

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



**ANÁLISIS JURÍDICO
DE LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL BIEN
JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CÓDIGO PENAL
VIGENTE DESDE EL DERECHO PENAL
GARANTISTA EN GUATEMALA**

WILIAM JEHOVÁNNY HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

GUATEMALA, MARZO DE 2009

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO
PROTEGIDO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE DESDE EL DERECHO PENAL
GARANTISTA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

WILIAM JEHOVÁNNY HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

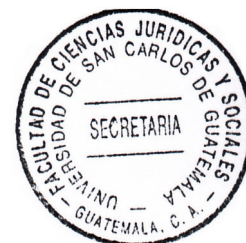
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2009.

**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. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Manfredo Maldonado Méndez
Vocal: Lic. Rodolfo Celis López
Secretario: Lic. Carlos Alberto Velasquez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Castro Monroy
Vocal: Lic. Pedro José Luis Marroquín
Secretario: Lic. Carlos Alberto Velásquez

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

Lic. Sebastian Noe González Angel
Abogado y Notario
Colegiado 6110



Guatemala, 11 de septiembre de 2008

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a providencia de esa dirección, de fecha diecinueve de junio del año dos mil ocho, se me nombra Asesor de Tesis del bachiller: Wiliam Jehovánnny Hernández Hernández, quien se identifica con el carné estudiantil 9917156, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE DESDE EL DERECHO PENAL GARANTISTA EN GUATEMALA”**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con el bachiller Wiliam Jehovánnny Hernández Hernández, con quien procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con el ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, el bachiller Wiliam Jehovánnny Hernández Hernández, tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando el ponente un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado; y haciendo uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología y técnicas de investigación utilizadas, lo que se refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo las cuales son congruentes con el tema.

Lic. Sebastian Noe González Angel
Abogado y Notario
Colegiado 6110



Se estima favorable y se considera de parte de su servidor que el tema es de mucha importancia puesto que trata de la contextualización del bien jurídico protegido en la legislación penal vigente desde el derecho penal garantista.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Examen General Público de Tesis, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor.

Atentamente,

Sebastián Noe González Angel
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Sebastian Noe González Angel
Asesor de Tesis
Colegiado 6110

6ª avenida 1-51 zona 9 tercer nivel edificio Falla
Tel. 54029619

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HECTOR MANFREDO MALDONADO MENDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante WILIAM JEHOVÁNNY HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE DESDE EL DERECHO PENAL GARANTISTA EN GUATEMALA".

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, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

Lic. Héctor Manfredó Maldonado Méndez
Abogado y Notario
Colegiado 5251



Guatemala, 03 de octubre de 2008

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Respetable Director:

De conformidad con el nombramiento emitido de fecha veintiséis de septiembre del año dos mil ocho, procedí a revisar el trabajo de tesis del bachiller: Wiliam Jehovánnny Hernández Hernández, intitulada: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE DESDE EL DERECHO PENAL GARANTISTA EN GUATEMALA”**.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico - social de actualidad, la recolección de información realizada por el bachiller Wiliam Jehovánnny Hernández Hernández, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.


Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de

Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez
Abogado y Notario
Colegiado 5251



espacio, conocimiento e investigación he estado apegado a las pretensiones del autor, en virtud cumpliendo con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis; de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a la investigación realizada por el bachiller Wiliam Jehovánnny Hernández Hernández, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así con una redacción adecuada, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía acordes al tema que se refiere a la importancia de contextualizar el bien jurídico que se protege en el derecho penal garantista guatemalteco.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.



Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 5251

Licenciado
C HECTOR MANFREDO MALDONADO MENDEZ
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de febrero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **WILIAM JEHOVÁNNY HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**, Titulado **ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE DESDE EL DERECHO PENAL GARANTISTA EN GUATEMALA**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh





DEDICATORIA

A DIOS Y A LA

VIRGEN MARÍA:

Por iluminar mi sendero de mi vida y permitir haber llegado a este momento tan especial, brindándome la sabiduría, confianza e inteligencia para disfrutar este éxito, muchas gracias.

A MIS PADRES:

Carlos Amílcar Hernández Aguilar y Susana Hernández Sandoval, por sus grandiosos ejemplos, bondad, amor, paciencia, dedicación y sacrificio, merecen todo mi amor, respeto y admiración, e aquí el fruto de sus esfuerzos.

A MIS HERMANOS:

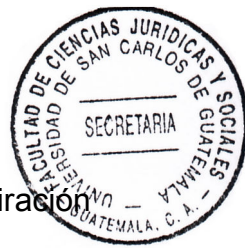
Nancy, Carlos y Henry, por todo el apoyo que me han brindado y el amor que siempre nos une.

A MIS SOBRINAS:

Ariana Carolina y Carla Estefanía, como un ejemplo de superación.

A MI CUÑADO:

Marvin Martínez, gracias por todo tu apoyo.



A MI NOVIA:

Erika Elizabeth González, por ser mi inspiración que me impulso a lograr este triunfo, muchas gracias amor.

A MIS ABUELOS:

Eladio Hernández, Josefina Sandoval, Marcos Hernández y Estela Aguilar, por todos sus consejos.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Con mucho cariño.

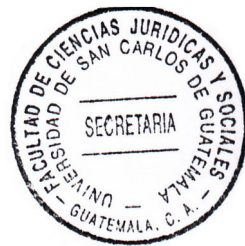
A MIS AMIGOS Y

COMPAÑEROS:

Fredy Pineda, Oscar Jutzuy, Aldo Matías, Rony Díaz, Juan Carlos Ávila, por todos aquellos momentos compartidos de alegría y tristeza, las muestras de cariño y apoyo que me han brindado cuando más lo necesite.

A LOS LICENCIADOS:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana, Héctor Manfredo Maldonado Méndez, Sebastián Noé González Ángel, Napoleón Gilberto Orozco Monzón, Lesbia Hernández, Rosario Gil, por todos los consejos y conocimientos compartidos.



A LA GLORIOSA Y

TRICENTENARIA:

Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme ser parte de esta casa de estudios.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho penal.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Importancia.....	2
1.3. Historia.....	3
1.3.1. Venganza privada.....	5
1.3.1.1. Venganza individual.....	6
1.3.1.2. Venganza familiar.....	6
1.3.2. Ley del talión.....	6
1.3.3. La composición.....	7
1.3.4. Venganza pública.....	8
1.3.5. Antiguo derecho penal.....	9
1.3.6. Derecho penal cambiante.....	11
CAPÍTULO II	
2. Principios del derecho penal.....	13
2.1. División teórica.....	13
2.1.1. Principios relativos a la función protectora del derecho penal.....	13
2.1.2. Principios relativos a la forma y aplicación de la norma penal.....	14
2.1.3. Principios que se desprenden del concepto de culpabilidad.....	14
2.2. El principio de mínima intervención.....	15



2.2.1. Definición de bien jurídico.....	15
2.2.2. Carácter fragmentario del derecho penal.....	16
2.3. Principio de subsidiariedad.....	16
2.3.1. Características del bien jurídico en materia penal.....	17
2.3.2. Origen.....	17
2.3.3. Coexistencia de la ley penal con las demás ramas del derecho...	18
2.3.4. Diferencia entre derecho penal y derecho administrativo.....	19
2.4. Principio de proporcionalidad de las penas.....	24
2.5. Principio de legalidad.....	25
2.5.1. Origen.....	26
2.5.2. Garantías que implica.....	28
2.5.3. El problema de las leyes penales indeterminadas.....	30
2.5.4. El problema de los tipos de aplicación concreta.....	30
2.5.5. Prohibición de la analogía.....	31
2.6. Principio de prohibición de retroactividad de la ley penal en perjuicio del reo.....	31
2.6.1. Ratio legis.....	32
2.6.2. Aplicación en las leyes procesales.....	32
2.6.3. Problemas de aplicación del principio con diversas figuras.....	33
2.6.4. Ultra actividad de la ley penal en beneficio del reo.....	34
2.7. El principio de especialidad.....	35
2.8. Principio non bis in idem.....	37



2.9. Principio de culpabilidad.....	37
2.9.1. La culpabilidad como fundamento de la pena.....	37
2.9.2. La culpabilidad como medida de la pena.....	38
2.10. Principio del derecho penal del acto.....	38
2.11. Principio de prohibición de las penas trascendentales.....	38
2.12. Principio de dolo o culpa.....	39
2.13. Principio de imputabilidad.....	39
2.14. Principio in dubio pro reo o de presunción de inocencia.....	40

CAPÍTULO III

3. El delito.....	43
3.1. Definición.....	43
3.2. Generalidades.....	45
3.3. Clases.....	48
3.4. Elementos.....	53
3.4.1. La acción.....	53
3.4.2. La tipicidad.....	54
3.4.3. Antijuricidad.....	55
3.4.4. La culpabilidad.....	57
3.4.5. La punibilidad.....	58
3.5. Causas de inimputabilidad.....	59
3.6. Causas de justificación.....	60
3.7. Causas de inculpabilidad.....	62



3.8. Circunstancias atenuantes.....	64
3.9. Circunstancias agravantes.....	67

CAPÍTULO IV

4. La contextualización del bien jurídico protegido en el Código Penal vigente desde el derecho penal garantista en Guatemala.....	75
4.1. Protección a la persona.....	76
4.2. Libertad e igualdad.....	77
4.3. Detención por faltas o por infracciones.....	78
4.4. La presunción de inocencia.....	78
4.5. La limitación de los derechos constitucionales.....	80
4.6. La inconstitucionalidad de las normas en casos concretos.....	81
4.7. Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general.....	81
4.8. Generalidades.....	82
4.9. Elementos del sistema de control de la sociedad guatemalteca.....	83
4.10. Análisis de la contextualización del bien jurídico protegido en el Código Penal vigente desde el derecho penal garantista en la sociedad guatemalteca.....	83
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

Debido a la revitalización de la idea contractualista como criterio legitimador del orden social, el tradicional y fecundo criterio fundamentador de las sociedades modernas ha terminado asumiendo en un grado hasta ahora desconocido el carácter contingente de sus contenidos, alejándose en alguna medida de los planteamientos consolidadores de la teoría clásica.

El énfasis colocado en la pluralidad de alternativas políticas pretendidamente existentes en la sociedad guatemalteca, o en su escasa toma en consideración, ha permitido situar en primer plano el análisis del procedimiento a través del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre las cuestiones políticas y sociales centrales.

Los avances registrados en la identificación y superación de las barreras comunicacionales que obstaculizan la obtención de ese consenso básico, han sentado de manera simultánea las bases para una extensión de una adecuación social a ámbitos sociales hasta hace poco sustraídos en buena parte a la discusión pública interciudadana y que sin constituir el núcleo primario del orden público, se ocupan de aspectos fundamentales de la convivencia social.

Esto ha dotado a las citadas normas fundamentales de un pequeño grupo de principios o valores superiores que tienen que inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos, por lo demás suelen ir referidos a un extenso catálogo de derechos



fundamentales, libertades públicas o garantías individuales que superan con creces la tradicionalmente breve enumeración existente en normativas precedentes. Lo anterior es lo que permite la contextualización del bien jurídico protegido en el Código Penal guatemalteco desde el derecho penal garantista.

Los objetivos de la tesis se alcanzaron, al determinar los mismos la protección que proporciona el derecho penal garantista a los bienes jurídicos regulados en el Código Penal vigente. La hipótesis formulada se comprobó al establecerse con ella la importancia de la contextualización de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal. Se utilizó la técnica de fichas bibliográficas. Los métodos empleados fueron los siguientes: analítico, sintético, inductivo y deductivo. Las teorías empleadas fueron la publicista y la legalista, al ser el tema estudiado de interés de toda la ciudadanía guatemalteca; y fundamentado en normas legales.

La tesis se dividió en cuatro capítulos. El primero se refiere al derecho penal, el segundo señala los principios del derecho penal; el tercero da a conocer lo relacionado con el delito; y el cuarto y último capítulo muestra un análisis jurídico de la contextualización del bien jurídico protegido en el Código Penal vigente desde el derecho penal garantista en Guatemala.

El trabajo de tesis realizado es de importancia, y de útil consulta tanto para alumnos como para profesionales del derecho, debido a que el mismo determina un análisis jurídico relativo a la contextualización del bien jurídico protegido en la legislación penal guatemalteca desde el derecho penal garantista.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

El Estado guatemalteco recurre a la legislación penal como un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de identificación con la finalidad de esclarecer las sanciones diversas que se cometen; para así sancionar al sujeto a los sujetos responsables.

1.1. Definición

“Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica”.¹

“El derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción. Es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la

¹ Castellanos Tena, Fernando. **Elementos de derecho penal**, pág. 14.



responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.²

“Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho; a la pena como legítima consecuencia”.³

1.2. Importancia

La importancia del derecho penal, radica en que el mismo es una parte del ordenamiento jurídico del Estado, que se caracteriza por la naturaleza de las consecuencias de que siguen de la violación de sus prescripciones: la pena, y de ahí su denominación.

Por consiguiente, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas con las que el Estado prohíbe, mediante la amenaza de la imposición de un castigo, determinadas acciones o comportamientos del hombre, consistentes en acciones u omisiones, dentro de la sociedad que lo conforma y cuya inobservancia tiene la consecuencia jurídica de infligir una pena al autor de esas acciones u omisiones; llamados delitos.

Por lo tanto, el derecho penal será el sistema de conocimientos científicos relativos al derecho de la pena, entendido como el sistema de normas jurídicas, en fuerza de las cuales el autor de un delito denominado sujeto activo, es sometido a la pérdida o disminución de sus derechos personales, o sea de la pena, a fin de preservar la armonía de la sociedad; ya

² Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 20.

³ Berdugo, Ignacio. **Manual de derecho penal**, pág. 15.



que en caso contrario no podría existir la convivencia de la sociedad y las instituciones del Estado.

1.3. Historia

En la época primitiva, anterior a la organización de los pueblos en ciudades-estados, estados o imperios, no se habla propiamente de la existencia de un derecho penal, pero sí existía la venganza, siendo la misma como la pena y se cumplía su función.

La venganza debió ser la primera manifestación de la justicia penal, teniendo la pena un sentido individualista. La venganza también se visualiza, no sólo como una manifestación o equivalente a la pena, sino como una guerra entre grupos sociales, siendo los mismos organismos políticos primarios dotados de un rudimentario sistema de prohibiciones y sanciones.

La venganza, ya sea individual o realizada por un grupo familiar contra otro, no se considera como una auténtica forma de reacción propiamente penal, ya que ostenta un carácter puramente personal o familiar, permaneciendo el resto de la sociedad indiferente a ella. Sólo cuando la sociedad se pronuncia a favor del vengador, se pone de su parte y le ayuda, reconociendo la legitimidad de su reacción; y desde es momento es cuando ya se puede hablar de la venganza equivalente de la pena.

La venganza dio lugar a sangrientos enfrentamientos y al exterminio de numerosas familias. Para evitar dicho mal, surgió una institución, a primera vista cruel y bárbara,



pero que supuso un considerable avance estableciendo límites a la venganza, la cual se denominó El Talión.

En virtud del muy conocido principio ojo por ojo, diente por diente, o principio talional, no se responde a la ofensa con un mal superior al inferido a la víctima.

Otra importante limitación al primitivo sistema de la venganza fue la composición, calificada como el primer progreso en área punitiva, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y su familia el derecho de venganza mediante el pago de una cantidad. La enardecida venganza de sangre entre las tribus, se concilia, la reconciliación, basada sobre la reparación en metálico a la tribu ofendida, negociada primero, se convierte después en obligatoria. Así nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena, llamado el sistema de composición.

Esta ley se encontraba escrita en el código Hammurabi, 1927 a 2000 años antes de Cristo y con mayor desarrollo y perfección en algunas legislaciones antiguas, tales como la hebrea, la griega y la romana.

La aplicación de ésta ley creó grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos, contra la propiedad o contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.

Las ideas penales han pasado por las siguientes etapas:



1.3.1. Venganza privada

El hombre reacciona a la ofensa con la defensa salvaje en un juego de fuerzas naturales donde no puede hablarse de justicia. Luego los vínculos de sangre y la convivencia social, transportan la reacción de lo individual a lo colectivo, y la venganza se convierte en un derecho que la gens le debe a cada uno de sus miembros, y cuando la reacción de la venganza intragrupal se convierte en un riesgo, surgen límites en el talión, lo cual se cobra con la misma ofensa, y en la composición, o sea en el rescate del derecho de venganza por medio del pago hecho por el ofensor con animales, armas o dinero.

La idea de la venganza es un movimiento natural y por mucho tiempo se consideró esta idea no sólo como natural, sino como legítima y necesaria. La venganza privada era realizada de familia a familia, de tribu a tribu, de clan a clan, por lo que se afirma que la responsabilidad penal, antes que individual; fue social.

Dicho período se caracteriza por que la acción penalizadora no se ejerce como función política del Estado, sino que el ofensor es víctima de una reacción desorbitada y sin medida, sin que la sociedad como organización política intervenga para nada. Es una reacción punitiva entre el ofendido y el ofensor, o entre un grupo familiar y el ofensor.



1.3.1.1. Venganza individual

Consiste en que el ofendido realiza su venganza por mano propia, de manera desproporcional.

1.3.1.2. Venganza familiar

Aparece la ley del Tali3n, su antecesor m3s remoto es el C3digo de Hammurabi que ya hace un esfuerzo por evitar la desproporcionalidad de la venganza del ofendido, donde el grupo familiar del afectado realiza el acto de justicia causando igual da3o al ofensor.

1.3.2. Ley del tali3n

Al final de la primera edad de piedra, en la 3poca paleol3tica, nace un orden fundado en principios que se concret3 en la ley del tali3n, la cual, al no permitir hacerle al ofensor mayor mal que el que hab3a causado, constituye un avance en las instituciones represivas. De esta ley se desconoce el lugar y tiempo exacto de su nacimiento.

La ley del tali3n reza as3: alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, llaga por llaga, cardenal por cardenal esto es, tal pena cual delito que es lo que significa la palabra tali3n.



1.3.3. La composición

La composición nace con el fin de evitar inconvenientes surgidos por la aplicación del talión. Mediante ésta se buscaba reparar el daño con una suma de dinero negociable, como precio de la sangre.

Con esta ley el agresor estaba obligado por ley a reparar los daños por medio de recursos monetarios y el agredido estaba en obligación de aceptar la indemnización, con el fin de renunciar a la venganza.

Esta transformación de la pena en una reparación pecuniaria y privada, fue la fuente de los delitos privados que existían en muchas legislaciones, como la romana y más tarde los pueblos germánicos.

La venganza privada desaparece poco a poco, bajo las influencias de las ideas de la Iglesia, al derecho de asilo, a la tregua de Dios y a un mayor y creciente poder público el cual brindaba mejores garantías al individuo; asegurando por medio de la defensa pública la defensa de la sociedad y se encargó de satisfacer los deseos de venganza de los ofendidos.



1.3.4. Venganza pública

Es un acto de venganza, pero ejercida a través de un representante del poder público. Con el traslado la ejecución justiciera a alguien que represente los intereses de la comunidad, inicialmente en su manifestación más primitiva.

La organización del Estado se traspasó a órganos especiales de jueces y de tribunales. El arreglo imparcial de las penas, se arrancó a los ofendidos y se limitó su derecho a la venganza.

Se organizó todo un sistema probatorio y la pena se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba, o sea del legislador, e incluso del que la ejecutaba, por parte de las autoridades administrativas).

La autoridad pública toma para sí el encargo de sancionar las ofensas al derecho; pero ya éstas no son solamente contra la víctima de la infracción, sino que como esa autoridad se presentaba con calidad de representante de la divinidad, se las estimaba dirigidas contra ella, es por eso que los actos menos graves eran considerados como turbadores del orden público y religioso y como tales castigados con penas rigurosas, con suplicios desatinados a apaciguar la divinidad o la autoridad ofendida. Se colmaba no sólo de dolor y sufrimiento al ofensor, sino de terror a los que en el futuro intentaran faltar al derecho.



Se castigaba con muerte por medio del fuego la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el sacrilegio; la brujería y la posesión demoniaca. La penalidad desde la antigüedad hasta fines del siglo dieciocho se basaba en la idea de la venganza social y de la intimación.

En este período es notoria la concepción mágica y divina de los fenómenos naturales y de la vida en general.

1.3.5. Antiguo derecho penal

En este derecho no existía ninguna codificación y las influencias más notables fueron sacadas del derecho penal romano, del derecho penal germánico y del derecho penal canónico, donde perduraban la venganza pública, la arbitrariedad de las penas, así como las incomunicaciones de la majestad divina y de la majestad humana, siendo impersonales las penas con una desigualdad en su aplicación.

Entre las penas aflictivas infamantes se encontraban:

- La muerte por descuartizamiento;
- La muerte por fuego;
- La muerte en la horca;
- Destierro perpetuo;



- Azotes públicos;

- La marca;

- Reclusión perpetua;

- Penas aflictivas no infamantes;

- Decapitación a los nobles;

- Tortura con o sin reserva de pruebas;

- Reclusión perpetua;

- Azotes públicos;

- Interdicción o suspensión de un oficio público;

- Abstención de presentarse en ciertos lugares;

- Reparación de honor;

- Privación de privilegios;



- Degradación de nobleza;
- Condenación de la memoria del difunto;
- Reprobación;

1.3.4. Derecho penal cambiante

La filosofía penal liberal nace revolucionariamente en el siglo dieciocho, su acento fue primero crítico y buscaba destruir lo ya establecido. En el mismo, se buscaba más que edificar un derecho penal y carcelario nuevo, censurar lo existente, procurando lo ya caduco. La Revolución Francesa favoreció de manera decisiva el movimiento de reforma penal.





CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal

La naturaleza de los principios del derecho penal, es política y jurídica, ya que proviene de razonamientos de los juristas que han plasmado en la legislación los factores reales de poder.

2.1. División teórica

“Un sector de la doctrina ha establecido que los principios del Derecho Penal pueden reducirse a la vigencia formal y material de los principios de mínima intervención, legalidad y culpabilidad”.⁴

2.1.1. Principios relativos a la función protectora del derecho penal

Son aquéllos que establecen límites al legislador sobre el contenido de la norma penal.

- Principio de mínima Intervención;

- Principio de Subsidiariedad;

- Principio de Proporcionalidad de las penas.

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Derecho penal**, pág 104.



2.1.2. Principios relativos a la forma y aplicación de la norma penal

Son aquéllos que establecen límites al Estado respecto de la forma en que se debe de plasmar la norma penal, y la forma en que debe de aplicar esta; siendo los mismos los siguientes:

- Principio de legalidad.
- Principio de prohibición de retroactividad de la ley penal en perjuicio del reo;
- Principio de especialidad;
- Principio de non bis in idem.

2.1.3. Principios que se desprenden del concepto de culpabilidad

Son aquéllos que imponen al legislador y al juzgador el deber de satisfacer las exigencias de la culpabilidad para poder imponer una pena.

- Principio de culpabilidad;
- Principio del derecho penal del acto;
- Principio de prohibición de las penas trascendentales;



- Principio de presunción de inocencia;
- Principio de imputabilidad;
- Principio de dolo o culpa.

2.2. El principio de mínima intervención

“En virtud del principio de mínima intervención, el derecho penal protege únicamente los bienes jurídicos más importantes frente a las formas más graves de agresión”.⁵

2.2.1. Definición de bien jurídico

“El bien jurídico se define como todo bien, situación o relación deseados o protegidos por el derecho.”⁶

En dicho sentido, las perturbaciones más leves a los bienes jurídicos son objeto de las otras ramas del derecho.

⁵ Muñoz Conde, Francisco: **Derecho penal**, pág. 71.

⁶ Cerezo Mir, Francisco. **Derecho penal**, pág. 73.



2.2.2. Carácter fragmentario del derecho penal

El carácter fragmentario del derecho penal, o sea la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las conductas más lesivas a los mismos, aparece en una triple forma:

- Defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad;
- Tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se considera antijurídico;
- Dejando sin castigo las acciones de naturaleza puramente civil.

2.3. Principio de subsidiariedad

“El derecho penal tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás ramas del derecho, es decir, cuando la protección otorgada por las demás ramas del derecho no satisface en su totalidad a las necesidades de prevención y motivación de la política criminal”.⁷

“En dicho sentido, se tiene que preferir ante todo la utilización de medios desprovistos de carácter de sanción, como una adecuada política social. Siguiendo a continuación las sanciones no penales, como lo son la nulidad, el pago de daños y perjuicios y las

⁷ Muñoz. **Ob.Cit.**, pág 74.



administrativas, como lo son las multas y las sanciones disciplinarias, solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente y estará legitimada la intervención del derecho penal”.⁸

2.3.1. Características del bien jurídico en materia penal.

Al respecto, la doctrina establece que el bien jurídico en el derecho penal debe ser:

- Necesitado de protección;
- Capaz de protección;
- Merecedor de protección.

2.3.2. Origen

Este principio tiene su origen en la teoría de las normas, en donde se distingue entre norma y ley penal, el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que tiene una función sancionatoria.

⁸ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, pág. 90.



2.3.3. Coexistencia de la ley penal con las demás ramas del derecho

El que existan normas de conducta sociales previas a las propias leyes penales no implica que estas sean subsidiarias de aquéllas, sino simplemente demuestra el sustrato social que las normas penales tienen de ultima ratio.

“Las leyes penales pueden coexistir, o coaplicarse sanciones penales con otro tipo de sanciones, siempre y cuando tengan una finalidad y una función distinta a las penales”.⁹

Existe una unidad del ordenamiento jurídico en todas sus ramas y un concepto de antijuricidad válido para todas ellas, lo único que varía son los efectos que prevén en una o en otra y que caso una configura de acuerdo con sus necesidades y autónomamente.

De este modo, el principio de mínima intervención le ofrece al legislador un criterio aceptable de política legislativa, en su labor de elaboración de los tipos penales.

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, es decir, si para el restablecimiento del orden jurídico violado, el cual es suficiente con las medidas civiles o administrativas, ya que son éstas las que deben emplearse y no las penales.

⁹ *Ibid*, pág. 73.



1.6.5. Diferencia entre derecho penal y derecho administrativo.

La doctrina dominante establece que la potestad administrativa sancionadora, junto con el derecho penal forman parte del *ius puniendi* del Estado.

En este marco, tanto en el derecho administrativo como en el penal, se ha tratado de establecer la diferencia sustancial entre el injusto penal y el injusto administrativo.

“El derecho penal protege bienes jurídicos individualizados, mientras que el derecho administrativo debe proteger frente a la desobediencia de los mandatos emitidos por la administración, que no protegen bienes jurídicos ya existentes, sino que están al servicio de los deberes de orden público y del bienestar y que por ello no contienen un desvalor ético”.¹⁰

“Solamente existe una posibilidad formal de encontrar un criterio que permita distinguir entre injusto penal y administrativo, ya que son penas las que la ley considera como tales y son aplicadas por el poder judicial. Se trata de una distinción cualitativa, ya que el único dato es el órgano del Estado que las aplica”.¹¹

La sanción será administrativa si se impone en virtud de las facultades correctivas y disciplinarias de la administración. Y por el contrario, será una pena si se impone en virtud del *ius puniendi* que corresponde al Estado y es aplicada por el poder judicial.

¹⁰ Bacigalupo, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**, pág. 236.

¹¹ **Ibid**, pág. 237.



“Se trata de una diferencia de tipo cuantitativo y no cualitativo. No existe diferencia por la existencia o falta de una lesión a un bien jurídico. Por el contrario, el criterio sustantivo de la delimitación entre ambos lo constituye el principio de subsidiaridad. El legislador debe recurrir a la sanción administrativa, en lugar de la penal, cuando la perturbación social se pueda subsanar mejor o de igual forma con una sanción administrativa que con una pena criminal”.¹²

De todo ello, se puede deducir que la delimitación entre un hecho delictivo y una infracción administrativa, empleando el principio de subsidiaridad, depende en un amplio margen de la decisión legislativa y no tiene un contenido legal obligatorio, pero que en el ámbito central de los hechos delictivos graves, su punibilidad está marcada por criterios de contenido.

En definitiva, la decisión la toma el legislador. Dado que la estructura de la norma es idéntica, la adscripción jurídica sólo puede deducirse de la denominación de la consecuencia jurídica.

La diferencia entre delito e infracción administrativa, sólo puede encontrarse en consideraciones formales. Así se entiende por ilícito administrativo la infracción castigada por órganos administrativos y en virtud de la facultad gubernativa de la administración.

¹² **Ibid**, pág. 238.



“Si la infracción está castigada con una pena de las previstas en el Código penal aplicada por los Tribunales de Justicia en virtud del ius puniendi. Sólo hay, pues, una distinción formal, ya que el único dato que permite distinguir entre una pena y una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica”.¹³

El legislador debe operar conforme al principio de subsidiaridad y recurrir a la sanción administrativa, cuando la perturbación social se pueda subsanar de mejor o igual forma con una sanción administrativa que con una pena.

“Los criterios racionales para fundamentar la distinción entre injusto penal y administrativo, en base al carácter fragmentario del derecho penal, son la importancia del bien jurídico y el grado de afección del mismo, toda vez que, la tutela penal tiene que reservarse a los bienes jurídicos más importantes, frente a las agresiones más lesivas a los mismos”.¹⁴

“En cambio, la diferencia entre las infracciones penales y administrativas no puede consistir en el tipo de consecuencia jurídica que se tiene que aplicar”.¹⁵

La sanción aplicable no puede ser fruto de una decisión fundada en la consecuencia jurídica más idónea, sino en función del criterio de la necesidad o no de la intervención penal para la protección de los bienes jurídicos en juego, o sea de la prevención general de los ilícitos más graves. Acudir a la sanción para calificar la naturaleza de sus

¹³ Bacigalupo. **Ob.Cit**, pág 79.

¹⁴ Cerezo Mir, José. **Curso de derecho penal español**, pág. 28.

¹⁵ Zuñiga Rodríguez, Laura del Carmen. **La responsabilidad penal a las personas jurídicas**. pág. 29.



presupuestos es invertir los términos del raciocinio, que exige adecuar la consecuencia al presupuesto.

“El ius puniendi del Estado se puede manifestar tanto en el ordenamiento penal como en el ordenamiento administrativo, existiendo por consiguiente un solo sistema sancionador o punitivo, en el que tienen que respetarse todos aquéllos principios fundamentales inspiradores de todo derecho punitivo como los principios de legalidad y la consiguiente irretroactividad de las leyes, la exigencia de tipicidad de las infracciones y sanciones, la antijuricidad, la imputabilidad dolosa o culpable, la prohibición de la analogía in malam partem, el principio de non bis in ídem, y de culpabilidad”.¹⁶

Siendo el legislador guiado por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, es el quien finalmente determinará la opción penal o administrativa.

Esta consideración, es consecuencia también del principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la prohibición de contradicciones que se deriva de aquél, de tal manera que los mandatos y prohibiciones o conductas antijurídicas son válidas para todo el sistema jurídico.

“En este proceso de racionalización del poder sancionador del Estado, el cual además de propugnarse una asimilación de las garantías en todo el sistema punitivo, penal o administrativo sancionador, debe seguirse propugnando la vigencia de un núcleo duro del derecho penal, conformado por las conductas que signifiquen dañosidad social,

¹⁶ Bacigalupo. **Ob.Cit.**, pág 81.



lesividad y, a medida que las conductas se alejen de ese núcleo duro, de acuerdo al principio de proporcionalidad y subsidiariedad buscar la solución por otros instrumentos de control social. Entonces, el eje de lo penalmente relevante debe encontrarse en los bienes jurídicos penales, entendidos como aquéllos que cumplan los tres requisitos impuestos, siendo los mismos los siguientes: merecedor de protección, necesitado de protección, y capaz de protección”.¹⁷

“Por lo que, en razón de las ideas que se plantean, lo que corresponde es realizar todo un reacomodo del sistema sancionatorio administrativo y penal, quedando en este último sólo los casos más graves, como lo son los de los bienes jurídicos más importantes, frente a sus lesiones más graves) y en el orden administrativo los asuntos más leves, indistintamente que sean cometidos por personas físicas o jurídicas”.¹⁸

En virtud de lo anterior, en la discusión relativa a la diferencia entre el injusto penal y el administrativo, se debe distinguir entre legislación y doctrina. Doctrinalmente, la diferencia entre estos dos tipos de injustos se funda en la importancia del bien jurídico y el grado de lesividad de la agresión a los mismos.

Pese a ello, la diferencia en la legislación se funda en el criterio de la denominación que le otorgue el legislador.

¹⁷ Zuñiga. **Ob.Cit.**, pág 44

¹⁸ **Ibid**, pág. 207.



2.4. Principio de proporcionalidad de las penas

“La pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho”.¹⁹

En este sentido, no se tienen que admitir penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito.

Hay que distinguir dos exigencias, siendo las mismas las siguientes:

- La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada;
- La proporcionalidad se medirá en base a la importancia social del hecho.

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el derecho penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos; según el grado de afectación al bien jurídico.

¹⁹ Mir. **Ob.Cit**, pág 99.



2.5. Principio de legalidad

El delito y la pena deben estar previstos en una ley, estricta, escrita, cierta y abstracta.

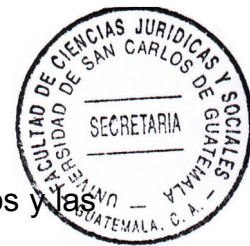
2.5.1. Origen

“El origen del principio de legalidad, debe buscarse en la Revolución Francesa y en la Ilustración, cuando el pueblo pasa de ser un instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado, a controlar y participar en ese poder, exigiendo garantías para su ejercicio”.²⁰

Históricamente, la formulación de este principio se debe a Cesar Beccaria, en su obra De los delitos y de las penas, que acusa la influencia de Montesquieu y Rousseau, y también se debe a Feuerbach, que lo desarrolla en función de su teoría de la pena como coacción psicológica, y al que se remonta en su formulación latina nullum crimen, nulla poena sine lege.

En su sentido actual, el principio de legalidad se deriva de la teoría ilustrada del contrato social que suponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo, el poder legislativo.

²⁰ *Ibid*, pág, 76.



Solamente las leyes dictadas por el poder legislativo pueden establecer los delitos y las penas, en base al contrato social, ya que será el pueblo en un acto de auto limitación, al determinar que conductas serán descritas como delito, y cuales serán las penas aplicables.

En este sentido, el principio de legalidad no es solo una exigencia de seguridad jurídica, sino una garantía política, de que el ciudadano no podrá verse sometido a penas que no admita el pueblo a través de sus representantes en el poder legislativo.

2.5.2. Garantías que implica

El principio de legalidad implica las siguientes garantías:

- Garantía criminal, la cual consiste en que el delito debe estar previsto en ley formal y material;
- Garantía penal, la cual consiste en que la pena debe estar establecida previamente en ley;
- Garantía jurisdiccional, la cual no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme, en un proceso seguido conforme a la ley;
- Garantía de ejecución, consistente en que la pena debe de ejecutarse tal y como lo prescribe la ley.



En este sentido, el delito y la pena deben estar establecidos en una ley en sentido formal y material.

Por ley en sentido formal, se entiende aquella que esta formulada por el poder legislativo.

En este sentido, si el delito y la pena no estuvieran previstos en su totalidad por una ley emanada del poder legislativo, se violaría el principio de legalidad.

A continuación se dan a conocer las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico en atención a las exigencias del principio de legalidad, siendo las mismas las siguientes:

- Leyes, las cuales obviamente cumplen el principio de legalidad al ser emanadas del poder legislativo;
- Reglamentos, los cuales no cumplen las exigencias del principio de legalidad, toda vez que, no tienen la jerarquía de una ley, y en muchos casos son formulados por el poder ejecutivo;
- Tratados Internacionales, los cuales si cumplen el principio de legalidad, porque tienen una jerarquía superior a la ley; y porque además son ratificados por el poder legislativo.



Por ley en sentido material, se entiende que la ley deberá ser general y abstracta.

En este sentido, violan el principio de legalidad las normas penales dirigidas en contra de un grupo de personas determinadas.

2.5.3 El problema de las leyes penales indeterminadas

La estructura de las normas penales se compone de dos partes: de la descripción de la conducta punible, y de la sanción penal.

“Por grande que fuera el casuismo el legislador nunca podría comprender la rica variedad de hechos que ofrece la realidad, las figuras delictivas se forman por ello en virtud de un proceso de abstracción a partir de los hechos reales. La descripción de las figuras ha de ser lo suficientemente concreta para que queden satisfechas las exigencias de la seguridad jurídica, es decir, que este debidamente precisada la conducta”.²¹

A continuación, se muestran las diversas técnicas que utiliza el legislador para la formulación de la norma penal:

- Leyes penales concretas: son aquellas en las que la conducta esta debidamente determinada y en el mismo precepto se contiene la sanción penal correspondiente.

²¹ **Ibid**, pág. 169.



Estas normas cumplen con el principio de legalidad, al haber sido formuladas por el poder legislativo y al cumplir con las exigencias de la seguridad jurídica.

- Las normas penales incompletas: son aquellas contenidas en un artículo que para su integración debemos remitirnos a otro artículo contenido en la misma ley.

Estas normas cumplen con el principio de legalidad, al haber sido formuladas por el poder legislativo y al cumplir con las exigencias de la seguridad jurídica.

- Leyes penales en blanco: son aquéllas contenidas en un artículo que para su integración debemos remitirnos a otro artículo contenido en una ley distinta.

Estas normas cumplen con el principio de legalidad, siempre y cuando estén tanto la ley penal como la ley de remisión formuladas por el poder legislativo.

- Los tipos penales abiertos: existe un tipo penal abierto cuando la descripción de la conducta sea indeterminada, es decir, demasiado amplia, vaga o difusa, al grado que no permita reconocer que características ha de tener la conducta punible.

Los tipos penales abiertos violan el principio de legalidad, toda vez que, al no ser lo suficientemente concreta la descripción de la conducta, no satisfacen las exigencias de la seguridad jurídica.



2.5.4. El problema de los tipos de aplicación concreta

“La exigencia de concreción se refiere no solo a la descripción de las conductas, sino también a la fijación de las sanciones penales, un margen de pena excesivamente amplio es incompatible con el principio de legalidad”.²²

2.5.5. Prohibición de la analogía.

“Es preciso distinguir la analogía de la interpretación extensiva. En la interpretación extensiva se aplica una ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad. En la analogía, la ley se aplica a hechos que no están comprendidos ni en su letra ni en su voluntad, pero son semejantes”.²³

La diferencia entre la interpretación siempre permitida y la analogía prohibida si perjudica al reo. La interpretación es la búsqueda de un sentido del texto legal que se halla dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros si comprendidos en el texto legal.

La analogía extensiva es lícita. Ahora bien, el sentido de la ley tiene que haber hallado expresión, aunque imperfecta, en su tenor literal. La interpretación ha de mantenerse dentro de los límites del sentido literal posible del precepto.

²² **Idid.**

²³ **Ibid**, pág. 86.



“En la analogía es preciso distinguir entre la analogía favorable y la perjudicial para el reo, siendo esta última, la única que contraria el principio de legalidad. Asimismo, es importante señalar, que tampoco es posible la apreciación de eximentes por analogía”.²⁴

2.6. Principio de prohibición de retroactividad de la ley penal en perjuicio del reo

El principio de irretroactividad de la ley penal prohíbe la aplicación de una ley vigente después de la comisión de los hechos en perjuicio del reo.

2.6.1. Ratio legis

“La razón de ser de este principio en derecho penal es la seguridad jurídica y no la teoría de los derechos adquiridos como en las demás ramas del derecho, toda vez que el delito no puede ser considerado como un medio para adquirir un derecho a ser sancionado con arreglo a las leyes vigentes en el momento de su realización”.²⁵

²⁴ Cerezo. **Ob.Cit**, pág 171.

²⁵ **Ibid**, pág. 177.



1.9.2. Aplicación en las leyes procesales

Las leyes procesales no son objeto de este principio, toda vez que, los actos procesales se rigen por las normas vigentes en el momento en que tienen que producirse los actos procesales.

Las leyes procesales son objeto de este principio, cuando restrinjan el contenido de derechos y garantías, y en dichos casos no pueden ser retroactivas.

2.6.3. Problemas de aplicación del principio con diversas figuras

En caso de que una reforma prohíba el beneficio de la libertad provisional a una persona, que al momento de la realización del delito gozaría de este beneficio, se considera violatoria al principio de prohibición de retroactividad en perjuicio del reo, ya que la libertad provisional bajo caución no obstante ser una figura procesal, afecta directamente el derecho a la libertad personal.

Si una reforma prohíbe la extinción de la acción penal, que trae como consecuencia la liberación del individuo, siendo que al momento de la realización del delito el delincuente podría gozar de este beneficio, no se considera violatoria al principio de prohibición de retroactividad en perjuicio del reo, ya que el perdón es una figura procesal, que afecta la libertad personal de manera indirecta.



No obstante, lo anterior, en la práctica los tribunales consideran que la reforma que prohíba el perdón, cuando al momento de la realización del delito se admitía, es violatoria del principio.

“Las disposiciones que regulan la reparación del daño, pertenecen por su naturaleza al derecho civil, y no están sujetas a este principio penal, pero rige para ellas el precepto constitucional que prohíbe la retroactividad restrictiva de derechos individuales”.²⁶

La prescripción por extinguir la acción penal pertenece al derecho procesal, por lo que si una reforma amplía el término de prescripción antes de que venza dicho término, no se violara el principio, ya que no afecta directamente derechos individuales.

2.6.4. Ultra actividad de la ley penal en beneficio del reo

El principio de irretroactividad de las leyes penales, tiene como excepción el de la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables en beneficio del reo.

“La seguridad jurídica no se opone a la retroactividad de las leyes penales favorables, toda vez que, sean beneficio del reo. Por otra parte, se considera, que en atención a las nuevas exigencias sociales esta nueva pena es más justa, y la ley derogada es innecesaria”.²⁷

²⁶ **Ibid**, pág. 181.

²⁷ **Ibid**, pág. 185.



En virtud del principio de ultra actividad de la ley penal, se debe aplicar al reo la ley más benéfica vigente desde la comisión del delito hasta la extinción de la pena. Sin embargo, se plantea el problema de cual será el conjunto de normas aplicables cuando en una misma reforma existan preceptos que beneficien y perjudiquen al reo, al efecto se han propuesto las soluciones siguientes:

- Se forma un ordenamiento jurídico ideal, conformado por los preceptos más benéficos para el reo, sin importar que nunca hayan concurrido en una misma época. Esta es la postura que siguen en la práctica los tribunales de Guatemala.
- Se determina cual es la época del ordenamiento jurídico más benéfica con sus normas en beneficio y en perjuicio, y se aplica la totalidad del ordenamiento jurídico aplicable a esa época.

2.7. El principio de especialidad

Se debe aplicar la ley penal estrictamente aplicable al caso concreto.

Es decir, cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

En este sentido, cuando una misma conducta aparezca prevista por varios tipos penales, deberá aplicarse el tipo penal estrictamente aplicable al caso.



2.8. Principio non bis in idem

Nadie podrá ser sancionado dos veces por la misma conducta.

La razón de ser de este principio es la seguridad jurídica, ya que la conducta abarca la selección de los medios y su ejecución para cometer el delito.

De la exigencia de la culpabilidad como elemento del delito, existen los principios siguientes:

- Principio de culpabilidad en sentido estricto;
- Principio de derecho penal del acto;
- Principio de prohibición de las penas trascendentales;
- Principio de presunción de inocencia;
- Principio de imputabilidad;
- Principio de dolo o culpa.

No podrá sancionarse a nadie si la conducta no es reprochable, y deberá ser castigado conforme a este juicio de reproche, o sea al principio de culpabilidad en sentido estricto.



Nadie podrá ser sancionado por delitos ajenos, o sea al principio de prohibición de las penas trascendentales.

No pueden castigarse personalidades, puesto que deben sancionarse solo conductas, tal y como lo señala el principio de derecho penal del acto.

Además es preciso que el hecho haya sido intencional o imprudencial, o sea el principio de dolo o culpa.

Y que el sujeto tenga la capacidad de comprender que su conducta fue antijurídica o que tenga la capacidad de conducirse conforme a esa comprensión: principio de imputabilidad.

La culpabilidad no puede presumirse, sino que tendrá que acreditarse plenamente con el principio de presunción de inocencia.

“Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en la dignidad humana. El Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho”.²⁸

Ello guarda también relación con la seguridad jurídica: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de la norma jurídica no va a ser castigado.

²⁸ Mir, **Ob.Cit.**, pág. 97.



Se opondría a estas ideas poder castigar a un inocente, por un hecho de otro o por un hecho no querido ni imprudente.

La exigencia de igualdad real de todos los ciudadanos que también afecta a lo anterior, sirve de base a la prohibición de castigar a un sujeto que no alcanza el nivel de motivación normal previsto por la ley.

2.9. Principio de culpabilidad

“No puede imponerse pena alguna sin culpabilidad, siendo esta el criterio para determinar la pena correspondiente al hecho cometido”.²⁹

1.13.1. La culpabilidad como fundamento de la pena

No puede imponerse pena alguna si la conducta no es culpable.

“La culpabilidad como fundamento de la pena, se refiere a la procedencia de una pena, en base a un juicio de reproche por no haber actuado conforme a derecho, dirigido al autor de un hecho típico y antijurídico, existiendo una serie de elementos, como lo son la imputabilidad, conciencia de antijuricidad y exigibilidad de otra conducta”.³⁰

²⁹ Muñoz, **Ob. Cit.**, pág. 95.

³⁰ **Ibid.**



2.9.2. La culpabilidad como medida de la pena

La culpabilidad como medida de la pena, establece una función limitadora de la sanción, en atención al reproche al actor por actuar en forma antijurídica y no haberse conducido motivado por la norma, es decir, conforme a Derecho.

En este sentido, el juzgador deberá imponer dentro del margen de la pena la pena mínima o la máxima, aquélla que corresponda en mayor medida a la culpabilidad del sujeto.

2.10. Principio del derecho penal del acto.

El derecho penal sanciona la conducta y no la personalidad del delincuente.

“En este sentido, se distingue entre derecho penal del acto y del autor, ya que en virtud del primero se prohíbe la responsabilidad objetiva del derecho penal, al sancionar estrictamente la comisión de conductas.”³¹

2.11. Principio de prohibición de las penas trascendentales

En virtud del principio de la personalidad de las penas se considera que, sólo en la medida en que se pueda hacer realmente al sujeto reproche de haber participado en alguna forma culpable, activa o pasiva, dolosa o imprudente, en el hecho delictivo se

³¹ Roxin, Claus. **La estructura de la teoría del delito**, pág 26.



considera justa una responsabilidad penal. La razón de ser de este principio radica en la seguridad jurídica.

2.12. Principio de dolo o culpa

El delito debe cometerse en forma intencional o imprudente.

En este sentido, se considera insuficiente la producción de un resultado o la realización de una conducta para fundar la responsabilidad penal, sino que esta afectación al bien jurídico, deben ser realizada en forma intencional o imprudencial.

2.13. Principio de imputabilidad

“No podrá imponerse pena alguna al autor, cuando no alcance condiciones psíquicas que le permitan comprender la prohibición infringida o conducirse conforme a dicha comprensión”.³²

“Este principio se apoya en la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor no solo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal, que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable”.³³

³² Mir, **Ob.Cit**, pág. 98.

³³ **Ibid**, pág. 99.



Se opondría a la igualdad imponer una pena, prevista para el que puede ser motivado normalmente por la ley, a personas que no gozan capacidad de motivación normal. Si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad.

2.14. Principio in dubio pro reo o de presunción de inocencia.

En el plano procesal en caso de duda tiene que absolverse al acusado y no debe aplicarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoria.

En general, consiste en el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia definitiva.

La presunción de inocencia se ha considerado como uno de los pilares del ordenamiento jurídico de todo estado democrático, al establecer la responsabilidad penal del individuo, únicamente cuando este debidamente acreditada su culpabilidad.

La razón de ser de la presunción de inocencia es la seguridad jurídica, la necesidad de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción; esto es, que demuestren su culpabilidad y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra.



El principio del debido proceso legal implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez tiene que pronunciar sentencia definitiva declarándolo culpable.

Y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación o carga de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos.

En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito.





CAPÍTULO III

3. El delito

El delito es una conducta o acción típica, tipificada por la ley, antijurídica o sea contraria a derecho, culpable y punible. Supone una conducta infraccional del derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

3.1. Definición

La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Tradicionalmente, se intentó establecer a través del concepto de derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal.

La legislación guatemalteca no define el término delito. Es por ello que resulta importante el estudio de la doctrina de los autores para lograr una definición que pueda ilustrar los diferentes elementos que componen el delito.



Definir el término delito, según la doctrina, es imperativo. Lo que se pretende es señalar cómo una nueva conducta realizada por diferentes miembros de la sociedad llega a ser considerada como delito, y por tal razón resulta una actividad ilícita, misma que lleva aparejada una pena.

La definición de delito ayuda a comprender el cómo, cuándo y por qué una actividad nace como delito, para ello se tiene que conocer la teoría jurídica del delito.

“Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.³⁴

“El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.³⁵

“El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena”.³⁶

³⁴ Cuello. **Ob. Cit.**, pág. 46.

³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. **La ley y el delito**, pág. 26.

³⁶ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal**, pág. 40.



“El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una acción penal”.³⁷

“El delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal”.³⁸

“El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable”.³⁹

3.2. Generalidades

El delito es una acción, típica, antijurídica, culpable. La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal, es la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito.

³⁷ Carránca y Trujillo, Raúl. **Derecho penal**, pág. 32.

³⁸ Soler, Sebastian. **Derecho penal**, pág. 46.

³⁹ Fontán Balestra, Carlos. **Tratado de derecho penal**, pág. 52.



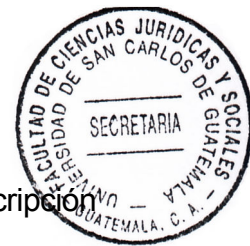
El sujeto activo del delito será toda persona que, en términos generales, infrinja la ley penal ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de éste, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito, no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente.

Sin embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal.

En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona, en sus derechos o en sus bienes. La persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

Desde luego, la naturaleza y tipo de delito, de que se trate, influirá en la calidad, tipo y número de los sujetos activos y, las consecuencias de éste, en los pasivos.

Por otra parte, el objeto del delito es muy importante, no solamente en la teoría del mismo, sino para la existencia y vida del mismo, incluyendo su comisión o realización. Esto es, el objeto jurídico del delito, es el bien protegido por el derecho y que precisamente por esa razón, se denomina bien jurídico, es decir la norma, con la amenaza de la sanción, trata de proteger contra posibles agresiones.



El objeto del delito es sobre lo que debe recaer la acción del agente según la descripción legal respectiva y, por otra, el bien tutelado por las particulares normas penales y ofendido por el delito.

De ello aparecen dos conceptos completamente diferentes, el de objeto material y el de objeto jurídico del delito, que solo coinciden cuando la ofensa de un bien tutelado por el derecho penal consiste en la modificación de aquello sobre lo cual precisamente se verifica el resultado.

Por lo que hace al objeto material del delito, éste puede ser la formulación que antecede a la descripción legal respectiva tiene por tal de donde se infiere que no constituye objeto material, en sentido jurídico.

Las cosas materiales con que se cometió el delito, o constituyen su producto, o son huellas de su perpetración, pues ellas conciernen al episodio delictivo concreto y no a su abstracta previsión legal.

El objeto material del delito puede ser tanto una persona como una cosa. El estado protege determinados bienes porque ello es necesario para asegurar las condiciones de la vida en común: no protege el interés en la observancia de los preceptos legales.

Se protege, por la norma penal, el derecho del particular, ya que no puede considerarse lógicamente que la norma jurídica, o sea el objeto de la protección, pues la norma no puede proteger el interés en la protección, o sea, en definitiva, no puede protegerse así misma.



Por lo que hace al objeto jurídico del delito, se conviene en que éste es el bien jurídico penalmente protegido que el delito ofende. Un bien jurídico puede ser tanto una persona, como una cosa, como una relación entre personas y una entre personas y cosas; entre estos bienes hay algunos que, por ser vitales para la colectividad y el individuo, reciben protección jurídica por su significación social y a los cuales el derecho acuerda su especial tutela erigiendo en tipos delictivos algunas formas especialmente criminosas de atentar contra ellos, por tanto, como objetos de interés jurídico vienen a constituir el objeto jurídico que se halla tras cada delito.

3.3. Clases

El delito es un hecho jurídico, es decir, es un hecho que tiene importancia jurídica, por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, el nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, y pérdida de derechos para el delincuente.

Como el delito es un hecho jurídico voluntario, supone que él es ante todo un hecho humano y no un hecho natural. Es una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una simple declaración de voluntad; y es, además, una acción voluntaria y consciente, y por tanto imputable, es decir, referible al sujeto activo como suya.

Lo que da lugar a la clasificación de los tipos de delito que se hace a continuación:

- Delitos de acción y de omisión, conforme a la conducta que desarrolla el sujeto activo para realizarlo;



- Delitos de sólo de conducta y de resultado, en cuanto a la consecuencia que produce el delito;
- Delitos de daño y de peligro, atendiendo al tipo de resultado que produce el delito;
- Delitos instantáneos y permanentes, por la continuidad de la conducta que requiere para su existencia.

Son delitos de acción los que se cometen por medio de una conducta positiva, es decir un hacer. Los delitos por omisión se ejecutan por medio de un comportamiento negativo, un no hacer determinada obligación o no ejecutar una acción.

Además, existen delitos que, por su índole estructural, exigen para su existencia la incidencia de una acción y luego una omisión, o viceversa.

Los delitos que no necesitan resultado material, ya que la sola conducta del sujeto los realiza, son los que se perfeccionan con el cumplimiento de determinada acción u omisión, cuya consecuencia es la no observación de una obligación o de un deber, pero cuyo resultado no se manifiesta en el mundo físico con un hecho, de momento, perceptible.

En tanto, que los delitos de resultado son los que para su consumación exigen, además, de la conducta del sujeto activo que se produzca determinado efecto, distinto de la omisión o



de la acción; el resultado en estos delitos se observa físicamente en el mundo real. Los delitos se clasifican de esta manera, por que se atiende a la estructura exterior de ellos.

Los delitos de daño requieren para su perfeccionamiento jurídico que el bien tutelado, jurídicamente protegido, sea destruido o disminuido; en tanto en los delitos de peligro, basta que el bien jurídico sea amenazado al realizarse la conducta criminosa, acción u omisión, con la provocación de un daño o peligro inminente, determinado y grave.

Son delitos instantáneos, aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanente, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto.

Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito.

Atendiendo a la duración de las consecuencias del delito, éstas son permanentes; es decir, hay delitos instantáneos y delitos permanentes, en cuanto a los actos de la realización con efectos permanentes, cuya característica es la duración de las consecuencias del delito.



Dentro de las especies del delito, que por ser varias, conforme a los fines que se persigan para su tipificación, o conforme al bien jurídico que tutela la ley, entre otros aspectos, se encuentran:

Conforme a su gravedad, existen delitos y faltas; habrá delito siempre que se realice la conducta prevista y sancionada por la ley penal o en alguna otra ley especial, en tanto que la falta, no obstante ser una conducta contraria a la ley y sancionada por esta misma, la sanción la aplica una autoridad u órgano diferente al poder judicial o tribunal, generalmente una autoridad de índole administrativa.

Según la intención con que se comete o realiza la acción que da origen al delito, existen delitos con intención o dolosos, culposos o contra la intención y los que son cometidos más allá de la intención o preterintencionales.

Si se ha deseado realizar la acción u omisión para la comisión del delito y previsto el resultado del mismo, se está ante un delito doloso. En tanto, que sí se deseaba realizar la acción u omisión, pero no el resultado del delito, se trata de un delito culposo.

Cuando se ha deseado realizar la acción u omisión y no el resultado como consecuencia, en su integridad, sino un efecto menos grave, se trata de un delito preterintencional.

Los delitos tipo, o también simples o netos, son los que se presentan en su puro modelo legal, sin más características que sus elementos esenciales; y los delitos circunstanciados



son los que además de contar con los elementos esenciales, se presentan acompañados de circunstancias o accidentes a sus elementos.

Por su efecto, los delitos se consideran simples y complejos, formales y materiales, de lesión y de peligro. Son simples, o unisubsistentes, cuando coinciden con el momento ejecutivo y el momento consumativo, se realizan ambos en un sólo acto o momento.

Los complejos o plurisubsistentes, son aquellos cuya acción ejecutiva consta de varios actos en que puede integrarse. El delito material es el que se consuma al momento de verificarse el resultado material de éste; en tanto que el delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado.

Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza.

Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afectan, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública, denuncia o de acción privada con una querrela.



3.4. Elementos

A continuación se enumeran los elementos del delito, siendo los mismos los siguientes:

3.4.1. La acción

“La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales mecanismos e incluso mediante personas”.⁴⁰

“La acción en sentido amplio, es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre; y la voluntad implica siempre una finalidad; la acción es, por eso, siempre ejercicio de una voluntad final. La dirección final de la acción se realiza en dos fases, una interna que ocurre siempre en la esfera del pensamiento, en donde el autor se impone la realización del fin, y selecciona los medios, y otra externa u objetiva, en la que realiza lo planeado en el mundo externo”.⁴¹

La acción puede ser considerada únicamente como el acto, la exteriorización de una voluntad, o bien, se puede considerar como una suma de elementos, el interno y el externo. El interno se refiere al pensamiento o al deseo, y el externo a la realización del deseo o del pensamiento. Es obvio, que para que una acción sea considerada como

⁴⁰ *Ibid*, pág. 65.

⁴¹ *Ibid*, pág. 68.



delito, ésta se debe exteriorizar. Se debe llevar a cabo por el sujeto para que la acción pueda ser enmarcada dentro de las figuras penales tipificadas dentro de la ley penal.

Tal aseveración, nos obliga a ver la acción no como un elemento único, se debe considerar en conjunto. Para que una acción pueda ser sancionada o cuestionada de antijurídica, es necesario que la misma se lleve a cabo, no es suficiente que el responsable únicamente sienta el deseo de actuar de determinada manera, se necesita que actúe, para que pueda ser sometido a un proceso penal y se le pueda imponer la sanción determinada.

3.4.2. La tipicidad

Es necesario establecer qué es la tipicidad, ya que dentro del derecho penal, es éste el elemento que determina la punibilidad de las acciones.

La tipicidad puede ser definida así: “Es la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito. Es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto”.⁴²

“La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, pues sólo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como tales.

⁴² *Ibid*, pág. 70.



El tipo penal llega a ser entonces la abstracta descripción de la conducta, y tiene tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora”.⁴³

La tipicidad es el elemento básico que se debe reunir para que una conducta pueda ser considerada como delito. La conducta debe estar descrita como delito, antes que el sujeto la realice, para que el responsable pueda ser sometido a un proceso penal. Si la acción no está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, no se puede hablar de un delito.

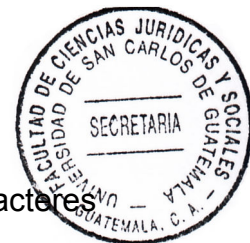
Se puede establecer que cuando se refiere a que la tipicidad es seleccionadora, se refiere a la creación de figuras delictivas, seleccionando conductas que han afectado a la sociedad, y consideran que éstas deben ser sancionadas.

Es garantista, ya que si una conducta no está individualizada dentro del ordenamiento jurídico penal como delito, no se puede someter a un proceso penal a sus autores. Y es motivadora, ya que al denominar cierta conducta como delito, motiva a los miembros de la sociedad a no cometerla ya que el simple temor a ser sancionados provoca en el ser humano un rechazo a la realización de ciertos actos.

3.4.3. Antijuricidad

La antijuricidad es lo contrario al derecho. .

⁴³ *Ibid*, pág. 75.



“La antijuricidad significa conducta contraria a derecho. Es uno de los caracteres esenciales positivos del delito. Actúa antijurídicamente quien contraviene las leyes penales. Presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la ley penal. Este juicio recae sobre la acción realizada, y aunque concurren elementos fundamentalmente de carácter objetivo, en algunos supuestos y de manera excepcional también hay que tener en cuenta los subjetivos”.⁴⁴

La antijuricidad va ligada con la acción. Si la acción que se realiza contraviene el ordenamiento jurídico vigente, es una acción antijurídica, y como tal debe ser sancionada.

La antijuricidad también es definida de la siguiente manera: “En términos generales se entiende la antijuricidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aun de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo”.⁴⁵

De la definición anterior se puede apreciar que algunos tratadistas entienden la antijuricidad como parte de un conjunto de elementos, se considera que la acción contraria al derecho se realizó, pero no se puede actuar sino hasta que dicha acción sea encuadrada en el tipo, o tipificación de las acciones consideradas como delitos.

⁴⁴ **Ibid**, pág. 75.

⁴⁵ **Ibid**, pág. 62.



Se puede concluir que la antijuricidad es contrariar el ordenamiento jurídico vigente, por medio de la realización de actos que están tipificados como delito en la ley penal.

3.4.4. La culpabilidad

“La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”.⁴⁶

La culpabilidad está íntimamente ligada a la función motivadora de la norma penal. “Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”.⁴⁷

Para lograr comprender a su máximo esplendor el término de culpabilidad es necesario exponer, de manera resumida, los diferentes elementos que componen a la culpabilidad. En la doctrina se reconocen tres, principalmente, siendo los mismos los siguientes: imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de obediencia al derecho.

- Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal,

⁴⁶ Jiménez de Asúa. **Ob. Cit.**, pág. 37.

⁴⁷ **Ibid**, pág. 45.



lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas;

Conocimiento de la antijuricidad, esto es, el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley, pues sólo así este individuo puede motivarse conforme a la norma.

- c) Exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en que al sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas.

La culpabilidad, es pues, el elemento que considera al sujeto y la acción. Si el sujeto reúne las características para poder ser sujeto dentro de un proceso, y si la acción cometida es una acción que es contraria al ordenamiento jurídico, y además la circunstancia en que se cometió no encuadra en aquellas causas de justificación reconocidas dentro del ordenamiento jurídico penal vigente.

3.4.5. La punibilidad

Es fundamental reparar el daño ocasionado. El estudio de la punibilidad dentro de la teoría general del delito, afirma que se circunscribe a la resolución de la problemática planteada en la doctrina jurídico penal, para averiguar si la pena es un elemento característica del delito o bien si consiste en una consecuencia del mismo.



Es éste el último requisito que debe cumplirse para concluir que un delito se ha dado con todos sus elementos. Es, a grandes rasgos, la pena que lleva aparejada una conducta considerada como delito dentro del ordenamiento jurídico. Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma

La punibilidad no sólo es un requisito esencial de la infracción, sino quizás el principal, puesto que sin ella, siempre existirá un injusto, pero para que ese injusto sea penal, es preciso que esté sancionado con una pena.

La punibilidad, es pues, el sancionar una acción antijurídica, tipificada como delito, que sea imputable a un sujeto determinado, y que el sujeto pueda ser imputable. Es la consecuencia de cometer el delito. El imponer la pena, el sancionar al responsable, son consecuencias de la punibilidad.

Los elementos del delito aquí descritos, son los elementos comunes considerados por los diferentes tratadistas del derecho penal. Es claro, que se pudiera dedicar un mayor espacio para lograr desarrollar cada uno de ellos con todas sus consideraciones, pero es claro que el presente trabajo no se puede enfocar en todas sus extensiones.

3.5. Causas de inimputabilidad

Las causas de inimputabilidad las regula el Código Penal vigente en Guatemala en el Artículo número 23 al señalar que:



“No es imputable:

1. El menor de edad.
2. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente”.

3.6. Causas de justificación

Las causas de justificación las regula el Código Penal vigente en Guatemala en el Artículo número 24 al señalar lo siguiente:

“Son causas de justificación:

Legítima defensa

1. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:
 - a) Agresión ilegítima;



- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla.

- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad

- 2. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:
 - a) Realidad del mal que se trate de evitar;

 - b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo;



- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho

3. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia”.

3.7. Causas de inculpabilidad

El Código Penal vigente en Guatemala regula en el Artículo número 25 las causas de inculpabilidad al señalar lo siguiente:

“Son causas de inculpabilidad:

Miedo invencible

1. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior



2. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.

Error

3. Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

Obediencia debida

4. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:
 - a. Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
 - b. Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien La emite, y esté revestida de las formalidades legales;
 - c. Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

Omisión justificada



5. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable”.

3.8. Circunstancias atenuantes

La legislación penal vigente regula en el Artículo número 26 las diversas circunstancias que modifican la responsabilidad penal, siendo las mismas las siguientes:

“Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica

1. Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Exceso de las causas de justificación

2. El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

Estado emotivo

3. Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación.



Arrepentimiento eficaz

4. Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación de perjuicio

5. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado ante de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad

6. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo

Presentación a la autoridad

7. Si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

Confesión espontánea

8. La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.



Ignorancia

9. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuando haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever

10. E los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.

Provocación o amenaza

11. Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

Vindicación de ofensa

12. Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados.

Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión.



Inculpabilidad incompleta

13. Las expresadas en el artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

Atenuantes por analogía

14. Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”.

3.9. Circunstancias agravantes

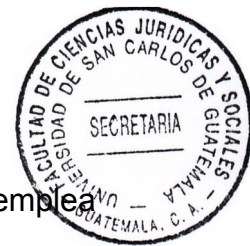
Las circunstancias agravantes se encuentran reguladas en el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, al preceptuar en el Artículo número 27 que:

“Son circunstancias agravantes:

Motivos fútiles o abyectos

1. Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía



2. Ejecutar el hecho con alevosía Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentra, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

Premeditación

3. Obrar con premeditación conocida Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados, revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente.

Medios gravemente peligrosos

4. Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave. accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.

Aprovechamiento de calamidad



5. Aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.

Abuso de superioridad

6. Abusar de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.

Ensañamiento

7. Aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la acción delictual.

Preparación para la fuga

8. Ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito



9. Cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad

10. Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo

11. Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Abuso de autoridad

12. Prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso defunciones que anteriormente, hubiere tenido.

Auxilio de gente armada

13. Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

Cuadrilla



14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.

Nocturnidad y despoblado

15. Ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Menosprecio de autoridad

16. Ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta este ejerciendo sus funciones.

Embriaguez

17. Embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

Menosprecio al ofendido

18. Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho.



Vinculación con otro delito

19. Ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar

20. Ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso.

Facilidad de prever

21. En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

Uso de medios publicitarios

22. Ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público. Cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión.

Reincidencia

23. La de ser reincidente el reo.



Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.

Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.

Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas.

El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.





CAPÍTULO IV

4. La contextualización del bien jurídico protegido en el Código Penal vigente desde el derecho penal garantista en Guatemala

Guatemala es una sociedad en la cual se ha dotado democráticamente de una Constitución, en la cual dicha normativa legal recoge el contenido básico del acuerdo social; condicionada históricamente y desde luego susceptible de modificación.

La profunda imbricación entre poder y derecho a que da lugar el condicionamiento anotado y constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del derecho penal garantista, ya no limitado substancialmente al describir el procedimiento acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, sino también interesado en que se persigan determinados fines, que sin dudarlo trascienden holgadamente al mero mantenimiento del orden y de la paz pública.

De dicho modo se logra la introducción dentro del sistema tanto político como jurídico de las pautas valorativas, cuyo rango normativo les otorga una capacidad limitadora o promotora de actuaciones de los poderes públicos de tal naturaleza que les convierte en referencias imprescindibles de toda crítica a la vigente realidad social y de todo afán de modificación social.



4.1. Protección a la persona

La Constitución Política de la República de Guatemala garantiza mediante el Estado guatemalteco la protección de la persona y de la familia, siendo su finalidad suprema la debida realización del bien común.

El Artículo número 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula los deberes del Estado, al preceptuar que: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

El derecho a la vida se encuentra regulado en el Artículo número 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

4.2. Libertad e igualdad

Todo ciudadano y ciudadana guatemalteca cuenta con el derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe, no se encuentra obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco puede ser perseguida ni mucho menos molestada por la emisión de sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.

El Artículo número 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa que: “Ninguna persona puede ser detenida o presa sino por causa de delito o



falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente.

Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrá quedar sujeto a ninguna otra autoridad.

El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este Artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente”.

4.3. Detención por faltas o por infracciones

Por infracciones o por faltas a los reglamentos, las personas no tienen que permanecer detenidas, si su identidad puede ser establecida a través de documentación, por la propia autoridad o por el testimonio de la persona de arraigo.

En dichas situaciones anteriormente anotadas, bajo pena de la sanción que corresponda, la autoridad se encarga de limitar su cometido a dar parte del hecho al juez competente y a prevenir al infractor, para que el mismo comparezca dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas hábiles. Para dicho efecto, son hábiles todos los días del año, y las horas que se encuentren comprendidas entre las ocho y dieciocho horas.

Las personas que desobedezcan el emplazamiento tienen que ser sancionadas de conformidad a la norma. La persona a la que no le sea posible identificarse, será



puesta a la disposición de la autoridad judicial más cercana, dentro de la primera hora siguiente a la cual fue detenida.

4.4. La presunción de inocencia

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula en el Artículo número 14 la presunción de inocencia y la publicidad del proceso al preceptuar lo siguiente: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente ejecutoriada.

El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata”.

4.5. La limitación de los derechos constitucionales

El Artículo número 138 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa que:

“Limitación a los derechos constitucionales. Es obligación del Estado y de las autoridades, mantener a los habitantes de la Nación, en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza. Sin embargo, en caso de invasión del territorio, de perturbación grave de la paz, de actividades contra la seguridad del Estado o calamidad



pública, podrá cesar la plena vigencia de los derechos a que se refieren los Artículos 26, 33, primer párrafo del Artículo 35, segundo párrafo del Artículo 38 y segundo párrafo del Artículo 116.

Al concurrir cualquiera de los casos que se indican en el párrafo anterior, el Presidente de la República, hará la declaratoria correspondiente, por medio de decreto dictado en Consejo de Ministros y se aplicarán las disposiciones de la Ley de Orden Público. En el estado de prevención, no será necesaria esta formalidad.

- a. Decreto especificará:
- b. Los motivos que lo justifiquen:
- c. Los derechos que no puedan asegurarse en su plenitud;
- d. El territorio que afecte; y
- e. El tiempo que durará su vigencia.

Además, en el propio decreto, se convocará al Congreso, para que dentro del término de tres días, lo conozca, lo ratifique, modifique o impruebe. En caso de que el Congreso estuviere reunido, deberá conocerlo inmediatamente.



Los efectos del decreto no podrán exceder de treinta días por cada vez. Si antes de que venza el plazo señalado, hubieren desaparecido las causas que motivaron el decreto, se le hará cesar en sus efectos y para este fin, todo ciudadano tiene derecho a pedir su revisión. Vencido el plazo de treinta días, automáticamente queda restablecida la vigencia plena de los derechos, salvo que se hubiere dictado nuevo decreto en igual sentido. Cuando Guatemala afronte un estado real de guerra, el decreto no estará sujeto a las limitaciones de tiempo, consideradas en el párrafo anterior.

Desaparecidas las causas que motivaron el decreto a que se refiere este artículo, toda persona tiene derecho a deducir las responsabilidades legales procedentes, por los actos innecesarios y medidas no autorizadas por la Ley de Orden Público.

4.6. La inconstitucionalidad de las normas en casos concretos

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo número 266, regula los casos en los cuales existe inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos al señalar lo siguiente:

“Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos. En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto”.



4.7. Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general

El Artículo número 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula la inconstitucionalidad de las leyes de carácter general: “Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”.

4.8. Generalidades

Si las nuevas elaboraciones filosóficas del derecho penal garantista se encuentran en la actualidad posibilitando, aun quizás sin pretenderlo, una extensión a la discusión y a los acuerdos sociales a ámbitos hasta ahora no siempre insertos suficientemente en la sociedad guatemalteca, las nuevas constituciones se encuentran forzando órdenes de convivencia social en las cuales, el monopolio de la fuerza está más condicionada a la persecución de objetivos cuya legitimidad deriva del consenso social.

El orden social no se alcanza mediante un simple acuerdo de contenidos. Exige de una profunda involucración de distintas instituciones sociales, sean de naturaleza primaria como lo es la familia, la escuela y la comunidad social, o bien sean de naturaleza secundaria como los tribunales, la policía y la opinión pública. Todas ellas soportan su colaboración para el aseguramiento de los comportamiento de los ciudadanos, para que



los mismos sean socialmente correctos y respetuosos con los contenidos del orden social acordados.

Un análisis coherente del funcionamiento de las instituciones se alcanza mediante la inserción de la sociedad guatemalteca en el sistema de control social irrenunciable en el país. Este tiene la misión de garantizar el orden social, sea socializando a los ciudadanos por medio del fomento de la interiorización de ellos de los comportamientos sociales adecuados, sea estableciendo las expectativas de conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada.

4.9. Elementos del sistema de control de la sociedad guatemalteca

Los elementos fundamentales del sistema de control social en su conjunto, al igual que de los deferentes subsistemas en que aquel se descompone según el ámbito social en el que se actúe son tres, siendo los mismos los siguientes: la norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, de determinación de la sanción a imponer y de cumplimiento de la misma.

“El derecho penal garantista es un subsistema de control social, que persigue los fines de aseguramiento del orden social y se sirve además de idénticos instrumentos fundamentales, ello es, de normas sancionadoras del proceso”.⁴⁸

⁴⁸ Gutierrez Paez, Estuardo. **Los derechos humanos y el derecho penal garantista**, pág. 14.



Al encontrarse el derecho penal desligado de los otros subsistemas de control social, el mismo carece de eficacia para el aseguramiento de la vigencia de sus normas. Dicha constatación, válida para todos los subsistemas y que pone de manifiesto su necesaria interacción recíproca, impide que el derecho penal garantista se atribuya labores irrealistas como agente de transformación social y de los ámbitos de protección, prevenir sanciones y regular procedimientos de un modo substancialmente coincidente al de los otros subsistemas de control social.

4.10. Análisis de la contextualización del bien jurídico protegido en el Código Penal vigente desde el derecho penal garantista en la sociedad guatemalteca

El campo de actuar del derecho penal garantista, es limitante de su intervención a los comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos vaya a dar lugar a una intensa desorganización social.

El alto grado de formalización del derecho penal garantista, el cual es notablemente superior al de los otros subsistemas, y que además refleja su estrecha vinculación a postulados inherentes al liberalismo político, y que pueden resumirse en el temor de la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos, es algo que se presenta al alcance de la mano de los poderes públicos dados a los conflictos especialmente graves a resolver y la consecuente trascendencia de las sanciones a imponer en el ámbito del debido control social.



Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre intereses contrapuestos de las partes, en las cuales el derecho penal actual no solamente es incapaz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente, ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito del control social sino sencillamente trasladan la problemática a otro subsistema de éste en el que se pierden las ventajas de importancia del control social formalizado.

La ideología del tratamiento, con su absolutización de la resocialización del delincuente en detrimento, de la seguridad jurídica, ha tropezado ante todo con su ineficacia, por la insuficiencia de las técnicas disponibles, pero también con su injustificada focalización en la desviación individual desconsiderando los aspectos sociales, y no en último término con la injerencia injustificable en la personalidad del individuo que conlleva.

El auge actual del derecho penal garantista, no se trata de un modelo de intervención penal que asume planteamientos eclécticos sobre la legitimación del derecho penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, al mostrarse escéptico respecto a las posibilidades del derecho penal como un instrumento de control social. Dicha actitud es la que permite entender la autolimitación tan característica del garantismo, expresiva de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo de no agotar las potencialidades de cada una de ellas.



CONCLUSIONES

1. La existencia de un derecho penal autolimitado en virtud de la humanización basada en la tajante consideración de la pena como un mal, que consecuentemente obliga al restablecimiento de la seguridad jurídica respecto de ella, a la valoración del tratamiento como un derecho disponible del delincuente; y al perfeccionamiento del sistema de las penas.
2. La configuración del derecho penal como un derecho penal garantista, es fundamental y se basa en que el mismo aspira de manera fundamental a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos generales preventivos por la vía de la identificación de los límites superiores; para una adecuada contribución al control social del derecho penal garantista.
3. El contenido del derecho penal garantista se fundamenta en que sus contenidos tienen que proveer en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales sobre los bienes a proteger y de responsabilidad a respetar.
4. Tres son los grandes bloques de principios en torno a los cuales se tiene que estructurar la intervención penal garantista en la sociedad guatemalteca y que se denominan respectivamente, los principios de la protección, de la responsabilidad y de la sanción.

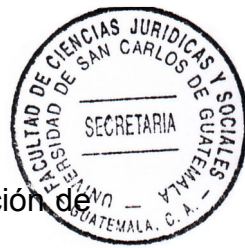


5. Es fundamental el análisis jurídico de la contextualización del bien jurídico protegido en la legislación penal vigente en la sociedad guatemalteca desde el derecho penal garantista, para una debida aplicación de justicia en el país y una convivencia armónica que permita alcanzar un Estado democrático de derecho.



RECOMENDACIONES

1. Que se determine a través del Congreso de la República de Guatemala, que la presencia en la sociedad guatemalteca de un derecho penal autolimitado a consecuencia de la humanización fundamentada en la pena como un mal, obliga a la valoración del tratamiento del derecho penal como disponible para el delincuente y a que el sistema de las penas sea perfeccionado.
2. Que se de a conocer mediante los Juzgados Penales, que la configuración del derecho penal como garantista es primordial y el mismo se fundamenta en que aspira a acabar con las pretensiones de infringir las penas, para que posteriormente el Estado pueda tener un debido control social del derecho penal garantista; el cual es vital para el control de la delincuencia.
3. Que se establezca mediante la Procuraduría General de la Nación, que el contenido del derecho penal garantista se basa en que el mismo se encarga de proveer en función de las necesidades de la sociedad Guatemalteca, las cuales se encuentran condicionadas para el mantenimiento del orden social y de las concepciones vigentes sobre los bienes a proteger.
4. Que se determine a través de los Tribunales de Primera Instancia Penal, a conocer los tres principios mediante los cuales se estructura la intervención penal garantista en Guatemala, siendo los mismos el principio de protección, el principio de sanción y el principio de la responsabilidad.



5. Que mediante el Ministerio Público, se ordene a los medios de comunicación de Guatemala, la importancia del análisis jurídico de la contextualización del bien jurídico protegido en la legislación penal vigente desde el derecho penal garantista, para una adecuada aplicación de la justicia y una convivencia armónica para alcanzar un Estado democrático de derecho en el país.



BIBLIOGRAFÍA

- BACVIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1998.
- BERDUGO, Ignacio. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1985.
- CARRÁNCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal.** México D.F.: Ed. Porrúa, 1980.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Elementos de derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.
- CEREZO MIR, Francisco. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 2000.
- CÓRDOVA ANGULO, Miguel. **El principio de culpabilidad.** Barcelona, España: Ed. Jurídico S.A., 1993.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy.** Madrid, España: Ed. Ediciones Jurídicas Ibañez, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho, razón y la teoría del garantismo penal.** Barcelona, España: Ed. Trota, 1997.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abellido Perrot, 1980.
- GUTIERRÉZ PAEZ, Estuardo. **Los derechos humanos y el derecho penal garantista.** Madrid, España: Ed. Temis, 1989.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Hermes, 1986.



LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva.** Bogotá, Colombia: Ed. Colombiana S.A., 1996.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Temis, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1993.

PANSINI, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho penal garantista.** Madrid, España: Ed. Fundación S.A., 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Dykinson, 1989.

ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.

SOLER SEBASTIAN. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Tipográfica, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Temis, 1989.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **La responsabilidad penal o las personas jurídicas.** Barcelona, España: Ed. Aranzadi, 2000.

Legislación:

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

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

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