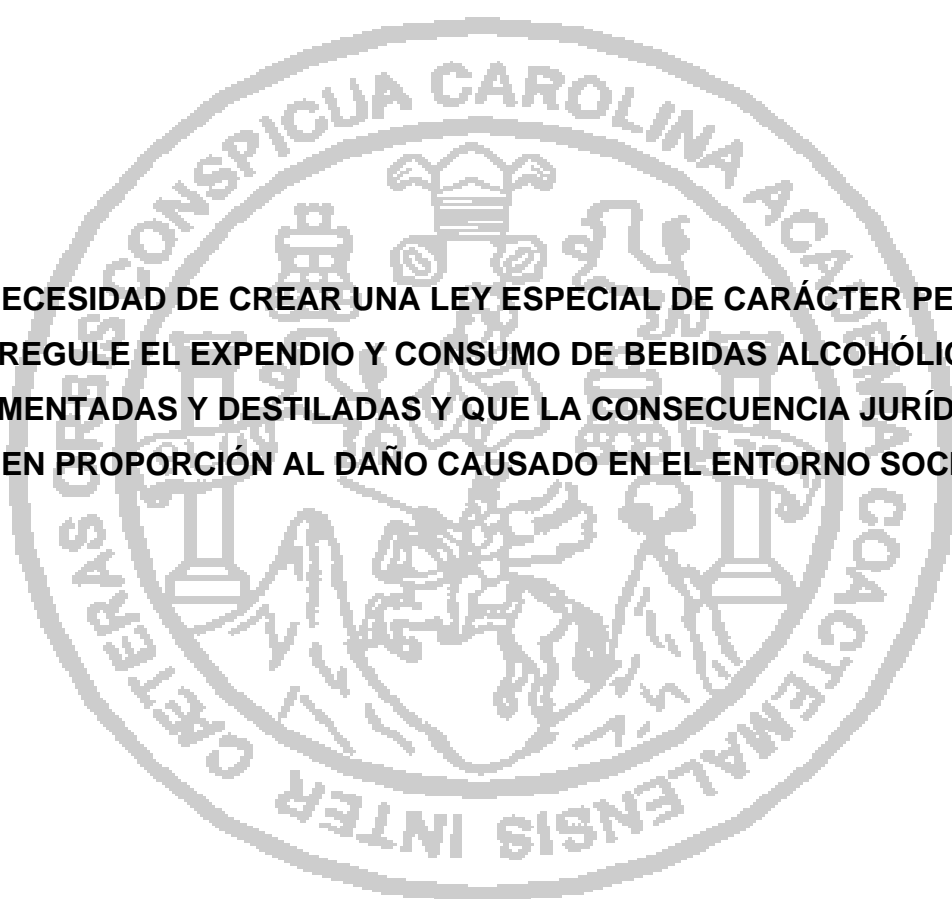


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a staff and a cross, surrounded by various symbols. The shield is set against a background of a landscape with a mountain and a river. The text "UNIVERSITAS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CETERAS" is inscribed around the perimeter of the seal.

**“LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECIAL DE CARÁCTER PENAL, QUE
REGULE EL EXPENDIO Y CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS,
FERMENTADAS Y DESTILADAS Y QUE LA CONSECUENCIA JURÍDICA SEA
EN PROPORCIÓN AL DAÑO CAUSADO EN EL ENTORNO SOCIAL”**

LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006

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

**“LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECIAL DE CARÁCTER PENAL, QUE
REGULE EL EXPENDIO Y CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS,
FERMENTADAS Y DESTILADAS Y QUE LA CONSECUENCIA JURÍDICA SEA
EN PROPORCIÓN AL DAÑO CAUSADO EN EL ENTORNO SOCIAL”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
Vocal: Lic. Napoleón Orozco
Secretario: Licda. Rosa María Ramírez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Vocal: Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Secretario: Lic. Ronan Roca Menéndez.

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. WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
21 Calle 7-70, Zona 1
Tel. 22487000
Colegiado No. 4340



Guatemala, 30 de agosto de 2006.

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

Coordinador de la Unidad de Tesis

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.

Con mis acostumbradas muestras de respeto y estima a su digna persona con el honor que para mi representa me dirijo a usted en cumplimiento de la resolución de fecha dos de febrero de dos mil seis, en la cual se me nombró asesor del trabajo de tesis intitulada **“LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECIAL DE CARÁCTER PENAL, QUE REGULE EL EXPENDIO Y CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS, FERMENTADAS Y DESTILADAS Y QUE LA CONSECUENCIA JURÍDICA SEA EN PROPORCIÓN AL DAÑO CAUSADO EN EL ENTORNO SOCIAL”**, postulado por la bachiller LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO.

En el referido trabajo la bachiller LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO, efectúa un notable aporte ante la ausencia de un reglamento que regula el Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, Fermentadas y Destiladas, lo que torna el trabajo interesante y de propuesta, siendo necesaria su discusión, en consecuencia estimo que el trabajo de tesis se desarrolla en el marco de la doctrina moderna y la realidad nacional; además, considero que el trabajo relacionado es coherente con el cuerpo de la investigación y que la Bachiller LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO, lo realizó de manera aceptable y diligente acorde a los lineamientos de las técnicas de investigación adecuadas y necesarias, siendo mi opinión que supera todos los requisitos exigidos por el reglamento de exámenes técnico profesional y público de tesis, por lo que estima el suscrito que puede ser sometida a revisión para su discusión y aprobación.

Sin otro particular me suscribo, atenta y deferentemente,

LIC. WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
ABOGADO Y NOTARIO


WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (la) **LICENCIADO (A) MILTON GUILLERMO MIRANDA RAMÍREZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (la) estudiante **LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO**, Intitulado: **"LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECIAL DE CARÁCTER PENAL, QUE REGULE EL EXPENDIO Y CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS, FERMENTADAS Y DESTILADAS Y QUE LA CONSECUENCIA JURÍDICA SEA EN PROPORCIÓN AL DAÑO CAUSADO EN EL ENTORNO SOCIAL"**.

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. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh





Lic Milton Guillermo Miranda Ramírez

Abogado y Notario
Colegiado No. 5129

Guatemala, 22 de septiembre de 2,006.-



RECIBIDO
26 SET, 2006
UNIDAD DE INVESTIGACIONES
Hora:
Firma: *B*

Licenciado:

MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN,
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Coordinador:

Con mis acostumbradas muestras de respeto y estima a su digna persona con el honor que para mí representa me dirijo a usted, en cumplimiento de la resolución de fecha siete de septiembre de dos mil seis, en la cual se me nombró REVISOR del trabajo de tesis intitulado **"LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECIAL DE CARÁCTER PENAL, QUE REGULE EL EXPENDIO Y CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS, FERMENTADAS Y DESTILADAS Y QUE LA CONSECUENCIA JURÍDICA SEA EN PROPORCIÓN AL DAÑO CAUSADO EN EL ENTORNO SOCIAL"**, postulado por la estudiante **LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO**.

En relación al trabajo descrito, me permito manifestar que la estudiante LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO, efectúa un notable aporte ante la ausencia de normativa que regule de manera eficiente el expendio de bebidas embriagantes, lo que torna el trabajo interesante y de propuestas por lo que su discusión es necesaria, Además de ello la sugerencia de un control mayor en relación la flagelo social que trata y la sugerencia de enfrentarlo inclusive con penalización es un aporte esencial en el entorno social, en consecuencia estimo que el trabajo de tesis se desarrolla en el marco de la doctrina moderna y la realidad nacional; además considero que el trabajo relacionado es coherente con el cuerpo de la investigación siendo las conclusiones y recomendaciones útiles y deberán ser tomadas en cuenta por quienes legislan, por lo que la estudiante Lily Mercedes Fernández Villatoro, lo realizó de manera acertada y diligente, acorde a los lineamientos de las técnicas de investigación adecuadas y necesarias, siendo MI OPINIÓN que supera todos los requisitos exigidos por el reglamento de exámenes técnico profesional y Público de tesis, por lo que estima el suscrito que puede ser sometida a discusión y aprobación. Sin otro particular, me suscribo atenta y deferentemente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Milton Guillermo Miranda Ramírez
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Milton Guillermo Miranda Ramírez.
Col. 5129. REVISOR

c.c. Archivo. MGMR.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



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



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, dieciocho de octubre del año dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LILY MERCEDES FERNÁNDEZ VILLATORO, Intitulado "LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECIAL DE CARÁCTER PENAL, QUE REGULE EL EXPENDIO Y CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS, FERMENTADAS Y DESTILADAS Y QUE LA CONSECUENCIA JURÍDICA SEA EN PROPORCIÓN AL DAÑO CAUSADO EN EL ENTORNO SOCIAL" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A Dios: Por ser el Alfa y el Omega, mi gran maestro, la luz de mi camino y por quien he alcanzado este logro, a Él sea toda la gloria y honor.
- A mis padres: Julio, que desde el cielo me esta cuidando, y Lily, por ser mi mejor amiga y el ejemplo de amor, lucha y perseverancia, gracias a ti, a tu gran apoyo y sabios consejos he alcanzado esta meta.
- A mis hermanos: Brenda, Silvia, Jorge, Walter y Juan Carlos por su apoyo incondicional y por estar siempre a mi lado.
- A mis tíos: Gustavo, Chiqui, Toto y Negro por su amor, consejos y apoyo.
- A mis amigos: Shirley por ser como mi hermana, Karla, Vivi, Ligia, Gaby, Mafer, Paco, Romeo, Gerson, Darwin, Juancho, Chejo, Vanesa y Mario quienes me brindaron su amor y amistad sincera.
- A mi novio: Maynor, por ser tan especial y estar siempre a mi lado en las buenas y en las malas, entenderme y apoyarme en todo lo que emprendo.
- A los licenciados: Lic. Vicente Roca, Lic. Milton Miranda, Lic. Wilfredo Porras, Lic. De León Córdova, Lic. Heriberto Guzmán y Lic. Erick Palma por sus sabias enseñanzas, apoyo y paciencia.

A la Universidad de
San Carlos de Guatemala:

Casa de estudios forjadora de hombres y mujeres profesionales que han puesto en alto el nombre de mi país, y que ahora me permite alcanzar esta anhelada meta de mi vida.

A la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales:

Por haber forjado los conocimientos necesarios para ser una buena profesional y una mejor persona, de la cual me enorgullezco egresar.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal objetivo	1
1.1 Derecho penal y control social	1
1.2 Instrumentos del control social jurídico penal	4
1.2.1 Derecho penal material.....	4
1.3 La norma jurídica penal	6
1.4 Estructura	7
1.5 Normas penales incompletas o dependientes	8
1.6 Normas penales en blanco.....	9
1.7 Elementos de la norma penal	11
1.8 El delito	12
1.9 La pena	14
1.10 Las medidas de seguridad	18
1.11 Función de la norma penal	22
1.12 Función de protección	24
1.13 Concepto de bien jurídico	24
1.14 Función de motivación	28

CAPÍTULO II

2. Derecho penal subjetivo	37
2.1 El derecho penal subjetivo	37
2.2 Principios limitadores del poder punitivo del estado	40
2.3 Principio de intervención mínima	42

	Pág.
2.4 La subsidiaridad del derecho penal	43
2.5 La relativa dependencia del derecho penal	49
2.6 Las consecuencias del principios de intervención mínima ...	52
2.7 Las consecuencias del principio de intervención mínima ...	58
2.8 Principio de intervención legalizada	62
2.9 Evolución y fundamento del principio	64
2.10 Principio de culpabilidad	72

CAPÍTULO III

3. Análisis de los casos de procedencia	75
3.1 Análisis Jurídico del Acuerdo Gubernativo 221-2004 y 263-2004	75
 CONCLUSIONES	 83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

El Estado en el que vivimos es un Estado que subordina su actuación a los principios del orden jurídico vigente. Este orden está integrado por la Constitución Política, las leyes y reglamentos, los tratados y demás disposiciones de observancia general.

A lo largo de la presente investigación, se desarrollan temas de índole penal. Estos son de suma importancia para el entendimiento del problema planteado, ya que a base de ellos, es como se fundamentan y robustecen las conclusiones que se realizaron al final de este trabajo.

En el Capítulo I abarca los fundamentos generales de derecho penal, tal como el concepto de derecho penal, los principios que lo fundamentan, y los conceptos generales que surgen del derecho penal. Se hace énfasis en la teoría del delito y en aquellas teorías que fundamentan el sentido de la pena, tales como la prevención general y la prevención particular. Además, se realiza el estudio pormenorizado de la norma penal, sus clases y algunos ejemplos en el Código Penal.

Se establece en el Capítulo II, el derecho penal, desde el punto de vista del Estado, enfocándonos en el *Ius Puniendi*, el cual sabemos se fundamenta en el poder público, contenido en el Artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Consecuentemente, a este poder punitivo se estudian las limitaciones que a él se le imprimen a través de los principios de intervención mínima e intervención legalizada, por citar dos ejemplos.

Por último, en el capítulo III se hace un estudio jurídico del problema medular, tal como lo es el conflicto jurídico del Acuerdo 221-2004 su reforma con el ordenamiento jurídico vigente y los principios comunes del derecho penal, para luego realizar las respectivas conclusiones y emitir las consecuentes recomendaciones.

CAPITULO I

1. Derechos penal objetivo:

1.1 Derecho penal y control social:

“El derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el derecho penal”¹.

Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; mas el derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves (las penas y medidas de seguridad), como forma de control social lo suficientemente importante como para que, por otra parte haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución Francesa se considera necesario delimitar con la mayor precisión posible como garantía del ciudadano.

De ahí que el poder punitivo, reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales, a probar por los representantes del pueblo en los países democráticos.

¹Gonzalez, Zomilla, **Sobre las instancias de control informal y formal.** pág 37.

Tales normas, que constituyen el derecho penal, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito y qué penas pueden sufrir quienes las realice.

Así mismo; el derecho penal, ha sido analizado desde varios puntos de vista, uno de ellos lo ha calificado como violencia. La violencia es, desde luego, un problema social, pero también un problema semántico, porque sólo a partir de un determinado contexto social, político o económico puede ser valorada, explicada, condenada o definida. No hay, pues, un concepto de violencia estático o a histórico, que pueda darse al margen del contexto social en el que surge. Tampoco hay una fórmula mágica, un criterio objetivo, válido para todo tiempo y lugar que nos permita valorar apriorísticamente la bondad o maldad de un determinado tipo de violencia ¿Cuántos terroristas y criminales de guerra de ayer no son hoy personas respetables e incluso aparecen rodeados con la aureola del héroe? ¿Cuántas personas respetables y héroes de hoy no pueden ser terroristas y criminales mañana? ¿Dónde están las diferencias, no cuantitativas ni pragmáticas, entre el bombardeo en acción de guerra, en el que mueren miles de personas, y el atentado terrorista en el que mueren varias personas?.

La respuesta a estos interrogantes probablemente no se va a encontrar nunca o por lo menos, nunca a tiempo. Nada hay en este asunto que sea valorativamente neutro y nada más difícil que valorarlo objetivamente. Nuestros juicios de valor son necesariamente subjetivos y siempre corren el riesgo de quedar superados por la realidad inexorable de los hechos.

Tenemos limitaciones de todo tipo y vivimos en un determinado contexto, al que no podemos sustraernos, aunque sí aceptarlo, criticarlo o atacarlo. Pero dentro de estas coordenadas, históricamente condicionadas, hay que dar respuesta a los problemas que, como el de la violencia institucionalizada, surgen cada día. La respuesta es evidentemente, por una u otra razón, siempre incómoda y quizás a veces, implique algún tipo de riesgo no simplemente intelectual. Pero no podemos tampoco ocultar la cabeza bajo el ala y pasando de todo escurrir el bulto de una decisión racionalmente fundada.

En el fondo es algo más que una cuestión ética, es también una simple cuestión de simetría, de coherencia que, de acuerdo con la ideología y, en última instancia, con la conciencia de cada uno, obliga a dar respuesta a los interrogantes planteados.

El derecho penal, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es pues, violencia pero no toda la violencia es derecho penal. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos.

La violencia es, por tanto, circunstancias a todo sistema de control social. Lo que diferencia al derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad, propios de otros sistemas de control social. El control social jurídico penal es, además un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto.

Lo que sigue, es pues, una reflexión sobre el derecho penal, pero sobre el derecho penal como parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que, de un modo u otro, es inherente al ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses. También la crítica a esos intereses o a la forma de protegerlos por el derecho penal constituirá en todo momento objeto de esta reflexión, teniendo siempre en cuenta que el derecho penal no es todo el control social, ni siquiera su parte más importante, sino sólo la superficie visible de un iceberg, en el que lo que no se ve es quizás lo que realmente importa.

1.2. Instrumentos del control social jurídico penal:

1.2.1. Derecho penal material y derecho procesal penal:

Tal y como el autor Muñoz Conde lo establece “elementos comunes a todas las formas de control social son la infracción o quebrantamiento de una norma, la reacción a ese quebrantamiento en forma de sanción y la forma o procedimiento a través del cual se constata el quebrantamiento y se impone la sanción”².

Norma, sanción y proceso son, pues, los conceptos fundamentales de todas las formas de control social. También en el control social que se lleva a cabo a través del derecho penal están presentes; pero como es lógico, dadas las peculiaridades de esta forma de control social, reviste unas características propias que dan lugar a disciplinas jurídicas separadas.

² Derecho penal, parte general. Pág. 23

El estudio de las normas, de las conductas que las infringen y de las sanciones aplicables a las mismas constituye el derecho penal material, o simplemente derecho penal. Para el estudio de esta materia, se distingue en dos partes una general y otra especial. En la primera, se estudian, en primer lugar, los fundamentos generales de la materia, en segundo lugar la teoría general del delito y termina con las consecuencias jurídicas del delito. En la parte especial preceptúan las particulares infracciones delictivas y las sanciones específicas de cada una de ellas, agrupándolas sistemáticamente.

La forma en la que se determina la comisión de una infracción normativa penal en el caso concreto y se imponen las sanciones aplicables a la misma constituye el proceso penal. A su estudio se dedica el derecho procesal penal. La relación entre éste y el derecho penal es tan estrecha que no pueden concebirse el uno sin el otro.

El derecho procesal penal sirve para la realización del derecho penal en la realidad. Sin él, el derecho penal sería un simple objeto decorativo, sin eficacia alguna. Pero también el derecho procesal penal necesita que el derecho penal le suministre el objeto que tiene que investigar y las consecuencias sancionatorias que tiene que imponer.

Mas el derecho penal, no es el único medio de control social que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones formalizadas para ciertas conductas.

Existen otras formas de control social de carácter jurídico. la administración pública puede, así, imponer a través de sus

funcionarios múltiples sanciones administrativas, y sin embargo, ello no se haya previsto por el derecho penal, sino por el derecho administrativo. El derecho penal solo determina las penas y medidas de seguridad que pueden imponerse en un proceso judicial penal. El legislador es quien decide qué sanciones puede confiar al derecho administrativo y cuáles, en cambio han de reservarse al derecho penal como penas que exigen la intervención de un Juez o Tribunal independientes. Debe guiarle en esta decisión el criterio de la gravedad de la sanción y dejar para el derecho penal las sanciones que en mayor medida afectan a los ciudadanos.

El derecho penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso (*ultima ratio*) para cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resultan insuficientes.

1.3. La norma jurídica penal:

Debemos partir del concepto de la norma jurídico penal. “Norma es toda regulación de conductas humanas en relación de la convivencia”³.

“Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo (que prescribe actuar en un determinado sentido) expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados.”⁴

“Una norma jurídico-penal es un mensaje prescriptivo expresado por un enunciado legal que impone una pena para el

³ **Ibidem.** Pág. 23.

⁴ Santiago Mir Puig. **Derecho penal y ciencias sociales.** Pág. 20

caso de que se realice determinada conducta o prevé una medida de seguridad para determinados estados peligrosos”⁵.

Una parte de las normas que forman el orden jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan a la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo son sancionadas por el medios más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal: La pena.

1.4. Estructura:

La norma jurídica penal consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho lo constituye un delito y la consecuencia jurídica una pena y/o medida de seguridad.

Artículo 123 del Código Penal, “comete homicidio quien diere muerte a alguna persona. Al homicida se le impondrá prisión de 15 a 40 años”.

Se trata de una norma penal completa, porque en ella se describe claramente el supuesto de hecho, matar a otro, y la consecuencias jurídica, la pena de prisión de 15 a 40 años. Pero no debe confundirse norma penal con Artículo del Código Penal. Normalmente pueden coincidir, pero otras veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentran repartidos en diferentes Artículos del Código Penal. Cuando los Artículos entre los que se reparte el supuesto de hecho y la consecuencia están en inmediata conexión, dentro de la misma

⁵ Santiago Mir Puig. **Derecho penal parte general**. Pág. 21

sección o capítulo, tampoco hay dificultad en considerar también estos casos como normas penales completas.

Sin embargo, no siempre se encuentra tan claramente en la configuración legislativa de la norma penal esta sencilla estructura. Muchas veces para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica hay que acudir a distintos Artículos del Código Penal que no están en inmediata conexión o, incluso, a una norma jurídica de carácter extrapenal. Esto plantea dos problemas: el de las normas penales incompletas y el de las normas penales en blanco.

1.5. Normas penales incompletas o dependientes:

Son aquellos preceptos que sólo tienen sentido como complemento o aclaración del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una norma penal completa.

Ejemplo de este tipo de normas son las circunstancias atenuantes o agravantes, contenidas en los Artículos 26 y 27 del Código Penal.

Si se analizan las disposiciones de los Artículos mencionados, se observa, que en ellas no se hace referencia expresa al supuesto de hecho concreto de una norma penal completa. Estas solo tienen sentido si se colocan en relación con alguno de los supuestos recogidos en la parte especial del Código Penal, son por consiguiente, partes de la descripción del supuesto de hecho y como tal pertenecen también a la norma, pero no son normas en sí mismas.

La razón de este tipo de normas, como lo manifiesta el autor Francisco Muñoz Conde, “no es ninguno sustantivo, sino una mera razón de técnica y economía legislativa. El legislador no tiene que ir repitiendo a cada instante que el menor de dieciocho años de edad, está exento de responsabilidad criminal. Para evitar estas repeticiones ha elaborado una especie de catálogo de hechos, que frecuentemente modifican el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica que sirven para aclararlos”⁶.

El autor Arzamendi de la Cuesta, manifiesta que “el nombre de norma le viene un poco ancho a este tipo de preceptos, ya que desde el momento que no contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica no pueden considerarse como tales normas en sentido propio”⁷.

Se trata más bien de fragmentos de normas, pues al completar el supuesto de hecho o la consecuencia que integran la norma, forman también parte de ésta. No es, por tanto, muy afortunado el nombre de norma penal incompleta, porque puede llevar a confusiones, pero tienen la ventaja de ser lo suficientemente expresivo para mostrar cuál es la esencia de estos fragmentos de norma.

1.6. Normas penales en blanco:

“En su origen la noción de ley penal en blanco sirvió en Alemania para explicar los casos en que la ley del Imperio (código penal de Reich) dejaba la determinación del supuesto

⁶ **Ibidem.** Pág. 33.

⁷ **Presupuestos fundamentales de derecho penal.** Pág. 43.

de hecho en manos de los Estados federales (lander) o de los Municipios”⁸.

Esta es la concepción que ideó Binding: “La Ley penal en blanco se concibe, por ello en un principio, como autorización o delegación por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es solo válida, desde el punto de vista de la autorización concedida por la ley penal en blanco”⁹.

Se entiende por norma penal en blanco “aquella cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal”¹⁰.

Comparada con otras definiciones de norma penal en blanco que se dan en doctrina, la definición aquí propuesta puede considerarse demasiado estricta o demasiado amplia.

Demasiado estricta, en cuanto que algunos consideran también como norma penal en blanco aquella en la que el supuesto de hecho se consigna en otro precepto contenido en la misma ley penal.

Demasiado amplia, en cuanto que para otros sólo es norma penal en blanco aquella en la que el supuesto de hecho se determina por una autoridad de categoría inferior a la que dicta la norma penal.

⁸ Stampa Braun, **Introducción**. Pág. 30

⁹ **Normen 24**, Pag. 161

¹⁰ García Arán, Mercedes y Muñoz Conde, Francisco, **Ob. Cit.** Pág. 33.

En contra de la primera postura, la inclusión en la norma penal en blanco de aquellos casos, en los que el supuesto de hecho se consigna en otra norma de carácter penal, da excesiva amplitud al concepto de norma penal en blanco y hace casi imposible distinguirla de las normas penales incompletas o de aquellas normas penales completas en las que supuesto de hecho y consecuencia jurídica vienen consignadas en distintos Artículos del Código Penal.

La norma penal en blanco completada, es tan norma penal como cualquier otra. El supuesto de hecho consignado en la norma extrapenal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola. Pero materialmente el uso o abuso de este procedimiento técnico legislativo dificulta extraordinariamente la labor del penalista, no sólo porque se ve remitida a ámbitos jurídicos que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal, sino también porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto a las demás normas jurídicas producen una discordancia entre las propias normas penales que no ayuda en absoluto a la certeza y seguridad jurídica.

De las normas penales anteriormente expuestas, se debe agregar las normas penales completas, que son aquellas, que como se mencionó al principio, poseen los dos elementos estructurales de la misma.

1.7. Elementos de la norma penal:

“Suele decirse que la estructura de toda norma jurídica se halla constituida por dos elementos: un supuesto de hecho y una

consecuencia jurídica, esta sería, pues la estructura de las normas jurídico-penales”¹¹. Se piensa, respecto a esto último, en las normas que establecen la pena o la medida de seguridad (normas secundarias). En ellas la conducta delictiva constituye, en efecto, el supuesto de hecho y la pena es su consecuencia jurídica. Menos evidente es la estructura en las normas primarias.

Éstas no suelen formularse hipotéticamente, sino en forma condicionada: ¡no matarás! ¡no robarás!, etc. Sin embargo, lo cierto es que también esta clase de normas resultan aplicables en determinados supuestos y tienen una consecuencia jurídica que es el deber de observar su contenido normativo.

1.8. El delito:

Dentro del derecho penal objetivo, se estudia el elemento tan importante de la norma jurídico penal como lo es el delito.

El problema con que se tropieza, al intentar dar un concepto de delito, es la imposibilidad de concebirlo al margen del derecho penal positivo.

En efecto, delito es “toda conducta que el legislador sanciona con una pena”¹².

“El delito lo define como la infracción del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso”¹³.

¹¹ Larenz, **Metodología**. Pág. 164

¹² **Ibidem**. Pág. 48.

¹³ Jiménez de Asúa, Luis **La ley y el delito**. Pág. 251

Lo define como: “Toda acción determinada por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado”¹⁴.

Todo intento de definir el delito al margen del derecho penal vigente, es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión, moral o sociología. La verdad es, que las concepciones filosóficas, morales o sociológicas del delito ayudan poco en esta materia al jurista.

Tradicionalmente delito se define como una acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible.

Se toma en consideración, entonces, que se trata de dos posibles circunstancias, una es el hecho positivo o sea el hacer acción, y el hecho negativo que es la omisión. En la acción, como se dijo, se procede a un hacer, y en la omisión en un dejar de hacer, pero que la omisión se refiere sobre aquellos hechos que se tiene la obligación jurídica de realizar.

Como mas adelante se mencionará, los actos omisivos, aunque parezca una antinomia, se pueden clasificar en omisión propia, omisión impropia o de comisión por omisión.

Los primeros encuadran dentro de aquellos tipos donde la descripción del hecho necesariamente determina un dejar de hacer. En los segundos se realiza un actuar conforme a una omisión. Por ejemplo, en el primer caso se refiere al delito de

¹⁴ De León Velasco, Héctor Anibal y De Mata Vela, José Francisco, **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág.125

negación de asistencia económica, en el cual se requiere una omisión, dar la asistencia económica, y en el segundo en el caso de por ejemplo, dar muerte por omisión de auxilio.

1.9. La pena:

El concepto de pena se plantea, en principio como un concepto formal. Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo. Con esta definición no se dice nada, sin embargo, sobre cual es la naturaleza de ese mal o por que o para que, se impone. La respuesta a estas cuestiones es uno de los problemas mas discutidos de la ciencia del derecho penal y la polémica desborda incluso los límites jurídicos, para convertirse en un tema de interés general para otras ciencias, sociología y filosofía principalmente.

Si se quiere seguir algo de claridad en este asunto, deberán distinguirse desde el principio tres aspectos de la pena:

- su justificación
- su sentido
- su fin

Mientras que con respecto al primer aspecto puede decirse que existe unanimidad, no ocurre lo mismo con respecto a los otros dos.

➤ La pena se justifica con su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una

comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad.

Más discutidos son los problemas sobre el sentido y fin de la pena. “Ellos han constituido el objeto de la llamada lucha de escuelas que durante muchos años ha ocupado el centro de gravedad de las discusiones y polémicas en la ciencia del derecho penal”¹⁵.

Aunque aquí no voy a ocuparme de esta polémica con detalle, expondré sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos y el estado actual del problema.

Tradicionalmente se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

- Las teorías absolutas atienden solo al sentido de la pena prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y determina la función de la pena. “La pena es pues, la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como una necesidad ética, como un imperativo categórico al modo que la entendió KANT; bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del Derecho como la concibió HEGEL”¹⁶.
- Las teorías relativas atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

¹⁵ **Ibidem.** Pág. 49.

¹⁶ Cuevas Del Cid, Rafael. **Introducción al derecho penal.** Pág. 34

- Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. “Su principal representante fue el penalista alemán que consideraba la pena como una Coacción psicológica que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos” ¹⁷.
- Las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento.
- Tras estas, aparentemente irreconciliables posiciones, se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales. Esta nueva postura llamada teoría de la unión es hoy la dominante.

Las teorías de la unión aparecen en la historia del derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables; los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial.

Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. Retribución y prevención son dos polos

¹⁷ **Ibidem.** Pág. 50.

opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente.

Las teorías de la unión tienen, sin embargo, el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas. Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque solo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarse con el, por consiguiente, desde un punto de vista totalizador, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos.

Se puede concluir, diciendo que la pena es retribución, en tanto que supone la imposición de un mal al hecho punible cometido. La idea de retribución traza los límites de la intervención punitiva del Estado.

El límite mínimo, porque solo puede aplicarse, prescindiendo ahora de las medidas de seguridad, cuando se haya cometido un hecho delictivo completo en todos sus elementos. El límite máximo, porque obliga a no sobrepasar la gravedad de la pena que tiene asignada en la ley el hecho que dio lugar a su aplicación. Pero la pena no se agota en la idea de retribución, sino que cumple también otra función importante, luchando contra el delito a través de su prevención. A través de la prevención general, intimidando a la generalidad de los ciudadanos amenazando con una pena el comportamiento prohibido, pero también demostrando la superioridad de la norma jurídica y los valores que representa, así como restableciendo o fortaleciendo la confianza de los

ciudadanos en el derecho (prevención general positiva). A través de la prevención especial, incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiéndolo y recuperándolo para la convivencia, o internalizando en él a través del castigo una actitud de respeto por las normas jurídicas.

1.10. Medidas de seguridad:

“Como acabamos de ver, el derecho penal no solo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia”¹⁸. Si esta doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación de la pena, se habla de un derecho penal monista. Por el contrario, se habla de un derecho penal dualista, cuando junto a la pena, se aplican otras medidas de distinta naturaleza a las que se llaman medidas de seguridad.

En el derecho penal moderno junto a la pena, como principal consecuencia del delito, vienen también en consideración las medidas de seguridad, adoptándose así en la mayoría de los países un sistema dualista de las consecuencias jurídicas del delito.

Originariamente los códigos penales decimonónicos respondían a la idea de un derecho penal monista y regulaban solo una consecuencia del delito: la pena, que respondía fundamentalmente al pensamiento retributivo y en cierta medida también de la prevención general. Pero poco a poco fue destacándose la idea de la prevención especial, apareciendo en primer plano la persona del delincuente como

¹⁸ Muñoz Conde. Francisco. **Teoría del delito**. Pág. 57.

sujeto que hay que corregir, rehabilitar o asegurar. Se hizo así precisa la introducción en los sistemas legales punitivos vigentes de determinadas medidas que pudiesen realizar más adecuadamente dicha idea.

Al igual que la pena, la medida de seguridad se justifica por ser un medio de lucha contra el delito. La diferencia fundamental con aquella radica en que mientras que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la culpabilidad o responsabilidad del sujeto, en la medida de seguridad se atiende a la peligrosidad. Por peligrosidad se entiende la probabilidad de que se produzcan un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona.

El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de la medida de seguridad es de naturaleza preventiva-especial. El delincuente es objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquello no sea posible.

Este juicio de peligrosidad se lleva a cabo a través de una prognosis de la vida del sujeto en el futuro. Para ello deben tenerse en cuenta varios datos: el género de vida del sujeto, su constitución psíquica, el ambiente en que vive, etc. De aquí se desprende que la peligrosidad de un sujeto, es decir, la posibilidad de que cometa un delito en el futuro, puede constatarse aun antes de que se haya cometido delito alguno. Frente a esa peligrosidad predelictual esta la

peligrosidad postdelictual, que es la probabilidad de delinquir en el futuro que muestra una persona que ha cometido ya un delito, es decir, un delincuente.

En mi opinión, no hay ninguna duda de que el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico penales lo constituye la peligrosidad post delictual. Ello se deriva de la propia naturaleza y concepto del derecho penal.

En efecto, el derecho penal se ocupa del delito, al que vincula determinadas consecuencias jurídicas, penas o medidas de seguridad. Solo el delito, la conducta criminal definida como tal en el Código Penal, constituye el punto de partida y el presupuesto de toda reacción jurídico penal. El mismo Código Penal dice en su Artículo 1º. Que se ocupa de delitos y faltas, es decir, de conductas criminales.

Es evidente, por tanto, que el derecho penal solo debe ocuparse de conductas peligrosas postdelictuales y que, por consiguiente, las medidas de seguridad jurídicopenales únicamente deben referirse a dichas conductas. Pero, aun aceptando este punto de partida, deben analizarse, siquiera brevemente, las ventajas e inconvenientes de esta consecuencia del delito.

La medida de seguridad no cabe duda es un instrumento indispensable en la actual lucha contra el delito. Ella se adecua mejor que la pena a la personalidad del delincuente en la sociedad. Por otra parte, es el único recurso de que dispone el Estado en aquellos casos en los que no se puede imponer una pena por ser el sujeto inimputable, aun cuando

ha cometido un hecho tipificado en la ley como delito y es peligroso.

Pero de todos modos no deben ocultarse sus inconvenientes. Estos son sobre todo de tipo jurídico constitucional. El presupuesto de la medida de seguridad, la peligrosidad, es un juicio de probabilidad y como tal puede ser erróneo: el que no se considera peligroso vuelve a reincidir y el que se considera altamente peligroso puede no volver a delinquir nunca más. Las bases sobre las que descansa un tal juicio son movedizas y los criterios que se manejan en las prognosis son todavía muy inseguros. Contra ellos se formulan objeciones de índole dogmática y psicosocial. En realidad, debe aceptarse el riesgo de que la prognosis falle; y efectivamente la experiencia así lo demuestra.

También se puede formular objeciones contra la aplicación misma de la medida de seguridad. La aplicación de una pena es la consecuencia fundamental del delito, con ella se consiguen los fines de prevención general, intimidando a los demás ciudadanos, y de prevención especial; asegurando o corrigiendo al delincuente.

La aplicación conjunta de pena y medida de seguridad puede lesionar el principio de *ne bis in idem*. Por más que digamos que el fundamento y los fines son distintos en una y otra, en verdad es el mismo individuo quien soporta ambas consecuencias por el hecho cometido.

Por otra parte alguna de estas medidas de seguridad en concreto puede lesionar los derechos fundamentales del individuo, al imponer coactivamente actividades que emanen de la libertad personalísima del individuo como, por ejemplo, el trabajo, o que en última instancia descansan en la voluntad del sujeto afectado como, por ejemplo, el tratamiento terapéutico o correccional. Y aun existe el peligro de que con la medida de seguridad se persiga en realidad un aumento de la gravedad de las penas, aduciendo la supuesta finalidad de la defensa social o de la corrección del individuo.

Por todo ello, se propone hoy un sistema combinado de penas y medidas, en el que estas solo sean, en principio aplicables como sustituto de la pena cuando el sujeto del delito no sea responsable del mismo, pero si peligroso y excepcionalmente, juntamente con la pena, cuando sean de distinta naturaleza y, por tanto compatibles en su cumplimiento simultáneo o, en el caso de que ambas sean privativas de libertad (internamiento psiquiátrico y cárcel para un toxicómano), haciendo cumplir en primer lugar la medida y luego computando su tiempo de duración en el tiempo de duración de la pena.

1.11. Función de la norma penal:

La función de la norma penal, como la de cualquier institución, solo puede comprenderse en referencia a un sistema social de convivencia.

Con esto no se ha dicho nada todavía, sobre las cualidades que debe tener ese sistema de convivencia ni

sobre la forma específica de funcionar de la norma penal sobre ese sistema. A la primera cuestión solo se puede responder situándose en una perspectiva ideológica, desde la que se puede decir, por ejemplo, que el sistema social ideal de convivencia es el comunista, el capitalista o el anarquista. En este sentido una norma funcional para un sistema puede ser disfuncional para otro y viceversa.

Pero supuesto que desde esta perspectiva el concepto de función es demasiado neutro, hay que precisarlo más y preguntar, no por la función de la norma penal respecto a un determinado sistema ideológico, sino por la función de la norma penal respecto a la convivencia humana que es el fin y al mismo tiempo la base de todo, sistema social.

En tanto que la norma penal posibilite una mejor convivencia será funcional, cuando se convierta en perturbadora de esta convivencia será disfuncional. Pero el concepto de funcionalidad al que aquí nos referimos no tiene directamente que ver con el sistema social de convivencia en el que la norma penal actúa, como con la forma en que la norma penal opera dentro del propio sistema.

Desde esta segunda perspectiva, se puede decir que la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales.

La norma penal tiene por tanto, una doble función: protectora y motivadora; o mejor dicho, protección a través de

la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. “La protección supone la motivación y solo dentro de los límites, en los que la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia”¹⁹.

1.12. Función de protección: el concepto de bien jurídico:

A la norma penal, igual que a las demás normas jurídica, le incumbe una función eminentemente protectora. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas en esta materia radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que solo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad.

¿Pero, que es lo que protege o pretende proteger a la norma personal? A esta pregunta responden de modo unánime los penalistas: la norma penal, el derecho penal, protege bienes jurídicos, la verificación de esta afirmación obliga, pues, a enfrentarse con el concepto de bien jurídico.

1.13. El concepto de bien jurídico:

1. La necesidad de la convivencia condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo, las necesidades humanas individuales- supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual auto realizarse y desarrollarse. “La

¹⁹ Ob. Cit. Pág. 53.

autorrealización humana, necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan bienes y concretamente en tanto son objeto de protección por el derecho, bienes Jurídicos”²⁰.

Lejos de la definición civilista de los bienes, los bienes jurídicos tutelados son valores o derechos inherentes a las personas. Así pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización para la vida social.

Entre estos presupuestos se encuentran en primer lugar, la vida y la salud, negados por la muerte y el sufrimiento. A estos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc.; y otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc.

A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama bienes jurídicos individuales, en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados bienes jurídicos comunitarios que afectan más a la comunidad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales, y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado, la organización política, etc.

²⁰ **Ibidem.** Pág. 54.

De aquí la distinción que suele hacerse en la parte especial del derecho penal entre delitos contra los particulares que atacan directamente a los bienes jurídicos individuales y delitos contra la sociedad.

La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste puede auto realizarse.

- La determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que, como tal, está condicionada históricamente. Los valores que en cada época determinada el legislador somete a tutela penal, dependen no solamente de las necesidades sociales concretas, sino también, y quizás en primera línea, de las concepciones morales dominantes en la sociedad.

Ahora bien, esta realidad indiscutible lleva a considerar también como bien jurídico los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una perversión del concepto de bien jurídico. La historia muestra claros ejemplos de esto.

La elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría es una forma evidente de mantener el estatus, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. De este modo, se abusa del derecho penal como sistema de

represión en defensa de algunas minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales, a la propiedad privada, por ejemplo, con la misma gravedad o incluso mas gravemente con los ataques a la vida, a la salud o a la libertad, considerando como derechos naturales inmutables y permanentes que el interés personal que los que ejercen el poder.

Al igual que ocurre con el concepto de delito, también tiene el penalista que elaborar un concepto material, no simplemente formal del bien jurídico, que, comparado con las concepciones extrajurídicas le permitan una función crítica de los bienes jurídicos protegidos por el legislador.

Pero esta función crítica no se debe limitar sólo a los bienes jurídicos protegidos, sino también al modo de protegerlos, para desembocar finalmente en una función políticocriminal que determine qué bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal.

Esta visión crítica se puede obtener más fácilmente con una concepción personalista del bien jurídico. El punto de vista contrario, una concepción monista de carácter universal o colectivo, reconduce la función del derecho penal a la protección del sistema social en su conjunto, y sólo dentro de él, en segundo plano del individuo, considerando los bienes jurídicos individuales (vida, salud, libertad, etc.) como atribuciones derivadas de las funciones del sistema social. Como lo que propugna Aséme en Alemania “desde una visión antropocéntrica del mundo debe considerarse, sin

embargo, que los bienes jurídicos individuales, solo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo, de ahí que considere preferible una teoría personalista del bien jurídico”²¹.

Las teorías dualistas que dividen y colocan en el mismo plano los bienes jurídicos individuales, soslayan el problema, ignorando que es más que una simple cuestión sistemática lo que hay en juego en este tema. En ningún caso, se puede olvidar que en el proceso de producción del bien jurídico, se dan manipulaciones y tergiversaciones que tienden a ignorar el bien humano, que debe haber en todo bien jurídico en beneficio de una concepción puramente estatalista, o deshumanizada del mismo.

1.14. Función de motivación:

Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. “Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado motivación”²².

El concepto de motivación admite muchas acepciones. Por motivación se entiende un proceso, conciente o inconciente, en cuya base se haya una fuerza activadora y que se encamina a un objetivo. Bajo el concepto de motivación se comprenden, pues todos aquellos procesos, que explican la conducta o la hacen comprensible.

²¹ **Ob. Cit.** Pág. 56.

²² **Ibidem.** Pág. 56.

Entre estos procesos se encuentra el derecho. El derecho penal como parte de este derecho, ejerce un fuerte influjo en la motivación humana; pues como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo, son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su conciencia.

De todas las teorías que han explicado el proceso de motivación del comportamiento humano, ninguna lo ha hecho tan bien y tan convincente como la teoría psicoanalítica.

En alguna parte de psique humana se forma desde la niñez de control que vigila las propias emociones y rige las conductas del hombre conforme a las exigencias del mundo circundante. A este órgano de control lo llamó después superyo. El proceso de formación del superyo es bastante complicado. Empieza con la introyección del poder paterno en la niñez y continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida. La autoridad en general y la autoridad estatal que precisamente muestra en el derecho penal su aspecto más dramático se internalizan a través del superyo. De este modo se forma una instancia valorativa en el adulto que le impulsa a dirigir sus acciones conforme a las exigencias que de ella emanan. Esta instancia valorativa, conciencia ético social, o superyo tiene su origen en factores determinantes de tipo religioso, económico, etc. Los llamados estereotipos. Uno de esos factores es sin lugar a dudas el derecho, la norma jurídica, cuya diferencia con los demás factores radica precisamente en la

posibilidad de su imposición coactiva. Esta posibilidad existe también en los otros factores pero en ninguno de ellos se presenta organizada e institucionalizada la institucionalización de la coacción, la coacción organizada es el rasgo típico del derecho.

El principal medio de coacción jurídica, la pena, sirve pues, para motivar comportamientos en los individuos. La norma penal cumple, por tanto esa función motivadora que se señalaba amenazando con una pena de realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad no deseable.

La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; aunque en su última fase sea individual, es decir incida en el individuo concreto. Como dice Parsons: “todos los procesos de motivación son procesos que se producen en las personalidades de los actores individuales. Los procesos mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son, sin embargo, fundamentalmente, procesos sociales, que entrañan la interacción del ego con una pluralidad de alter”²³.

Parece, pues, evidente que la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico penal en un contexto mucho más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad.

²³ Ob. Cit. Pág. 58.

El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conductas y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. El control social determina pues los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. No hay alternativas al control social; es inimaginable una sociedad sin control social.

Dentro del control social, la norma penal, el sistema jurídico penal, ocupa un lugar secundario puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en la sociedad. Es inimaginable un derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social. Es más, un derecho penal que funcionara así sería absolutamente insoportable y la más clara expresión de una sociedad de esclavos.

La norma penal, el sistema jurídico penal, el derecho penal como un todo, sólo tienen sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar

para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento.

Las diferencias existentes en el sistema jurídico penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el derecho penal constituye un plus adicional en intensidad y gravedad de las sanciones. Pero no el único, ni el más importante. Verdaderamente, las normas penales por sí solas son insuficientes y paradójicamente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. De nada servirían ni la combinación penal contenida en las mismas, ni la imposición de la pena, ni su ejecución, si no existieran previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad. La conciencia moral el superyo, la ética social se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas, y sólo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual en referencia a las normas penales. Así por ejemplo todo el mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primariamente como una norma social y sólo posteriormente como norma jurídica penal.

Es más, difícilmente puede tener eficacia motivadora alguna de la norma penal en orden a inhibir estos comportamientos, si no va acompañada de otros factores motivadores e igualmente inhibitorios.

Son muchos los casos que se pueden citar de discrepancia entre la función motivadora de la norma penal y la función motivadora emanada de otras instancias de control social. A veces las normas sociales no sólo dan una imagen deformada del derecho penal, sino que también desarrollan estrategias de neutralización de modificación de las exigencias contenidas en las normas penales.

No hace falta citar el caso del aborto para reflejar hasta que punto sucede esto en la realidad criminológica de nuestros días. Algo similar ocurrió en EE.UU. en los años veinte en la ley de prohibición de consumo de alcohol o sucede ahora con la represión indiscriminada del consumo de drogas. Hay otros ejemplos menos espectaculares pero no menos reales, que demuestran la disociación existente entre normas sociales y normas penales en numerosos ámbitos de la vida social. A los ejemplos procedentes del derecho penal vigente durante la dictadura franquista en España en el ámbito de las libertades públicas y de la moral sexual ya derogados, habría que añadir ahora otros casos, de signo contrario, en los que determinadas clases o grupos sociales desarrollan estrategias de contención o de neutralización de las normas penales cuando estas pueden afectar a sus intereses de clase. Valga de muestra el caso de los delitos económicos, en los que el logotipo como economía de mercado, libertad de empresas, etc., se utilizan a veces como pretexto, justificación o excusa de los más graves atentados a los intereses económicos colectivos.

Esta claro, pues, que la función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social. Un derecho penal sin esta base social previa sería tan eficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un derecho penal puramente represivo que sólo tendría eficacia como instrumento de terror.

Pero también la función motivadora emanada de esas otras instancias de control social sería ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal. Los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizada de control social que es el derecho penal. La renuncia al derecho penal en las actuales circunstancias no supondría ningún avance en orden a la consecución de una mayor libertad, sino más bien lo contrario: que las tareas reservadas al derecho penal fueran asumidas por otras instancias del control social más difíciles de controlar y limitar que las penales propiamente dichas consiguiendo con ello, no eliminar el derecho penal, sino algo peor que el derecho penal mismo, o que se cambien las palabras pero no la realidad.

La función motivadora que aquí se defiende, también persigue, en definitiva, según lo que preconizaba Welzel: “el reforzamiento de los valores ético-sociales o la confirmación del reconocimiento normativo que defiende la moderna teoría de la prevención general integradora” ²⁴. Pero se

²⁴ Ob. Cit. Pág. 65.

diferencia de estos planteamientos en que reconoce el carácter ambiguo e incluso contradictorio de estos valores y dificultades existentes para conseguir la integración o el consenso, cuando coexisten, incluso en relación con los valores fundamentales que protege el derecho penal, distintas e incluso opuestas concepciones (piénsese sólo en la división existente en la opinión pública en torno al tema de la punición del aborto).

CAPÍTULO II

2. Derecho penal subjetivo:

2.1. El derecho penal subjetivo:

Tradicionalmente, se suele tratar bajo este epígrafe los problemas de legitimidad del poder punitivo o *ius puniendi* del Estado. Inherente al propio poder estatal, el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque guste o no, es una realidad, una amarga necesidad, con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada.

Las perspectivas abolicionistas pertenecen, hoy al mundo de las utopías y en todo caso no pueden plantearse al margen de un determinado modelo de sociedad y Estado: y los modelos de sociedad y Estado que conocemos en el presente y en el pasado, y podemos prever en un futuro a corto o medio plazo no parecen, desde luego, que puedan prescindir de esa última instancia de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques mas graves a los bienes mas importantes de sus respectivos sistemas de valores.

La aceptación de esta realidad no quiere decir, ni mucho menos, que tenga que ser una aceptación acrítica. Las experiencias habidas hasta la fecha con el derecho penal demuestran hasta que punto éste puede ser manipulado y utilizado para reprimir derechos fundamentales de las personas y perpetuar las injusticias estructurales del sistema.

La cuestión de la legitimidad del derecho penal o de la legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema no es, por tanto, una cuestión superflua, pero en cierto modo, está más allá del derecho penal propiamente dicho. Como señalábamos antes, al hablar de la función de la norma penal ésta no puede ser desconectada de un determinado sistema social, político, económico y jurídico de convivencia. Un estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales engendra a su vez un derecho penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del statu quo del modelo del Estado al que sirve. Un Estado democrático debe dar lugar, en cambio, a un derecho penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad de igualdad y de libertad que son la base de una democracia.

La cuestión de la legitimidad del derecho penal o de la legitimidad del Estado para utilizarlo en el establecimiento o mantenimiento de su sistema no es, por tanto, una cuestión superflua, pero en cierto modo, está más allá del derecho penal propiamente dicho. Como señalábamos antes, al hablar de la función de la norma penal ésta no puede ser desconectada de un determinado sistema social, político, económico y jurídico de convivencia. Un estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales engendra a su vez un derecho penal de esta clase, puramente represivo y perturbador del statu quo del modelo del Estado al que sirve. Un Estado democrático debe dar lugar, en cambio, a un derecho penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad de igualdad y de libertad que son la base de una democracia.

Por ejemplo, configurando el Estado español desde su Constitución de 1978 como un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, parece claro que el derecho penal, como una parte de ese ordenamiento jurídico debe adaptarse y ponerse en consonancia con el modelo de Estado social y democrático de derecho y con los valores superiores que éste propugna.

La legitimidad del derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene pues, del modelo fijado en la Constitución Política de la República de Guatemala específicamente en su Artículo 152, y de los Pactos y Tratados Internacionales, como la declaración de Derechos Humanos reconocidos por la propia Constitución, que el derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio.

Pero junto a esta legitimación extrínseca del derecho penal, hay también una legitimación intrínseca del propio instrumento jurídico punitivo representado por una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación. Algunos de estos principios como el de legalidad de los delitos y las penas tienen tanta importancia que han llegado a recogerse a nivel constitucional entre los derechos y libertades fundamentales, otros son más producto de la reflexión especulativa de la regulación penal que de la aplicación directa de preceptos constitucionales.

Pero todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de derecho, y por tanto, de todo su ordenamiento jurídico.

Democracia deviene de demos, pueblo y cratos poder, es decir el poder deviene del pueblo, pero el mismo no puede ser ejercido simultáneamente por todas las personas, para ello debe delegarse en un ente que sea lo suficientemente capaz para resguardar nuestros intereses, el Estado.

2.2 Principios limitadores del poder punitivo del estado

Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Estas ideas sirven de línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales y, en caso contrario, dan la base para su crítica. Dirección y crítica son, por tanto las dos funciones que tienen encomendadas estas ideas en el ámbito del derecho penal moderno. Su naturaleza es tanto política como jurídica. Su origen hay que buscarlo, con todas las reservas que supone buscar una fecha para el nacimiento de una idea, en ese momento histórico, que suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que por lo menos a nivel teórico el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado.

A partir de esa época el derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la ley. Evidentemente, la vigencia plena de esta idea fue y es

todavía un deseo loable no siempre satisfecho en la práctica: pero su reconocimiento, siquiera sea a nivel formal, supuso ya un adelanto irreversible frente al derecho penal de los Antiguos Regímenes. La importancia de este adelanto se mostró posteriormente, cuando el Estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible, amenazando con penas conductas indiferentes desde el punto de vista ético social y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable. La situación no ha cambiado tanto como para prescindir actualmente de este problema. La excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada es un hecho corriente repetidas veces denunciado. En derecho penal se ha entrado además en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza en el represión punitiva que parece volver a los tiempos de una política penal autoritarios de donde parecía se había salido ya definitivamente.

Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, el problema de los límites al poder punitivo estatal, límites que se basan en última instancia en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma, sigue siendo un problema fundamental. A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. Sin embargo, en la doctrina suelen señalarse otros, como el de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc. Que en la realidad, no son más que diversas formas de aparición de los mencionados anteriormente. Ciertamente algunos de ellos han llegado a cobrar tal importancia en el moderno derecho penal que suelen tratarse autónomamente

al mismo nivel que el de intervención mínima o el de intervención legalizada. Así sucede, por ejemplo, con el principio de culpabilidad que, sin embargo, sigue siendo discutido tanto en el nombre como en su contenido.

No nos ocupemos aquí de otros principios igualmente importantes como los principios de presunción de inocencia, derecho a la defensa, *in dubio pro reo*, derecho a ser oído y participar en el proceso, derecho a la prueba a la imparcialidad del juez y al juez natural, etc., cuyo estudio corresponde al derecho procesal penal que, como ya hemos dicho anteriormente, constituye una disciplina jurídica y un área de conocimiento diferente.

2.3 Principio de intervención mínima

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter subsidiario, frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

Esta expresión, indudablemente equívoca, ha originado las más estériles polémicas. A mi juicio la subsidiariedad, sucesoriedad, o secundariedad, como también se le llama, del derecho penal no es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima. Pero, para evitar malos entendidos, conviene precisar, previamente al estudio de las consecuencias de este principio, la cuestión de la subsidiariedad del derecho penal.

2.4 La subsidiariedad del derecho penal: especial consideración del poder sancionatorio de la administración:

El derecho penal, como todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho. Ello ha llevado a un cierto sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el derecho penal tiene carácter subsidiario.

La afirmación del carácter subsidiario del derecho penal tiene su origen en la teoría de las normas que formuló a principios del siglo XX el penalista alemán Binding “El punto de partida de este autor en su distinción entre norma y ley penal; el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas”²⁵.

La distinción peca de artificial y, desde luego es innecesaria por imperativo del principio de legalidad o de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, las normas de conducta solo adquieren relevancia al derecho penal en la medida en que se plasman en la ley penal vigente. El que existan normas de conducta sociales previas a las propias leyes penales no implica que éstas sean subsidiarias de aquellas, sino simplemente demuestra el sustrato social que las normas penales tienen.

²⁵ **Ob. Cit.** Pág 123.

A nivel menos filosófico, el problema se plantea en relación con las otras ramas del ordenamiento jurídico, respecto a las que el derecho penal tendría un carácter puramente sancionatorio y por tanto, subsidiario. El derecho penal sería así simplemente el instrumento sancionatorio de supuestos de hecho cuya regulación correspondería a las demás ramas del derecho el derecho civil, el mercantil, el administrativo, etc.

Ello es en parte así, en aquellos casos en los que, como ya hemos visto a través de las llamadas normas penales en blanco, la regulación del supuesto de hecho de la norma penal se hace en otras ramas del derecho a las que la norma penal expresamente remite. Incluso en estos casos el derecho penal se hace en otras ramas del derecho a las que la norma penal expresamente remite. En estos casos, el derecho penal utiliza sus propios criterios para decidir qué parte de esos supuestos lleva a la categoría de delito, y desde el momento en que lo hace la convierte en un elemento integrante de su propia normativa.

Lo que no puede ignorarse es que el derecho penal también es una parte del ordenamiento jurídico y que como tal está en una relación de interdependencia en las otras normas jurídicas, sin que ello signifique relación de subsidiariedad o subordinación a las demás.

Pero dentro del total ordenamiento jurídico al derecho penal le corresponde la tarea más ingrata y temible, la de sancionar con las medidas mas graves los ataques mas intolerantes a los bienes jurídicos mas importantes y en este sentido sí se puede decir que el derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del

ordenamiento jurídico por cuanto en ello se expresa su carácter de ultima ratio; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto puede ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas deben ser aquéllas las aplicables.

En realidad, el derecho penal no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Prácticamente, todas las ramas jurídicas poseen sus propias sanciones que se aplican en caso de incumplimiento de sus normas. Así por ejemplo en el derecho de obligaciones se prevé que el deudor indemnice al acreedor los daños y perjuicios producidos por su incumplimiento. En el derecho de la circulación viaria se sanciona con multa o incluso con la retirada temporal del permiso de circulación las infracciones de tráfico. En el derecho disciplinario de los funcionarios públicos se sanciona a estos en caso de infracción de alguno de los deberes específicos que le impone la función pública que desempeña.

Algunas de estas sanciones, puede derivarse de la comisión de un delito, planteándose entonces el problema de si pueden coexistir con las penales propiamente dichas. La respuesta debe ser afirmativa en la medida en que las sanciones no penales tengan una finalidad y una función distinta a las penales. Así por ejemplo el propio Código Penal regula en su Artículo 119, regula que la responsabilidad civil derivada del delito que puede coexistir perfectamente con la pena, igual sucede con las sanciones laborales de despido por haber el trabajador cometido un delito en el desempeño de su oficio, y, en general, en todas las sanciones no penales que afectan a ámbitos distintos al penal propiamente dicho. Así por ejemplo un futbolista puede ser sancionado

penalmente, por haber lesionado y con la suspensión federativa profesional para jugar varios partidos. La segunda sanción la federativa, tiene un ámbito y función completamente distinta a la penal, que sólo puede imponer el Tribunal penal correspondiente.

La cuestión se complica cuando la sanción penal y la extrapenal no sólo coinciden en el mismo hecho, sino que cumplen funciones muy parecidas. Pero el tema no es tan claro en el caso de las sanciones administrativas de carácter disciplinario. Si el funcionario comete por ejemplo un delito de malversación de caudales públicos puede ser sancionado, penalmente a una pena de prisión y, disciplinariamente, a la expulsión del cuerpo.

La jurisprudencia internacional viene defendiendo desde antiguo este criterio, así por ejemplo dice Tribunal constitucional español. Obedecen a valoraciones jurídicas diferentes ya que la responsabilidad penal persigue la restauración de la paz social perturbada por el delito, mientras que la disciplinaria se inspira, más bien en un criterio de moralidad, que impone a la Administración la ineludible necesidad de deberes para rodear del prestigio imprescindible a la función pública.

Y curiosamente lo mismo dice el Tribunal Constitucional, que reproduce casi literalmente los fundamentos de la vieja jurisprudencia. Pero lo más grave no es esta clara infracción del *ne bis in idem*, lo más grave es que la sanción disciplinaria puede tener más entidad que la penal. Así por ejemplo en el caso que citábamos antes de malversación, el funcionario puede ser sancionado penalmente si reintegra la cantidad malversada a una pena de suspensión de seis meses (Artículo 396 Código Penal), y ser separado por la vía disciplinaria definitivamente de su empleo.

Desde luego, esto se compagina mal con el carácter de última ratio y subsidiario del derecho penal. Por eso debe proponerse, ya que la jurisprudencia constitucional y algunas normas legales disciplinarias son inequívocas en este sus sanciones por ninguna otra disciplina jurídica y que a los hechos constitutivos del delito no puedan aplicarse otras sanciones que las que se pronuncian en la sentencia penal, ya de por sí suficientes para restablecer el orden jurídico violado.

Fuera del ámbito disciplinario la cuestión se ha solucionado a favor de la vigencia del *ne bis in idem*. Hasta el punto de existir disposiciones expresas, como los Artículos 32 y 33 de la Ley General para la defensa de los consumidores de 1984 en España, y el Artículo 74 de la ley de Seguridad vial, o el Artículo 18 de la Ley de Seguridad ciudadana, también españolas, en las que expresamente se consagra la vigencia del *be bis in idem* y la supremacía de la jurisdicción penal para juzgar y sancionar los hechos constitutivos de delitos.

La distinción entre el poder sancionador administrativo y el propiamente penal es puramente coyuntural y desde luego no se basa en criterios cualitativos o de diferencias esenciales entre los políticos, administrativos y penales, que están en su origen. La distinción es fundamentalmente cuantitativa.

Una vez más conforme el carácter de *última ratio* del derecho penal, es obvio que este se ocupe de las infracciones mas graves. Así, por ejemplo en materia de tráfico, conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas es constitutivo de delito a partir de una determinada cantidad de alcohol en sangre (0.8 por mil). Sin

embargo, cabe el peligro de que rebajando este hecho a la categoría de infracción administrativa, pase a manos del poder sancionatorio de la Administración y que ésta proceda más expeditivamente que el propio derecho penal. Un ejemplo de ello, puede ser también la consideración como infracción administrativa del consumo de drogas en Ley de Seguridad Ciudadana. El consumo que obviamente no es delito para así a ser sancionado administrativamente.

Contra este procedimiento poco se puede hacer dado el relativismo de la distinción entre ilícito administrativo e ilícito penal, pero en todo caso, y para evitar los abusos a que dio lugar la Ley de Orden Público en la dictadura franquista en España, el Artículo 253 de la Constitución Española, dispone expresamente que “la administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”²⁶.

Es decir, de toda la gama de sanciones la única específica del derecho penal es la privación de libertad, bien como sanción directa, o bien como subsidiaria en caso de impago de multa penal.

En las demás, la administración puede hacer un uso ilimitado de ellas. Lo único que cabe esperar ante este desmesurado poder sancionatorio es que también aquí rijan los mismos principios y garantías que rigen en la imposición de las sanciones penales. La ausencia de una ley general reguladora del poder sancionatorio viene siendo suplida por el Tribunal Constitucional que traspassa a las sanciones administrativas los principios y garantías de las penales.

²⁶ Citada por García Aran y Muñoz Conde. **Ob. Cit.** Pág 123.

Para concluir con un entendimiento claro de la subsidiariedad del derecho penal, un individuo acude a un tribunal penal a interponer una querrela contra un sujeto x, por el delito de falsedad ideológica de un instrumento público. Sin embargo, el problema que surge es el de la fe pública notarial. Como el notario está investido de fe pública, los documentos que autoriza se presumen como ciertos, por ello previo a acudir a la instancia penal, debe acudir a la instancia civil para que declare nulos los instrumentos públicos por su falsedad y subsidiariamente, es decir una vez agotado este proceso, acudir a la instancia penal para deducir la responsabilidad correspondiente.

2.5. La relativa dependencia del derecho penal en sus presupuestos:

Pero si el derecho penal es totalmente independiente en sus efectos no lo es tanto, sin embargo, en sus presupuestos. No puede desconocerse que hay delitos cuya creación es genuinamente penal, en tanto en cuanto no tiene un explícito correlato en las leyes no penales o habría que buscarlo a través de cláusulas generales como las de los Artículos del Código Civil. Así ocurre por ejemplo con los delitos contra la vida y la moral sexual.

Pero tampoco es menos cierto que existen otros grupos de delitos, cuya relación con otras ramas del derecho es tan estrecha que mal se pueden precisar sus presupuestos sin acudir previamente a ellas. Principalmente, ocurre esto con los delitos contra el patrimonio, cuyos presupuestos existenciales descansan en relaciones jurídicas privadas, así por ejemplo⁹ el delito de

alzamiento de bienes supone la existencia de una relación jurídica obligacional que liga al acreedor con el deudor; la apropiación indebida o el hurto suponen la ajenidad de la cosa apropiada, la distinción entre estos dos delitos descansa en el discutido concepto de la posesión, etc. Lo mismo sucede con algunos delitos contra el estado civil, la bigamia, por ejemplo, que supone la constatación de la previa existencia de otro matrimonio anterior válidamente constituido; incluso, la misma razón de protección a una relación jurídica privada: la conyugal.

Una buena prueba de la relativa dependencia del derecho penal en sus presupuestos es la existencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, de las cuestiones prejudiciales Artículos 3 a 7. Precisamente, han sido creadas para dilucidar los casos en los que la existencia de un delito depende de la constatación de relaciones jurídicas pertenecientes a otras ramas del derecho. Estas cuestiones serán, unas veces, resueltas por el juez penal, otras, se remitirá a su conocimiento a otras jurisdicciones cuya resoluciones vincularán o no al juez penal, etc.

La cuestión de si el derecho penal crea sus prohibiciones o éstas le vienen ya dadas es, pues, más adecuada para oscurecer los problemas que para solucionarlos y, en todo caso, no se puede resolver de un modo general. Sobre todo si se tiene en cuenta, que el ordenamiento jurídico no está compuesto de comportamientos cerrados, estancos, sin comunicación entre sí, sino que existe una relación de interdependencia entre ellos, sin que esto implique la subsidiariedad de ninguno. Existe, pues, una unidad del ordenamiento jurídico en todas sus ramas y un concepto de ilicitud o antijuridicidad válido para todas ellas: lo único que

varían son los efectos que se prevén en una o en otra y que cada una configura de acuerdo con sus necesidades y autónomamente.

Un problema distinto es el de la validez de los conceptos usados en otras ramas del derecho penal. Ciertamente, hay conceptos jurídicos usados en el derecho penal con un alcance distinto al que se le da en otras disciplinas. Piénsese, por ejemplo en el concepto de funcionario que el derecho penal maneja que no tiene nada que ver con el del derecho administrativo; el concepto de cosa mueble a los efectos del delito de hurto o robo es distinto del que maneja el derecho civil, etc. Pero otras veces el significado es el mismo, así ocurre con la ajenidad en el hurto, o el concepto de comerciante en el alzamiento de bienes o en la quiebra.

La cuestión se plantea con especial agudeza en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y en referencia a aquellos términos acuñados por el derecho privado que se emplean al tipificar estos delitos. La solución no puede darse con un criterio general apriorista, más bien hay que estar en el caso concreto. El punto de partida debe ser aceptar los conceptos elaborados en el derecho privado en el sentido que allí se les asigna: es necesario, sin embargo, que tales nociones sean examinadas a la luz de las normas del derecho penal para adaptarlas a sus necesidades y fines, conservando en tanto sea posible sus características originales.

2.6. Las consecuencias del principio de intervención mínima en la protección de bienes jurídicos:

El derecho penal social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia puedan merecer la protección del derecho se denominan bienes jurídicos.

El concepto de bien jurídico, que se atribuye a Birnbáum (a mediados del siglo XIX) no nació en el sentido político-criminal expresado, sino en el sentido dogmático de objeto de protección elegido por la ley. Dicho concepto, ofrece al legislador un criterio bastante aceptable como principio inspirador de sus decisiones en materia penal: sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto del derecho penal. Sin embargo, la vaguedad del concepto mismo y su posible manipulación por las instancias oficiales obliga a ulteriores precisiones conceptuales, que ocupan hoy una buena parte de las reflexiones de la ciencia del derecho penal.

Naturalmente, esta discusión carecería de interés si el bien jurídico existiera antes de que el legislador le otorgase su protección sacándolo, por así decir, de la realidad social en la que vive. Pero el concepto de bien jurídico, como todos los conceptos normativos, es una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado, y a veces manipulado y pervertido en sus elementos esenciales. De tal modo que poco se gana con decir que el derecho penal protege bienes jurídicos, si antes no nos ponemos de acuerdo sobre lo que entendemos por tales.

Ya se propuso una teoría personalista del bien jurídico, pero se dijo que tan importante como el interés humano necesitado de protección penal, es el proceso mismo social y político a través del que se constituye, dejando abierto el concepto a otros fenómenos relevantes que puedan modificarlo en el futuro.

Esta estrategia definitoria tiene la ventaja de ofrecer más un argumento para elaborar y aplicar el derecho penal, que un salvoconducto de la *ratio legis*. Más no se puede esperar de este tipo de conceptos fundamentales; pero tampoco su vaguedad e insuficiencia deben llevar a su abandono o, como algunos pretenden, a su sustitución por conceptos aún más vagos e imprecisos como el de funcionalidad del sistema social perdiéndose así un importante punto de apoyo para la crítica del derecho penal positivo.

La absoluta autonomía del derecho penal en la configuración de sus efectos no quiere decir que éstos puedan ser empleados de cualquier modo, en su calidad y cantidad para proteger bienes jurídicos. Con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el derecho penal sino también ante el derecho penal. Si para el restablecimiento del orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales.

Otro límite a la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal viene impuesto por la propia gravedad de las acciones que en ellos inciden. Si como ya decíamos anteriormente, el fundamento del concepto material del delito no sólo es el desvalor del resultado lesión o puesta en peligro del bien jurídico,

sino también al de la acción, la protección de bienes jurídicos que lleva a cabo el derecho penal se tiene que establecer con la incriminación se realiza con la descripción de estas conductas en los llamados tipos penales que cumplen así la misión de indicar la materia de prohibición, lo que el legislador considera que debe ser prohibido.

Pero no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco los bienes jurídicos son protegidos por él. El derecho penal se limita sólo a castigar, son protegidos más graves contra los bienes jurídicos más importantes de ahí su carácter fragmentario, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico el derecho penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia.

Este carácter fragmentario del derecho penal aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: en primer lugar defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques e especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

Desde un punto de vista político criminal, siguen estando vigentes las ideas del penalista y filósofo alemán M.E. Mayer sobre “cuándo debe intervenir el legislador para proteger penalmente un bien” ²⁷.

²⁷ Citado por Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 209.

- La cualidad de merecedor de protección que debe tener un bien depende del valor que le atribuya a ese bien una determinada cultura. Ya he dicho antes que esta valoración está condicionada históricamente y advertía del peligro de perversión a que puede llegar el concepto de bien jurídico, cuando se estiman merecedores de protección intereses minoritarios o de grupo que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. En el Código Penal existen aún ejemplos de bienes cuyo merecimiento de protección es por lo menos dudoso.

Así por ejemplo sucede con los delitos de injurias al gobierno (Regulado en el Artículo 161 del Código Penal Español) ultraje a los símbolos de la Nación, o en general, con los delitos de desacato, pretenden proteger un supuesto honor institucional a costa de limitar en exceso la libertad de expresión de información o crítica del ejercicio del poder político.

- La otra cualidad del bien es la de su necesidad de protección (No todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal) muchas veces bastará con la que le conceden las leyes civiles, administrativas, etc. Conforme al principio de intervención mínima el derecho penal concederá, pues, su protección, cuando fracasen o sean insuficientes las barreras protectoras que deparan las demás ramas jurídicas.

Pero sucede a veces que la protección que ofrecen a determinados intereses las otras ramas jurídicas es tan insuficiente que el derecho penal se ve obligado a intervenir allí donde no era necesaria su intervención. Se cubren así intereses merecedores de protección, pero de un modo insatisfactorio, pues

se echa mano para ello de un medio grave como la pena, pudiendo haberse solucionado de otro modo.

En parte, ésta puede ser una de las razones que aconsejan la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Nadie duda que la vida del feto es un bien jurídico merecedor de protección; pero la protección jurídico penal se muestra, hoy por hoy, como ineficaz porque se hace a costa de la represión de la libertad o incluso de la vida y la propia salud de la mujer que obviamente son también bienes jurídicos merecedores de protección penal. La elección de otras vías de protección y fomento de la natalidad, a través de incentivos salariales o fiscales, protección del puesto de trabajo de la mujer embarazada, etc. Son desde luego más eficaces y demográficamente más útiles que todas las medidas represivas juntas.

- La tercera cualidad del bien en su capacidad de protección. No todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal son igualmente capaces e idóneos para esa protección. Un ejemplo de ello es la moral sexual.

Ya M.E. Mayer: “Reconocía esa dificultad en la protección de la moral sexual: aunque se piense decía que es mucho el merecimiento y la necesidad de protección de la moral sexual, su capacidad de protección sale, sin embargo, mal parada. Si el legislador se niega a reconocer su incapacidad, expone el orden jurídico a sufrir derrotas, se presenta como un general incompetente en misiones para las que no están preparadas sus tropas. Un ejemplo clásico de lesión de esta máxima se

encuentra en el parágrafo 175 del Código Penal Alemán”²⁸. Este parágrafo 175, ya suprimido, castigaba las relaciones homosexuales entre adultos y ha sido siempre considerado por los penalistas alemanes como la prueba más palpable de intransigencia e intromisión del derecho penal en el ámbito moral.

La misión del Estado es garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a sus ciudadanos.

De acuerdo con este principio, han ido desapareciendo de los Códigos Penales Europeos delitos tales como la homosexualidad entre adultos, el adulterio, el lesbianismo, la blasfemia; comportamientos considerados tradicionalmente como inmorales pero que no se concretan en la lesión de bienes jurídicos particulares determinados. En relación con el ejercicio de la sexualidad, en el moderno derecho penal se penalizan sólo los ataques violentos a la libertad sexual, la implicación de menores o deficientes mentales en actos sexuales de adultos y la explotación de formas deterioradas del ejercicio de la sexualidad como la prostitución. La regulación legal de esta materia Artículo 429 del Código Penal Español, presenta sin embargo, algunas ambigüedades y contradicciones derivadas de la propia complejidad del bien jurídico.

De todo lo dicho se deduce que el bien jurídico, es un fundamento necesario de la intervención del derecho penal en la regulación de la convivencia humana, pero no es por si sólo criterio suficiente para limitar el poder punitivo del Estado. La intervención del derecho penal en la protección de bienes jurídicos depende además como dice Hassemer: “del criterio de merecimiento de

²⁸ **Ibidem.** Pág. 200.

pena, es decir, del juicio de si un comportamiento concreto que afecta aun determinado bien jurídico debe, por la gravedad del ataque, por la propia importancia del bien jurídico, etc. debe ser sancionado penalmente”²⁹. En esta decisión, el legislador se guía no sólo por criterios de justicia, sino también de oportunidad y utilidad social. Ambos criterios se interfieren y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena. En un Estado de derecho sería desde luego, fundamentalmente injusto castigar un hurto de escasa cuantía con pena de muerte o con veinte años de prevención de estos delitos. Pero igualmente, puede ser desaconsejable castigar un comportamiento ciertamente injusto como son los malos tratos que los padres infligen a los hijos, cuando ello puede producir más daño que beneficio a las víctimas. En caso de duda sobre el merecimiento de pena de una conducta debe elegirse la vía de la impunidad o la despenalización (*in dubio pro libertate*). En definitiva, la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal, es antes que una cuestión dogmática un problema de política criminal.

2.7. Las consecuencias del principio de intervención mínima, en lo que se refiere a la gravedad de las penas:

Otras consecuencias del principio de intervención mínima se refieren a la gravedad de las penas. También aquí la idea rectora es la de que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito. Un ejemplo de este principio es el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala, excepcionalmente, el efecto retroactivo de la ley penal en cuanto favorezca al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquella

²⁹ Bacigalupo, Enrique. **Derecho penal**. Pág. 345.

hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo condena.

Lo contrario de esta idea es la hipertrofia cualitativa del derecho penal que constituye, en general, una característica del Estado totalitario que pretendió afianzarse con brutales amenazas penales, renunciando a las ideas de humanidad y proporcionalidad.

Las consecuencias de este principio en relación con la gravedad de las penas son precisamente: el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad de las penas.

- Dentro de los muchos significados que la palabra “humanidad” admite, la empleo aquí en el sentido señalado por Jeschek de que: “todas las relaciones humanas, que el derecho penal en su más amplio sentido hace surgir, deben regularse con base en la mutua ayuda, en la responsabilidad social por los delincuentes, en el estar prestos al auxilio y al cuidado sociales y en la decidida voluntad de rehabilitar a los delincuentes ya condenados”³⁰.

Estas ideas se reflejan en el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad.

En el proceso penal el principio de humanidad, que surge con la Ilustración, ha llevado a la abolición de la tortura como medio de averiguación de la verdad y a la de cualquier otro medio que prive al acusado de la libre determinación de su voluntad, como el lavado de cerebro, el detector de mentiras el suero de la verdad, etc.

³⁰ **Ibidem.** Pág. 256.

Con respecto a la pena de muerte el principio de humanidad impone su abolición en los países donde existe; pues ni sirve más que otras penas para proteger a la comunidad, ni permiten ningún tipo de acción resocializadora sobre el delincuente, ni, desde luego, es necesaria para garantizar la paz social.

Por último, en materia de ejecución penitenciaria, el principio de humanidad obliga a tratar con respeto al encarcelado y procurar su reinserción en la vida social, una vez que haya salido de la cárcel, ahorrándole, en todo caso, todo tipo de vejaciones inútiles y de sufrimientos.

El Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala prohíbe expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, aboliendo la pena de muerte. Igualmente responden al principio de humanidad la tipificación expresa del delito de tortura, o ejecución extrajudicial en el Código Penal.

- El principio de proporcionalidad es una idea de justicia inmanente a todo el derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente.

Trasladado al campo del derecho penal, este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.

En primer criterio que se debe utilizar para determinar la gravedad de la pena que se debe imponer a un determinado delito

es, desde luego, la importancia del bien jurídico, dado que este es el principal fundamento de la intervención del derecho penal. De ahí por ejemplo que los delitos contra la vida sean los que se castiguen más severamente en los Códigos Penales.

La gravedad de la pena depende además de la forma de ataque al bien jurídico. Así por ejemplo un ataque doloso a la vida es mucho más severamente castigado por ejemplo como asesinato, que uno a varios ataques imprudentes al mismo bien jurídico, por ejemplo diez homicidios por imprudencia a consecuencia de un accidente de tráfico. La diferenciación no se hace en estos casos cuantitativa sino cualitativamente es decir en función del desvalor ético social del comportamiento realizado.

En todo caso parecen excesivos los marcos penales que se asignan en nuestro Código Penal a los delitos de expresión en relación con determinadas instituciones, símbolos o personajes políticos. Así por ejemplo las penas de los ultrajes a la Nación española, de las injurias al Jefe del Estado y al gobierno, pueden llegar a ser de 6 años y un día a 12 años de cárcel. Penas que en el caso de una bofetada a un ex ministro puede llegar a ser de hasta treinta años de cárcel, según el Artículo 233 del Código Penal de ese país.

Otro caso de desproporcionalidad en la pena se encuentra en los delitos de hechos sacrílegos, en donde se impone una única pena de prisión de doce años, sobre un hecho que acarrea un daño puramente moral, pero religioso. Por la afectación del sentir religioso, se le impone al infractor una única pena de 12 años de prisión, sin que se pueda dar un rango de aplicación proporcional al caso en concreto. Y es que en el derecho penal un absolutismo normativo es contradictorio al sistema democrático y

específicamente al derecho de defensa, ya que no pueden valorarse como iguales todos los hechos, no es lo mismo robar para sobrevivir, que robar por placer.

2.8. Principio de intervención legalizada:

La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y por eso mismo, fundamentales de las personas, el carácter de *ultima ratio* que esta intervención tiene, imponen necesariamente la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio tradicionalmente designado con el nombre de principio de legalidad establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el imperio de la ley entendida ésta como expresión de la voluntad general.

El principio de intervención legalizada o de legalidad, sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal. Aunque hoy se entienda como un principio fundamental del derecho penal, su reconocimiento ha supuesto un largo proceso, en ningún modo continuo, en el que se observan, junto al deseo de los ciudadanos por conseguir un mínimo de garantías frente al poder punitivo estatal, retrocesos y vueltas a sistemas absolutos y arbitrarios, cuando no a burlas descaradas en la práctica penal de algunos Estados que, sin embargo, mantienen el principio de legalidad como fachada formal de su legislación penal positiva.

El principio de intervención legalizada supone, al mismo tiempo, un freno para una política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna. En este sentido, debe decirse una vez más que el fin no justifica los medios. Una política penal mala, pero llevada a cabo con las garantías jurídicas mínimas, es preferible a una buena política penal realizada sin ningún tipo de control. La expresión tan gráfica de Von Liszt: “el derecho penal es la Magna Carta del delincuente”³¹. Es precisamente una consecuencia del principio de legalidad, pues por muy grave que sea un hecho su autor sólo podrá ser castigado, si ese hecho ha sido considerado previamente como delito por una ley y sólo con la pena prevista en esa ley, aplicada y ejecutada conforme también a dicha ley.

Debe aceptarse por consiguiente el riesgo de que por una mala elaboración de la ley o por la enorme astucia de un delincuente queden sin sanción acciones gravemente perturbadoras de la convivencia humana. Pero este riesgo es, por otra parte, bastante pequeño: en todo caso es el precio que hay que pagar por la seguridad jurídica, requisito indispensable en una comunidad organizada.

De la vigencia del principio de intervención legalizada se derivan para el derecho penal una serie de consecuencias que relativizan todo su contenido y que lo distinguen de las demás disciplinas jurídicas, tanto en orden a las fuentes, como a su interpretación, como a su elaboración científica.

³¹ Citado por García Aran, Mercedes y Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 99.

2.9. Evolución y fundamento del principio de intervención legalizada:

El principio de intervención legalizada nace con el Estado de derecho naturalmente, esto no fue obra de un día ni surgió por generación espontánea, sino un largo proceso al que se le han querido hallar remotos precedentes.

Los precedentes más claros suelen verse en el Artículo 39 de la Magna Carta dada por el Rey Juan II de Inglaterra en el año 1215, y en España en el Decreto de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188. Se podrían citar otros textos legales parecidos y opiniones doctrinales en las que se ha querido ver los atisbos o precedentes del principio de intervención legalizada en la edad media, pero una tal enumeración o cita no tendrá otro objeto que el de la vana erudición, pues, estos supuestos antecedentes, aunque tengan aparente parentesco con el problema que se estudia responden a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes que no podemos en verdad hallar en ellos el auténtico origen del problema que nos ocupa.

El origen del principio de intervención legalizada debe buscarse por tanto, en aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio. A esta situación se llega precisamente con la revolución francesa, que no fue más que la coronación del pensamiento político y filosófico del siglo XVIII, la época del Iluminismo y de la Ilustración.

Durante esa época se suceden las declaraciones de derechos fundamentales de las personas y las del principio de legalidad de los delitos y las penas, como por ejemplo en las *petitions of rights* de los estados Americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776) en la Josephina Austriaca de 1787 y sobre todo en la famosa declaración francesa de los derechos del Hombre, del ciudadano de 26 de agosto de 1789, en la que se establecía que nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada.

Desde entonces se suceden las declaraciones de este principio en las Constituciones y Códigos Penales Decimonónicos, no siendo una excepción la legislación española de la época, que lo proclama también en todas sus constituciones y Códigos Penales, la cual heredaría resabios a nuestra legislación. De esta orientación se aparta únicamente el derecho penal anglosajón que sustituye el principio de legalidad de los delitos y las penas por la vinculación del juez, tanto, al precedente judicial a la tradición judicial- *el common law*- como al derecho legal emanado del parlamento – *statute law*-, constituyendo así un sistema jurídico penal con características propias.

Como se deduce de esta rápida visión de la evolución del principio de intervención legalizada, éste constituye una conquista de la ideología liberal de los siglos XVII y XIX y es el resultado del paso de una concepción absolutista del Estado a una liberal: el Estado liberal de derecho. A los ojos del jurista moderno se presenta como una conquista irreversible e irrenunciable, en cuanto ofrece el único medio racional de control del poder punitivo estatal. Sus insuficiencias se deben mas a su realidad objetiva que al principio como tal.

El principio de intervención legalizada tiene por tanto un claro fundamento político, el del Estado liberal de derecho; pero también hay razones puramente jurídicas que lo fundamentan.

- Políticamente, el principio de intervención legalizada es producto del espíritu liberal que creó el Estado liberal de derecho.-

El estado liberal de derecho se distingue por cuatro características.

- Imperio de la ley.
- División de poderes.
- Legalidad en la actuación administrativa.
- Garantías de derechos y libertades fundamentales.

El imperio de la ley supone que quien ejerce el poder estatal ya no puede castigar a las personas arbitrariamente y que su poder punitivo está vinculado a la ley. Por ley debe entenderse la formalmente creada por el órgano popular representativo (parlamento, asamblea general, congreso) como expresión de la voluntad general. En el ámbito del derecho penal esto quiere decir que solo puede determinarse los delitos y las penas por los órganos populares representativos que reflejan la libertad popular, es decir, por el parlamento u organismo similar. Todas las leyes penales que no se crean por este procedimiento, infringen el espíritu del principio de legalidad.

Esto debe destacarse porque precisamente por razones políticas, hay casos en que la potestad legislativa se delega en los poderes gubernamentales cuando no irroga éstos por razones de urgencia dicha potestad. Estas llamadas leyes

delegadas y decretos-leyes en la participación del órgano representativo popular es escasa o nula. Curiosamente, sin embargo, fue este uno de los procedimientos preferidos por el legislador franquista. La importante reforma de 1944 del Código Penal Español, se llevó a cabo a través de una legislación de las Cortes en el gobierno y otras muchas reformas del Código Penal de ese país, en aquella época se llevaron a cabo por la vía del decreto.

La segunda de las características del Estado de Derecho la división de poderes sirve de base técnica al principio de intervención legalizada.

La división de poderes, tal como la configuró Montesquieu en su obra: “El espíritu de las leyes, significa la distribución del poder estatal en tres funciones atribuidas cada una a un organismo distinto: la legislativa al parlamento o en nuestro caso al congreso, la ejecutiva al gobierno o administración, y la judicial a los tribunales de justicia o jurisdicción. Esta separación de poderes no debe entenderse en un sentido absoluto, como separación e incomunicación total de las funciones respectivas. Antes bien debe darse una serie de controles e intervenciones mutuos y recíprocas”³².

Esta división de poderes garantiza el principio de legalidad penal, repartiendo el poder punitivo estatal entre el legislativo, que se encarga de determinar los delitos y las penas a través de un proceso democrático en el que participan los representantes del pueblo, y en el judicial que se encargan de su aplicación del caso en concreto.

³² Citado por Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 254.

Conforme al esquema anterior, el ejecutivo no tiene o no debe tener un puesto importante en la elaboración del derecho penal. Por eso no afecta tanto el principio de legalidad administrativa al derecho penal.

De todas formas, un cierto grado de relajación del principio clásico de separación de poderes y determinadas razones políticas han hecho que la administración tenga hoy, una facultad sancionatoria que cuantitativamente es tan importante como la de los poderes legislativo y judicial.

Por eso como ya se ha dicho, conviene trasladar al derecho administrativo sancionatorio todas las garantías y cautelas que rodean la sanción penal propiamente dicha, evitando así que la administrativización del poder sancionatorio implique para el ciudadano una merma de sus garantías y derechos.

Finalmente el objetivo fundamental del principio de intervención legalizada, es el de garantizar los derechos fundamentales de las personas. La mejor manera de protegerlos es concretizarlos y formularlos en leyes y castigar con penas su lesión o violación. Los Códigos Penales se convierten así en un catálogo de prohibiciones de conductas que pueden lesionar esos derechos y libertades fundamentales. De este modo se tipifican los delitos contra la vida, contra la integridad corporal, contra la libertad, contra el honor, etc., cuya esencia consisten precisamente en lesionar estos derechos fundamentales, pero también las penas y sanciones penales aplicables a los autores de un delito afectan a sus derechos y libertades fundamentales

(su libertad en la pena de prisión), por lo que es revestirlas de todas las garantías del principio de legalidad.

Este cuadro que con todas sus insuficiencias prácticas se presenta hoy como punto de partida válido de toda política penal, fue, como es lógico, atacado por los estados totalitarios que, por lo pronto, hicieron tabla rasa del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal. Fue el Código Penal Ruso de mil novecientos veintiséis, uno de los primeros en establecer que el juez no estaba vinculado a la Ley igualmente se plasmó esta idea en plena época Hitleriana en el Código Penal Alemán, en cuyo párrafo segundo se decía expresamente, tras la reforma de que fue objeto en 1935 “será castigado el que cometa un acto que la ley declare punible o que merezca serlo según la idea fundamental de un a ley penal y el sano sentimiento popular quienes eran los detentadores del poder punitivo, que por supuesto, se había preocupado previamente de apoderarse del poder legislativo y de apoderarse por completo del poder judicial”³³.

La experiencia supuso a esa época de terror y arbitrariedad, de la que el derecho penal con el liberalismo parecía haberse librado definitivamente. La derrota de Alemania, las amargas experiencias sufridas con la derogación del principio de intervención legalizada, han impuesto la vuelta del sistema clásico, y parece conveniente seguir conservándolo, en tanto los hombres tengan que imponer limitaciones en los derechos y libertades de otros hombres.

El principio de intervención legalizada se ha convertido en un principio de validez universal, a través de la declaración de los

³³ **Ibidem.** Pág. 112.

derechos del hombre de las naciones unidas, en cuyo Artículo 11 establece: “nadie será condenado por acciones y omisiones, que no sean punibles en el momento de su comisión según del derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá una pena más grave que la que era aplicable en el momento de la comisión del hecho punible.”

El principio de intervención legalizada no sólo tiene un fundamento político, sino también jurídico.

“La base jurídica se la dio el penalista alemán P. Feuerbach (1775-1833). También fue ese mismo que le dio su formulación latina *nullum crime nulla poena, sine lege*”³⁴.

Para el mismo este principio es una consecuencia inmediata de su teoría de la pena, entendida como coacción psicológica. La pena según este autor, ejerce este autor, psicológica en los ciudadanos que los hace abstenerse de la comisión de delitos. Pero para que pueda desempeñar esta función es necesario que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y las penas con que se conminan esas conductas. Sin esta previa descripción legislativa, el potencial delinciente no podría saber si su conducta estaba previamente prohibida y castigada; y por consiguiente no significaría la pena una coacción psicológica para nadie.

Por muy elemental que pueda parecer, tiene sin embargo, el mérito de haber destacado a la función de motivación de la norma penal. Esta función de motivación tiene su origen en la teoría de la coacción psicológica, y también para ella tiene una gran

³⁴ **Ibidem.** Pág. 255

importancia el principio de legalidad. A través de la tipificación de las conductas prohibidas en las leyes penales y de la consiguiente amenaza de imponer una pena si se realizan, se motiva en los ciudadanos que se abstengan de cometerlas.

El principio de legalidad sirve también para determinar la culpabilidad del delincuente, pues solo quien conoce la prohibición contenida en la ley penal o, por lo menos, ha podido conocerla, puede motivarse por ella y puede ser castigado como culpable de un hecho punible.

El principio de legalidad es por otra parte la garantía jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal. A través de esta función de garantía se controla el poder punitivo estatal en todos los estadios en que éste se ejerce del siguiente modo:

- Como garantía criminal calificando como delito solo lo que la ley considere como tal. Así se regula en el Artículo 1 del Código Penal de España son delitos y faltas las acciones u omisiones las acciones u omisiones... penadas por la ley. Circunstancia que no se regula en nuestra legislación.
- Como garantía penal, imponiendo solamente la pena fijada en la ley para el delito cometido.
- Como garantía jurisdiccional no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme.
- Como garantía de ejecución, tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni

con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

La importancia del principio de legalidad o de intervención legalizada se refleja en que este es prácticamente el único principio penal que se recoge directamente en la constitución (Artículo 17 Constitución).

Con la formalización del control social, jurídico penal, al máximo nivel la protección de bienes jurídicos queda enmarcada, con todas sus ventajas e inconvenientes por el imperio de la ley. De ello se deducen una serie de consecuencia que relativizan de golpe el contenido del derecho penal, lo vinculan a la legislación vigente en cada país, en cada momento histórico, y lo hacen depender de los avatares que a través de la historia se van sucediendo. Esta es su gran tragedia pero también su principal mérito pues nadie que esté en su sano juicio puede ya atribuirle una misión trascendente, casi divina, mas allá de la legislación y del estado que le dan origen.

2.10 Principio de culpabilidad:

En derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación que conviene distinguir desde el primer momento para evitar confusionismo y polémicas inútiles.

Por un lado la culpabilidad como fundamento de la pena se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico es decir prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena. Para ello se exige la presencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de antijuridicidad, exigibilidad de la conducta) que constituyen los

elementos positivos específicos del concepto dogmático de culpabilidad. Basta la falta de cualquiera de uno de estos elementos específicos de la culpabilidad para que no pueda imponerse una pena. El fundamento material común a estos elementos es bastante discutido, e incluso es preferible hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad para denominar la categoría en la que ubicar sistemáticamente estos elementos.

Por otro lado está la culpabilidad como fundamento o como elemento de la determinación o medición de la pena. Aquí ya no se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración: en una palabra la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc.

Finalmente se emplea el concepto de culpabilidad como lo contrario a la responsabilidad por el resultado. En este sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a una combinación de ambas.

Sólo en este único sentido es unánimemente aceptado el principio de culpabilidad, mientras que en los otros dos significados ya señalados, tanto el concepto como la función del principio de culpabilidad son objeto de viva discusión.

En todo caso, parece hoy fuera de discusión en el moderno derecho penal que la pena tanto en su fundamento como en sus límites, depende del grado de participación subjetiva del sujeto en la realización del delito y que si esta es nula, bien por falta de dolo o imprudencia, respecto al resultado delictivo, bien por carecer el sujeto del grado de desarrollo mental necesario, bien por desconocer que el hecho estaba prohibido, carece de sentido imponer una pena, ya que la norma penal no puede desarrollar la función motivadora que la caracteriza.

CAPÍTULO III.

3. Análisis de los casos de procedencia:

La presente investigación, se fundamenta en un estudio puramente jurídico, por lo que el análisis a realizar se realiza así, y es ahí en donde nos enfocamos.

3.1. Análisis jurídico del Acuerdo Gubernativo número 221-2004 y 263-2004.

El Acuerdo Gubernativo número 221-2004 establece que el Estado se organiza para brindar protección a las personas por medio de todas sus organizaciones y recursos, en la defensa de la persona y la familia, teniendo como fin supremo el bien común, garantizando así la vida, libertad, justicia, seguridad, paz y desarrollo integral de los habitantes, haciendo aplicación del Preámbulo constitucional y de los Artículos correspondientes tal como el 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Así mismo agrega que es necesario un reordenamiento de las disposiciones reglamentarias para el expendio y consumo de bebidas alcohólicas, fermentadas o destiladas, dentro del territorio nacional, adecuándolas a la realidad nacional.

Lo cual no tendría trascendencia, sino es por el hecho que el cuerpo normativo introduce normas de tipo sancionador, sin comprenderse que se trate de tipo administrativo o de tipo penal. Por supuesto que estamos en presencia de normas de tipo administrativas, dado que el principio de reserva de ley nos menciona que sólo pueden crearse normas penales por el

Organismo Legislativo, caso contrario al presente ley. Pero también surge la duda si se trata de normas disciplinarias de tipo administrativas, dado que no se menciona la forma de hacerse efectivas ni cuál es el destino que se le deba dar a las mismas.

El Artículo 1 del cuerpo normativo en mención expresa: “Se prohíbe el expendio y consumo de bebidas alcohólicas fermentadas o destiladas, de lunes a domingo de una (01:00) a siete (7:00) de la mañana, en los establecimientos comerciales abiertos al público, cualquiera que sea su categoría o naturaleza, incluyendo: discotecas, restaurantes, comedores, centros nocturnos, cantinas, bares, expendios de dichas bebidas, hoteles, moteles o pensiones.

Los supermercados, automercados, abarroterías, tiendas de conveniencia y establecimientos comerciales similares, en donde se expendan bebidas alcohólicas, fermentadas o destiladas no podrán hacerlo de las veintiuna (21:00) a las siete (7:00) horas del día siguiente.

Los establecimientos a que se refiere este Artículo, podrán permanecer abiertos durante las horas que estuvieren autorizadas para ello por la autoridad competente, y siempre que no infrinjan de ninguna forma el presente Acuerdo.

Los propietarios, representantes legales, gerentes, encargados o empelados de los establecimientos comerciales, anteriormente indicados, serán solidariamente responsables del incumplimiento de la presente reglamentación.

El incumplimiento de esta disposición será sancionada con multa de cien mil quetzales (Q.100,000.00), y dará lugar al inicio del expediente para la cancelación de la patente, licencia o permiso otorgado a la persona individual o jurídica propietaria del establecimiento. Esto sin perjuicio de las acciones penales que correspondan conforme a otras leyes. A las personas individuales que coadyuven a incumplir esta disposición por razón de su actividad económica o trabajo, ó que en los horarios mencionados se encuentren consumiendo cualquiera de las bebidas aludidas en los establecimientos anteriormente indicados, se les impondrá una multa de cinco mil quetzales (Q.5,000.00), sin perjuicio de las acciones penales que corresponda conforme a otras leyes” (las negrillas fueron agregadas al texto original).

Como puede observarse, en el texto anterior, existe la sanción de multa de cien mil quetzales, pero no se establece cuál es el trámite para la imposición de dichas normas, lo cual nos trae el problema que surgió de igual manera con el juicio punitivo laboral, que se violenta el debido proceso, toda vez que a nadie se le pueden restringir sus derechos sin haber sido citado, vencido y oído en juicio preestablecido.

Cabría crear entonces un reglamento que determine el proceso a seguir para la imposición de dichas infracciones. También debe agregarse la disposición que regule los inspectores o ejecutores para el cumplimiento de esta normativa, ya que la ley por sí sola no tiene peso sino con las personas que se encarguen de hacerlas cumplir.

El Artículo 2 determina: “Se prohíbe a cualquier hora ingerir bebidas alcohólicas fermentadas o destiladas en la vía pública, así como en aquellas áreas adyacentes a los lugares en que éstas se expendan. A quienes incumplan esta disposición se les impondrá una multa de cinco mil quetzales (Q.5,000.00), sin perjuicio de las responsabilidades penales derivadas de tal contravención” . Esta disposición arrastrando el mismo problema que la anterior, se agrega que la sanción imponible es relativamente bajo, dado que en algunos centros nocturnos las cuentas sobrepasan estas sumas.

De igual manera el Artículo prohíbe vender o suministrar bebidas alcohólicas fermentadas o destiladas, a menores de edad. Sancionando a las personas que incumplan esta disposición con una multa de cinco mil quetzales (Q.5,000.00), y dará lugar al inicio del expediente para la cancelación de la patente, licencia o permiso otorgado.

Esto sin perjuicio de las acciones penales que correspondan conforme a otras leyes. Se entiende que esta norma es sumamente baja, dado que el daño causado con la venta de bebida alcohólica en un menor de edad es sumamente grande y en algunos casos, irreparable, por lo que podemos mencionar que no existe una proporcionalidad en la pena imponible.

“Artículo 4. Se prohíbe el ingreso y permanencia de menores de edad en bares, cantinas, clubes nocturnos y en cualquier otro lugar donde se vendan o consuman bebidas alcohólicas fermentadas o destiladas.

A las personas que incumplan esta disposición se les impondrá una multa de cinco mil quetzales (Q.5,000.00), sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que correspondan conforme a otras leyes. Esta norma al igual que la anterior no se fundamenta en la proporcionalidad de la pena, dado que el daño y estigma que provoca este hecho social resulta en muchos casos irreparable, cuando el Estado lo pretende apaliar con una ínfima multa de Q5,000.00.

Artículo 6. El Ministerio de Gobernación por conducto de la Policía Nacional Civil, velará por el estricto cumplimiento de las presentes disposiciones, adoptando las medidas de orden administrativo y operativo que se estimen necesarias. Corresponde a la Superintendencia de Administración Tributaria y Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, dictar las medidas para el cobro de las multas y la cancelación de las patentes, licencias o permisos otorgados al propietario del establecimiento comercial.

El propietario del establecimiento comercial que se le cancele la patente, licencia o permiso de expendio de bebidas alcohólicas fermentadas o destiladas, no podrá otorgársele una nueva patente, licencia o permiso con el mismo objeto comercial dentro del plazo de seis meses posteriores a su cancelación.

Además de las sanciones contenidas en el presente Acuerdo, se aplicarán las sanciones que establezca el código de Salud (Decreto número 90-97 del Congreso de la República y sus reformas), la Ley de Alcoholes, bebidas alcohólicas y fermentadas (Decreto Número 536 del Congreso de la

República y sus reformas).” Estas dos normas, aunque aparentemente contemplan el mecanismo para hacer cumplir esta ley, no se preocupa por fijar un plazo para la existencia de los órganos respectivos que velen por el cumplimiento de la misma.

Concluyentemente, cabe mencionar que dicha normativa (reglamentaria) no es suficiente para frenar la desvalorización que con el problema de la cultura alcohólica, se realiza. Legislaciones como la de México, España, y otros países europeos, han tomado con más seriedad dicha problemática, introduciendo en su derecho penal sanciones reales a quienes violen el ordenamiento jurídico, por ejemplo a través de la venta de alcohol a menores de edad, o el consumo en lugares públicos, por mencionar algunos ejemplos.

El gobierno resulta, de esta manera, complaciente con el grupo económico que ejerce dicho mercado, al crear el Acuerdo en mención, pues éste resulta una solución a medias al problema social relacionado, ya que las multas a imponerse son irrisorias comparadas con las ganancias que genera el comercio de bebidas alcohólicas, fermentadas y destiladas, tomando en cuenta que las empresas productoras y distribuidoras de las bebidas alcohólicas, fermentadas y destiladas, dirigen su mercadeo a las mentes jóvenes, constituyendo un gran número menores de edad y por lo tanto resulta un negocio bastante rentable incluso pagando la multa que se le imponga; ello no viene a colaborar grandemente con lo que es la política criminal y que pueda minimizar la violencia que a diario crece.

Y como medio para endurecer su posición, reforma dicho Acuerdo conforme otro Acuerdo Gubernativo número 263-2004 del Organismo Ejecutivo, que reforma el Acuerdo número 221-2004, antes mencionado, con el agregado que “ a quienes incumplan dicho Acuerdo, se les sujetará a las disposiciones del libro tercero del Código Penal”, sin tomar en cuenta que de nada sirve dicha reforma, ya que la regulación del derecho penal corresponde exclusivamente al poder Legislativo, esto con base al principio de Reserva de Ley, contenido en el principio de legalidad que se encuentra en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y con ello no dan solución al problema social que expongo.

Es por ello, que se hace crear una ley especial reguladora del expendio y consumo de bebidas alcohólicas, fermentadas y destiladas, de carácter penal, y que la consecuencia jurídica sea en proporción al daño causado en el entorno social. Como lo señale supra podría prevenir una serie de acciones penales, como hechos de tránsito, disparo de arma de fuego, riñas, etc.

Soluciones y propuestas:

La problemática antes planteada, nos deja en un análisis reflexivo y la ponderación de valores, ya que se pone sobre la mesa que el bien general debe prevalecer sobre el bien particular.

Ante esta circunstancia, debemos analizar que en la actualidad se considera como un bien general el beneficio de la venta de licor ya que desarrolla la economía nacional, pero

se pone en detrimento la seguridad de muchas personas adultas, pero más importante la de los menores de edad, puesto que con el expendio irrepreensible sólo se convalida una actitud de bajeza en el comercio contradictorio de nuestro sistema democrático.

Debe entonces cambiarse la acepción que se tiene en la actualidad del bien general, ya que no debe entenderse como bien general igual dinero; sino como aquella construcción social que garantice a futuras generaciones, la prosperidad de todo tipo; circunstancia que se cortan con el expendio de licores a ellos.

Como conclusión, se puede mencionar que es necesario crear una normativa de tipo penal especial, que sancione a los infractores de las disposiciones que regulan el expendio y consumo de bebidas alcohólicas, fermentadas y destiladas, creada por el Congreso de la República y que las penas sean en proporción al daño causado, según las circunstancias y en tal virtud se recomienda que en un periodo que no exceda de dos años, se eleve a delito de alto impacto y con penas severas como la de prisión inconvertible y superior a los 5 años, a las personas que expendan bebidas alcohólicas a los menores de edad.

CONCLUSIONES

1. El Acuerdo Gubernativo número 221-2004 establece que se sancionará la venta, distribución y consumo de bebidas alcohólicas fuera del horario establecido, pero no regula la pena o la sanción atendiendo al impacto social que causa el incumplimiento a dicha normativa.
2. A la fecha el Estado no ha realizado ninguna acción significativa contra el consumo y expendio de bebidas alcohólicas, al contrario se convierte en un aliciente para la fabricación y expendio de las bebidas embriagantes, no establece una forma de control del problema, ya que se orienta más en normas permisivas o explicativas que en normas reguladoras y prohibitivas.
3. Dentro de lo establecido en el Acuerdo Gubernativo número 221-2004 se enumeran una serie de normas que deben cumplir los establecimientos dedicados al expendio de bebidas alcohólicas caso contrario serán penalizados con una multa, pero no regula quien será el encargado de imponerla o si la misma es recuperable.
4. En el Acuerdo Gubernativo número 221-2004 no se establece cuál es el trámite para la imposición de sanciones, lo cual trae consigo el problema de

violentar el debido proceso, toda vez que a nadie se le puede restringir sus derechos sin haber sido citado, vencido y oído en juicio preestablecido.

5. En el Acuerdo Gubernativo 221-2004 no existe una proporcionalidad en las penas imponibles y el daño causado por el ilícito.

RECOMENDACIONES

1. Las penas que sancionen la venta, distribución y consumo de bebidas alcohólicas y fermentadas, deben ser, atendiendo al impacto social que causa el consumo de las mismas en la sociedad.
2. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala establezca una reforma total al Acuerdo Gubernativo número 221-2004, y que las penas establecidas sean sancionadas por el derecho penal y procesal penal, y no deben ser penalizadas administrativamente como esta regulado.
3. Es necesario la creación de un reglamento en el Acuerdo Gubernativo número 221-2004, para proporcionar el trámite y la destinación del cobro de las multas procedentes de las infracciones allí establecidas.
4. Que el Estado cree una institución encargada únicamente para velar por el estricto cumplimiento de la ley de bebidas alcohólicas y para sancionar a los establecimientos que las promuevan ilícitamente.
5. El Estado debe invertir en campañas de educación a los menores de edad, haciendo énfasis en los daños que ocasionan el alcoholismo.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, 14^a Ed.; Ed.: Heliasta, Buenos Aires, 1979.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al derecho penal**. Imprenta Universitaria. 1954.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal. DE MATA VELA, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco**. 2^a Ed.; Guatemala, Guatemala 1989.
- Enciclopedia jurídica omeba**, Ed.: Bibliográfica, Argentina, 1984.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Culpabilidad, legitimación y proceso**. Madrid España, 1988.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal, parte general**. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1993.
- JIMÉNEZ DE AZUA, Luis. **La ley y el delito**. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1980.
- MIR PUIG SANTIAGO. **Derecho penal, parte general**. 3^a Ed.; Barcelona, 1990.
- MIR PUIG SANTIAGO. **Derecho penal**. 1^a Ed.; México: Ed. Porrúa, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría del delito de derecho penal**. 2^a Ed.; Valencia: Ed. Bosch: 1989.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 3^a Ed.; Jerez, 1985.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas**. Buenos Aires Argentina, 1952.

LEGISLACION:

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

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

Código Procesal Penal. Congreso Nacional de la República de Guatemala, Decreto número 51-92.

Acuerdo Gubernativo 221-2004. Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Acuerdo Gubernativo 263-2004. Presidente de la República en Consejo de Ministros.

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