cual está prohibido; mientras que la interpretación analógica pretende interpretar la ley penal cuando el caso está previsto, lo cual esta permitido.

2.1.2 Definición de analogía

Esta palabra proviene del griego que significa “proporción”, “ semejanza”, “de conformidad con la razón”.¹⁸ Debemos entender por esta acepción, la relación de semejanza que se establece entre los elementos de cosas diferentes, la cual permite extender a una los predicados de la otra. Para que dos cosas puedan ser consideradas similares es necesario que tengan una o más propiedades en común, en la inteligencia,

¹⁸ **Ibid.** Pág. 204



ya que si tuvieran todas en común serían idénticas, si no tuviere ninguna serían diferentes y por tanto no se podría aplicar ningún criterio analógico. Ya sabemos que la analogía es una forma de auto integración del ordenamiento jurídico.

Este método de razonar se basa en el principio lógico de: “Donde exista la misma razón debe haber la misma consecuencia” pero esa razón no debe ser apenas coincidente, sino de tal naturaleza que haga indispensable la aplicación de la misma consecuencia.

Entonces de conformidad con lo anterior, la analogía penal sería la decisión de un caso, no contenido por la ley, argumentado con el espíritu latente de ésta a base de la semejanza de los casos, planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y en los casos mas extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico tomados en conjunto. Mediante el procedimiento analógico, se trata de determinar una voluntad no existente en las leyes, que el propio legislador hubiese manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar.

Estaría llamada analogía “in bonam partem”, la cual sería precisamente la que autoriza la interpretación de la ley penal, en el sentido que puede ser usada en ciertos casos que la norma no establece su desarrollo y aplicar un caso a otro similar. La prohibición de la analogía afecta, sin ningún género de dudas, a todas aquellas disposiciones penales perjudiciales para el reo, es decir a la denominada “in malam partem”. Esto en consecuencia directa del sentido garantiza el principio de legalidad que actúa como límite a la intervención punitiva del Estado y significa que no puede aplicarse analógicamente las normas penales que fundamentan la responsabilidad penal porque definen las conductas punibles ni tampoco que la agravan en función de determinadas circunstancias.”¹⁹

¹⁹ Melgar, Rhina, **interpretación de la ley penal**. Consulta Internet 22-04-06. www.goesjuridica.com.html.



2.1.3 Garantías penales mínimas que deben observarse al aplicar la analogía penal.

Para hablar de las garantías penales mínimas, es necesario hacer énfasis a la base constitucional, ya que la constitución de un Estado es el instrumento de los preceptos legales y jurídicos, los cuales son de superior jerarquía en relación con las demás normas jurídicas, de tal manera que la constitución es la ley primaria en la cual se perfilan los derechos fundamentales y garantías tanto individuales como sociales; entonces este fundamento constitucional es una especie de guía para las leyes secundarias, en nuestro caso es el derecho penal el que se encarga de regular y desarrollar sus disposiciones si un bien jurídico es lesionado.

Para el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República hace referencia a que la persona humana es el origen y fin de la actividad del estado, entonces la persona humana gira alrededor del estado y este se encarga de cumplir y velar por su conservación y defensa de estos bienes jurídicos; cuando es violentado uno de esos bienes jurídicos, el Estado entra en vigor ya que tiene u ostenta la potestad de castigar únicamente en aquellos casos que la ley establece como hechos punibles; esto en el derecho penal vigente en relación con la ley primaria. Cabe mencionar que las garantías penales mínimas se materializan a través de fundamentos denominados “principios”, los cuales garantizan una seguridad jurídica equitativa para quienes en determinado momento se vean en agravio contra sus derechos fundamentales.

Una de las principales garantías constitucionales es la legalidad; este principio indica claramente que nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no ha descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad, que la ley no haya establecido con anterioridad. Además, el Artículo 7 del Código Penal regula que no podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad por aplicación analógica de la ley penal.

El principio de legalidad en materia penal sería la suprema garantía individual; consiste en la necesidad de la ley previa al castigo. En un Estado de Derecho, el



principio de legalidad resulta fundamental puesto que la única fuente del derecho penal es la ley.

Este principio es conocido universalmente, ya que se traduce esencialmente en la observancia de todas las normas, es decir que se manifiesta en todos los ordenamientos en los cuales se tenga que sujetar el poder público a determinadas normas de observancia obligatoria. En materia penal el principio de legalidad garantiza que el Estado determinará de forma clara en la ley penal, qué infracciones constituyen delito y cuáles constituyen falta y a la vez señalar las sanciones y las medidas de seguridad que se aplicarán en cada caso de violación a la norma.

“El principio de legalidad cuya formación latina se debe a Anselm Von Feuerbach, es parte de las conquistas obtenidas por la Revolución Francesa establecido en el Artículo 8 de la Declaración de los Derechos Humanos del 26 de agosto de 1789; actualmente en nuestra Constitución Política el principio de legalidad no está expresamente inscrito, pero lo reconoce el Artículo 86 inciso tercero, cuando se refiere al gobierno que son delegados del pueblo y no tienen mas facultades que las que expresamente les da la ley. El principio de legalidad constituye un principio rector, lineable y justo, dentro del derecho penal, cuya función es la de garantizar el respeto de los derechos del ciudadano y esas garantías dentro del principio de legalidad son:

- Garantía criminal: esta garantía consiste en que “Ningún hecho puede ser considerado como delito, sin que una ley anterior lo haya calificado como tal”.
- Garantía penal: Esta garantía va encaminada en tal sentido de que no se podrá imponer una pena que no haya sido establecida previamente por la ley.
- Garantía jurisdiccional: esta garantía expone que nadie podrá ser condenado sino en virtud de sentencia firme pronunciada por un tribunal; es decir que, exige que tanto la existencia del delito como la imposición de la pena, sean determinados por una sentencia judicial.



- Garantía de ejecución: esta garantía expone que no podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta de la prescrita por la ley y reglamentos, implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal.

Así como lleva este principio garantías también lleva implícitas exigencias o requisitos para ser funcional; como ya sabemos que la analogía es la relación de semejanza entre cosas distintas, según esta definición y adecuándola al derecho penal se puede decir, que el principio de legalidad impone al Juez Penal la prohibición de la ampliación de la norma a casos que no están contemplados en la fórmula legal; siendo así, el juez no podrá salirse de los límites que imponga la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma.

En cuanto al principio de mínima intervención, es el que le pone un límite a la potestad de castigar que el Estado tiene, ya que en la ley consagra que no se puede imponer una pena y/o medida de seguridad por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa al hecho cometido. Este principio nos dice que nadie puede imponer un castigo sino hemos cometido un delito o falta. Nuestros bienes jurídicos y garantías las cuales son inviolables e irrenunciables, solo son violables cuando atentamos o violamos una norma penal.

La expresión "analogía jurídica" indica la operación realizada por el juzgador para aplicar a un caso no previsto por el orden jurídico, las disposiciones normativas destinadas a regir casos similares.

De esta forma tenemos que la analogía jurídica aparece dentro del complejo proceso de la aplicación del derecho, se manifiesta particularmente en la sentencia jurisdiccional, cuando se trata de aplicar una norma general a un caso concreto no previsto.



La aplicación analógica es un medio a través del cual el intérprete puede superar la eventual insuficiencia o deficiencia del orden jurídico.

2.1.4 Definición de interpretación

La acepción “interpretación” proviene del latín: interpretativo (onis) y este a su vez del verbo interpretar (aris, ari, atus, sum) que significa servir de intermediario, venir en ayuda de y esta última acepción por extensión, explicar de esta manera. Interpretar consiste en “declarar el sentido de una cosa”.

Por otra parte, para entender el discurso jurídico es menester tener en cuenta que todo derecho tiene como condición la exigencia de ser formulado a través de un lenguaje; a este lenguaje bien se le puede denominar lenguaje jurídico y siempre estará sujeto a interpretación.

La interpretación es pues, un proceso intelectual que acompaña necesariamente la aplicación del derecho. Básicamente, todas las normas en tanto que deben ser aplicadas de manera racional, requieren de una interpretación; pero, en todo caso, el acto de interpretación depende de la formación jurídica, así como de la cultura de la persona que interpreta y es que el derecho no sólo se crea, modifica o extingue mediante la actividad de los cuerpos legislativos, sino que en muchas ocasiones los órganos aplicadores lo complementan, modifican, crean e incluso derogan; en efecto, al quedar en posibilidad de interpretar, el órgano aplicador incorpora o adiciona nuevos elementos a los materiales jurídicos existentes.

En todo caso las interpretaciones que se hagan de un precepto o conjunto de ellos, siempre deben estar en concordancia con el sistema al que pertenecen, recordando aquí la idea jurídica de plenitud hermenéutica y sus principios de coherencia



y unidad que traen como consecuencia no sólo la validez de esas normas, sino también la eficacia de las ya existentes.²⁰

Es preciso observar que la interpretación jurídica no es monopolio exclusivo de los órganos aplicadores del derecho; la interpretación de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica cualquiera, presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman dicha institución. Así condiciona la interpretación doctrinal a la interpretación pragmática; aún más, la doctrina no sólo ha establecido los conceptos, nociones y dogmas que manejan jueces y abogados (y cualquier otra instancia de aplicación del derecho), sino con el mismo peso y autoridad han establecido las reglas de interpretación positiva. En efecto, en forma de máximas sentencias o principios, la doctrina ha establecido las reglas de interpretación del derecho positivo y el juzgador que las desconozca pone en grave peligro la plenitud hermenéutica del sistema jurídico nacional al que pertenezcan.

Ya sabemos que un ordenamiento tiene lagunas legislativas no sólo porque carezca de algún dispositivo aplicable al caso concreto, sino también, cuando existen artículos que se contrapongan, porque entonces, en el último caso, se tendrá que interpretar cuál de ellos es el que predominará sobre el otro al momento de formarse el criterio para la decisión judicial y ello se logra en base a criterios teleológicos, funcionales, temporales, jerárquicos, sociales y de especialidad de las normas, pero jamás en base a criterios políticos o de supina ignorancia por parte del juzgador, porque entonces, a ese “juez”, más le vale abdicar de la toga con la que honrosamente fue distinguido, en base no solamente a sus méritos y honradez, sino también por habersele considerado un ser humano sabio y prudente.

Sin embargo, no existe un criterio de solución absoluto. Existen muchos métodos de interpretación (sistemático, histórico, funcional, restrictivo exegético, sociológico, etc.), empero, la solución correcta a la dicotomía debe ser siempre congruente y compatible con los anhelos e ideales de la sociedad de que se trate, para que de esa forma se

²⁰ **Ibid.** Pág. 274



obtenga un sistema jurídico válido y a la vez eficaz (válido en cuanto no contraría la norma fundamental y eficaz en cuanto a que se respeta y cumpla), capaz de garantizar la vigencia del estado de derecho; por ello la interpretación hermenéutica niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la interpretación todo del sistema normativo que se presume íntegro, sin lagunas jurídicas; por ello el intérprete del derecho dispone con anticipación del sentido que constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

Al analizar lo establecido por el Licenciado Edgar Maldonado Juárez²¹ en el caso de la analogía como método para la integración de la ley, indica que “consiste en aplicar a un caso, dado que no aparece contemplado de una manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso guarda semejanza, en caso de excepción, en materia penal no es posible aplicar la analogía para resolver casos concretos. Este principio es altamente difundido en los ordenamientos jurídicos contemporáneos; en el nuestro se encuentra fundamentado en los artículos 17 de la Constitución Política; 1 y 7 del Código Penal.

Cualquier método de interpretación debe de conducir a descubrir el sentido de la ley, pero nunca a crearla o a modificarla, circunstancia en la cual podrá ser cualquier otra cosa menos interpretación. Esto sucede con la analogía, cuyos efectos son creativos, aunque la Ley del Organismo Judicial la contempla como un método de interpretación (Artículo 10 Ley del Organismo Judicial).

Si bien hay disposiciones legales, que mencionamos anteriormente que establecen que los jueces están obligados a resolver los conflictos jurídicos sometidos a su jurisdicción, ello puede quedar solventado con el simple hecho de declarar sin lugar las pretensiones o bien rechazar una demanda o querrela, pero nunca debe servir como pretexto para autorizar a crear derecho a quien no corresponde. Por el contrario, debe tomarse nota de la laguna y hacerla del conocimiento del Organismo Legislativo.

²¹ Maldonado, **Ob.Cit**; Pág. 58



Para el tratadista Monroy Cabra, la analogía no podrá utilizarse como procedimiento de integración para imponer sanción, por lo que opina que la analogía puede ser de dos clases:

- Analogía legis: Cuando busca la solución en otra disposición legal o en otro complejo de disposiciones legales.
- Analogía Luris: La solución se busca en cambio en todo el sistema jurídico vigente, incluyendo no solo las normas legales, sino también las restantes fuentes formales del derecho.

Dentro de los presupuestos de analogía, el jurista Nicolás Coviello, manifiesta que son los siguientes:

- Es necesario que se trate de un caso en que el legislador no ha previsto norma, si hubiere sido prevista aunque no aparezca claramente comprendida en la letra de ley, tiene lugar la interpretación extensiva.
- La relación no contemplada, aunque diversa de las previstas debe tener semejanza con alguna de ellas, debe tener un elemento de identidad.
- Tal elemento de identidad no debe ser cualquiera, sino aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista.



2.2 Prohibición de la analogía (nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta)

2.2.1 Principio de legalidad:

Este principio indica que no puede haber delito ni pena sino existe una ley anterior que lo regule. En un Estado de Derecho, el Principio de legalidad resulta fundamentalmente necesario, puesto que la única fuente del derecho penal es la ley.

Entonces, radica en el hecho de legitimar al derecho penal, porque establece en forma clara las infracciones que constituyen delito y cuales son las infracciones que no y que son consideradas como faltas. En base a lo expuesto, el principio de legalidad comprende lo siguiente:

- Garantía criminal: se requiere que el delito se encuentre determinado en la ley previamente.
- Garantía penal: cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho.
- Garantía judicial: exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena, sean determinados por una sentencia judicial.
- Garantía de ejecución: implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal.

Respecto al fundamento de este artículo, como se mencionó en el análisis del principio anterior, se encuentra en los Artículos 5, 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúan en el Artículo 5 el principio de libertad de acción, "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no esta obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá



ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma”.

El Artículo 12 de la Carta Magna, indica: “Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

El artículo 17 indica: “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda”.

El tratadista Silva Sánchez²² sigue haciendo una distinción de otros principios relacionados con el derecho penal en la época contemporánea, respecto al principio de legalidad indica que este se basa en que no existe delito ni pena sin ley anterior, es decir, nullo crime nulla poena sine lege y que a través del mismo se cumplen las funciones de seguridad jurídica; se conceptualiza como seguridad jurídica, la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran.

Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal manera que los individuos saben en cada momento cuales son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho entorpezca la mala voluntad de los gobernantes, para que pueda causarles perjuicio. Este principio esta ligado íntimamente con la legitimidad democrática, pues de no contar con la seguridad jurídica, podría ocasionarse un caos en la justicia criminal y la función de legitimidad democrática es garantista de la seguridad jurídica.

Además, señala que como complemento de este principio existen otros de igual jerarquía que fortalecen entonces, el principio de legalidad, tales como:

²² Silva Sánchez, **Derecho Penal Español Contemporáneo**. Pág. 498



- Principio de Proporcionalidad

En el aspecto formal, rige el principio de proporcionalidad, que para definirlo de manera comprensible, es importante partir de la concepción de proporción que deviene de porción y en ese sentido, se manifiesta a través de que la pena en el derecho penal debe establecerse en proporción en la misma condición de que se lesionó el bien jurídico tutelado por el Estado. Este principio material establece que debe penalizarse en relación al daño cometido y se dan dos situaciones para interpretarlo doctrinariamente, en cuanto a que en abstracto se determina cuando se encuentra plasmado en la norma y en concreto cuando se individualiza el grado de culpabilidad de la persona, es cuando se aplica la norma, es decir, se individualiza el contenido del injusto y culpabilidad de la persona.

El legislador debe considerar este principio para ejercer su potestad en el establecimiento de las normas y las penas.

- Principio de Humanización ò resocialización:

Se refiere a la necesidad de humanizar las penas y buscar la resocialización del delincuente, mediante el respeto de sus derechos, elementos de vida. Se refiere a la ideología del tratamiento. Es una garantía individual que debe respetar el legislador, es decir, el fuero interno de la persona, con respecto al respeto de los derechos humanos y de las garantías que le asisten que están establecidas en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. La resocialización no es el fin de la pena.

- Principio de igualdad:

Este consiste en considerar las diferencias en cada una de las personas y para ello, para que el Legislador establezca los injustos y las penas o sanciones, debe considerar aplicando el principio de igualdad, con los siguientes argumentos:



- ✓ El grado de exigibilidad de una conducta, es decir, hasta que punto la ley puede exigir al ciudadano la observancia de la ley y de consiguiente el respeto de la misma.
 - ✓ Debe tomarse en consideración los valores culturales.
 - ✓ Debe considerarse el error de prohibición, es decir, conjugando los tres incisos anteriores, el Legislador debe considerar cuándo aplicar y cuándo no lo relativo a: hasta que punto debe el ciudadano conocer de las prohibiciones y consecuencias que regula la ley penal.
- Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos:

El bien jurídico tutelado constituye el conjunto de valores supremos sobre los cuales versa el sistema de justicia penal, en el caso de la observancia general y obligatoria de las normas supremas.

Para que se penalice una conducta es necesario que previamente este penalizada o tipificada y que se determine cual es el bien jurídico tutelado o protegido y que éste sea merecedor de esa protección.

Para diferenciar que ese bien sea merecedor debe dotarse de la característica de legitimidad y para ello, se establece que a través de la figura del legislador en aplicación de los principios y fines enunciados y que realmente este dotado de esa legitimidad democrática y certeza o seguridad jurídica, en función y fines del derecho penal contemporáneo.

En cuanto a esta función, es decir, de la función que realiza el bien jurídico tutelado, también debe considerarse que realmente haya existido una lesión al bien jurídicamente protegido, es decir, una conducta ilícita de resultado.



2.2.2 El principio de legalidad en el ámbito internacional.

“Al hablar del principio de legalidad que se encuentra estipulado en el Artículo 1 del Código Penal en su protección a nivel internacional podemos mencionar que existen diferentes instituciones creadas con el único propósito de hacer valer cada uno de estos principios. A través de la historia encontramos que la comunidad internacional ha creado a través de la Organización de las Naciones Unidas, estructuras normativas e instituciones para proteger cada uno de estos principios; a pesar de la oposición muchas veces de los estados los cuales basándose en doctrinas de seguridad social y soberanía, eran usados para ocultar, excusar o justificar los abusos a los derechos humanos.

En la actualidad cada país que ha ratificado estos tratados está en la obligación de cumplirlos; para vigilar este cumplimiento existen los llamados Órganos de Vigilancia los cuales tienen como principal función la de velar por todos estos países que cumplan con tales tratados. Con cada pacto, tratado o convención firmado o ratificado por los países miembros surge un mecanismo de vigilancia, el cual se encarga de velar por el cumplimiento de estos.

Entre algunos de estos órganos de vigilancia están:

- El Comité de Derechos Humanos, vigila la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigila la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- El Comité Para la Eliminación de la Discriminación Racial, vigila la aplicación de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.



- El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, vigila la aplicación de la Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- El Comité contra la Tortura, vigila la aplicación de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes.
- El Comité de los Derechos Del Niño, vigila la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cabe mencionar que los principios y normas de éstos tratados solo aplican a los estados que lo hayan ratificado. Las constituciones nos hablan acerca de los tratados que una vez ratificados son leyes de la república. Entre los principales tratados están:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus Artículos 3 al 21 que contienen los Derechos Civiles y Políticos.
- La Carta Internacional de Derechos Humanos, que contiene mas de 60 tratados entre los cuales hay unos que han abordado temas tales como: la esclavitud, el genocidio, el derecho humanitario, la administración de justicia, el desarrollo social, la tolerancia religiosa, la cooperación cultural, la discriminación, la violencia contra la mujer y la condición de refugiados y minorías.
- Además de los dos pactos internacionales, hay cuatro convenciones que se consideran instrumentos fundamentales de derechos humanos. Las mismas tratan de discriminación racial, la tortura, la mujer y el niño, respectivamente.



CAPÍTULO III

3. La analogía y sus repercusiones en el principio de legalidad.

3.1 Antecedentes del principio de legalidad

Para establecer los antecedentes de este principio, conviene determinar que han habido discutidos precedentes romanos, que suelen afirmar que la primera formulación del principio de legalidad se hace en Inglaterra en la Magna Carta Libertatum, otorgada en 1215 por el Rey Juan Sin Tierra. Pero realmente son las ideas liberales expuestas por los escritores de la Ilustración (teoría de la división de poderes de Montesquieu y Filosofía Política de Rousseau) las que van a cristalizar en la formulación moderna del principio de legalidad, principalmente por dos autores: Beccaria y Feuerbach.

En la obra de Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764) destaca el aspecto político del principio de legalidad, (sólo las leyes pueden decretar penas para los delitos y esta autoridad no puede residir más que en el legislador) y su influencia en las declaraciones de derechos de la época como la Declaración de Derechos del Hombre de Filadelfia de 1774, la Josefina Austriaca de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dotó al principio de universalidad y lo consagró como postulado consustancial del Estado de Derecho y clave del llamado derecho penal liberal. Feuerbach es considerado como el afortunado formulador del principio.

Para Serrano Alberca, el principio de legalidad exige, para no violar la reserva de ley, que el legislador penal no deje en manos del Poder Ejecutivo o del Judicial la decisión de los límites de la criminalidad. Es decir, pone de manifiesto en el ámbito de los principios generales las garantías de libertad y seguridad, principios que se concretan por medio de la reserva de ley (tipicidad) de los delitos y de las penas.

El principio de legalidad desde su aparición, en opinión de Rodríguez Mourullo, tiene un significado político y otro científico. Significó al principio de su trayectoria



histórica, la lucha contra la inseguridad (*ius incertum*) propia del derecho penal del antiguo régimen, garantizando la certeza jurídica como característica del Estado de Derecho, dirigida a conseguir la seguridad política de los ciudadanos. Así se explica que los regímenes totalitarios rechazan el principio de legalidad para sustituirlo por la máxima «ningún delito sin pena».

Modernamente se hace derivar el principio de legalidad de la misma inviolabilidad de la dignidad humana, como exigencia del derecho natural, anterior y superior al derecho positivo.

Como consagración de su carácter universal ha sido recogido en múltiples constituciones, en el Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Artículo 7 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) y Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.²³

Desde el punto de vista técnico o científico, el primer ataque al principio de legalidad tuvo su origen en la tesis de la escuela positiva, pues la noción de estado peligroso y de la medida de seguridad no era compatible con la inflexibilidad de que sólo la ley pudiera ser la fuente del derecho penal.

Sin embargo, la formulación del principio de legalidad abrió las puertas de la elaboración técnico-jurídica de la teoría del delito y Beling pudo deducir su teoría de la tipicidad del fundamental axioma *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* y colocar al tipo penal como elemento esencial del concepto del delito.

²³ **Ibid.** Pág. 434



Para Rodríguez Devesa las consecuencias implícitas en el principio de legalidad son:

- No hay delito sin ley y esto supone:
 - ✓ No hay delito sin que la ley especifique -tipifique- en qué consiste la conducta delictiva.
 - ✓ No hay más delitos que los que consagra la ley.
 - ✓ Los Tribunales carecen de facultades para considerar como delitos hechos distintos a los previstos en la ley.

- No hay pena sin ley y ello significa:
 - ✓ La ley determina claramente la clase de pena que procede imponer a cada delito.
 - ✓ No pueden imponerse penas absolutamente indeterminadas.
 - ✓ Los tribunales no pueden imponer penas distintas de las señaladas en la ley.
 - ✓ No pueden variarse las circunstancias de ejecución de las penas.

- No hay pena sin juicio legal ò garantía judicial.

Para este autor el principio de legalidad es un postulado, la aspiración a una meta ideal e inalcanzable, la de seguridad jurídica absoluta, que no es posible lograr con «el tosco instrumento de la ley».

Por ello, sirve de muy poco si no anida en el corazón del intérprete y del juez en el momento de la interpretación de la ley.



La doctrina penal de Cobo del Rosal, Boix Reig, Rodríguez Devesa y Rodríguez Mourullo, suele concretar el principio de legalidad en las siguientes garantías que exige su reconocimiento constitucional.

- Garantía Criminal (nullum crimen sine lege).

Significa que ninguna acción u omisión se puede considerar como constitutiva de delito, si una ley penal previa no la ha tipificado como infracción penal.

- Garantía penal (nulla poena sine lege).

Esta garantía propiamente penal, no podrá imponerse pena no establecida previamente en la ley.

- Garantía jurisdiccional o judicial.

El término «condenado» utilizado por la Constitución política supone una condena que sólo puede ser impuesta como consecuencia de un procedimiento judicial.

El artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

De esta forma la garantía judicial significa que nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia firme pronunciada por un tribunal competente.



El artículo 7 del Código Procesal Penal establece: “Independencia e imparcialidad. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, solo sometidos a la constitución y a la ley. La ejecución penal estará a cargo de Jueces de Ejecución. Por ningún motivo las restantes autoridades del estado podrán arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o la reapertura de las ya terminadas por decisión firme. Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa”. También se extiende la garantía judicial a la facultad de imponer las medidas de seguridad.

- Garantía de Ejecución. El principio de legalidad se extiende a las garantías jurídicas del condenado en la ejecución o cumplimiento de la pena impuesta.

Muñoz Conde y García Aran, en cuanto al principio de legalidad en el derecho español mencionan que: es el principal límite impuesto por las exigencias del estado de derecho, al ejercicio de la potestad punitiva, e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el estado intervenga penalmente, mas allá de lo que le permite la ley. Esta formulación tan amplia se concreta en el contenido esencial del principio y en diferentes derivaciones del mismo que conforman las distintas garantías individuales. De esta forma el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y las penas, frecuentemente expresado mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Se trata de un principio cuya plena consolidación pertenece al nacimiento del derecho penal moderno, si por tal entendemos el propio del Estado Liberal; asimismo nos encontramos ante un principio plenamente asumido por la comunidad internacional,



como demuestra su acogimiento en los acuerdos supranacionales más importantes de nuestro tiempo.

Sin embargo la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena, como lo demuestra el hecho de que la existencia de leyes e incluso la proclamación formal del principio de legalidad, hayan convivido en regímenes autoritarios junto a la constante violación de los derechos individuales.

Se trata por tanto que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también que los ciudadanos conozcan en todo momento cuales serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece nunca podrán afectarles.

En cuanto al principio de legalidad en los delitos y las penas escriben: no cabe calificar de delito a las conductas que no se encuentran definidas como tales por la ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales, del mismo modo a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que están previstas en la ley.

Todo ello implica una serie de limitaciones para el derecho penal cuyo incumplimiento supondría la lesión del principio de legalidad y con ello la inconstitucionalidad del precepto o la decisión punitiva en cuestión.

Cuando se dice que la ley penal debe ser escrita se está expresando en primer lugar que el derecho penal es exclusivamente derecho positivo, lo que excluye la posibilidad que mediante la costumbre o los principios generales no escritos, se establezcan delitos y penas.



Lo que se pretende con ello es reservar al Poder Legislativo la potestad para definir los delitos y las penas en el esquema propio de la división de poderes; sólo el Legislativo como representante de la voluntad popular, se encuentra legitimado para decidir qué conductas debe perseguir el Estado mediante el instrumento mas grave de que dispone, esto es la sanción penal.

La garantía por la que la definición de delitos y penas se reserva al Legislador no es una exigencia meramente formalista, aunque el Tribunal Constitucional la denomine garantía formal, sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad, para que realmente la ley cumpla con la función de establecer cuales son las conductas punibles, debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen de hecho en la indefinición el ámbito de lo punible. La aplicación de la ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogidos por éstas. Por tanto el interprete y en su caso el juez no pueden desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma, porque con ello violarían claramente el principio de legalidad. Lo anterior viene expresado por la denominada prohibición de analogía.

En cuanto a la prohibición de la analogía escriben: las leyes penales no pueden ser aplicadas a supuestos distintos de aquellos para los que están previstos, exigencia contenida en la denominada prohibición de analogía.

La analogía consiste en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe.

Obsérvese que al hablar de prohibición de analogía nos estamos refiriendo a la prohibición de una forma de aplicación de la ley, aunque en ocasiones se hable de interpretación analógica por la relación que esta cuestión mantiene con la interpretación.

La analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma, de lo que se trata en la analogía es que una vez interpretada la



ley, es decir una vez establecidos los supuestos que contiene, se extienden sus consecuencias, se aplican a otros supuestos no contenidos pero similares o análogos.

La prohibición de analogía afecta sin ningún género de dudas a todas aquellas disposiciones penales perjudiciales para el reo, es decir a la denominada analogía in malam partem.

Lo anterior es consecuencia directa del sentido garantista del principio de legalidad, que actúa como límite a la intervención punitiva del estado y significa que no pueden aplicarse analógicamente las normas penales que fundamentan la responsabilidad penal porque definen las conductas punibles, ni tampoco aquellas que la agravan en función de determinadas circunstancias.

Si la prohibición de analogía perjudicial resulta perfectamente clara, mayores problemas a suscitado la aceptación o rechazo de la llamada analogía in bonam partem o beneficiosa para el reo, puesto que aunque no le perjudique también supone aplicar la ley a supuestos que no contempla.

Al respecto se ha argumentado que la analogía beneficiosa por ejemplo la que supusiera la aplicación de una circunstancia eximente, debe aceptarse porque en el propio código penal existe un ejemplo de su admisión en el caso de la ya mencionada circunstancia atenuante análoga.

Sin embargo tal argumento no resulta suficiente en la medida en que como se ha dicho no se trata de un caso de aplicación analógica sino de interpretación de una ley que contiene una cláusula de analogía.

Por el contrario la jurisprudencia y un sector doctrinal mantienen que la analogía in bonam partem debe considerarse igualmente prohibida.²⁴

²⁴ Muñoz Conde, Francisco; **Et. Al. Derecho penal parte general**. Págs. 107-134.



3.2 Sus repercusiones en cuanto a la analogía.

En el derecho penal está prohibida la analogía como procedimiento para colmar las lagunas de la ley, por imperativo del principio de legalidad (Artículo 7 del Código Penal que estipula: "Exclusión de analogía. Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones". Por el contrario, rige el principio in dubio pro reo (en caso de duda a favor del reo), que no es una regla de interpretación de la ley penal, sino una regla válida para el proceso penal y valoración de la prueba.

Con lo anterior, denota que si bien el licenciado Héctor Aníbal De León Velasco, hace una distinción entre la analogía y la interpretación analógica, indicando que son distintos y que la primera no está permitida, pero la segunda sí, a efectos materiales de interpretación auténtica, de conformidad con las reglas contenidas en la Ley del Organismo Judicial, no podría establecerse claramente esa distinción, si ello perjudica al procesado, tomando en consideración toda una serie de principios garantísticos que le asisten a éste y que son operados a través del criterio judicial en el proceso propiamente penal, es decir, con aplicación directa de normas procedimentales.

En este aspecto, conviene establecer lo que para el efecto indica el Artículo 14 del Código Procesal Penal que estipula: "Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles contra el imputado son las que éste código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y



corrección que se espera del procedimiento con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado”.

En base a lo anterior parecería entonces que la analogía sí esta permitida y aquí nos encontramos frente a un problema de jerarquización de las normas penales, por cuanto que el artículo 7 del Código Penal prohíbe la analogía y las normas procedimentales la permiten, de tal suerte que la interpretación que debe hacer el juzgador, es a partir de lo que establecen las normas sustantivas, porque las otras, o sea las procedimentales, precisamente son eso, el instrumento para hacer operar las primeras.

Por ello, quien escribe puede concluir que tomando en consideración de manera integral el ordenamiento jurídico penal en el que intervienen normas tanto del derecho sustantivo como del derecho procesal o procedimental, en aplicación de las primeras, la analogía no puede estar permitida y de allí deviene lo que fundamenta el artículo 7 del Código Penal.

3.3 Análisis de la legislación aplicable

La relación de la técnica legislativa, en el caso de que a través de la función que ejerce el Organismo Legislativo, tiene la facultad de crear leyes y su relación con el principio de legalidad, afirma Rodríguez Mourullo que no basta hoy con la explícita consagración del principio de legalidad, ni de las garantías jurídicas derivadas del mismo, sino que es necesaria su material realización a través de una firme delimitación legal de los diversos tipos de delito.

Así se prohíbe al Legislador aprobar leyes penales de contenido indeterminado, acudir a fórmulas vagas y abstractas, hacer uso de la técnica del reenvío a los Poderes Ejecutivo o incluso Judicial.



La ley penal debe ser clara y exhaustiva en la descripción de los supuestos típicos o del estado peligroso, así como precisa, al establecer las penas o medidas de seguridad.





CAPÍTULO IV

4. Inaplicabilidad de la analogía contenida en el Artículo 264 numeral 23 del Código Penal, por contravenir el principio de legalidad.

4.1 Análisis jurídico doctrinal de la figura legal del Caso Especial de Estafa.

4.1.1 Breve definición de delito.

Un delito es aquella acción (conducta activa) u omisión (no hacer, conducta pasiva) que realiza una persona que puede ser calificada como dolosa (intencional) o imprudente y que es sancionada por la ley.

4.1.2 La Estafa como delito.

Esta figura se encuentra comprendida dentro de los delitos que atentan contra el bien jurídico tutelado que es el patrimonio. Incurre en un delito de estafa aquella persona que, con la intención de obtener un beneficio, influye en otra utilizando el engaño haciéndole incurrir en un error que lleva a la víctima a realizar un acto de disposición sobre su patrimonio que le ocasiona un perjuicio económico a sí misma o a un tercero.

También cometen estafa aquellas personas que, para conseguir un beneficio o enriquecimiento, se valen de manipulaciones informáticas o medios similares para obtener la transferencia de cualquier bien patrimonial, sin el consentimiento de su titular.

Para fijar la pena se tendrá en cuenta las circunstancias que sirvan para valorar la gravedad del delito, tales como el perjuicio económico que el delito ha ocasionado en la víctima, las relaciones entre ésta y el defraudador, los medios empleados, etc.

Los responsables del delito de estafa quedarán libres de responsabilidad penal respondiendo solamente de la responsabilidad civil que en su caso se divide y siempre



que no exista violencia ni intimidación, si el delito se comete entre cónyuges no separados legalmente o de hecho, en proceso judicial de separación, de divorcio o nulidad matrimonial ò entre parientes que sean ascendientes y hermanos por naturaleza o por adopción y afines en primer grado si viviesen juntos.

En estos casos la circunstancia de parentesco se convierte en una circunstancia eximente de la responsabilidad penal. Esta eximente no se aplica a las personas extrañas que participen en el delito.

Entre los supuestos más graves de estafa, existen una serie de circunstancias que, por su gravedad, si surgen en la comisión del delito de estafa conllevan la imposición de una pena de prisión mayor. Estas circunstancias son las siguientes:

- El perjuicio ocasionado por el delito de estafa recae sobre cosas de primera necesidad, la vivienda y otros bienes de reconocida utilidad social.
- La estafa se realiza simulando un pleito o empleando cualquier otro fraude procesal.
- La estafa se realiza mediante letra de cambio, cheque o pagaré.
- La estafa se realiza utilizando la firma de otra persona o cuando se oculta, inutiliza o se sustrae, total o parcialmente, algún expediente, protocolo, documento público u oficial de cualquier clase.
- Si el objeto de la estafa recae sobre bienes que componen el patrimonio artístico, cultural o científico.
- Si la estafa es de especial gravedad atendiendo a la situación económica en que quede la víctima o su familia, por el perjuicio ocasionado o por el valor de lo defraudado.



- Si la estafa se comete abusando de las relaciones personales entre la víctima y el defraudador o cuando este se aprovecha de su credibilidad empresarial o profesional.
- Si finge ser el dueño de un bien (mueble o inmueble) y lo vende, alquila o lo grava de alguna manera, (por ejemplo con una hipoteca) a otra persona perjudicando a su verdadero dueño o a una tercera persona.
- La persona que vende una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o habiendo vendido la cosa como libre, la gravara o la vendiera de nuevo, antes de la transmisión definitiva y ello en perjuicio del adquirente o de una tercera persona.
- La persona que realice un documento o contrato, público o privado, que refleje un negocio inexistente entre dos personas u ocultando el contrato verdadero, con el propósito de originar un perjuicio a una tercera persona distinta de las que intervinieron en dicho contrato.

Dentro de las estafas y otras defraudaciones, como se dijo, atentan contra la propiedad. La defraudación, es una denominación genérica o común a una serie de delitos, uno de los cuales es la estafa. La defraudación es el género y la estafa una especie o modalidad de defraudación.

El Código Penal Guatemalteco no define concretamente la defraudación sino la estafa y sobre casos especiales de estafa; pero en general, se puede decir que la defraudación es un ataque a la propiedad cometido mediante fraude. Este fraude puede consistir en algunos casos, en un ardid o engaño (estafa) y en otros casos, en un abuso de confianza. La acción típica de este delito, indica que la estafa es una defraudación, que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la completitud del patrimonio; después de un hurto, el patrimonio puede verse disminuido y aún puede haberse aumentado; después de la estafa no ocurre tal cosa, siempre se verá disminuido y esa



disminución se produce por el error de una persona que dispone del bien detrayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza por lo tanto desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio. La secuencia causal en la estafa como en toda defraudación es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio.

La defraudación comprende una serie de delitos; pero una gran mayoría de ellos quedan comprendidos dentro de dos especies básicas de defraudación: la estafa y el abuso de confianza. La diferencia entre ambos reside en el momento en que el sujeto obre dolosamente; en la estafa, el dolo es anterior a la obtención de la cosa; en el abuso de confianza, por el contrario, el dolo es posterior.

En la estafa, la víctima entrega la cosa a raíz del fraude anterior (ardid o engaño) empleado por el estafador. La voluntad de la víctima esta viciada desde el comienzo por la actividad fraudulenta del actor.

En el abuso de confianza, la voluntad de la víctima no está viciada y la entrega de la cosa es válida y lícita; pero luego de la entrega, el delincuente abusa de la confianza de la víctima. Como se ve, en este caso la actividad fraudulenta es posterior a la entrega.

En síntesis; el dolo, la actividad fraudulenta, en la estafa, es anterior, en tanto que en el abuso de confianza, es posterior.

De estas concepciones surge que los elementos de la estafa son:

- El perjuicio patrimonial;
- El ardid o engaño;
- El error;



- El elemento subjetivo.

El perjuicio patrimonial:

El perjuicio para la víctima es un elemento fundamental de la estafa, porque ella es un delito contra la propiedad. Si no existe perjuicio, no existe estafa.

El perjuicio debe ser de naturaleza patrimonial y además, debe existir realmente es decir, debe ser efectivo, no siendo suficiente el daño potencial.

Perjuicio patrimonial significa que el daño debe tener un valor o significado económico; puede consistir en cualquier acto que afecte el patrimonio o el derecho a propiedad de la víctima. Un ejemplo puede consistir en que la víctima entregue sumas de dinero, cosas mueble o inmuebles, en que preste trabajos o servicios remunerados, en que renuncie a derechos personales o reales, en que asuma obligaciones, etc.

Como se ve el concepto de propiedad es tomado en sentido amplio, tal como es entendido el derecho penal.

Para que exista estafa, no es necesario que el autor o un tercero se beneficien con el perjuicio sufrido por la víctima. Nuestra doctrina y jurisprudencia exigen que el autor de la estafa actúe con el propósito de obtener un beneficio indebido pero no es necesario que ese beneficio se produzca realmente. Es suficiente con que el autor obre con ese fin.

El ardid y el engaño:

El ardid y el engaño son el punto central de la estafa. Estos medios son equiparados por la ley pues ambos pueden inducir a error a la víctima, pero conceptualmente son distintos. Ardido, es todo artificio o medio empleado mañosamente



para el logro de algún intento, o sea es el empleo de tretas, astucias o artimañas para simular un hecho falso o disimular uno verdadero. Engaño, es la falta de verdad en lo que se dice, se piensa o se hace creer, o sea, es dar a una mentira la apariencia de verdad, acompañándola de actos exteriores que llevan a error.

El ardid o engaño deben ser idóneos para aprovechar el error de la víctima. El problema reside en determinar cual es el criterio a seguir para saber cuando el ardid o engaño son idóneos. Al respecto se deben distinguir dos criterios:

- ✓ Subjetivo: Para determinar la idoneidad del ardid es necesario tener en cuenta a la víctima (su discernimiento, su nivel intelectual, su actividad, etc.) Si conforme a las condiciones de la víctima, el ardid o engaño empleados no eran suficientes para engañarla, el medio no es idóneo y por lo tanto no hay estafa.
- ✓ Objetivo: este criterio sostiene que el ardid o engaño es idóneo cuando ha logrado éxito en el caso concreto, es decir, cuando ha servido para engañar a la víctima.

Este es el criterio seguido por nuestros tribunales; así la Cámara de Casación en lo penal ha sostenido en varios casos que “la eficacia del medio empleado para la estafa, lo determina precisamente, el éxito de la maquinación.” La idoneidad del ardid o engaño presenta especial importancia en los casos de tentativa.

Nuestra doctrina y jurisprudencia sostienen que la simple mentira no constituye ardid o engaño, por tanto no basta para configurar estafa. La simple mentira solo podrá configurar estafa si va acompañada de hechos exteriores del estafador tendientes a corroborar sus palabras o si el actor está jurídicamente obligado a decir la verdad. Esto no significa exigir “mise en scene” sostenida por la doctrina francesa y por Carrara.

La doctrina francesa, como requisito de la estafa exige la “mise en scene” (puesta en escena que el estafador prepare el terreno para la estafa), lo cual significa que el estafador acompañe sus palabras con un aparatoso o gran despliegue de actos



tendientes a engañar a la víctima. La mayoría de las legislaciones dejan de lado este requisito.

La legislación y la doctrina Argentina no exigen la “mise en scene”; sin embargo se exige cierta entidad objetiva en el ardid o engaño, es decir algunos actos externos que demuestren que existe relación causal entre el ardid o engaño y el error de la víctima.

Por esta razón, se sostiene que la simple mentira, no basta para configurar estafa, sino que se requieren además algunos hechos exteriores.

Con el silencio, el problema consiste en determinar si el silencio o reticencia del actor bastan para configurar la estafa. Nuestra doctrina se inclina por sostener que el silencio no es apto para configurar estafa, salvo que el actor tenga el deber jurídico de hablar. Al respecto expresa Nuñez: “solo el silencio, que ha causado el error implica la violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla, puede imputarse a título de engaño defraudatorio.” En este caso de silencio engañoso habría comisión de una estafa por omisión. Montan Palestra dice “cuando la ley quiere dar carácter de ardid al silencio, lo dice expresamente, crea el riesgo de transformar en delictuosa la mera falta de lealtad en las convenciones civiles”.

El error:

Sin error no existe estafa. El ardid o engaño debe provocar el error de la víctima (error: es el falso conocimiento; la víctima cree saber, pero sabe equivocadamente). Así como los medios fraudulentos deben provocar el error, éste a su vez debe provocar en su víctima la determinación de entregar la cosa al estafador. Nótese que en la estafa la voluntad de la víctima esta viciada, desde el comienzo por el error provocado mediante la actividad fraudulenta.

Si el delincuente se aprovecha del error ya existente en la mente de la víctima, no basta para configurar la estafa. Con claridad expresa Levene: “si el engaño ya esta en la mente del defraudado, con anterioridad del hecho que se le imputa al procesado y este



no lo saca de su error, no hay delito.” La mayoría, sino la totalidad de autores sostienen este principio.

- El elemento Subjetivo:

La estafa es un delito doloso y exige, en todos los casos, que el autor haya realizado la actividad fraudulenta con el fin de engañar, es decir con el propósito de producir error en la víctima.

No se puede hablar de ardid ni de estafa, cuando el propio autor del hecho es el primer engañado, es decir cuando el a su vez actúa engañado por las circunstancias. Ejemplos: sea porque cree que lo que dice a la víctima es real; porque cree que el negocio propuesto es posible; porque esta convencido que solo hay que afrontar un riesgo que se podrá superar fácilmente, etc.

También es necesario que el autor obre con el fin de obtener un beneficio indebido. No es necesario que este fin se logre realmente, es suficiente con que haya actuado con ese fin. Nuestra legislación no pide expresamente este requisito, pero él surge implícito de la idea de defraudar que implica que el ardid esté vinculado al logro de ese beneficio indebido.

4.1.3 Consumación y Tentativa:

La estafa es un delito instantáneo, pues se consuma en el momento en que el sujeto pasivo realiza la disposición patrimonial. Es admisible la tentativa y ella comienza con el despliegue de medios engañosos; dura mientras persista esta actividad. Es posible también, la tentativa de delito imposible cuando el medio empleado (ardid o engaño) no es idóneo o no existe la posibilidad de que la víctima sufra perjuicio patrimonial o realice la disposición patrimonial.



En conclusión, se puede decir que el delito de estafa, es aquel que se suscita con la intención de inducir a otro a error mediante ardid o engaño, con el objeto de defraudarlo en su propio patrimonio o en perjuicio de uno ajeno.

Conforme el Código Penal existen distintas modalidades en la comisión de este delito, siendo las más comunes, las estafas mediante cheque que indica que al efectuar un pago, el sujeto activo, se encuentra consciente de que dicho documento, al momento de su presentación en determinada fecha, no tendrá fondos suficientes para su cancelación, ocasionándole perjuicio a terceras personas.

En la legislación comparada indica el Código Penal Español de 1995, en su Artículo 248 que «cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». En el párrafo 2 del mismo Artículo se incluye una novedosa nueva modalidad de estafa al entender que «también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero».

La penalidad básica de la estafa es la de prisión de seis meses a cuatro años, y también esta penalizada con multa.

En el derecho comparado, específicamente el español, también tiene similar pena, siempre que la cuantía de lo defraudado exceda de cincuenta mil pesetas, aportando el Código, como criterios para fijación de la pena, además del importe de lo defraudado, los del quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cantidad es inferior a cincuenta mil pesetas el artículo 623.4 del Código lo considera falta.



Contempla el Código Penal Español o Código de Enjuiciamiento Penal, en su Artículo 250 un conjunto de modalidades de estafa agravadas con la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

- Reaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
- Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.
- Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.
- Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando en todo o en parte algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.
- Reaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.
- Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o su familia.
- Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

La concurrencia de la circunstancia sexta o séptima con la primera, supone que se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

La reiterada jurisprudencia consagra como elementos constitutivos de la estafa los siguientes:

- Un engaño precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el sujeto activo del delito y proyectado sobre el pasivo, que consiste en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades



supuestas, aparentar bienes, crédito, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante. Exigiéndose un mínimo de engaño explícito y bastante para producir error.

- Este engaño idóneo, eficaz y suficiente, esencia del delito de estafa, ha de producir un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el sujeto activo del delito, planteándose problemas respecto supuestos de mendicidad engañosa, polizonaje o como los derivados del descuento bancario de letras de cambio «vacías».
- Todo ello provoca el asentimiento a un desplazamiento patrimonial, que el sujeto realiza, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o lesión de sus intereses económicos, al que se llega mediante el engaño antecedente y el error, efecto de las maniobras falaces y arteras del sujeto activo del delito. El desplazamiento patrimonial exige la entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate.
- Las maquinaciones de éste han de ir finalísticamente dirigidas al lucro, ánimo de lucro propio o de tercero, se llegara a obtener tal lucro o no se consiga.
- Entre el engaño y el perjuicio sufrido ha de haber una relación de causalidad inmediata.

También a este delito se le ha introducido en el derecho comparado otra modalidad, la estafa por medios informáticos del párrafo 2 del Artículo 248, que constituye novedad, su singularidad reside en que no hay ni engaño ni error pues es imposible engañar o inducir a error a un ordenador, modificándose, en esta singular estafa, el medio comisivo que no se dirige a una persona sino a una máquina, empleando alguna manipulación informática o artificio semejante.

La doctrina define estas estafas por computadora como «toda manipulación o alteración del proceso de elaboración electrónica de cualquier clase o en cualquier momento de éste (dentro del sistema o fuera del sistema), realizada con ánimo de



lucro y causando un perjuicio económico a un tercero», incluyéndose también las manipulaciones operadas sobre ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, pudiendo realizar estas conductas también personas legitimadas para acceder y operar en el sistema informático.

Además de las estafas específicas descritas, el Código Penal de 1995 contempla tres modalidades de estafas específicas en su Artículo 251 al castigar con pena de prisión de uno a cuatro años a:

- Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.
- El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero.
- El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

El denominador común de estas estafas específicas es el de no ser reconducibles a la modalidad básica de estafa, pero la existencia de un engaño de naturaleza falsaria implica la necesidad de que el legislador contemple la punición concreta de estas conductas, pues en caso contrario quedarían impunes.²⁵

En el caso del derecho penal guatemalteco, existen en el Artículo 264 del Código Penal casos especiales de estafa y las sanciones les corresponden a las que se les consigna en el Artículo 263 que se refiere a la estafa propia.

El Artículo 263 del Código Penal Guatemalteco indica: “Comete estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en

²⁵ Vives Antón, Timoty. **Comentarios al código penal de 1995**. Pág. 222



perjuicio propio o ajeno. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a diez mil quetzales”.

En cuanto al caso especial de estafa, el Artículo 264 del Código Penal indica: “Incurrirá en las sanciones señaladas en el artículo anterior:

1. Quien defraudare a otro usando nombre fingido atribuyéndose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias.
2. El platero o joyero que alterare en su calidad, ley o peso, los objetos relativos a su arte o comercio, o traficare con ellos.
3. Los traficantes que defraudaren, usando pesas o medidas falsas, en el despacho de los objetos de su tráfico.
4. Quien defraudare a otro con supuesta remuneración, a funcionarios, autoridades agentes de esta o empleados públicos, o como recompensa de su mediación para obtener una resolución favorable en un asunto que de los mismos dependa, sin perjuicio de las acciones de calumnia que a éstos corresponda.
5. Quien cometiere alguna defraudación, abusando de firma de otro en blanco o extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.
6. Quien defraudare a otro haciéndole suscribir, con engaño, algún documento.
7. Quien se valiere de fraude para asegurar la suerte en juegos de azar.
8. Quien cometiere defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente documento u otro escrito.



9. Quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, gravare, o dispusiere de ella, en cualquier otra forma.
10. Quien dispusiere de un bien como libre, sabiendo que esta gravado o sujeto a otra clase de limitaciones y quien, con su enajenación o gravamen, impidiere con ánimo de lucro, el ejercicio de tales derechos.
11. Quien enajena separadamente una cosa a dos o más personas, con perjuicio de cualquiera de ellas o de tercero.
12. Quien otorgare, en perjuicio de otro, un contrato simulado.
13. Quien, a sabiendas, adquiere o recibiere en cualquier forma, bienes de quien no fuere su dueño o no tuviere derecho para disponer de ellos.
14. Quien, con perjuicio de otro, ejerciere un derecho de cualquier naturaleza a sabiendas de que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme.
15. Quien destruyere o deteriorare total o parcialmente, bienes que le pertenezcan, afectos a derechos de un tercero, con el propósito de defraudar a este.
16. Quien comprare a plazos un bien y lo enajenare posteriormente o dispusiere de él, en cualquier otra forma, sin haber pagado la totalidad del precio.
17. Quien negare su firma en cualquier documento de obligación o descargo.
18. Quien, con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos, celebrare, dolosamente, contratos basados en dichos datos o antecedentes.
19. Quien, sin autorización o haciendo uso indebido de ésta, mediante colectas o recaudaciones, defraudare a otros. Si la recaudación o colecta se hace sin



autorización y sin propósito de defraudar o estando autorizada no se cumple con los requisitos legales correspondientes, la sanción será de multa de veinte a doscientos quetzales.

20. Quien cobrare sueldos no devengados, servicios o suministros no efectuados.
21. Quien defraudare valiéndose de la inexperiencia, falta de discernimiento o pasiones de un menor o incapacitado.
22. El deudor que dispusiere, en cualquier forma de los frutos gravados con prenda para garantizar créditos destinados a la producción
23. Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores”.

Conforme las reformas al Código Procesal Penal se ha introducido cambios en la comisión del delito de estafa, dentro de la modalidad del delito de estafa mediante cheque y éste es perseguible a instancia de parte.

El Artículo 24 del Código Procesal Penal indica sobre la clasificación de la acción penal, que la acción penal se ejercerá de acuerdo a la siguiente clasificación:

- 1) Acción Pública
- 2) Acción Pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal
- 3) Acción privada.

Mediante el Artículo 4 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, se adiciona el Artículo 24 quater del Código Procesal Penal, el cual queda así:



“Artículo 24 quater. Acción Privada. Serán perseguibles solo por acción privada, los delitos siguientes:

l)...2)...3)...4)... 5) Estafa mediante cheque”. “En todos los casos anteriores, se procederá únicamente por acusación de la víctima conforme al procedimiento especial regulado en este código. Si carece de medios económicos se procederá como lo señala el párrafo tercero del artículo anterior.

4.2 Criterio judicial

Sentado lo anterior, es conveniente precisar que cuando hablamos de interpretación, estamos reconociendo la existencia de norma, aunque el sentido de la misma sea obscuro o contradictorio, en cambio, cuando hablamos de analogía, no existe disposición alguna sino que más bien se crea la misma a través de procesos de integración.

El razonamiento analógico es pues uno de los medios hermenéuticos de que dispone el juzgador para colmar las lagunas del derecho, es: “el procedimiento que provee a la falta de la ley mediante la unidad orgánica del derecho. La analogía jurídica, es pues un procedimiento de integración del derecho”.

Los juristas consideran que un caso es análogo y justifica la aplicación extensiva de una regulación jurídica cuando la aplicación extensiva al caso no previsto se basa en una similitud relevante. La razón suficiente de una regulación jurídica es lo que los juristas denominan “ratio legis” (y no la *ocassio legis*), entendiendo por ella el pretendido objeto o propósito que yace detrás del acto legislativo el cual se expresa en la conocida fórmula “aquello por lo que la ley establecida, sin lo cual no lo hubiera sido”.

El problema central radica en que la “similitud” que se encuentra en la base de la analogía, es establecida por el propio intérprete, por lo que debe tenerse mucho cuidado



a la hora de examinar la razón suficiente de similitud. La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del derecho.

Los aplicadores del derecho tienen la enorme pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, al espíritu del legislador al crear la norma.

En aplicación del derecho penal entonces, el criterio judicial y ello se ha derivado de los resultados del trabajo de campo realizado, es el hecho de que en base a los principios inspiradores del proceso penal, que en su mayor parte favorecen al procesado, la analogía no puede estar permitida, salvo si esta favorece al procesado. En este último punto también conviene establecer, que el hecho de que la norma indique salvo que favorezca al procesado, es muy discutido, porque la prohibición de analogía conlleva también el fortalecimiento del principio de legalidad, siendo entonces, que el respeto a lo que indican claramente las normas debe regir en el criterio judicial y en caso no se regule, como lo indica la Constitución Política de la República, puede estar permitido.

Contraviene entonces, lo que propugnan procesalistas penalistas, respecto a lo dicho por el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, cuando dice dirigido a los jueces o abogados, que “tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”.

En ese sentido, interpretando esta frase célebre, tiene congruencia con lo que estipula el artículo 14 del Código Procesal Penal respecto a la presunción de inocencia en el caso del imputado, además, de que en caso de duda o de ambigüedad en las normas, deben interpretarse a favor de éste.



4.3 Necesidad de adecuación jurídica legal por reforma del Artículo 264 numeral 23 del Código Penal.

- Entrevistas

Para poder establecer la necesidad de una adecuación jurídica legal del numeral 23 del Artículo 264 del código penal, se estableció la necesidad de que se realizara una encuesta dirigida a abogados litigantes en el ramo penal, así como a Jueces de Sentencia, a continuación se presentan los resultados.

CUADRO No. 1

¿Considera que las normas que contiene el Código Penal se encuentran acordes a la realidad guatemalteca?

Respuesta	Cantidad
Sí	09
No	11
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

De conformidad con los resultados de la pregunta anterior, se puede inferir que la mayoría de los entrevistados manifestaron que las leyes penales no se encuentran acordes a la realidad y concretamente también hicieron comentarios respecto a que para no ir muy lejos, las normas sustantivas no son congruentes con las normas procesales; si se parte del análisis de que el Código Procesal Penal necesita de reformas debido a las



circunstancias en su confrontación con la realidad, entonces, que sucede con las normas penales sustantivas, lo cual es necesario y debe adecuarse a la realidad.

Por otro lado, conviene establecer que actualmente la Corte Suprema de Justicia tiene en proyecto una iniciativa de reformas al Código Penal y Código Procesal Penal.

En el caso del Código Penal, se ha tomado en consideración los siguientes aspectos:

El actual Código Penal tiene su vigencia desde el año de 1973, cuando representó un adelanto para el desarrollo de la ciencia penal y la técnica legislativa. En la actualidad, ha dejado de ser así, puesto que su contenido no guarda concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala de 1,985, ni con la realidad política y social del país, enfrentando un desgaste técnico-legislativo inadecuado a la realidad actual. A raíz de ello es irrefragable un cambio en nuestra legislación penal sustantiva, dadas las características anacrónicas y de inanidad que le caracterizan al actual Código Penal.

Esta necesidad no surge de los aspectos indicados, sino que persigue evitar un sistema de parches que ha sido, sin lugar a dudas, una moda en nuestro sistema legislativo penal, en un contexto en que la normativa criminal constantemente es objeto de nuevos retoques. Se considera, asimismo, que con este anteproyecto, se tratará de reducir el número de disposiciones penales que están fuera del código, para favorecer su concentración y su conocimiento por parte de la ciudadanía guatemalteca.

Es de importancia anotar la comparación de que fue objeto el derecho nacional con el de otros países, lo cual hoy es imprescindible y que se favorece de la amplia disponibilidad de medios informáticos que lo permiten y donde se ha tratado de establecer la homogenización de los problemas nacionales e internacionales, logrando con ello determinar soluciones mas convenientes sin apartarnos de nuestro entorno cultural y económico-social.



Vale mencionar que este anteproyecto no es fruto de ideas antojadizas, sino que es resultado de ideas consensuadas por juristas guatemaltecos y extranjeros que han demostrado no solo su capacidad de dedicación, sino también su deseo de producir buenos y oportunos productos. Asimismo es de reconocer el arduo trabajo efectuado por los doctores argentinos Alberto Binder y David Baigùn quienes en el año de 1990 elaboraron un anteproyecto original de Código Penal, que ha servido de base para la elaboración del que hoy se da a conocer.

Se puede manifestar que tal y como ocurre en la mayoría de países, existe acuerdo con la clásica estructura del Código Penal, compuesta en parte general y parte especial. Esta separación permite un mejor desenvolvimiento práctico y contribuye al ahorro del pensamiento. Como consecuencia nuestro anteproyecto se ha establecido de esta misma forma. En lo referente a la parte general se ha compuesto de ocho títulos, los cuales contienen lo relativo a la ley penal; responsabilidad de las personas físicas, culpabilidad, consecuencias, medidas de seguridad, responsabilidad civil, consecuencias accesorias y la extinción. En la parte especial, inconclusa todavía, se pretende el establecimiento de todos los tipos penales delictivos. Se tiene además previsto el estudio del libro tercero correspondiente a las faltas.

Con relación a la parte general, ésta expone los aspectos más relevantes, iniciando con la preeminencia del derecho constitucional, que se plasma en el anteproyecto como de aplicación inexcusable, derivado de las garantías fundamentales que contiene en relación a la persona. Asimismo, en lo relativo al delito el anteproyecto se basa en el hecho cometido, es decir, un derecho penal de hecho y no de actor. Por otro lado se ha plasmado el deseo de erradicar la responsabilidad objetiva. Se regula directamente el error de tipo, algo inexistente en la actualidad, así como la responsabilidad penal de quienes realizaren el hecho delictivo a través de una organización jerárquica. En segundo termino, el proyecto se perfila en un derecho penal basado en la culpabilidad, por lo que no puede imponerse ninguna pena si el sujeto que ha realizado uno de los hechos



descritos por la ley no ha obrado culpablemente. Además, señala expresamente el error de prohibición, no contenido en nuestro actual Código Penal.

En cuanto a las causas de justificación, se mantienen las tradicionales, con algunos matices, agregando lo relativo al aspecto internacional del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a las costumbres y prácticas de los pueblos indígenas.

Sobre las consecuencias jurídicas del delito, se sigue aceptando un sistema dualista, aunque se presentan avances importantes, no solo con la abolición de la pena de muerte, sino también evitando el endurecimiento punitivo, puesto que la pena máxima de prisión será de treinta años. En cuanto a la responsabilidad civil ex delicto se mantiene en concordancia con el Artículo 1645 del Código Civil.

Es necesario mencionar que se establecen expresamente cuatro principios relevantes para el capítulo de las sanciones. Asimismo, se señalan los sustitutivos penales, incluyendo la sustitución propiamente dicha, la cual determina aparte de otras, una sustitución obligatoria cuando la pena impuesta no sea superior a un año de prisión.

Se encuentran estipuladas una serie de limitaciones especiales, diferentes a la pena privativa de libertad como pena única, alternativa o sustitutiva, la cual es de importancia para la responsabilidad personal subsidiaria como consecuencia del impago de una pena de multa.

En relación a las medidas de seguridad se señala por vez primera, el límite correspondiente a la misma, logrando con ello la ansiada igualdad de las consecuencias jurídicas del delito.

En cuanto a la parte especial, inconclusa se han conocido los delitos contra la vida, la libertad individual, la libertad sexual, intimidad, honor y relaciones familiares, elaboradas hasta ahora con una mejor técnica que en el actual código, buscando así más claridad de entendimiento y de aplicación. Se ha evitado caer en redundancias con



tipos penales similares e idénticos pretendiendo la aplicabilidad de los concursos de delitos.

Uno de los temas centrales que se encuentra pendiente de discusión es lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que la idea a brotado del mismo anteproyecto original y de que en el transcurso del tiempo han aparecido leyes penales especiales que contienen esta clase de responsabilidad (Ley Contra la Narcoactividad, Ley de Lavado de Dinero, Ley de Áreas Protegidas, y Ley del Protección del Patrimonio Cultural. Ésta es motivo de polémica por el principio de culpabilidad. La posible solución de este problema es ubicar a esta clase de responsabilidad separada de las personas individuales para evitar mezcla entre ambas, puesto que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en respuestas a otras categorías, aunque sí se puede trasladar la tipicidad y otras que le pueden ser competentes; no así la culpabilidad. El mensaje es una decisión de política criminal. Este tema se presta a la discusión, porque en nuestro país se carece de un control efectivo para esta clase de personas.

Otro tema pendiente, es lo relativo al procedimiento para la individualización o fijación de la pena, cuya discusión se aplazó hasta que se finalice la parte especial del código. En este anteproyecto se presenta el sistema original del mismo y otra propuesta que ha surgido a raíz de diversos estudios y análisis.

Para finalizar, es importante señalar que las fuentes directas para la elaboración de este anteproyecto han sido las legislaciones de España, Portugal, Francia, El Salvador, Costa Rica, Colombia, Chile, el Código Penal vigente y el anteproyecto original de los doctores Binder y Baigùn. Asimismo se ha tomado en consideración los diversos autores españoles y latinoamericanos, incluyendo a guatemaltecos, así como también se ha contado con la participación del propio Dr. Binder y algunos médicos forenses.²⁶

En base a lo anterior, únicamente quien escribe se refiere a la intención de mejorar las normas vigentes en cuanto al Código Penal y Código Procesal Penal sin

²⁶ Corte Suprema de Justicia, **Anteproyecto de creación del código penal.**



embargo, dentro de estas no se encuentra contemplado que sucede con la analogía, mas que indica en el Artículo 5. Se prohíbe el uso de la analogía, salvo cuando favorezca al reo.

CUADRO No. 2

¿Considera que las normas del Código Penal responden adecuadamente a las normas de procedimiento contenidas en el Código Procesal Penal?

Respuesta	Cantidad
Sí	02
No	18
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

Esta respuesta tiene relación con el análisis de la anterior, puesto que esa incongruencia tiene repercusiones negativas en cuanto a los procesados o a cualquier persona que se encuentre sometida a un proceso penal.



CUADRO No. 3

¿Cree usted que en el Código Penal pueden encontrarse lagunas o ambigüedades y que producen conflictos en su aplicación respecto a las figuras delictivas que surgen?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero, 2006.

El total de entrevistados contestaron que efectivamente en el Código Penal se pueden encontrar lagunas o ambigüedades que en el momento de que se valoren determinándose el caso concreto, surgiere conflicto principalmente para los jueces quienes son los aplicadores de la ley penal y para ello uno de los entrevistados citó el caso que es objeto del presente trabajo, cuando los jueces se encuentren ante una figura delictiva de las no reguladas para los casos especiales de estafa, entonces, los jueces en aplicación negativa a la analogía, podrían caer en ese saco vacío como en la doctrina se le dice a dicho inciso.



CUADRO No. 4

¿Considera que los legisladores deben encontrarse en constante estudio para el cambio de las leyes, en vista de que en esa misma medida cambia la sociedad y las conductas?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

La realidad guatemalteca en materia legislativa es muy lamentable, precisamente porque el sistema no lo permite. Llegar a ocupar los puestos de diputados, cualquier persona, con o sin instrucción, que conozca o no conozca del derecho, ello conlleva que en la actualidad, aunque existan comisiones, los integrantes no se encuentran en capacidad de propiciar los constantes estudios que se hacen necesarios para fomentar un progreso en las normas y estar a la vanguardia de los cambios internacionales y nacionales, así como confrontado con la realidad, para propiciar las reformas pertinentes toda vez que lo que se pretende es que en determinado momento no pueda aplicarse discrecionalmente por los jueces la analogía cuando la ley claramente establece como en el caso que ocupa el presente trabajo, sino que evitar darles mayores discrecionalidades a los jueces para que se puedan producir menos arbitrariedades en determinado momento, derivado entre otras cosas de la corrupción.



CUADRO No. 5

¿Cree usted que las normas sustantivas deben responder a las normas procedimentales?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

Lógicamente esta respuesta fue positiva por parte de la mayoría de los entrevistados. Se establece claramente que las normas procesales penales, hacen viable o bien hacen que se operativice las normas sustantivas, por ello debe existir una congruencia entre unas y otras, toda vez que si no es así se estaría incurriendo en arbitrariedades.



CUADRO No. 6

¿Cree usted que la analogía en materia penal esta permitida?

Respuesta	Cantidad
Sí	00
No	20
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

A juicio de la mayoría, la analogía no esta permitida, por lo que establece el Artículo 7 del Código Penal y como se ha establecido también el en Artículo 5 del proyecto de reformas al Código Penal. Sin embargo a juicio de quien escribe, existe una incongruencia de la que se ha venido hablando, entre las normas penales sustantivas y procedimentales. En el Artículo 14 del Código Procesal Penal se establece que si esta permitida, siempre y cuando favorece al procesado, por lo que existe una incongruencia entre lo que estipula el Artículo 7 del Código Penal.



CUADRO No. 7

¿Cree usted que la analogía, conforme las normas procesales (Artículo 14), está permitida?

Respuesta	Cantidad
Sí	08
No	12
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

Esta respuesta tiene relación con la anterior y precisamente podría ofrecer discusión entre los juristas si es o no permitida la analogía, tomando en cuenta el Artículo 14 del Código Procesal Penal y el 7 del Código Penal.



CUADRO No. 8

¿Cree usted que en la jerarquización de las normas, las sustantivas son superiores a las procesales?

Respuesta	Cantidad
Sí	18
No	00
No contestó	00
Total:	20

Fuente: investigación de campo; enero, 2006.

Efectivamente, la mayoría de los entrevistados contestaron que las normas sustantivas son superiores a las procesales. Podría decirse que no es que exista una jerarquización, sino que el hecho de que las normas procedimentales únicamente sirven precisamente para eso, de instrumento, tienen mayor prevalencia las primeras que las segundas.



CUADRO No. 9

¿Cree usted adecuado que la acción penal en estafa mediante cheque, sea perseguible a instancia particular, por ser un delito que afecta el bien jurídico del patrimonio?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

CUADRO No. 10

¿Considera que los delitos de estafa en sus distintas modalidades, por su naturaleza deben ser a instancia particular, como sucede con el delito de Estafa Mediante Cheque?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, enero año 2006.



CUADRO No. 11

¿Después de la lectura del Artículo 263 del Código Penal, considera que el numeral 23 hace referencia a la analogía penal?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

En cuanto al análisis de los tres cuadros anteriores, es conveniente considerar que en los primeros dos, se refiere al delito de Estafa Mediante Cheque y que en la actualidad ha cambiado de un delito de acción pública a un delito dependiente de instancia particular; dentro de uno de los objetivos para efectuarse estos cambios a través del decreto 79-97 del Congreso de la República, el Legislador ha pretendido descongestionar los tribunales de justicia basándose en el principio de desjudicialización y atención a aquellos delitos por parte del sistema de justicia que tienen mayor impacto social o que sean de mayor gravedad.

Ahora bien, respecto a la respuesta de este último cuadro conviene establecer que necesariamente se tendría que interpretar en qué consiste la analogía penal, para aterrizar en encuadrar a cualquiera de los hechos por los cuales esté siendo imputada una persona que no se encuentra dentro de los casos especiales de estafa, para encuadrarlos en este inciso, lo cual a todas luces es inconstitucional puesto que efectivamente si se estaría aplicando la analogía, pero en perjuicio del procesado.



CUADRO No. 12

¿Se han presentado casos, en su quehacer profesional, respecto a tener que aplicar el numeral 23 del artículo 264 del Código Penal?

Respuesta	Cantidad
Sí	00
No	20
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

CUADRO No. 13

¿Cree que la norma contenida en el Artículo 264 del Código Penal es bastante explícita en los supuestos del delito que no amerita que se haya establecido el numeral 23?

Respuesta	Cantidad
Sí	09
No	11
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.



Con relación a los cuadros anteriores conviene establecer dentro de este análisis, lo que sucede con los casos especiales de estafa típicamente regulados en la ley, pero a través de este último inciso, el artículo en análisis deja ambigüedad para la colectividad y principalmente para los jueces para que estos apliquen discrecionalmente lo que quieran, cayendo en perjuicio para el procesado y violando el principio de legalidad, porque precisamente se refiere a que la conducta típica ejercitada a través de una acción u omisión por parte de un sujeto activo se traduce en lesionar un bien jurídico tutelado, pero mientras no exista esa conducta típica, no existe lesión a un bien jurídico tutelado, como sucede con los casos no comprendidos dentro de los casos especiales de estafa que pudieran encuadrarse en el numeral 23 de esta norma penal.

CUADRO No. 14

¿Cree que cuando se aplica el artículo 264 numeral 23 se esta aplicando la analogía?

Respuesta	Cantidad
Sí	15
No	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.



CUADRO No. 15

¿Cree que este numeral debe eliminarse del Código Penal por contravenir normas sustantivas que prohíben la analogía?

Respuesta	Cantidad
Sí	15
No	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo; enero, 2006.

A juicio de quien escribe y tomando en cuenta las entrevistas a estas dos interrogantes, debe considerarse que no se han tenido casos en que se haya aplicado el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal, sin embargo existe, es ley vigente y puede ser aplicable, razones por las que es aconsejable en base a una serie de garantías y principios ya analizados en el desarrollo de este trabajo, que se elimine del Código Penal, porque hace incurrir en los aplicadores de la ley, como son los jueces, en determinado momento y derivado de circunstancias externas o internas ajenas al proceso en su aplicación, aunque transgreda otras normas de mayor jerarquía como sucede con el artículo 7 del Código Penal y 14 del Código Procesal Penal.

4.4. Apreciación personal

En base a los resultados del trabajo bibliográfico, documental y de campo, quien escribe, puede establecer que si bien es cierto, los entrevistados han manifestado que rotundamente la analogía esta prohibida y que eso debe respetarse toda vez que



fortalece el principio de legalidad, que debe prevalecer dentro de un Estado de Derecho y dentro de principios democráticos, así también, equiparando la desigualdad que existe entre cualquier ciudadano que se encuentre sometido a un proceso penal, respecto a la acusación y el funcionamiento del Ministerio Público, como el ente encargado de la persecución penal, en contraparte, con la defensa del imputado, tomando en cuenta, la situación del Instituto Público de la Defensa Penal, respecto a sus recursos humanos y materiales, se hace necesario que se continúe respetando la prohibición de analogía y que claramente, este numeral contenido en el Artículo 264, es un costal o un saco sin fondo, en donde pueden ir a aterrizar supuestos de hechos que contravienen principios inspiradores que le asisten al procesado.

Por lo anterior, se hace necesario que los legisladores, dentro de su papel de creadores del derecho, así también, dentro de su papel de responsables de las leyes, de sus orígenes y sus consecuencias, deben mantener un estudio del derecho penal, especialmente en casos como el que se presenta, para que derivado de ello, puedan contribuir a que las normas que se crean respondan a los verdaderos fines e intereses de la sociedad, que conlleva los fines y los principios que rigen el ordenamiento jurídico penal guatemalteco.

El numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal, entonces, representa una clara trasgresión a la prohibición de la analogía y derivado de las entrevistas y el trabajo o estudio realizado, se puede inferir que el mismo puede estar comprendido dentro de las normas vigentes pero no positivas, porque no se ha aplicado y por los resultados del trabajo de campo, no se aplicará, sin embargo, se encuentra vigente en una norma y ello podría repercutir negativamente, debiéndose entonces abolir.





CONCLUSIONES

1. El derecho penal se encuentra conformado por un conjunto de normas jurídicas, principios, instituciones, que tienen por objeto la protección de la sociedad a través de la imposición de normas prohibitivas que protegen bienes jurídicos tutelados y que por otro lado pretenden la sanción de los infractores a través de la ley penal y la aplicación de sanciones y medidas de seguridad.
2. El Código Penal data del año 1970 y no es congruente en cuanto a contenido y principios con el Código Procesal Penal que es de reciente creación, lo cual ofrece dificultades a los jueces en su aplicación, porque pareciera que se refiere a dos cuerpos normativos distintos, sin que se establezca que el segundo puede ejecutarse si es congruente con el primero; en virtud de que el derecho procesal constituye un conjunto de normas que sirven de instrumento para operativizar las normas sustantivas.
3. La analogía es la posible solución que se busca en un caso ya conocido y regulado respecto a un hecho que no se puede encuadrar en una norma jurídica, por lo que en aplicación de normas sustantivas penales, la analogía está prohibida.
4. De conformidad con los principios del derecho penal, especialmente procedimental, favorecen al procesado las lagunas, las dudas, etc., y en materia de analogía, en virtud de que le perjudica, no puede favorecerle, y por eso no puede aplicarse, de allí deviene lo que se conoce como presunción de inocencia.
5. El delito de estafa y sus distintas modalidades, como se regula en el Código Penal, contiene un último numeral que establece que fuera de los casos no previstos y que conlleven ardid o engaño, se encuadran dentro del delito de caso especial de estafa; siendo un costal sin fondo, por lo que favorece a la analogía en perjuicio del procesado, lo que tiene como consecuencia que debe estar prohibida.



6. De conformidad con los resultados del trabajo de campo, no se tiene conocimiento que se haya aplicado el numeral 23 del Artículo 264 del Código Penal; por lo que se considera norma vigente pero no positiva, debido a que contraviene los derechos y principios que favorecen al procesado, por aplicación de formas analógicas, debe eliminarse del Código Penal.



RECOMENDACIONES

1. En la actualidad se ha ido fortaleciendo los principios del derecho penal y procesal penal, por lo que deben complementarse uno con el otro; por ello debe fomentarse o fortalecerse a través de crear las instituciones y los procedimientos adecuados que permitan a los jueces disponer, de manera objetiva y congruente, lo que corresponda en cuanto al análisis de los hechos, encuadramiento a la norma jurídica previamente y legalmente establecida y lo que trae como consecuencia la sanción y ejecución.
2. Se hace necesario que el Estado, a través de los entes encargados de creación de las leyes, como el Organismo Legislativo, tienen la obligación de conformar comisiones que estudien el derecho penal y procesal penal, que impliquen evitar los conflictos que surgen con ocasión de su aplicación, de conformidad con la realidad, como sucede en el caso del delito de estafa y la modalidad que se encuentra contenida en el Artículo 264 numeral 23, con el fin que se elimine o se adecue a la realidad concreta y evitar interpretaciones analógicas que están prohibidas, porque van en perjuicio del procesado.
3. Las instituciones como el Organismo Judicial, el Ministerio Público y el Instituto Público de la Defensa Penal, tienen la obligación de conformar comisiones para promover iniciativas de ley, que permitan adecuar las normas penales a las procedimentales y que en la práctica producen conflictos, como pudiera suscitarse con el tema que se encuentra en análisis.





BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE ABULARACH, Larry. **Derecho constitucional, derechos humanos.** Escuela de Estudios Judiciales, Módulo I, Guatemala, 1999.
- AYAU, Manuel. **Como mejorar el nivel de vida**, Volúmenes I y II. Cordón y Gonzalo Asturias Montenegro, Editorial Piedrasanta, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito.** 2ª. Edición, Ed. Hammurabi, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de derecho usual.** Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo.** Instituto Nacional de Administración Pública, año 1990.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Comentarios explicaciones e interpretación jurídica de la Constitución Política de la República de Guatemala.** Editorial Impresiones Gráficas de Guatemala, Guatemala, 2002.
- CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español. Parte general,** Quinta Edición, España, s-f.
- COBO DEL ROSAL, M. y Boix Reig, J. **Garantías constitucionales del derecho sancionador,** en T. I, Derecho Penal y Constitución.
- COBO DEL ROSAL, M. y Vives Antón, T. S. **Introducción general sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa,** en Comentarios a la legislación penal, T. III, Delitos e infracciones de contrabando. Madrid, 1984.
- DE LEÓN CARPIO, Ramiro. **Catecismo constitucional.** Tipografía Nacional, Guatemala, 1995.



- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal. Et. Al. **Derecho penal guatemalteco**. Editorial Llerena, S.A. Guatemala, 1998.
- DE PAZ PÉREZ, Miguel. **Política fiscal y la capacidad administrativa del estado de Guatemala**. Biblioteca de la Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1984.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Et. Al. **Manual de derecho penal guatemalteco**, Parte General, Guatemala, 2001. Artemis Edinter.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Tratado de derecho penal**. t. II, Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires, 1964.
- JESCHECK, H. H. **Tratado de derecho penal, Parte general**, vol. I, traducido por Mir Puig y Muñoz Conde. Barcelona, 1981.
- MALDONADO JUAREZ, Edgar. **Análisis jurídico crítico del juzgamiento por analogía en los casos de la participación en el delito**. Tesis de grado, Usac, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. García Aran Mercedes. **Derecho penal parte general**. 3ra. Edición, 1998.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Claridad S.A., Argentina, 1987.
- PIEDRA SANTA, Rafael. **Introducción a los problemas económicos de Guatemala**. Editorial universitaria Volumen II, 1971.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. **Derecho penal español. Parte general**. Madrid, 1985.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. **Derecho penal. Parte general**. Madrid, 1977.
- RUIZ FRANCO, Arcadio. **Hambre y miseria en Guatemala**. Tipografía Nacional, 1950.
- SERRANO ALBERCA, J. M. **Comentarios a la constitución**. Madrid, 1980.



VARIOS AUTORES. **Nueva enciclopedia jurídica**. Seix, T. XIV. Barcelona, 1978. (s.e.)

VARIOS AUTORES. **Revista jurídica española la ley**, Febrero de 1987. (s.e.)

VIVES ANTON, T. S. **Introducción al estado de derecho y derecho penal**. En Comentarios a la Legislación Penal, T. I, Derecho Penal y Constitución. Madrid, 1982.

Legislación:

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

Código Penal, Decreto número 17-73.

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92.

Código Civil, Decreto número 106.

Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89.

Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97.

Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto número 63-94.