

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

**INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO:  
ANÁLISIS DE UN CASO LEGAL**

**JORGE ALFREDO PALACIOS MONTENEGRO**

**GUATEMALA, MARZO DE 2010**

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

**INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO:  
ANÁLISIS DE UN CASO LEGAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por:

**JORGE ALFREDO PALACIOS MONTENEGRO**

previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, marzo de 2010

**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. Mario Estuardo León Alegría  
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Luis Efraín Guzmán Morales  
Vocal: Lic. José Luis De León Melgar  
Secretaria: Licda. Ileana Magalí López Arango

**Segunda Fase:**

Presidenta: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez  
Vocal: Licda. Eloisa Mazariegos Herrera  
Secretario: Lic. Ronald Manuel Colindres Roca

**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. Mario Efraín Ramírez García Abogado y Notario



Guatemala, 3 de abril de 2009.

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



Licenciado Castro:

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, como Asesor del trabajo de tesis del Bachiller Jorge Alfredo Palacios Montenegro, intitulado: "LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 173 DEL DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO PENAL VIGENTE", corresponde emitir DICTAMEN respecto a la asesoría brindada.

I. El tema objeto de investigación, desarrollo, contribución y proposiciones sustentadas por el Bachiller Palacios, luego de la asesoría brindada, merece calificarse de válido y significativo.

II. Dicho trabajo se elaboró conforme a lo asesorado, siguiéndose con los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de nuestra Facultad; cumpliendo con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del relacionado Normativo, comprobándose lo siguiente: El contenido científico y técnico del trabajo de investigación, la utilización de metodología y técnicas de investigación adecuadas y apropiada redacción; asimismo, que las conclusiones y recomendaciones están debidamente orientadas a la consecución de una solución al problema jurídico-social tratado; que no se consideraron necesarios cuadros estadísticos, y que la bibliografía con que se respaldó la elaboración y desarrollo del trabajo es la indicada, además de suficiente.

III. Finalmente, es mi opinión que el tema de estudio tratado por el autor es muy importante y que el mismo contribuye académicamente tanto a nuestra Facultad como al estudio y aplicación del derecho penal guatemalteco. Con base en todo lo anterior, me permito recomendar que, salvo mejor criterio del Licenciado Revisor de tesis, el citado trabajo de investigación pueda ser discutido en el Examen Público correspondiente.

Sin otro asunto que tratar al respecto, me suscribo de usted.

Respetuosamente,

Lic. Mario Efraín Ramírez García  
Colegiado 5995

Mario Efraín Ramírez García  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES. Guatemala, veintiocho de abril de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JUAN ALFREDO LARIOS  
CALDERON, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante  
JORGE ALFREDO PALACIOS MONTENEGRO, Intitulado "LA  
INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO.  
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 173 DEL DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA  
REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO PENAL VIGENTE".

Me permito hacer de su conocimiento que esta 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 aplicable o desproporcion el  
trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

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



cc.Unidad de Tesis  
CMCM/slh

# Lic. Juan Alfredo Larios Calderón

## Abogado y Notario

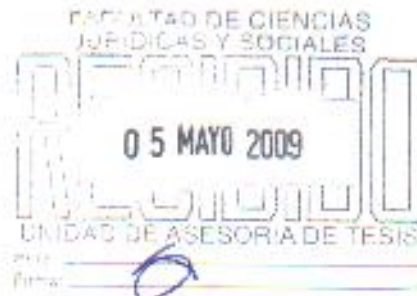


Guatemala, 5 de mayo de 2009.

Licenciado

**Carlos 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 Licenciado Castro Monroy:

Es un gusto para mí saludarle y brindarle mis más sinceros deseos de éxito en todas sus importantes actividades y labores. De conformidad con la responsabilidad que me fue encomendada, en mi calidad de Revisor del trabajo de tesis del Bachiller JORGE ALFREDO PALACIOS MONTENEGRO, intitulado: **“LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 173 DEL DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO PENAL VIGENTE”**, es procedente emitir el correspondiente dictamen respecto a la revisión efectuada, el cual emito a continuación.

El contenido objeto del desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por el autor, ameritó ser calificado de sustento importante y valedero al momento de la revisión, circunstancia que desde todo punto de vista debe concurrir y es atinente a un trabajo académico de investigación de tesis de grado. En ese sentido, se pudo establecer que el ya relacionado trabajo de investigación se efectuó apegado a lo revisado, cumpliéndose con los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de nuestra Facultad. Sin embargo, de forma conjunta con el responsable del trabajo de tesis, se consideró necesario modificar el título del mismo, quedando éste de la manera siguiente: **“INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO: ANÁLISIS DE UN CASO LEGAL”**, el que no sólo mantiene el sentido de dicho trabajo sino que lo centra aún más en el fondo de la investigación: El estudio y aplicación de la interpretación analógica en el ámbito jurídico penal guatemalteco, y toma en cuenta la muy reciente entrada en vigencia del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, que reforma el Artículo 173 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, estableciendo sanciones más rígidas, lo que con base en el principio de retroactividad de la ley penal cuando ésta favorezca al reo, el análisis de esta última norma no se torna obsoleto sino mas bien continúa siendo muy útil para los casos en los que se cometió el delito allí tipificado antes de la entrada en vigencia del citado Decreto 9-2009.

# **Lic. Juan Alfredo Larios Calderón**

## **Abogado y Notario**



Con base en lo anterior, se dictamina que dicho trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo recién citado, ya que en la elaboración del tema se pudo verificar su contenido científico y técnico, que la metodología y técnicas de investigación utilizadas fueron las indicadas y que la redacción es adecuada. En cuanto a las conclusiones y recomendaciones se refiere, éstas están apropiadamente enfocadas a la búsqueda de la resolución del problema jurídico y social objeto de estudio. El trabajo de investigación carece de cuadros estadísticos, debido a que no se estimó necesario. Además, se constató que la bibliografía era la adecuada para sustentar la elaboración del tema.

Finalmente, se pudo determinar que el tema seleccionado por el autor reviste gran importancia y constituye una contribución académica para nuestra casa de estudios y en general para el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, por lo que respetuosamente emito Dictamen Favorable para que pueda ser discutido en el Examen Público correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted, con la debida consideración y respeto.

Atentamente,

Lic. Juan Alfredo Larios Calderón  
Colegiado 3385





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticinco de enero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **JORGE ALFREDO PALACIOS MONTENEGRO** Titulado **INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO: ANÁLISIS DE UN CASO LEGAL.** Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.





## DEDICATORIA

- A DIOS: Mi Padre y creador de todas las cosas, por haber llenado mi vida de tanto amor e incontables bendiciones.
- A MI ESPOSA: Mi amada, quien me ha entregado su amor de forma incondicional y me alentó y apoyó para poder culminar el recorrido.
- A MI HIJA: La niña de mis ojos y mi fuente de alegría y motivación a seguir más allá de lo que a veces siento más no poder.
- A MI MADRE: Quien todo el tiempo creyó en mí y me ha dado su amor; su vida es un ejemplo de fe y del gozo que sólo proviene de Dios.
- A MI PADRE: Por todo el esfuerzo y sacrificio hechos para mi superación.
- A MI FAMILIA: Quienes con júbilo comparten conmigo este logro, especialmente a mis hermanas, abuela y suegros.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme acogido en sus aulas y darme la oportunidad de una educación superior.

# ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

## CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Materias.....	1
1.2. Concepto.....	7
1.3. Definición.....	8
1.4. Partes.....	15
1.5. Naturaleza jurídica.....	18
1.6. Características.....	19
1.7. Fines.....	27

## CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal.....	29
2.1. Principio de legalidad.....	31
2.1.1. Consecuencias.....	35
2.1.2. El principio de legalidad en el derecho penal guatemalteco.....	43

## CAPÍTULO III

3. Fuentes del derecho penal.....	47
3.1. Fuentes directas.....	48
3.1.1. De producción.....	49
3.1.2. De cognición.....	50
3.2. Fuentes indirectas.....	52
3.2.1. Jurisprudencia.....	53
3.2.2. Costumbre.....	55

	<b>Pág.</b>
3.2.3. Doctrina .....	57
3.2.4. Principios generales del derecho.....	58

## **CAPÍTULO IV**

4. Ley penal.....	61
4.1. Definición.....	61
4.2. Características.....	63
4.3. Formas .....	69
4.4. Especies .....	71
4.4.1. Por el ámbito de quiénes están sometidos a ella .....	71
4.4.2. Por sus orígenes .....	72
4.4.3. Por su estructuración técnica .....	74
4.5. Exégesis o interpretación .....	78
4.5.1. Clases de interpretación .....	80
4.6. Reglas legales de interpretación.....	85

## **CAPÍTULO V**

5. Delito y pena .....	87
5.1. Definición del delito.....	87
5.2. Elementos del delito .....	88
5.3. Elementos negativos del delito .....	96
5.4. Definición de la pena .....	97
5.5. Origen de la pena .....	98
5.6. Características de la pena .....	103
5.7. Fines de la pena .....	104
5.8. Clasificación de las penas .....	106
5.9. Clasificación legal de las penas.....	107

**CAPÍTULO VI**

6. La interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco .....	119
6.1. ¿Por qué es necesario determinar si es válida o no? .....	119
6.2. Delito de violación.....	121
6.3. Análisis de un caso legal: Artículo 173 del Código Penal .....	127
6.4. Comparación entre la interpretación extensiva y la analogía .....	129
6.5. Validez.....	132
CONCLUSIONES.....	135
RECOMENDACIONES .....	137
BIBLIOGRAFÍA .....	139

## INTRODUCCIÓN

El tema de esta investigación se escogió por considerarse necesario el análisis de un caso legal determinado que adolece de ser una ley penal incompleta, porque en él está descrita la figura del delito pero no se especifica la pena en cuanto a su género, imponiendo una sanción de seis a 12 años sin señalar expresamente a qué clase de correctivo se refiere; debido a lo anterior, es muy importante determinar si se viola o no el principio de legalidad de la pena y su consecuencia: La exclusión de analogía, al interpretar analógicamente esa norma e imponer la condena de prisión. Para ello, el objetivo general consiste en determinar la validez jurídica de la interpretación analógica de la ley penal material guatemalteca, sin que con ello se viole el principio de legalidad, para comprobar la hipótesis que sí es jurídicamente válida la interpretación analógica de la ley penal material en el derecho criminal guatemalteco; pese a que la analogía está expresamente prohibida por aquélla; por lo tanto, interpretar analógicamente la norma del caso legal relacionado no viola el principio de legalidad, al imponer la condena de prisión, a pesar de no especificar la pena en cuanto a su clase.

En este análisis se ofrece información acerca de conceptos generales del derecho penal material, entre los que se encuentran los de ley penal incompleta, interpretación de la ley penal, analogía e interpretación analógica; profundizando en el significado y contenido de los mismos y, en cuanto a los dos últimos, en las diferencias que existen

entre ellos para determinar la juridicidad o no de la aplicación de cada una a través de la revisión de los principios fundamentales del derecho penal material. En ese sentido, este trabajo está fundamentado en las teorías de la ciencia del derecho penal, de la ley penal, del delito y de la coerción penal, así como en la teoría de la coacción síquica y la prevención, la cual afirma científicamente por vez primera el principio de legalidad.

En este estudio se utilizaron los métodos: inductivo, deductivo y analítico, además de la síntesis, y se divide de la manera siguiente: En el primer capítulo se desarrollan brevemente conceptos fundamentales del derecho penal; en el segundo se examinan los principios del derecho penal, especialmente el principio de legalidad; en el tercero se revisan las fuentes del derecho penal; en el cuarto se hace un análisis de la ley penal; en el quinto se repasan los conceptos de delito y pena; y, finalmente, en el sexto se estudia la interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco y de la aplicación de aquel recurso de interpretación en un caso legal.

En definitiva, con este trabajo se pretende enfocar el problema que representa establecer la validez jurídica de la interpretación analógica de la ley penal material guatemalteca; teniendo en cuenta que la aplicación de analogía está expresamente prohibida por la legislación penal; esperando que pueda servir de guía en este particular tema a aquellos que estén interesados.

## **CAPÍTULO I**

### **1. Derecho penal**

#### **1.1. Materias**

Con el objeto de facilitar este estudio, antes de tratar cualquier otro asunto, será muy útil delimitar las diferentes materias de las que se ocupa el derecho penal, en sentido amplio, y luego enfocarse en la materia que más interesa a este trabajo: El derecho penal material, pues aunque es reconocida la autonomía que adquirió cada una de ellas, todas mantienen una estrecha relación entre sí. Con base en lo anterior, el derecho penal se puede dividir para su estudio en tres materias, a las que algunos autores se refieren como ramas del derecho penal, las cuales son: El derecho penal material o sustantivo; el derecho procesal penal o adjetivo; y el derecho penal ejecutivo, derecho de ejecución de la pena o derecho penitenciario.

- **Derecho penal material**

Como se adelantó, el derecho penal material es la rama del derecho penal en la que se centra el presente estudio y, en el desarrollo del mismo, se hará referencia a él como derecho penal material, derecho penal sustantivo o, simplemente, derecho penal,

indistintamente. Puede decirse, solamente como un previo pues luego se profundizará sobre el tema, que el derecho penal sustantivo está compuesto por el conjunto de normas jurídico penales que regulan los delitos y las faltas, y las correspondientes penas y medidas de seguridad que se deben imponer a los delincuentes.

Las normas del derecho penal son sustantivas pues el delincuente, el delito, la pena y las medidas de seguridad, son los elementos esenciales o sustanciales del derecho penal. Los autores De León Velasco y De Mata Vela concuerdan con ello pues expresan que el derecho penal material es la sustancia que: "(...) conforma el objeto de estudio de la Ciencia del Derecho Penal, como es el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad; y que legalmente se manifiesta contemplado en el Decreto 17-73 del Congreso de la República (que es el Código Penal), y otras leyes penales de tipo especial."<sup>1</sup>

Con relación a este tema, se expondrá en el desarrollo de este capítulo el concepto general del derecho penal, para que así se pueda apreciar de una mejor manera lo que ha sido denominado como su **duplicidad**, ya que el término derecho penal puede utilizarse para designar tanto al derecho penal propiamente dicho como también a la ciencia del derecho penal.

---

<sup>1</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y Juan Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco parte general y parte especial**, pág. 8.



- **Derecho procesal penal**

El derecho procesal penal o derecho penal adjetivo, como también se le llama, es la disciplina jurídica que estudia el conjunto de reglas de procedimiento por las cuales un caso concreto debe ser investigado, debatido y resuelto por el sistema de justicia. Righi se refiere a éste como: “(...) el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, disciplinando los actos constitutivos del procedimiento necesarios para decidir si debe imponerse una pena o una medida de seguridad.”<sup>2</sup>

Como una materia del derecho, al derecho procesal penal se le ha reconocido su autonomía científica pues se argumenta que se diferencia de las demás por su objeto y método, y que tuvo su origen con la consagración de principios que le son propios. Sin embargo, esta materia tiene tanta relación con el derecho penal material que es considerado su instrumento de aplicación, es decir, sin derecho procesal penal no puede concretarse el derecho penal material. Zaffaroni<sup>3</sup> manifiesta que la vinculación entre ambos es íntima, puesto que el procesal es el que regula la forma en que se realiza el material.

---

<sup>2</sup> Righi, Esteban y Alberto A. Fernández. **Derecho penal: la ley, el delito, el proceso y la pena**, pág. 365.

<sup>3</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general**, pág. 67.

Con base en lo expuesto y tomando en cuenta el objeto que tiene el proceso penal guatemalteco, establecido en el Artículo 5 del Código Procesal Penal, como sigue: La averiguación del acontecimiento de un hecho señalado como delito o falta y las circunstancias en que pudo ser cometido; la determinación de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva; y, la ejecución de esa sentencia; puede decirse que el derecho penal adjetivo es el conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan todo el desarrollo del proceso penal, el cual tiene por objeto aplicar el derecho penal material por medio de la emisión de una sentencia en la que se deduzca si hay responsabilidad penal o no y, en su caso, la imposición de alguna pena o medida de seguridad.

- **Derecho penal ejecutivo**

Sánchez Galindo diferencia al derecho penal ejecutivo del derecho penitenciario pues define a éste último como el grupo o conjunto de normas que en el pasado reglamentaban y se ocupaban de la ejecución de la pena a través del principio de la retribución y el castigo, diciendo en cambio que el derecho de ejecución penal es: “(...) el conjunto de normas con las que el Derecho Penal remata su acción y con las cuales procura, en la actualidad, no la pena o la sanción, la represión o el castigo, sino la rehabilitación, la readaptación o la resocialización del delincuente.”<sup>4</sup> Por la notoria

---

<sup>4</sup> Mendoza Bremauntz, Emma. **Derecho penitenciario**, pág. 4.

diferencia entre ambos conceptos, hoy no se debería citar como sinónimo de derecho penal ejecutivo o derecho de ejecución de las penas al derecho penitenciario pues, tal y como su nombre lo delata, éste representa una etapa primitiva de la ejecución de las penas, cuando su fin era precisamente la expiación o penitencia.

En el mismo sentido que el anterior, Bernaldo de Quirós expresa que el derecho penal ejecutivo es la disciplina jurídica que: “(...) recogiendo las normas fundamentales del derecho penal, del que es continuación hasta rematarle, desenvuelve la teoría de la ejecución de las penas, tomadas también las medidas de seguridad y especialmente, de la ejecución de las penas centripetas de libertad y de las medidas de seguridad impuestas por la autoridad competente, como consecuencia de la comisión de conductas previstas como delitos en la ley penal.”<sup>5</sup>

Como una interesante descripción del horizonte de proyección del derecho penal ejecutivo puede ser concebida la definición que de éste proporciona Roberto Pettinato, quien lo concibe como: “(...) el conjunto de normas positivas que relacionan a los diferentes sistemas de penas, a los procedimientos de aplicación, ejecución o cumplimiento de las mismas; a la custodia o tratamiento, a la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención,

---

<sup>5</sup> **Ibíd.**, pág. 2.

represión y rehabilitación del delincuente, inclusive a aquellos organismos de ayuda social para los internados y liberados.”<sup>6</sup> La anterior definición, además de integrar normas y procedimientos de ejecución penal, también incluye los fines que persigue y aspectos de política administrativa de las instituciones en las que se aplican las sanciones penales.

En Guatemala, el derecho penal ejecutivo aún se encuentra en formación, como lo afirma Palacios Motta<sup>7</sup>, quien hace ya algún tiempo se pronunció acerca de la imperativa necesidad de reunir en un cuerpo legal autónomo todas las normas relativas a las penas y las medidas de seguridad, formando un código de ejecución penal que regule las condenas dentro de un marco de respeto por los derechos humanos y de un criterio más humanitario para con las personas sobre quienes se ejecutan las penas; asegurando, además y con toda certeza, que en la ejecución penitenciaria se asienta todo el éxito o el fracaso de los sistemas penales. No obstante, con todo y su gran trascendencia, en nuestro ordenamiento jurídico aún no se le ha dado al derecho de ejecución penal la importancia que realmente tiene, ni siquiera se le ha otorgado la categoría de una disciplina autónoma, como a otras materias del derecho; por tales motivos cabe decir que, lamentablemente, a la fecha todavía son válidos los requerimientos y las aseveraciones del citado profesor.

---

<sup>6</sup> **Ibíd.**, págs. 8 y 9.

<sup>7</sup> Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**, pág. 9.

En síntesis, el derecho penal ejecutivo puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan la aplicación de las penas en los centros destinados para ello y que, en la actualidad, les fija a esas sanciones ya no sólo el objeto de castigar a los delincuentes sino el de ayudarlos para que puedan integrarse correctamente a la sociedad y el de prevenir nuevos delitos, para lo que se puede servir de las medidas de seguridad.

## 1.2. Concepto

Para tener una mayor claridad en cuanto a los temas a tratar en este estudio, es indispensable hacer notar que el nombre derecho penal puede denominar, de manera conjunta o separada, indistintamente, a dos conceptos diferentes: Al conjunto de normas jurídico penales y, o, al sistema de interpretación de esa agrupación dispositiva; el primero de ellos es el derecho penal propiamente dicho y, el segundo, es la ciencia del derecho penal; en eso consiste la duplicidad del concepto general del derecho penal, como la llama Zaffaroni<sup>8</sup>, para quien la ciencia jurídico penal es el sistema de comprensión de la legislación penal y le asigna un carácter interpretativo, como lo tiene cualquier ciencia, cuyo objeto de interpretación es ese particular conjunto de disposiciones jurídicas, las penales.

---

<sup>8</sup> Zaffaroni, **Ob. cit.**, págs. 21 y 22.

Por su parte, explican De León Velasco y De Mata Vela<sup>9</sup> que, el concepto de ciencia del derecho penal, se refiere a un conjunto sistemático de principios, doctrinas y escuelas que tratan lo relativo al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; es decir, el sistema de entendimiento de la sustancia del derecho penal; y que por ser una ciencia eminentemente jurídica regula el deber ser de las conductas de las personas en la sociedad.

De forma concisa pero muy certera, también se ha dicho que la ciencia del derecho penal es, en sentido estricto: “(...) la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el seno del ordenamiento jurídico-positivo, constituyen el Derecho Penal.”<sup>10</sup> Para Muñoz Conde<sup>11</sup>, la ciencia del derecho penal es la parte de la ciencia jurídica que se ocupa fundamentalmente del conocimiento del derecho penal positivo y su misión consiste en interpretarlo, sistematizarlo y criticarlo.

### 1.3. Definición

Muchos estudiosos indican que es mejor y aconsejan conocer todos los aspectos de una ciencia antes de definirla, como también lo decía el profesor guatemalteco Rafael

---

<sup>9</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, págs. 6 y 35.

<sup>10</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal, tomo I**, pág. 30.

<sup>11</sup> Muñoz Conde, Francisco. **Introducción al derecho penal**, págs. 117 a 120.

Godínez Bolaños, en sus cátedras de derecho constitucional: “Es mejor conocer bien a la novia antes de casarse.”; no obstante ello, generalmente se acostumbra definir una ciencia cuando se comienza su estudio, en este caso el derecho penal, porque con ello se hace más sencillo determinar su contenido, naturaleza y características, para quien se inicia en su conocimiento. Por lo tanto, se buscará citar algunas de las definiciones más aceptadas del derecho penal a través de la manera tradicional en que se ha hecho: De forma bipartita, subjetiva y objetivamente.

Dichas definiciones están apegadas al sistema antes citado, por considerarlo suficientemente adecuado para este estudio; sin embargo, creyéndola un importante complemento, se añade una definición integral del derecho penal, el cual combina los criterios subjetivo y objetivo; es importante hacer notar que, conforme estos últimos dos criterios, se define al derecho penal propiamente dicho, como ordinariamente se hace, en cambio, según el criterio integral, se define el derecho penal haciendo referencia tanto al conjunto de normas jurídico penales como a su sistema de interpretación.

- **Definición subjetiva del derecho penal**

En general, las definiciones subjetivas del derecho penal aluden al fundamento del derecho de castigar. Righi<sup>12</sup> explica que, cuando se desarrollan los distintos puntos de vista que procuran fundamentar el derecho a sancionar, para determinar bajo qué condiciones es legítima la amenaza y ejecución de una pena, y todo lo relacionado con la pretensión punitiva estatal, es a lo que se conoce como derecho penal subjetivo. En ese sentido, Berner y Brusa conciben al derecho penal como: “(...) la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder de penar del Estado.”<sup>13</sup>

Por su parte, Palacios Motta<sup>14</sup> planteaba que el derecho penal subjetivo está constituido por la facultad que tiene el Estado de establecer y perseguir los delitos y de imponer penas a los delincuentes, y que es en sí el derecho de castigar del Estado o *jus puniendi*; además, expone que éste es el derecho del Estado a prevenir con amenaza de pena la comisión de delitos y, en el caso de la comisión de los mismos, es el derecho de imponer y ejecutar esas penas. Para De León Velasco y De Mata Vela el derecho penal desde el punto de vista subjetivo o el *jus puniendi* es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano, siendo este su fundamento filosófico, y lo definen de la manera siguiente: “(...) es el derecho del Estado a

---

<sup>12</sup> Righi, **Ob. cit.**, pág. 77.

<sup>13</sup> Jiménez de Asúa, **Ob. cit.**, pág. 30.

<sup>14</sup> Palacios Motta, **Ob. cit.**, pág. 6.



determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.”<sup>15</sup>

De acuerdo con lo anterior, el derecho penal desde el punto de vista subjetivo puede ser definido como la potestad punitiva que tiene el Estado como único ente soberano, para determinar los delitos y las faltas, y establecer las correspondientes penas y medidas de seguridad que se deben imponer a los delincuentes. Se resalta que éste es una potestad ya que no solamente es una facultad del Estado sino que al mismo tiempo es un deber del mismo para poder cumplir con sus fines; es decir, es también una regulación de la potestad pública de castigar y de aplicar medidas de seguridad a quienes cometan infracciones punibles.

- **Definición objetiva del derecho penal**

Cuando se habla del derecho penal objetivo o *jus peonale*, se debe hacer referencia al conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos y las penas y que, de esa manera, regulan el poder estatal de penar. Para Zaffaroni, quien quiere dar una noción previa del derecho penal (con un sentido objetivo), éste es: “(...) el conjunto de leyes que traducen normas tutelares de bienes jurídicos y que

---

<sup>15</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, págs. 3 y 4.

precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama “delito”, y tiene como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor.”<sup>16</sup>

Otra definición objetiva es la que proporciona Antolisei, quien afirma que el derecho penal es el “(...) sistema de normas jurídicas conforme a las cuales el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, determinados comportamientos humanos.”<sup>17</sup>

En el mismo sentido anterior, De León Velasco y De Mata Vela manifiestan que aquél es el conjunto de normas jurídico penales que regulan la actividad punitiva del Estado, determinando en forma abstracta los delitos y las penas y medidas de seguridad, y lo definen como: “(...) parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y/o las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen.”<sup>18</sup>

Carrancá y Trujillo explica, de manera muy similar a las ya expuestas, que el derecho penal es: “(...) el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos,

---

<sup>16</sup> Zaffaroni, **Ob. cit.**, pág. 21.

<sup>17</sup> Reyes Echandía, Alfonso. **Diccionario de derecho penal**, pág. 17.

<sup>18</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 4.

determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.”<sup>19</sup>

Así, la mayoría de autores coinciden en sus definiciones en cuanto a que, el derecho penal entendido objetivamente, es un conjunto o sistema de disposiciones jurídicas que se distingue por los fines que se persiguen a través de él y por la particularidad de sus sanciones. Por lo tanto, puede decirse que el derecho penal desde el punto de vista objetivo o derecho penal material es el conjunto de normas jurídico penales que regulan los delitos y las faltas, y establecen las correspondientes penas y medidas de seguridad que se deben imponer a los delincuentes.

- **Definición integral del derecho penal**

Si se quiere formar un criterio integral para definir al derecho penal, basta con combinar los elementos de éste desde un punto de vista subjetivo con los de uno desde un punto de vista objetivo. Luis Jiménez de Asúa es muy acertado para elaborar de esta manera una definición, quien la formula consciente, expresa él, de la poca utilidad práctica de un concepto apriorístico (obviamente de acuerdo con el criterio de considerar inconveniente una definición a primera vista), pero lo hace, de igual manera, en

---

<sup>19</sup> **Ibíd.**, pág. 5.

holocausto al sistema tradicional. Así, él afirma que el derecho penal es: “(...) un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”<sup>20</sup>; así, su formulación determina con precisión el contenido, naturaleza y caracteres del derecho penal.

Conforme al criterio recién expuesto, el derecho penal sería un conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones por medio de los cuales se regula e interpreta la legalidad del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, quien posee con exclusividad el fundamento para crear derecho penal, determinando los delitos y las faltas y estableciendo las correspondientes penas y medidas de seguridad que se deben imponer a los delincuentes.

Es oportuno mencionar y aclarar que ese conjunto de normas jurídicas (*jus poenale*) sirve de línea divisoria, entre lo legal e ilegal, a la facultad de castigar del Estado (*jus puniendi*) pues, como se verá con más detalle en el siguiente capítulo, la potestad de penar está sometida al principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, base

---

<sup>20</sup> Jiménez de Asúa, **Ob cit.**, pág. 31.

de todo nuestro ordenamiento jurídico penal e incluso plasmado en el ámbito constitucional guatemalteco, y también a su consecuencia: La exclusión de analogía, por la que se prohíbe a los órganos jurisdiccionales crear figuras delictivas y aplicar sanciones, por analogía.

#### **1.4. Partes**

Con el objeto de facilitar su estudio, el derecho penal material se divide, a su vez, en dos partes: La parte general del derecho penal y la parte especial del derecho penal. Esta metodología es la misma que se aplicó en la legislación ordinaria penal sustantiva guatemalteca.

- **Parte general**

La parte general del derecho penal, establece Zaffaroni<sup>21</sup>, es una exposición teórica que debe responder a tres preguntas fundamentales, a las que se refiere como tripartición primaria del derecho penal. Estas cuestiones son: ¿Qué es el derecho penal?, ¿qué es delito? y ¿cuáles son las consecuencias penales del delito? Y al

---

<sup>21</sup> Zaffaroni, **Ob cit.**, pág. 21.

sistema de respuestas a esas interrogantes las llama: Teoría de la ciencia del derecho penal, teoría del delito y teoría de la coerción penal, respectivamente.

Apuntan De León Velasco y De Mata Vela, en cuanto a la parte general del derecho penal, que es a la que se le asignan o la que se ocupa de: "(...) las distintas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relativas al delito, al delincuente, a las penas y las medidas de seguridad."<sup>22</sup>

Como recién se pudo apreciar, usualmente se han desarrollado para el estudio de esos temas el de los principios generales de la disciplina, y el de las teorías de la ley penal, del delito y de la pena, los que forman parte de esta división; sin embargo, Righi<sup>23</sup> propone una sistematización distinta por medio de la cual desarrolla primero el tema de las cuestiones fundamentales del derecho penal, luego lo concerniente a la ley penal, el delito y el procedimiento, y por último la coerción penal. Cabe hacer notar aquí que la mayor diferencia entre uno y otro sistema consiste en incluir el estudio del procedimiento y hacerlo antes que el de la coerción penal, lo que resulta muy interesante.

---

<sup>22</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 7.

<sup>23</sup> Righi, **Ob cit.**, pág. 77.

No obstante lo anterior, volviendo a la forma tradicional, a la parte general del derecho penal se le asigna el estudio y desarrollo de los principios, doctrinas e instituciones, que tratan del delito, el delincuente, las penas y las medidas de seguridad, y ésta se manifiesta en el ordenamiento jurídico guatemalteco en el libro primero del Código Penal.

- **Parte especial**

La parte especial es la división del derecho penal a la que se le asigna el estudio de las figuras penales en sí mismas: Los delitos y las faltas, y de las correspondientes penas y medidas de seguridad que se deben imponer a los delincuentes. Ésta también fue recogida de esa manera en legislación penal de Guatemala, desarrollada en el libro segundo y en el libro tercero del Código Penal.

Así, en cuanto a la parte especial del derecho penal se refiere, cuenta Righi<sup>24</sup> que la tradición ha sido que esta asignatura se dedique al conocimiento de los delitos en particular: El homicidio, el hurto, etc.

---

<sup>24</sup> **Ibíd.**, pág. 78.

## 1.5. Naturaleza jurídica

Al querer establecer la naturaleza jurídica del derecho penal o la de cualquier materia del derecho, se debe establecer de dónde viene y a qué lugar pertenece dentro de las múltiples disciplinas de nuestra ciencia. Tradicionalmente se dice que uno u otro derecho pertenece al derecho privado, al derecho público o al derecho social, por lo que debe ubicarse en uno de ellos al derecho penal, conforme su naturaleza.

Sin presentar mucha dificultad, se puede afirmar que el derecho penal es de naturaleza jurídica pública, como es generalmente aceptado, porque sólo al Estado corresponde la potestad de penar e imponer medidas de seguridad y porque es la parte del derecho público que tiende a proteger los más fundamentales intereses individuales y colectivos; por esas mismas razones, el derecho penal no puede ser derecho privado ni social. Así, De León Velasco y De Mata Vela<sup>25</sup>, afirman que es una función típicamente pública la tarea de penar o imponer medidas de seguridad, la que sólo corresponde al Estado y que es una expresión de su poder interno derivado de su soberanía, argumentando además que la comisión de cualquier delito, sea privado, público o mixto, genera una relación directa entre el infractor y el Estado, que es el único titular del poder punitivo, por lo que consideran que el derecho penal sigue teniendo naturaleza jurídica pública.

---

<sup>25</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, págs. 5 y 6.



Igualmente, Zaffaroni<sup>26</sup> manifiesta que el derecho penal no puede ser otra cosa que una rama del derecho público, o sea, un derecho en que interviene directamente el Estado como persona de derecho público, pues el derecho penal protege bienes jurídicos contra conductas que los lesionan y que con ello menoscaben la seguridad jurídica.

## 1.6. Características

- **Ciencia cultural**

Con base en el criterio de Muñoz Conde<sup>27</sup>, cualquier actividad humana adquiere la categoría de ciencia cuando está enfocada a descubrir y solucionar problemas de un modo objetivo, racional y sistemático; sin importar que su objeto de estudio sea físico o social y cultural; así, el derecho penal es una ciencia pues, para lograr el cumplimiento de sus fines, intenta solucionar una parte fundamental de los problemas sociales de la manera que lo haría cualquier otra ciencia.

Las ciencias culturales, también denominadas sociales o del espíritu, están dirigidas hacia el estudio del resultado de la actividad creadora del ser humano. El derecho

---

<sup>26</sup> Zaffaroni, **Ob. cit.**, pág. 24.

<sup>27</sup> Muñoz Conde, **Ob. cit.**, pág. 116.

penal, como todas las demás materias del derecho, es una ciencia eminentemente cultural pues su objeto de estudio es el deber ser de las conductas humanas en sociedad; esto es así porque esas conductas son reguladas con el propósito de alcanzar los fines que busca el derecho, y no con el propósito de determinar su causa y efecto.

Se ha dicho con toda razón que el objeto de estudio del derecho penal no es el *ser* de las conductas humanas en sociedad, sino el de buscar los medios más adecuados para llegar a la consecución de sus fines; por lo tanto, entre los fenómenos hay una relación de medio a fin y no de causa a efecto, como la de los fenómenos físicos, de los que se ocupan las otras ciencias, las naturales.

- **Normativo**

Si se toma en cuenta que, conforme algunos de los criterios para definir al derecho penal, al inicio de este trabajo se afirmó que el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, cabe afirmar que el derecho penal es normativo porque está compuesto por preceptos o normas que contienen mandatos y prohibiciones que regulan la conducta humana en sociedad, normas de conducta obligatorias que son expresión de lo que debe ser, lo cual no es necesariamente lo que es pues, siendo el

derecho penal una ciencia cultural con un método teleológico, puede que se cumplan sus normas como también puede darse el caso que se incumplan.

El derecho en general, afirmaba Palacios Motta<sup>28</sup>, está formado por un conjunto de derechos y obligaciones para las personas que viven en sociedad y además determina las consecuencias que deben producirse si no se cumplen esas obligaciones o si se violan esos derechos. En ese sentido, como parte del subsistema del *derecho*, dentro del sistema de control social, el derecho penal también contiene normas que regulan la conducta humana en sociedad, pero fundamentalmente a través de prohibiciones y este debe ser considerado como la última defensa con la que cuenta el sistema.

- **Positivo**

El derecho penal es positivo porque, en nuestro ordenamiento jurídico, solo tiene la cualidad de derecho penal el que es formalmente dictado por el Estado, es decir, los particulares no tienen la facultad de ser creadores de normas penales, como en el derecho común, ni pueden ser creadas a través de la jurisprudencia u otras fuentes del derecho.

---

<sup>28</sup> Palacios Motta, **Ob. cit.**, pág. 5.

Esta característica proviene del principio de legalidad y de su consecuencia, la exclusión de analogía; dicho principio rige el derecho penal y constituye una verdadera garantía contra la arbitrariedad de la potestad punitiva del Estado o contra otras personas que de hecho quieran arrogarse la misma.

- **Valorativo**

Dentro de un sistema jurídico es necesario que exista un sistema de valoraciones que sirvan de guía para que la norma jurídica sancione la lesión a bienes jurídicos y condicione una conducta determinada. En ese sentido, Palacios Motta afirma que ese sistema de valores: “(...) está ordenado conforme una jerarquía, dentro de los cuales existen valores de mayor o menor importancia. Como consecuencia lógica, la norma jurídica tratará de dar una protección mayor a aquellos valores cuya realización sea más importante para la convivencia de las personas en sociedad y una protección eficaz pero menos drástica, a los valores cuya realización se considera menos importante.”<sup>29</sup>

Puede decirse, entonces, que el derecho penal es valorativo porque sus normas son elaboradas con atención al cumplimiento de sus propios fines, a través de una

---

<sup>29</sup> **Ibíd.**

valoración previa de las conductas humanas en sociedad, y a que sus particulares sanciones solamente se pueden justificar porque mediante ellas son protegidos los más fundamentales bienes jurídicos del ser humano.

- **Finalista**

El derecho en general debe asentar sus normas sobre la realidad para que sean más justas y eficaces; sin embargo, no constituye la realidad social el objeto preferente de las preocupaciones científicas del derecho porque éste está relacionado con conductas y, en consecuencia, tiene un carácter finalista, lo cual concuerda con la afirmación de que el derecho penal tiene como finalidad asegurar las condiciones de vida de la sociedad y establecer penas únicamente cuando son indispensables por falta de buena fe y probidad en la conducta humana.

Según lo antes expuesto, el derecho penal es finalista porque busca dirigir las conductas humanas en sociedad de tal forma que no alteren o alteren lo menos posible el orden social y jurídico establecido. Éste no debe ser considerado como una ciencia curativa del individuo ni de la sociedad, por lo que no se le debe atribuir tareas con las que no pueda cumplir como medio de curación o transformación social, sino que debe entenderse como el último recurso del que dispone el sistema de control social para

resguardar los valores más fundamentales para el mantenimiento del orden social, en función de sus fines propios y los de todo el derecho, los que están plasmados en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que consagra 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.”

- **Sancionador**

El derecho penal no es simplemente sancionador, pues la sanción es uno de los instrumentos de los que el derecho se sirve para cumplir con sus fines, sino que esta característica es esencial en él porque éste constituye la última defensa en contra de las conductas humanas antisociales a los valores más fundamentales para el ser humano. Es por esos valores fundamentales que se distingue la sanción penal de las demás sanciones, porque sus dimensiones son proporcionales a la gran importancia de los mismos.

Consideran De León Velasco y De Mata Vela que: “(...) mientras exista el Derecho Penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún y cuando existan otras consecuencias del delito.”<sup>30</sup> Si se

---

<sup>30</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 12.

acepta de esa manera, esas sanciones tan particulares del derecho penal son necesarias para conservar el orden social y jurídico establecido, aunque estas no deberían imponerse a quienes se les puede aplicar alguna medida de política criminal más efectiva y menos dañina para lograr los mismos fines que persiguen ambas, ya que actualmente se busca darle también otro enfoque al derecho penal moderno.

- **Preventivo**

Desde hace ya algún tiempo, el derecho penal dejó de ser únicamente sancionador, es decir, dejó de ser una simple operación lógica jurídica que implicaba una retribución penal, muchas veces desproporcionada, a los sujetos que causaran un daño a la sociedad predeterminado por la ley, el delito. Se ha dicho que con el apareamiento de las medidas de seguridad que el derecho penal toma la característica de ser preventivo.

Dentro del inacabable proceso de búsqueda de sus fines, como el sistema de control social que es, el derecho penal actualmente también pretende evitar el delito y es que, con toda razón, es válido afirmar que un sistema que busca mantener la paz y el orden social, o que estos se alteren lo menos posible, es mucho más eficaz si se anticipa a evitar y resolver las causas que puedan alterarlos, que si solo intenta mantenerlos con

la amenaza general de un mal a las conductas antisociales contra ese orden jurídico establecido y con la aplicación particular de un mal, una pena, a quien realice esas conductas, pues históricamente solo con estas medidas no se ha logrado la consecución de los fines del derecho penal.

Por lo anterior, la frase popular: “La mejor defensa es el ataque”, puede también identificar a esta característica del derecho penal pues uno de sus más importantes objetivos debería ser actuar antes de permitir que la paz y el orden social sean dañados; así, sería menos difícil prevenir que éstos se dañen que restaurarlos cuando el daño ya está hecho. Pero, eso sí, ese ataque no debe dirigirse a los delincuentes sino a las causas de esas conductas humanas dañinas a la sociedad.

- **Rehabilitador**

La característica del derecho penal de ser rehabilitador del delincuente tiene fundamento constitucional pues el Artículo 19 de la Constitución Política de Guatemala establece que: “El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos (...).” Además, está íntimamente ligada a la de prevenir el delito, pues si se logran modificar las conductas delictivas de las personas también se está previniendo que éstas continúen



delinquiendo o lo hagan en el futuro, por lo que la sociedad se beneficia al no alterarse la paz y el orden. Pero el bienestar de la sociedad no es la única motivación de la rehabilitación del delincuente, sino también la del bienestar del individuo pues este es muy importante en los fines del derecho, sobre todo del derecho penal, lo que diferencia a esta característica de la de prevención.

Entonces, así como el derecho penal busca proteger los valores más fundamentales del ser humano también tiene la responsabilidad de aplicar las sanciones más drásticas de todo el derecho, por lo que la atribución de penar no puede tomarse en ningún caso a la ligera y por ello es que adquieren aquí tanta relevancia para el cumplimiento de los fines que persigue el derecho penal, las **medidas de seguridad y corrección**.

### **1.7. Fines**

El derecho penal forma parte del sistema de control social y, al igual que los otros subsistemas dentro de él, por ejemplo: La familia, la escuela, la religión, la comunidad, el derecho común, etc., persigue asegurar el orden social, sirviéndose de los instrumentos fundamentales para ello: Normas, sanciones y proceso.

Históricamente, el derecho penal ha tenido como fines mantener el orden jurídico y social previamente establecido y, cuando ese orden ha sido afectado por la comisión de un delito, restaurarlo por medio de la aplicación de alguna pena; pero las corrientes del derecho penal moderno tienden a añadir a esos fines otros aún más importantes como los de prevenir objetivamente el delito y rehabilitar efectivamente al delincuente, por medio de las medidas de seguridad y corrección.

Pero, como medio de control social, hay que tomar en cuenta que el derecho penal debe tener: Unos objetivos realistas, por lo que no se le debe atribuir tareas con las que no pueda cumplir como transformador social; un campo de actuación limitado, pues debe considerársele como el último recurso del que dispone el sistema de control social, limitándose a resguardar los presupuestos más fundamentales e imprescindibles para el mantenimiento del orden social; y una formalización rigurosa, para asegurar que la intervención estatal no sea arbitraria sobre los derechos de las personas. Así, los principios del derecho penal son el fundamento para poder determinar los objetivos del derecho penal y las condiciones en que los mismos deben buscarse; por su importancia, los desarrollaré aparte en el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO II

### 2. Principios del derecho penal

Debido a su gran trascendencia, al buscar cumplir con los fines del derecho penal, vale afirmar y reiterar las veces que sea necesario que el Estado no debe actuar arbitrariamente sobre los derechos de las personas pues, por haberse utilizado ilimitadamente la potestad estatal de castigar, a lo largo de la historia del derecho penal se ha causado incontables excesos, tragedias y aberraciones. La arbitrariedad causa una inseguridad jurídica tal que, al actuar el Estado autoritaria y represivamente, sin restricción alguna, es muy improbable que pueda cumplir con los fines que actualmente persigue esta ciencia, ya que están totalmente contrapuestos.

Por las razones anteriores, en un Estado de Derecho, el derecho penal necesita de principios o directrices que indiquen el camino a seguir y que limiten la potestad punitiva del Estado para evitar los males que puede causar su actuar de hecho; es decir, sin que se delimiten ni regulen jurídicamente sus facultades y atribuciones. Esas directrices deben estar destinadas, entonces, a obligar a que se respeten, como mínimo, los derechos inherentes a todo ser humano, a guiar al derecho penal de la mejor manera posible a la consecución de sus fines y a brindar seguridad jurídica tanto al individuo como a la sociedad, como consecuencia de su aplicación.

Muñoz Conde<sup>31</sup> se refiere a éstos como principios limitadores del poder punitivo del Estado y expone que los mismos son ideas que constituyen un patrimonio común y que sirven de línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales o dan, por otro lado, una base para su crítica; o sea, tienen funciones de dirección y crítica. Su naturaleza es jurídica y política, y los límites que imponen se basan en última instancia en la dignidad humana y en la idea de justicia misma.

Los principios del derecho penal o principios rectores, indica Fernández Carraquilla, son: "(...) pautas superiores y abstractas, generales e inductivas en que descansan las diversas normas e instituciones del derecho penal positivo, y que los doctrinantes proponen como guías para la interpretación de las mismas."<sup>32</sup> Sin embargo, el mismo exponente también explica que el tema de los principios rectores es de los más difíciles del nuevo derecho penal, cuyo alcance está llamado a precisar y controlar, pues la generalidad de estos principios es causa de que se involucren en su discusión temas abstractos y de gran polémica doctrinal.

Con base en las razones anteriores, en este estudio se hará referencia solamente a uno de los principios más importantes para encaminar correctamente al derecho penal:

---

<sup>31</sup> Muñoz Conde, **Ob. cit.**, pág. 58.

<sup>32</sup> Goldstein, Raúl. **Diccionario de derecho penal**, pág. 536.

El de legalidad, el cual para la mayoría de autores viene a ser así como la piedra angular de todo el edificio penal.

## **2.1. Principio de legalidad**

Entre los principios que deben guiar y regir el derecho penal es necesario destacar la importancia que tiene para éste el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, considerado por la mayoría de los estudiosos de la ciencia penal, con toda razón, como el pilar sobre el cual se debe erigir toda la edificación del derecho penal. Como se apuntó antes, la doctrina no está de acuerdo en cuáles deben ser todos los principios que deben regir al derecho penal, no obstante, este principio sí es reconocido casi universalmente por las legislaciones de los países civilizados; eso sí, no sin antes haber superado un largo proceso para ello, con muchas vicisitudes y continuos retrocesos.

La imposición de este principio se convirtió tan necesaria por el deseo incesante de las personas de buscar un control del poder punitivo del Estado, debido a la gravedad de los medios que éste emplea en la represión del delito, la intervención en los derechos más fundamentales de las personas y el carácter de último recurso que el derecho penal debe tener actualmente; por lo que la aplicación de este derecho debe estar

confinada dentro de límites que no permitan la arbitrariedad de quien ostente el poder de penar. Muñoz Conde, quien denomina al principio de legalidad también como principio de intervención legalizada, explica que el principio establece que la intervención punitiva del Estado: “(...) tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general” (...)”<sup>33</sup>, pues el principio de legalidad sirve como garantía a los particulares, por medio de la cual se evita el ejercicio ilimitado del poder punitivo estatal.

En el mismo sentido que el anterior, Bacigalupo manifiesta que: “La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal.”<sup>34</sup>

A pesar de su formulación en latín, Jiménez de Asúa<sup>35</sup> relata que el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, no tiene origen romano, sino que surge universalmente como consecuencia del liberalismo del siglo XVIII, también en Europa, después de

---

<sup>33</sup> Muñoz Conde, **Ob. cit.**, pág. 80.

<sup>34</sup> Bacigalupo, Enrique. **Principios del derecho penal, parte general**. pág. 55.

<sup>35</sup> Jiménez de Asúa, **Ob. cit.**, pág. 332.

haber tenido sus primeras manifestaciones en la Edad Media, periodo en el que únicamente la nobleza gozaba de la aplicación de este principio y, aún así, no era seriamente cumplido. Efectivamente, el aporte de la filosofía del siglo de las luces fue decisivo para que surgiera el principio de legalidad con los demás derechos del hombre, dándole la difusión y firme vigencia de las que antes careció, constituyéndose como salvaguarda contra la desmedida arbitrariedad del Estado que imperaba entonces y como protección máxima de las libertades individuales. Es por ello que éste se asentó en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países civilizados.

Este principio se afirmó científicamente, por primera vez, a través de la teoría de la coacción síquica y la prevención de Feuerbach, quien le dio su formulación latina. Conforme a esta teoría, el delito y la pena deben estar definidos en la ley para que la pena produzca su función de coaccionar síquicamente pues, para producir una amenaza intimidante, el amenazado tiene que saber porqué se le conmina y con qué se le coacciona. Así, el principio de legalidad debe formularse de la manera siguiente: “Toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación del Derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: I. *La existencia de una pena supone una ley penal anterior (...)* II. *La existencia*

*de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada (...) III. El acto legalmente amenazado está condicionado por la pena legal (...).*"<sup>36</sup>

Cualquiera que sea la trascendencia que el principio legalista tenga en otros ámbitos, señala Jiménez de Asúa que su origen y sentido fueron fundamentalmente políticos. Además, explica cómo se han interpretado las cuatro máximas siguientes: "a) *Nullum crimen sine praevia lege*, es decir no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; b) *Nulla poena sine praevia lege*; esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; c) *Nemo iudex sine lege*, o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y Jueces instituidos por la ley para esa función; y d) *Nemo damnatur nisi per legale iudicium*; es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal."<sup>37</sup> Con todas esas garantías derivadas del principio de legalidad se corre el riesgo de que, por una ley mal elaborada por el legislador o por la gran astucia de un delincuente, queden sin penalización conductas que perturben gravemente la convivencia humana; pero es un riesgo que debe aceptarse porque el precio a pagar por correrlo es bastante pequeño en proporción a la obtención del requisito indispensable en una comunidad organizada: **La seguridad jurídica.**

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*, págs. 330 y 331.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, págs. 331 y 332.



Finalmente, con base en las ideas de Bacigalupo<sup>38</sup>, el principio de legalidad debe entenderse como la garantía de la objetividad del juicio sobre el hecho porque sólo con la distancia de una ley previa es posible juzgar correctamente los hechos, y como la Carta Magna del ciudadano pues, en un estado de derecho, el juez tiene ante sí no un delincuente sino a un ciudadano amparado por el derecho a la presunción de inocencia y quien es el destinatario de todas las protecciones que otorga el principio legalista.

### 2.1.1. Consecuencias

El principio legalista contiene prohibiciones que someten al legislador y al juez, y se expresa en exigencias a los mismos, las que se pueden apreciar si se considera que una pena se habrá aplicado conforme a este principio sólo si está establecida en una ley previa (excluida la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una ley escrita (descartada la costumbre), que reúna las condiciones de una ley cierta (eliminadas las cláusulas generales), e interpretada como una ley estricta (excluida la analogía). Así, Bacigalupo explica que la consecuencia práctica del principio de legalidad es que: “(...) ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa (...) En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal.”<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Bacigalupo, **Ob. cit.**, pág. 59.

<sup>39</sup> **Ibíd.**, pág. 56.

En ese orden de ideas, puede decirse que la implementación del principio de legalidad en un ordenamiento jurídico determinado conlleva una serie de consecuencias para el derecho penal, las que resuelven en gran parte los problemas que resultan del delito y de la pena pues estos conceptos se encuentran determinados por la ley penal, lo que vincula al juez y al intérprete. Apunta Muñoz Conde que esos efectos se perciben sobre todo en los apartados siguientes: “(...) a la hora de estudiar las fuentes del Derecho penal, en su interpretación, en la prohibición de retroactividad y en la tipificación de las conductas prohibidas.”<sup>40</sup>; los que serán desarrollados individualmente a continuación.

- **En las fuentes del derecho penal**

Del principio de legalidad deviene que la única fuente del derecho penal es la *ley*; este principio, como se dijo antes, es resultado del afán de evitar las intervenciones arbitrarias del Estado en los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, esta directriz sólo tutela cuando se refiere al fundamento de la penalización de una conducta y no cuando se trata de atenuarla o eximirla, casos en los que la exclusividad de la ley penal cesa.

---

<sup>40</sup> Muñoz Conde, **Ob. cit.**, pág. 89.

En el mismo sentido, Rodríguez Devesa<sup>41</sup> señala que el principio de legalidad significa que la única fuente creadora de los delitos y las penas es la ley, lo que también se aplica a las circunstancias agravantes y a las medidas de seguridad; por lo que en estos temas están excluidas la analogía y la costumbre pero, fuera de ese contenido, termina el monopolio de la ley penal. Por lo tanto, cuando se trata de eximir o atenuar las consecuencias del empleo del poder punitivo estatal, no es tan indispensable el principio de legalidad y otras fuentes pueden alimentar al derecho penal.

- **En la exclusión de analogía**

En otras materias del derecho, la analogía es un medio muy útil para regular un caso concreto que no se ha regulado en la ley. La conveniencia de la analogía se puede apreciar mejor si se toma en cuenta que, por muy bien elaborada que esté, una ley determinada difícilmente podría normar todos los hechos que suceden en la realidad, aún si esa ley sólo se aplica a una materia muy bien delimitada o especial.

Sin embargo, cuando se trata ésta en el derecho penal, es un tema muy delicado, incluso considerado por algunos como tabú, probablemente porque son los bienes jurídicos más fundamentales para la convivencia humana (tales como: La vida, la

---

<sup>41</sup> **Ibíd.**

integridad física, la libertad, etc.) los que están en riesgo en caso de arbitrariedad o excesos de quien detenta el poder de penar. Es por ello que la analogía está prohibida en el derecho penal y el fundamento de esa prohibición es el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, por el que se consigue limitar el poder punitivo del Estado hasta un lugar en el que éste sólo puede emplearse cuando está predispuesto en la ley.

Por lo tanto, la responsabilidad penal basada en la analogía está fuera del derecho penal; pero, como expresa Muñoz Conde: “La situación empieza a complicarse cuando se trata de analogía que sirve para eximir o atenuar esa responsabilidad.”<sup>42</sup>, explicando que es preferible admitir la analogía cuando ésta favorezca al reo (aunque haya quienes están en contra de ello con tal de llevar al extremo el principio legalista) pues las garantías que confiere éste no serían violentadas por el poder de castigar del Estado, por ejemplo: El individuo no sería molestado por el ejercicio de ese poder o, en otro supuesto, sería afectado de manera menos grave que la prevista en la ley.

---

<sup>42</sup> **Ibíd.**, pág. 91.

- **En la irretroactividad de la ley penal**

También, para gozar de seguridad jurídica, cualquier persona tiene el derecho de saber previamente qué conductas están prohibidas por el derecho penal. Por eso la ley penal no puede aplicarse a hechos anteriores al de su vigencia. Sin esta proscripción, explica Muñoz Conde: “La función de motivación de la norma penal perdería toda su eficacia y la punición de las conductas quedaría siempre al arbitrio de que las concepciones ideológicas cambiantes las declararan, posteriormente a su ejecución, como punibles.”<sup>43</sup> En ese sentido, si un individuo realiza una conducta que la ley vigente en ese tiempo no contempla como un delito, éste no puede ser penado después con fundamento en una ley posterior que sí establezca esa conducta como delito.

La prohibición de la retroactividad de las leyes penales es el complemento necesario del principio de legalidad; entre ambos hay un vínculo tan fuerte que, en cada enunciación de éste último, se ratifica la irretroactividad de las leyes penales, incluso, sus fundamentos son los mismos.

Igualmente, la irretroactividad de la ley penal tiene una excepción: Si una ley penal posterior es más favorable al reo que la vigente en el tiempo de la comisión del delito,

---

<sup>43</sup> **Ibíd.**, pág. 93.

debe aplicarse la ley más benigna, aunque el hecho realmente esté afuera de su ámbito temporal de validez. El argumento de esta salvedad de la regla es el mismo que el de la aceptación de la analogía *ad bonam parte* pues, si se trata de eximir o atenuar la responsabilidad penal de un individuo frente a la intervención del poder de castigar del Estado, la aplicación de esta prohibición contrariaría su propio objetivo original: Proteger a las personas de cualquier abuso de la potestad punitiva del Estado.

- **En la tipificación de las conductas delictivas**

En un verdadero Estado de Derecho, el cumplimiento de las exigencias que presenta el principio de legalidad se manifiesta en el grado de precisión para describir las conductas prohibidas por la ley penal y para determinar las penas que se aplicarán a las personas que realicen las mismas. Es por ello que el órgano encargado de la potestad legislativa en un Estado desempeña un papel fundamental para que el principio de legalidad funcione realmente en el ordenamiento jurídico penal, ya que su mayor o menor técnica legislativa para listar las conductas consideradas como delictivas y la graduación de las penas con las que se deben sancionar cada una de ellas, condiciona la eficacia o ineficacia de este principio.

La descripción de lo que se considera delito se realiza por medio de tipos penales, lo que garantiza a los particulares la certeza de que no cualquier conducta está amenazada por la potestad de castigar del Estado sino que solamente son prohibidas las conductas tipificadas en la ley penal, lo que proporciona seguridad jurídica. Para cumplir esa función de garantía, Muñoz Conde<sup>44</sup> indica que el tipo debe estar redactado de una manera que se pueda deducir claramente de él la conducta prohibida, es decir, que pueda determinarse fácilmente de su texto la materia de prohibición. Así, el legislador debe procurar que los tipos penales estén redactados con un lenguaje simple, entendible para los particulares.

Entre las técnicas legislativas para tipificar los delitos, el legislador puede proceder de dos maneras: Una de ellas es hacerlo caso por caso y, la otra, de forma general. La primera de esas técnicas, la casuística, intenta aplicar el principio de legalidad hasta el extremo, pero tiene la desventaja de que es muy improbable que con todas las variantes y modalidades que pueden darse, aún para un mismo hecho, se logre describir detalladamente todas las conductas delictivas; además, en los casos en que no se tipificó específicamente alguna de esas variantes de una determinada conducta criminal, resultan lagunas de ley como consecuencia de la prohibición de la analogía, entre otros problemas como la confusión y el desorden derivado de la falta de sistematización legal. La segunda de las referidas técnicas es la de legislar de manera

---

<sup>44</sup> **Ibíd.**, pág. 95.

más general, la cual puede ser preferible desde el punto de vista científico y sistemático pues abarca casi todos los supuestos y deja pocas lagunas legales, sin embargo, se debe guardar mucho cuidado al utilizarla ya que esa indeterminación puede ser muy peligrosa si con ella se violenta el principio legalista.

- **En la determinación de las penas**

En cuanto a la técnica legislativa para la fijación de las penas, el legislador puede implementar tres sistemas: El de penas absolutamente determinadas, el de penas absolutamente indeterminadas y el de penas relativamente determinadas.

El primer sistema: Penas absolutamente determinadas, es obsoleto y en la actualidad se considera una aberración porque se determina la pena sin valorar todas las posibles diferencias entre los sujetos que realizan la conducta delictiva que se sanciona, ni los diversos motivos y circunstancias en que se comete. Por el contrario pero no mejor es el de las penas absolutamente indeterminadas pues con éste se deja totalmente al arbitrio del juez su fijación, no sólo cuantitativamente sino también en su naturaleza, por lo que utilizar esta modalidad legislativa para establecer las sanciones penales constituye una violación al principio legalista por tanto que el juez también se convierte en legislador. El último sistema, el de las penas relativamente determinadas, es el que



se utilizó en la legislación penal guatemalteca y se caracteriza porque por medio de éste el legislador le otorga al juez un poco más de libertad para que logre determinar la pena adecuada a cada conducta delictiva en particular, rigiendo el principio de legalidad de manera un poco más flexible. Así, el legislador fija la pena a cada delito estableciéndole un máximo y un mínimo, ya sea de tiempo de duración o de cantidad de dinero, etcétera, dependiendo de la naturaleza de la pena, lo que le posibilita al juez imponer la pena adecuándola a quien comete el delito, luego de apreciar las circunstancias personales y materiales de cada caso. Para Muñoz Conde<sup>45</sup> este es el sistema ideal pero se debe ser muy cauteloso para que esos márgenes sean lo suficientemente proporcionales y claros para que la determinación que el juez haga de la pena no caiga en la arbitrariedad.

### **2.1.2. El principio de legalidad en el derecho penal guatemalteco**

En Guatemala, el Artículo 5 de la Constitución Política de la República contiene el principio de legalidad de todo el derecho, el cual consiste en que: “Toda persona tiene derecho de hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.” Además, en la parte conducente del Artículo 17 de la misma norma fundamental, se

---

<sup>45</sup> **Ibíd.**, pág. 97.

desarrolla específicamente el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, debido al cual: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.” Esta norma alcanzó jerarquía constitucional por su gran importancia en la evolución del derecho penal.

Asimismo, este principio está plasmado en la legislación ordinaria sustantiva, específicamente en el Artículo 1 del Código Penal, por el que: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.” También está desarrollado en la legislación ordinaria procesal, Artículos 1 y 2 del Código Procesal Penal, pues allí se establece que: “No se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad.”, y “No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal.”, respectivamente.

Sin embargo, llama la atención que la protección que otorga el principio de legalidad en el ordenamiento penal adjetivo se hace aún más amplia pues, orientados en el principio legalista y en el principio de imperatividad, los Artículos 3 y 4 del Código Procesal

Penal establecen, en sus partes conducentes, que: “Los tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias o incidencias.”, y que: “Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.”, respectivamente. Además, guiado también en el mismo principio y en el principio de juez natural, el Artículo 7 de ese cuerpo legal establece que: “El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la Constitución y a la ley. La ejecución penal estará a cargo de jueces de ejecución. Por ningún motivo las restantes autoridades del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o la reapertura de las ya terminadas por decisión firme.” Finalmente, en cuanto al principio legalista en el derecho procesal penal guatemalteco se refiere, se llega incluso a prohibir expresamente no sólo la analogía sino que también la interpretación extensiva de la ley procesal penal, tal y como será expuesto más adelante en este trabajo.

En resumen, el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, desarrollado en la legislación sustantiva y adjetiva guatemalteca de la manera antes relacionada, otorga las siguientes garantías: Una garantía criminal, pues la conducta debe estar

señalada previamente en la ley para poder ser considerada como delito o crimen; una garantía procesal, por la que nadie puede ser sometido a un juicio penal sino a través del proceso establecido anteriormente por la ley; una garantía judicial, por el que nadie puede ser juzgado por un juez o tribunal *ad hoc*, sino por uno preestablecido o natural; una garantía penal, por la que no se podrán imponer otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley para cada delito.

## CAPÍTULO III

### 3. Fuentes del derecho penal

Algunos autores y estudiosos del derecho penal han abordado el tema de las fuentes del derecho penal dentro del estudio de la ley penal, lo cual ha sucedido probablemente porque, como se podrá observar en el transcurso de este trabajo, es generalmente aceptado que la ley penal es la única fuente directa del derecho penal. Pero, por tratarse del estudio de las fuentes del derecho penal y no aún del estudio de la ley penal, ya que ésta es parte de aquéllas y no a la inversa, este debe ser el lugar indicado para su desarrollo.

Entre las diversas acepciones del vocablo **fuentes**, el Diccionario de la lengua española lo define figuradamente como el: "Principio, fundamento u origen de algo."<sup>46</sup> Por esa razón, la expresión fuentes del derecho significa jurídicamente el principio, fundamento u origen del derecho, incluido el del derecho penal; desde un punto de vista formal, son las distintas formas como se manifiesta o aparece el derecho en la vida social de los pueblos. Para Maurach, son fuentes del derecho penal: "(...) aquéllas normas jurídicas que regulan los presupuestos y el contenido del derecho del Estado a castigar."<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=fuente](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fuente) (1 de febrero de 2008).

<sup>47</sup> Maurach, Reinhart. **Derecho penal, parte general, 1, teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible**, pág. 121.

La doctrina ha dividido a las fuentes del derecho penal en fuentes directas e indirectas, a las que también les llama fuentes inmediatas y mediatas, respectivamente, lo que depende del hecho de si tienen o no fuerza obligatoria por sí mismas.

### **3.1. Fuentes directas**

Las fuentes directas del derecho penal son las que tienen la fuerza por sí mismas para originar normas jurídicas penales obligatorias. En Guatemala, debido a la naturaleza pública del derecho penal, la única fuente directa de éste es la ley; solamente la ley puede determinar los delitos y las penas. Lo anterior se debe a la aplicación del principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, que es la directriz fundamental del derecho penal, especialmente del resultado de una de sus mayores consecuencias, la exclusión de analogía. Entonces, debido al principio legalista, la creación de normas jurídicas penales está sometida a la función garantizadora de la ley y, por lo tanto, dado el contenido obligatorio que conlleva, ésta es la única fuente inmediata reconocida de la que se origina derecho penal.

Zaffaroni expone que: “Se puede hablar de “fuentes” del derecho en diferentes sentidos y menester es precisarlos previamente. (...) las “*fuentes de producción de la legislación penal*”, es decir, de los órganos capaces de producir legislación penal. (...) “*fuentes de*

*conocimiento del derecho penal*”, (...) los componentes de la legislación penal propiamente dicha.”<sup>48</sup> En ese sentido, para su estudio, las fuentes directas se subdividen a su vez en fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición.

### **3.1.1. De producción**

En general, las fuentes directas de producción se clasifican con base a quién crea o produce el derecho; así, cuando se habla de fuente de producción del derecho penal, se alude al fundamento de la validez de las normas jurídicas penales, lo que dependerá de si provienen o no de quien dispone de la voluntad creadora de esas normas jurídicas en un Estado, o sea, del sujeto legitimado para crearlas.

Debido a lo anterior y al principio de legalidad, está totalmente excluida de facultades para determinar delitos y establecer penas cualquier potestad que no sea la del Estado y, por lo tanto, se deben tener como formas históricas desechadas las facultades punitivas que en algún tiempo tuvieron o se arrogaron cualesquiera otros sujetos o entidades. Righi asegura que: “En la actualidad, esa aptitud sólo es reconocida al Estado, pues se han eliminado las potestades que antiguamente tuvieron instituciones como la Iglesia o el *pater familiae*.”<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Zaffaroni, **Ob. cit.**, pág. 51.

<sup>49</sup> Righi, **Ob. cit.**, pág. 86.

En cuanto al ordenamiento jurídico guatemalteco, de donde provienen las fuentes directas de producción del derecho penal es del Congreso de la República, quien es el sujeto legitimado para crear las normas jurídicas penales, pues éste es el encargado de producir todas las leyes, incluyendo las leyes penales, las que constituyen la única fuente directa del derecho penal.

La afirmación anterior está fundamentada en la Constitución Política de la República pues ésta, en sus Artículos 140, 141, 157 y 171, en resumen, declara que Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades, y que su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo; que la soberanía radica en el pueblo, quien la delega para su ejercicio en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y que la potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, quien es el que tiene la atribución de decretar, reformar y derogar las leyes.

### **3.1.2. De cognición**

Las fuentes directas de cognición son el resultado de esa aptitud creadora de quien dispone de la potestad legislativa en un Estado (como se afirmó antes, eso le



corresponde en Guatemala al Congreso de la República); por lo tanto, puede decirse que éstas son el derecho objetivo plasmado en los códigos, las leyes, etc.

Cuando se habla de fuente de conocimiento, se alude al procedimiento para crear las normas jurídicas y a toda manifestación de voluntad de quien está legitimado para crearlas. Righi<sup>50</sup> explica que, en otras materias jurídicas, los particulares pueden suscribir un contrato, el que se constituye en la fuente de conocimiento de sus derechos y obligaciones; ese contrato es la forma objetiva que toma en la vida social, por ejemplo, el derecho civil o el mercantil. Pero ese no es el caso del derecho penal, pues la ley es la única fuente de creación de delitos y penas.

Así, con base en el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, especialmente debido a una de sus consecuencias, la exclusión de analogía, la ley penal es la única fuente directa del derecho penal y es por ello que nuestro sistema de justicia penal puede ser considerado de derecho, el cual está destinado a evitar los probables abusos de un poder público empleado de hecho, sin limitaciones. Por ello, con el propósito de resaltar la vital importancia que tiene la ley como la única fuente del derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico, se desarrolla en otro capítulo ese especial tema, apartado de las demás fuentes del derecho.

---

<sup>50</sup> **Ibíd.**

### 3.2. Fuentes indirectas

En la legislación ordinaria guatemalteca, en cuanto a las fuentes del derecho se refiere, el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial establece que: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

Además, las partes conducentes del Artículo 10 de la misma ley anterior establecen que: “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo a las disposiciones constitucionales. (...) El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: (...) d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

Con base en lo que establecen esas normas, se entiende que el derecho se origina también de otras fuentes además de la ley, pero se debe resaltar una vez más que este no es el caso del derecho penal porque éste se rige por el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*.

En ese sentido, las fuentes indirectas o coadyuvantes son las que no tienen la fuerza propia suficiente para originar normas jurídicas penales obligatorias pues, como se dijo antes, en Guatemala la única fuente directa del derecho penal es la ley; sin embargo, éstos orígenes indirectos sí son considerados como fuentes del derecho penal, aunque no en forma independiente, porque ayudan a crear, desarrollar, interpretar o aplicar las normas jurídicas penales obligatorias, tal y como lo hacen la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

### **3.2.1. Jurisprudencia**

La jurisprudencia, en sentido amplio, es el derecho creado por los tribunales en sus resoluciones cuando imparten justicia, y consiste en la práctica reconocida de los órganos jurisdiccionales por la reiteración de sus fallos en un mismo sentido. Estrictamente, la jurisprudencia es la aplicación del derecho por los tribunales, sujeta a un juicio constante y uniforme, en sus sentencias.

Por lo general, se reconoce en la doctrina que los tribunales no crean el derecho sino que solamente lo aplican, utilizando para ello las leyes (exceptuando a los países que admiten la analogía, en donde la jurisprudencia sí puede originar normas jurídicas). En ese sentido, Palacios Motta explica que: "(...) la jurisprudencia no es fuente directa del

Derecho pues los tribunales solamente juzgan para confirmar la ley, actúan de acuerdo con la ley y por lo mismo no son fuente productora de la misma. Este criterio es aún más rígido en el Derecho Penal en el que no se le conceden facultades creadoras de ley a la Jurisprudencia por los inconvenientes que ello acarrea.”<sup>51</sup>

Se dice que la jurisprudencia es la doctrina sentada por los tribunales, la cual puede ser de mucha utilidad para la interpretación de las leyes penales, así como también para el nacimiento del nuevo derecho; no obstante lo anterior, ésta no adquiere la categoría de fuente inmediata del derecho penal, lo que se puede apreciar si se toma en cuenta que las sentencias judiciales, que son normas particulares y concretas, únicamente obligan a las partes del litigio en el que se dictan, no así a la generalidad; allí la diferencia entre el sistema jurídico de Guatemala y el *common law*, en el que el derecho sí nace directamente de los fallos jurisprudenciales.

En el mismo sentido anterior, cabe mencionar que en los Estados en los cuales sus legislaciones penales admiten la aplicación de la analogía, la jurisprudencia puede originar normas jurídicas penales; por el contrario, en las que rige el principio legalista, los jueces y tribunales no pueden crear derecho penal sino que éstos están sujetos al imperio de la ley y solamente están facultados para aplicarlo conforme a ella.

---

<sup>51</sup> Palacios Motta, **Ob. cit.**, pág. 73.

### **3.2.2. Costumbre**

En el ámbito jurídico, se entiende por costumbre a las normas jurídicas no escritas que han sido reconocidas en una comunidad o sociedad determinadas luego de haber sido impuestas por la tradición. Como fuente del derecho, en la antigüedad, la costumbre fue fundamental para reglar la conducta de los hombres y brindar orden social pues, según el tiempo de que se trate en la historia de la humanidad, el derecho escrito era inexistente o a penas comenzaba a germinar; por ello su gran importancia.

Sin embargo, debido a la necesidad de reglamentar de mejor manera las crecientes y más complejas relaciones humanas que surgían de su evolución y que las personas no podían contar con la suficiente seguridad jurídica sólo con la costumbre, sobre todo en el derecho penal, empezó a requerirse cada vez más y más de un orden técnico y científico que únicamente se conseguía con el derecho escrito, el que fue sustituyendo a la costumbre gradualmente hasta relegarla a ser considerada actualmente solamente como una fuente indirecta del derecho penal pues, como consecuencia del principio de legalidad, éste exclusivamente nace de la ley.

En el campo del derecho penal, la costumbre o la ley no escrita, fue por caminos distintos a los que recorrió en las otras áreas del derecho, en las que su relevancia es

mayor; esto es consecuencia de una de las proyecciones que conforman la función de garantía de la ley penal: La regla *nulla poena sine lege scripta* (no hay pena sin ley escrita), que excluye la costumbre del campo del derecho penal, si se trata de la constitución o agravamiento consuetudinario de los tipos.

Expone Maurach que: “La función de garantía de la ley penal se opone a una vigencia ilimitada del derecho consuetudinario, por la circunstancia de no estar permitido la costumbre jurídica que actúe en perjuicio del autor, por medio de la creación de tipos nuevos o agravando los ya existentes (...).”<sup>52</sup>; por el contrario, la costumbre sí puede aparecer excluyendo o atenuando las penas, o delimitando el tipo.

Con base en lo anterior, la eficacia derogatoria de la costumbre se puede apreciar cuando se dejan de tomar en cuenta amenazas penales que se han convertido en obsoletas y que el legislador, por cualquier razón, no ha derogado formalmente; la atenuante, cuando se degradan algunos tipos perseguibles de oficio a la sola persecución basada en la presentación de una querrela; y la delimitante, cuando restringe tipos cuyos límites caen en el campo de lo excesivamente amplio.

---

<sup>52</sup> Maurach, **Ob. cit.**, pág. 136.

En ese orden de ideas, la aplicación de la costumbre en *bonam partem* sí es, al menos en principio, reconocida, pero es prohibido fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario debido al imperio del principio de legalidad (que establece que la ley formal es la única fuente del derecho penal), como lo explica Bacigalupo<sup>53</sup>.

Con base en todo lo anterior, es válido afirmar que en la antigüedad la costumbre sí fue fuente del derecho penal, incluso fundando la pena o extendiendo su gravedad, pero actualmente está vedada y perdió por completo esa función ya que el derecho penal sólo surge de la ley, estando su aplicación limitada a su lado favorable.

### **3.2.3. Doctrina**

Otra fuente mediata del derecho penal es la doctrina de los autores, a la que también se le denomina derecho científico o literatura del derecho penal, la cual está compuesta por los estudios y las teorías de los doctos y especialistas de nuestra ciencia, es decir, ésta es el resultado de la elaboración científica del derecho penal por los juristas; es muy importante porque, a través de la documentación y publicidad de los avances científicos que genera, es primordial para ayudar a solucionar los problemas que surgen del derecho penal.

---

<sup>53</sup> Bacigalupo, **Ob. cit.**, pág. 80.

A pesar de estar clasificada la doctrina como una fuente indirecta del derecho penal, pues no puede por sí sola crear nuevas normas jurídicas penales, ni es obligatoria o vinculante para los jueces en sus fallos, sí se le otorga mucha relevancia en esas funciones de creación y aplicación del derecho penal. Idealmente, ésta debería servir de base en la creación del nuevo derecho penal a quienes están legitimados para crearlo, así como para la aplicación del mismo a quienes tienen esa atribución.

En ese sentido, Palacios Motta explica que la doctrina: “(...) no es fuente productora de Derecho pero tiene mucha importancia en la práctica judicial, en la preparación del Derecho, en la derogación de las normas y en la unificación de las leyes.”<sup>54</sup>

#### **3.2.4. Principios generales del derecho**

Los principios generales del derecho o instituciones jurídicas generales, son los valores universales por los que se deben regir todas las materias jurídicas; no constituyen una fuente directa o inmediata del derecho penal pero sí una fuente indirecta o mediata, siendo importantísimos para la interpretación de las normas jurídicas en general, incluidas las del derecho penal. Usualmente se reconocen como principios generales del derecho a la justicia, la equidad y el bien común.

---

<sup>54</sup> Palacios Motta, **Ob. cit.**, pág. 73.



La Constitución Política de la República de Guatemala establece en sus Artículos 1 y 2, respectivamente, que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y la familia; su fin supremo es la realización del bien común.” y 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.”

Y en el Artículo 4 de la misma norma fundamental, se postulan los principios generales del derecho siguientes: Libertad, igualdad y fraternidad, al haberse establecido en sus partes conducentes que: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. (...) Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.”



## CAPÍTULO IV

### 4. Ley penal

Como se pudo observar al inicio de este trabajo, el derecho penal objetivo, entendido como el conjunto de normas jurídicas penales que integran el sistema penal, se conforma por todas las leyes que establecen los delitos, las penas y las medidas de seguridad, es decir, las leyes penales son la manifestación del derecho penal material; y cabe resaltar nuevamente la importancia de la ley penal pues, debido al principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, la ley es la única fuente inmediata que reconoce el derecho penal.

#### 4.1. Definición

La ley penal es la expresión de la voluntad de la autoridad que tiene la potestad legislativa, manifestada por medio de normas jurídicas penales, y puede ser definida como el conjunto de normas jurídicas positivas que determinan los delitos y las faltas, y que establecen las correspondientes penas y/o medidas de seguridad que se deben aplicar a los delincuentes.

Explica Zaffaroni que: “Por *derecho penal* se designan dos entes diferentes: La legislación penal y su sistema de interpretación. La legislación penal es aquella que a la infracción (delito) le asocia una pena.”<sup>55</sup> En ese sentido, explican De León Velasco y De Mata Vela<sup>56</sup> que la definición de la ley penal se identifica con la definición del derecho penal; sin embargo, se diferencian entre ellas sustancialmente pues la ley penal es las disposiciones con carácter de generalidad por las cuales el Estado crea derecho, definiendo los delitos y estableciendo las penas correspondientes a los mismos; asimismo, desde un punto de vista estricto, concluyen en que la ley penal es una norma de carácter general que asocia una sanción a una conducta prohibida por ella.

Como podrá notarse a continuación, las normas penales están estructuralmente elaboradas de forma similar a la de las demás normas jurídicas pues están compuestas por un presupuesto, como la tipificación de una conducta delictiva, y una consecuencia, la que está prevista para el caso en que se dé ese presupuesto: La sanción penal. En la mayoría de los casos, las normas penales tienen como presupuesto un delito y como consecuencia una pena, es allí en dónde radica su particularidad por tanto el precepto pierde su sentido sin la sanción, conformando precepto y sanción un todo: La norma jurídica penal. Como ejemplo, basta leer las partes conducentes del Artículo 173 del Código Penal, previo a su reforma, en donde el presupuesto es: “Comete delito de

---

<sup>55</sup> Zaffaroni, **Ob. cit.**, pág. 667.

<sup>56</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 72.

violación quien yaciere con mujer, en cualquiera de los siguientes casos: // 1°. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito. (...).”, y la consecuencia: “(...) En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años.”

Según Muñoz Conde<sup>57</sup>, la norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas; ésta no difiere en nada de cualquier otro tipo de norma, en cuanto a su estructura se refiere, pero su contenido sí es distinto a las demás porque la frustración de la expectativa debe ser un delito y la reacción frente a ella, una pena. Así, la protección de la convivencia se lleva a cabo a través de un proceso psicológico de intimidación y represión de los individuos.

## **4.2. Características**

La teoría de la ley penal abarca el estudio de sus características, es decir, lo que distingue a las normas penales de las que pertenecen a las otras materias jurídicas. Las características que se listan a continuación son las generalmente aceptadas por la doctrina; no obstante, al igual que toda regla, tienen sus excepciones, como la inmunidad diplomática, en virtud de la cual no se pueden aplicar las leyes penales de un Estado al Jefe de otro Estado ni a otras personas protegidas por esa exención, con

---

<sup>57</sup> Muñoz Conde, **Ob. cit.**, pág. 14.

base en el derecho internacional; y como el derecho de antejuicio, que establece a favor de determinadas personas un procedimiento previo para declarar si ha lugar o no a formación de causa y poder aplicarles la ley penal, tal es el caso de los diputados del Congreso de la República, el Presidente y Vicepresidente de la República, los ministros Estado, el Presidente del Organismo Judicial y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad, y algunos otros altos funcionarios públicos. Asimismo, por la delicada función de administrar justicia, los magistrados y jueces también tienen derecho de antejuicio.

- **General**

Se dice que la ley penal es general porque está destinada a ser aplicada a todas las personas que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, o sea, por cuanto se dirige a la colectividad. En Guatemala, la ley penal tiene como ámbito de aplicación todo lo que comprende el territorio de la República y algunos otros casos especiales, conforme los Artículos 4 y 5 del Código Penal.

- **Obligatoria**

La ley penal también es obligatoria porque todas las personas tienen el deber de

respetarla. Como la ley en general, la ley penal es creada por el legislador con el propósito de ordenar la convivencia de las personas en sociedad, lo que fundamenta ese deber de todas las personas de acatarla; pero, a diferencia de las demás leyes, esa obligación de cumplir con la ley penal tiene una gran magnitud porque a través de ésta se protegen los presupuestos más fundamentales para la convivencia pacífica en sociedad.

- **Igualitaria**

Además de que la ley penal está dirigida hacia la generalidad y de que es obligatoria para todos, tal y como se recién se expuso, ésta tiene la característica de ser igualitaria con base en uno de los principios más dignos en los que se basa nuestro Estado: Todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos. Así, como se estima jurídicamente, la ley penal es igualitaria por tanto ante ella todas las personas son semejantes entre sí, sin hacer diferencias, a favor o en contra, por su nacionalidad, raza, creencia religiosa, etc.

- **Exclusiva**

La característica de exclusividad de la ley penal está íntimamente relacionada con el

principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, porque sólo la ley penal puede *crear* derecho penal, es decir, determinar los delitos y establecer las penas correspondientes a ellos. Explican De León Velasco y De Mata Vela<sup>58</sup> que esta característica muestra una doble función de la ley penal: Advertencia, porque ésta sirve de claro aviso a las personas de las sanciones con las que se verían afectadas por la comisión de delitos; y, garantía, pues también las personas pueden estar tranquilas y seguras de que no se les afectará con sanciones penales si no realizan alguna conducta descrita en la ley como delito.

- **Permanente o ineludible**

Para cumplir con los fines a que aspira el derecho penal y resguardar los bienes jurídicos que éste tutela, la ley penal tiene la característica de ser permanente porque ésta dura intacta, en el tiempo y en el espacio, desde su vigencia hasta que alguna ley la derogue. Entonces, mientras esté vigente, la ley penal es ineludible para todas las personas que se encuentran en su ámbito de aplicación, lo que significa que deben cumplirla de manera forzosa, sin excusas, salvo algunos casos de extractividad de la ley penal y algunas exenciones a las que ya se hizo referencia, tales como la inmunidad diplomática y el derecho de antejuicio.

---

<sup>58</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 73.



- **Imperativa**

La ley penal se caracteriza por ser imperativa porque el legislador, cuando la crea, no solamente la hace obligatoria e ineludible, características por la que todas las personas tienen el deber de respetarla forzosamente, sino que está plasmando en ella prohibiciones y mandatos que son necesarios obedecer, bajo la amenaza de la imposición de una sanción penal en caso éstos no se cumplan, o sea, coactivamente. Así, el legislador no está proporcionando en la ley penal sugerencias sino *exigencias* cuya observancia no está sometida a la voluntad de las personas, como sí se pueden variar normas o pactar al contrario de ellas en otras materias jurídicas.

- **Sancionadora**

La ley penal se distingue por ser fundamentalmente sancionadora, a pesar que otras leyes también sancionan la infracción a sus normas, por tanto la ley penal siempre ha tenido el propósito de castigar las conductas que ha tenido por delitos; no obstante, el castigo ya no es lo único que pretende la ley penal pues, condicionada por los actuales fines del derecho penal, ésta también procura la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente. Vale afirmar que esa distinción de las sanciones penales respecto a las demás sanciones se debe a su mayor gravedad, ya que las

aquéllas afectan los derechos más imprescindibles de las personas, como por ejemplo: La vida y la libertad, y que esa gravedad de las sanciones penales es lógica pues, en muchos casos, responde a la importancia del bien jurídico que protege la norma penal, según la concepción que se tenga de la justificación de la pena, o de los fines que se le asignan, en cada sistema jurídico.

- **Constitucional**

La declaración que afirma que las leyes penales son el reflejo de una determinada concepción del Estado y la sociedad, lo cual significa que el derecho penal reinante corresponde a la idea que se tenga del Estado, se basa en que las normas constitucionales establecen las condiciones bajo las cuales el Estado debe ejercer su *jus puniendi*. Pero el ser constitucional no es sólo una característica de la ley penal sino de todas las leyes, pues todas deben tener como fundamento y estar acordes a los postulados constitucionales. Por lo tanto, las leyes penales necesariamente deben coincidir con la Constitución, la cual es la base sobre la cual se debe cimentar todo el ordenamiento jurídico; en todo caso, si alguna ley la contraría, esa ley cae en lo inconstitucional y, por ese sólo hecho, resulta inaplicable.

### 4.3. Formas

Ordinariamente, la ley penal ha sido considerada en las dos formas siguientes: Como ley penal formal y como ley penal material; sin embargo, por las razones que se exponen adelante, parece más adecuado hablar de ley penal material, como género, y de ley penal formal o no formal, como especies de la ley penal material, clasificándose de una u otra manera dependiendo de si fueron emanadas o no por el órgano que constitucionalmente tiene la potestad legislativa.

Para fundamentar lo anterior, bastan las afirmaciones de Palacios Motta, para quien la ley penal, en sentido material: "(...) es todo precepto de carácter general acompañado de sanción punitiva, *haya o no emanado del organismo técnico establecido por el Derecho Constitucional para promulgar las leyes.*"<sup>59</sup> Por su parte, De León Velasco y De Mata Vela<sup>60</sup> difieren de lo anterior pues aseveran que para determinar las formas de la ley penal se debe tomar como base al órgano del cual surge a la vida jurídica, lo que la hará ser formal o, por el contrario, material. No obstante que parezca más técnico el trabajo de clasificación de estos últimos autores respecto al primero, debe considerarse que tiene razón Palacios Motta en sus afirmaciones pues, sin importar el origen de las normas jurídicas penales, si éstas tienen la categoría de ley penal, son leyes penales

---

<sup>59</sup> Palacios Motta, **Ob. cit.**, pág. 76.

<sup>60</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 75.

materiales, las que pueden ser divididas en las categorías de formal o no formal, tal y como se expone a continuación.

- **Ley penal formal**

La ley penal, para ser considerada como formal, debe ser promulgada por el órgano que está debidamente facultado para crearla; en Guatemala, quien tiene constitucionalmente la potestad para legislar y, por consiguiente, para crear normas jurídicas penales, es el Congreso de la República. Un ejemplo de ley penal formal es el Decreto 17-73 del Congreso de la República, el que contiene el Código Penal del ordenamiento jurídico guatemalteco.

- **Ley penal no formal**

Contrariamente, una ley penal es considerada como no formal cuando nació a la vida jurídica por medio de alguien distinto a quien tiene constitucionalmente la potestad para legislar, como es el caso de un jefe de Estado que, en un gobierno de facto, emite un decreto ley.

#### **4.4. Especies**

Para su estudio, se han elaborado diversas clasificaciones de la ley penal atendiendo al ámbito de quiénes están sometidos a ella, así se distinguen las leyes penales generales u ordinarias, de las especiales; a sus orígenes, debido a los que varían las leyes penales nacionales (como ley penal formal), los convenios internacionales y los decretos leyes; y a su estructuración técnica, razón por la cual se diferencian las leyes penales completas, las en blanco y las incompletas; entre otros conceptos de clasificación.

##### **4.4.1. Por el ámbito de quiénes están sometidos a ella**

- **Ley penal general**

Las leyes penales generales, conforme a lo expuesto por Maurach, son: “(...) aquellas normas penales que, en cuanto no se disponga otra cosa, se aplican a los hechos punibles de todos quienes estén sometidos al poder estatal.”<sup>61</sup> Dicho en otras palabras, estas leyes contienen normas jurídicas penales, de carácter general u ordinario, a las que están sujetas todas las personas sometidas a la potestad punitiva del Estado.

---

<sup>61</sup> Maurach, **Ob. cit.**, pág. 135.

- **Leyes penales especiales**

En cambio, las leyes penales especiales se diferencian de las generales en que a las primeras quedan sometidos: “(...) tan sólo determinadas categorías de personas, las más veces aquellas a quienes cabe exigir un mayor deber de fidelidad frente al Estado.”<sup>62</sup> Así, las leyes penales especiales no están dirigidas a la generalidad de las personas sino solamente a quienes tienen un más elevado compromiso de lealtad al Estado por el solo hecho de su ocupación; tal es el caso de los militares y de los funcionarios públicos.

#### **4.4.2. Por sus orígenes**

- **Leyes penales nacionales**

Las leyes penales nacionales, tomando en cuenta dentro de esta categoría nada más a las leyes penales formales, son las normas jurídicas penales creadas por el órgano que está debidamente facultado para ello; como se apuntó antes, en Guatemala quien tiene constitucionalmente la potestad para legislar y, por consiguiente, para crear normas jurídicas penales, es el Congreso de la República.

---

<sup>62</sup> **Ibíd.**

- **Convenios internacionales**

Los convenios internacionales, considerados como una de las especies de la ley penal, son aquellos acuerdos suscritos entre diversos Estados de la Comunidad Internacional y que contienen normas jurídicas penales que se deben aplicar a las personas que se encuentran en los territorios de los Estados partes. Por lo general, para darles el reconocimiento de ley penal a estos convenios en cada uno de los Estados signatarios, una ley ordinaria los convierte en legislación del Estado; clásico ejemplo de ellos es el Código de Derecho Internacional Privado.

- **Decretos leyes**

Los decretos leyes son preceptos que contienen normas jurídicas, en el caso que interesa a este estudio: Penales, que son prescritas por alguien distinto al órgano constitucionalmente facultado para crearlas. Ahora bien, conforme a derecho, éstos deben ser dictados respetando el sistema constitucional, el que generalmente regula su emisión y procedimientos para determinados estados de emergencia, como es el caso de la Ley Constitucional de Orden Público, en Guatemala; pero en muchas ocasiones, tal y como ha sucedido en este país, los decretos leyes han sido emitidos durante gobiernos de facto por militares que se han proclamado jefes de Estado y arrogado de

hecho todo el poder público, desconociendo la autoridad del órgano que detenta la potestad legislativa y atribuyéndose la misma.

#### **4.4.3. Por su estructuración técnica**

- **Ley penal completa**

La mayoría de las conminaciones penales, expone Maurach<sup>63</sup>, constituyen las denominadas leyes penales completas. Por éstas se entienden las leyes en las que el legislador, en la misma norma, establece el tipo y la amenaza de pena. Al respecto, el mismo autor explica que es igual que la amenaza de la pena formule el tipo: Quien hurte será castigado, lo que constituye la regla general, o que se remita a una norma contenida en la misma fuente, creando de tal modo un tipo de gran complejidad externa: “Quien infrinja la prohibición contenida en el Artículo X, será castigado.” Sin embargo, por una y otra razón, no todas las leyes penales están elaboradas así, pues también existen las llamadas leyes penales en blanco y las leyes penales incompletas.

---

<sup>63</sup> **Ibíd.**, pág. 134.



- **Ley penal en blanco**

Diferentes a las leyes penales completas se presentan las leyes penales *en blanco*; en éstas el legislador se limita a determinar una amenaza de pena, pero deja la enunciación de los tipos penales, es decir: El llenado del blanco, a otras instancias, por ejemplo: Las autoridades administrativas.

La teoría y la jurisprudencia españolas, explica Bacigalupo<sup>64</sup>, entienden el concepto de ley penal en blanco como los casos en los que la prohibición de determinadas conductas se encuentra en disposiciones distintas de la ley que contiene la sanción penal; es decir, aquéllas cuyo supuesto de hecho deber ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima.

Así, las leyes penales en blanco o abiertas, como también se les denomina, son las normas en las que está determinada la sanción pero no el tipo legal, pues éste está definido en otra ley o en un reglamento. Éstas son el resultado de la aplicación de una técnica legislativa que busca regular penalmente, de manera más fácil, materias muy especiales o cambiantes que, de hacerlo de otra forma, sería mucho más complicado.

---

<sup>64</sup> Bacigalupo, **Ob. cit.**, pág. 99.

Algunos autores se pronuncian en contra de este tipo de técnica pues, con cada norma penal en blanco, se produce un conflicto con el principio de legalidad de los delitos que rige al derecho penal porque la autoridad que tiene exclusivamente la potestad legislativa, sin estar facultada para hacerlo, la está delegando en otra (como la autoridad administrativa que dicta un reglamento), o por los inconvenientes que esta técnica implica al ciudadano en relación a la dificultad de informarse sobre el derecho vigente; pero la mayoría de autores la aceptan por las razones prácticas expuestas.

En conclusión, puede decirse que es la técnica de la remisión a otras leyes pero, en todo caso, sólo debe utilizarse si existe una concreta precisión de la conducta calificada como delito en el complemento al que remite la ley penal, ya que sólo así se salvaguarda la garantía que da el tipo penal.

- **Ley penal incompleta**

Las leyes penales en blanco o abiertas, exponen De León Velasco y De Mata Vela, son diferentes de las leyes penales incompletas debido a que: “(...) éstas no dependen precisamente del auxilio de otra ley o reglamento, sino más bien de una interpretación extensiva (sin caer en la analogía), ya que en su conformación (en su estructura), son

deficientes y muy limitadas, no expresan todo lo que el legislador realmente quiso decir.”<sup>65</sup>

Así, la clasificación de leyes penales incompletas se les asigna a las leyes penales que nacen a la vida jurídica con un defecto de forma, por ejemplo: La omisión de alguna palabra en la redacción de la ley debido a una falla en la técnica legislativa, lo cual la deja un poco corta respecto a lo que el legislador pretendió disponer en ella. Puede decirse entonces que este tipo de leyes son las que fueron creadas cojas por el órgano con potestad legislativa por tanto hace falta utilizar la interpretación extensiva o analógica para poder interpretarlas correctamente.

Por otro lado, para que una ley penal incompleta pueda ser clasificada como tal y no como una laguna legal (como se denomina al caso en el que hay ausencia absoluta de regulación legal para una situación concreta), en donde no se puede recurrir a la interpretación extensiva, debe al menos tener cierto contenido. Según Maurach, las consecuencias que resultan de la aplicación del principio de legalidad, consideradas en conjunto, traen consigo el presupuesto estatal jurídico de la determinación legal de la penalidad, y dice que: “(...) deben estar legalmente determinadas: a) las circunstancias de hecho (tipos) sujetas a pena, en cuyo caso la determinación legal no queda excluida

---

<sup>65</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 78.

por el hecho de que el legislador se sirva, para la formulación del tipo penal, (...) de la ley penal en blanco, y b) cuando menos, la clase de pena establecida.”<sup>66</sup>

#### 4.5. Exégesis o interpretación

Jiménez de Asúa explica que: “La interpretación es una operación lógico-jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley, en funciones con todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura, a fin de aplicarla a los casos concretos de la vida real.”<sup>67</sup> Sin embargo, debe entenderse que el sentido que se busca es el de la propia ley y no el de la voluntad del legislador pues es un error equiparar el sentido de los textos legales con la intención significativa del creador de la ley, ya que la voluntad de éste puede no ser el propósito que luego objetivamente tienen los preceptos de una ley, publicada tal y como lo ha sido a las personas sujetas a su imperio, o puede tener otros además. Así, independientemente del pensamiento de sus autores, es preciso atenerse a lo que resulte de la ley misma.

Para aplicarlas, generalmente todas las leyes deben ser interpretadas pues para encarrilar un hecho en la vía legal correcta es necesario efectuar una labor mental que, como podrá apreciarse más adelante, es realizada por medio de distintos órganos y

---

<sup>66</sup> Maurach, **Ob. cit.**, pág. 137.

<sup>67</sup> Jiménez de Asúa, **Ob. cit.**, pág. 352.

procedimientos, y con resultados también diversos. En esa misma dirección, Palacios Motta<sup>68</sup> afirma que la interpretación de la ley es siempre necesaria pues para aplicar correctamente la ley a un caso concreto se debe indagar cuál es su verdadero sentido y finalidad, y que hasta las leyes más claras deben ser interpretadas pues el juez, antes de aplicarlas, debe entenderlas.

La interpretación debe entenderse como la determinación del sentido de los preceptos jurídicos para el objeto de su aplicación a situaciones concretas de hecho pues el modo del trabajo jurídico se caracteriza porque, al aplicarse el derecho, debe examinarse si determinados hechos de la vida pueden ser subsumidos en los elementos abstractos de la ley.<sup>69</sup>

Con base en lo anterior, es válido afirmar que la **exégesis** o interpretación de la ley penal es un ejercicio racional jurídico por el que se busca determinar el verdadero sentido y alcance de las normas penales, el que debe tener como propósito aplicarlas correctamente a los casos reales.

---

<sup>68</sup> Palacios Motta, **Ob. cit.**, pág. 79.

<sup>69</sup> Maurach, **Ob. cit.**, pág. 142.

#### **4.5.1. Clases de interpretación**

La interpretación de la ley penal puede clasificarse conforme al órgano o sujeto que la hace, a los medios que se utilizan y al resultado que se pretende, como se podrá apreciar a continuación.

- **Según el órgano que interpreta la ley penal: Interpretación auténtica, judicial y doctrinal**

La interpretación auténtica o legal, según lo explica Maurach<sup>70</sup>, se da en algunos casos en que el legislador prescribe autoritariamente al juez la forma en que éste debe interpretar determinados fragmentos de la ley. Pero, la mayoría de las veces, en ellos el problema de interpretar sólo es desplazado por el de interpretar auténtica o legalmente, pues es frecuente que los elementos o definiciones que se usen para esta última interpretación hagan necesaria una nueva interpretación. Por otro lado, algunos autores concuerdan en que la interpretación legal no solamente obliga al juez sino a la generalidad de las personas pues cuando el legislador la emplea impone un lineamiento de cómo se debe entender el contenido de ciertos textos legales.

---

<sup>70</sup> **Ibíd.**, pág. 145.

Otra clase de interpretación es la que elabora el juez, denominada judicial o usual, debido a que en él recae la atribución de aplicar la ley penal al caso concreto, para lo cual debe indagar y determinar el verdadero sentido y objetivo de las normas penales. El efecto de esta interpretación tiene fuerza obligatoria únicamente para el o los sujetos a quienes va dirigida y su gran trascendencia se debe a que, entre otras cosas, puede llegar a afectar los más estimados bienes jurídicos protegidos, como la vida o la libertad de las personas.

Finalmente y pesar de que no tiene fuerza obligatoria como sí la tienen las anteriores, la interpretación doctrinal es muy valiosa porque puede llegar a ejercer mucha influencia, para bien del derecho penal, en la interpretación que realizan los otros órganos interpretativos, ya sea sirviendo de guía al legislador para la formación de las leyes penales o como fundamento en las resoluciones de los jueces. Su importancia radica en que ésta es el resultado de los estudios de los científicos o *doctos* de la materia, en los cuales resuelven o tratan de resolver los problemas que surgen del derecho penal o plantean nuevos problemas a solucionar.

- **Según el medio por el que se interpreta la ley penal: Interpretación gramatical y teleológica**

La interpretación gramatical es aquella por la que se pretende establecer el sentido de la ley penal ateniéndose estrictamente al significado de las palabras que conforman el texto legal. Palacios Motta expresa que al utilizar este medio de interpretación: “(...) se parte del supuesto de que todas las palabras tienen significado, de que nada es superfluo y de que el texto expresa con exactitud la voluntad de las leyes.”<sup>71</sup> Sin embargo, en algunos casos puede que, al limitarse a este método y no ir un poco más allá de la letra de la ley, no se llegue a conocer la verdadera razón por la cual fue creada la ley penal ni los fines que se proponía alcanzar.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco está establecido, en las partes conducentes del Artículo 11 de de la Ley del Organismo Judicial, que: “(...) Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente.” Además, en el Artículo 10 del mismo cuerpo legal están plasmadas las reglas legales de la interpretación de la ley, las cuales se citarán más adelante.

---

<sup>71</sup> Palacios Motta, **Ob. cit.**, pág. 81.



Por el contrario, Maurach<sup>72</sup> explica que el método de interpretación teleológica es aquél por el que se cuestiona el sentido del derecho penal en general y el objetivo del precepto penal específico de que se trata, es decir, es el método en el que el sentido y el objetivo de la norma determinan la interpretación. El principal campo de aplicación de este método en el derecho penal es en la parte especial pues en ella, debido a la función de garantía de las leyes penales, se trata siempre de determinar si el caso concreto que se pretende adecuar a la norma penal aún está ajustado a su tenor literal, o si rebasó sus límites y pasó a los de la prohibida analogía.

Entre los autores de la materia hay consenso en que el enfoque de la interpretación de la ley penal debe ser la finalidad del texto de las normas penales, según el tiempo o la época en las que se aplican. Así, mientras las razones que motivaron la voluntad del legislador al momento de crear una ley determinada pueden con el tiempo llegar a perder todo sentido, la mayoría de las veces debe prevalecer la interpretación basada en el particular y más permanente tenor literal de la ley.

---

<sup>72</sup> Maurach, **Ob. cit.**, pág. 150.

- **Según el resultado que se pretende con la interpretación de la ley penal:  
Interpretación declarativa, restrictiva y extensiva**

Cuando se aplica la ley penal, según el órgano o sujeto de interpretación y los medios para realizarla, es probable que la interpretación de la misma tenga distintos resultados. Luego, si no hay dudas en que el sentido y objetivo del texto legal corresponden al caso concreto, sin necesidad de darle a esa norma un significado más extenso o limitado para lograrlo, se dice que tenemos una interpretación declarativa. Jiménez de Asúa expone que, siendo diferentes al resultado interpretativo anterior, puede decirse que: "(...) hay interpretación *restrictiva* cuando se reduce el alcance de las palabras de la ley por entender que su pensamiento y voluntad no consiente atribuir a su letra todo el significado que en ella podía contenerse. Por el contrario, la interpretación es *extensiva* en el caso en que el intérprete crea debe ampliar el alcance de las palabras legales para que la letra corresponda al espíritu y voluntad del texto."<sup>73</sup>

Como regla, la tarea y los límites de la interpretación de las leyes penales, que consisten en examinar en concreto la aplicabilidad de una norma penal a un caso real, debiendo utilizar como guía para ello el objetivo de esa norma; están determinadas por la especialización (el método de trabajo que va de lo general a lo especial). En algunos casos ese objetivo no sólo no limitará la aplicación de la norma penal sino que incluso

---

<sup>73</sup> Jiménez de Asúa, **Ob. cit.**, pág. 399.

dará lugar a una explotación hasta el límite de su contenido, lo que se conoce como una interpretación extensiva o analógica.<sup>74</sup>

Debido a su importancia, será al final de este trabajo dónde se profundizará sobre este tema, con el objeto de hacer una mejor comparación entre la interpretación analógica y la analogía.

#### **4.6. Reglas legales de interpretación**

De manera general, por medio del Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, en el ordenamiento jurídico guatemalteco están establecidas las siguientes reglas de interpretación: “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. // El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes pero, los pasajes de la misma, se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: // a) a la finalidad y al espíritu de la misma; b) a la historia fidedigna de su institución; c) a las disposiciones de otras leyes sobre casos o

---

<sup>74</sup> Maurach, **Ob. cit.**, pág. 144.

situaciones análogas; d) al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

## CAPÍTULO V

### 5. Delito y pena

Para los fines de este trabajo, será muy útil hacer un breve repaso de dos institutos fundamentales del derecho penal: El delito y la pena, pues éstos no se pueden pasar por alto cuando se estudia la interpretación de la ley penal por tanto la mayoría de normas penales están dirigidas a describir las conductas prohibidas por el derecho penal (los delitos), y a establecer las sanciones penales para quienes son responsables de su comisión (las penas). Sin embargo, si bien es cierto que se desarrollarán aquí estos dos temas, no se pretende realizar un estudio exhaustivo de los mismos sino simplemente proporcionar una noción de éstos.

#### 5.1. Definición del delito

Dentro de las diferentes clasificaciones elaboradas por la doctrina para definir el delito, González<sup>75</sup> señala que la más clara es la definición dogmática porque señala que conductas son las delictivas; así, el delito es la acción típica, antijurídica y culpable. No obstante, algunos autores, afirman que en la anterior definición también debe incluirse el requisito de punible. Con fundamento en lo anterior, se debe entender por delito a la

---

<sup>75</sup> González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal**, pág. 25.

conducta humana típicamente antijurídica y culpable, que tiene establecida una pena o medida de seguridad.

## **5.2. Elementos del delito**

- **Conducta humana**

Este elemento del delito, la conducta humana, es ampliamente conocido también como acción pero, a pesar de que para algunos autores es intrascendente y carezca de relevancia práctica la cuestión terminológica, se debe considerar que la denominación correcta de este elemento es conducta humana y no simplemente acción pues el significado de ésta es más limitado debido a que no puede incluir a los denominados delitos de omisión; a diferencia de la palabra conducta, que es más amplia y puede muy bien abarcar tanto a los delitos en que se realiza una acción como a los delitos en los cuales lo que se reprocha es no hacer algo que se espera que se haga. En ese sentido, al utilizar la palabra acción para denominar a este elemento del delito se da lugar a complicaciones innecesarias ya que se deben separar los delitos de acción de los de omisión, como si fueran dos conceptos diferentes, mientras que al emplear la de conducta humana se puede referir, en general, a cualquier comportamiento humano reprochable penalmente; así, aunque un delito determinado consista en que una persona no realice algo que está obligada a hacer, de igual manera se trata de una

conducta, no obstante ésta consista en omitir hacer algo, porque es ese comportamiento precisamente lo que se reprocha.

Luego, más allá de la denominación y en cuanto a los elementos del delito se refiere, muchos autores manifiestan que son afectivos e intelectuales. Jiménez de Asúa<sup>76</sup> hace la distinción entre uno y otro, y los describe de la siguiente manera: En cuanto a los elementos afectivos o emocionales se refiere, deben unirse la teoría de la voluntad y de la representación para que estos elementos del dolo queden perfectos. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Se puede tener afán de que una persona muera y aunque obtengamos el resultado, puede no ser éste doloso, por ejemplo: Una persona que sugiere a otra a que se embarque en un día con probabilidades de mal tiempo, con el deseo de que ésta muera ahogada en un naufragio. Si la tormenta hace naufragar la embarcación y la persona se ahoga, no podría tipificarse un homicidio doloso. Por lo tanto, se debe concluir que el deseo no puede identificarse con el dolo.

Si con la intención el sujeto busca hacerle daño a otro mediante la comisión de un delito y efectivamente produce el daño, habrá dolo porque antes de cometer el mismo

---

<sup>76</sup> Jiménez de Asúa, **Ob. Cit.**, pág. 240.

se lo representó y lo ejecutó. Igualmente, en el hecho de que el sujeto se representa cometer un delito, pero se comete otro mayor, habrá dolo pues el agente tuvo la intención de cometer un hecho ilícito aunque al final se haya provocado otro distinto, mayor. La intencionalidad es una de las características esenciales del dolo pues con ésta el sujeto activo ha supuesto consumir el delito, se lo ha representado, lo ha previsto y lo ejecuta; es decir, que antes de cometer el delito, el sujeto activo ya se lo ha imaginado, aunque el resultado de la acción sea la consumación de otro delito diferente del que se había imaginado el sujeto activo de la acción delincuencia.

Así, el dolo es la intención de cometer el ilícito, es la consciencia que tiene el imputado de saber que el hecho que cometerá está establecido en la ley y que constituye una ilegalidad, es la voluntad de la persona de que, a pesar de saber que el hecho es perseguible por la ley y que el mismo lleva consigo la persecución penal, lo ejecuta.

Por otro lado, en cuanto a los elementos intelectuales se refiere, hay que explorar en primer lugar si el dolo supone en el agente la consciencia de tipo, la consciencia de la antijuridicidad o la consciencia de otro concepto más eficaz para la conducta de los hombres. Se sabe que el tipo no es otra cosa que la descripción que ha hecho no la norma, sino la ley, partiendo del supuesto de que la vida real presentará casos que precisan punición. Ahora bien, cuando se dice que el homicidio es matar a un hombre;



que el robo es el apoderamiento de una cosa perteneciente a otro, ¿es preciso que el sujeto, para que obre con dolo, tenga consciencia de que hay un Artículo en el Código que define como delito ese acto, tipificando el hecho? No. En éste elemento no se supone que el agente deba necesariamente conocer la descripción típica del delito para considerarse su conducta como tal. En ese sentido, la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a la descripción típica, y no debe exigirse que conozca los elementos de tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico.

En conclusión, el elemento intelectual es el hecho por el cual el sujeto activo comete un hecho delictuoso a sabiendas que el mismo está penado por la ley, es decir, que tiene consciencia del hecho que está cometiendo, pero no es necesario que el sujeto activo conozca jurídicamente su descripción señalada en la ley, la pena asignada al mismo y sus consecuencias doctrinarias y legales. El sujeto activo comete el ilícito sabiendo que el hecho está señalado como delito, pero no tiene mayores conocimientos del mismo.

- **Tipicidad**

La tipicidad es el elemento esencial para poder catalogar criminalmente el hecho antijurídico cometido por el sujeto activo pues ésta es el encuadramiento de la

conducta antijurídica, violatoria de las normas de convivencia social; así también, puede considerarse como la adecuación del hecho cometido y la forma en que se cometió para catalogar su responsabilidad.

“La voz tipicidad, íntimamente ligada a la de tipo, siendo aquella consecuencia de ésta, puede definirse como el conjunto de las características del delito, en virtud de las cuales venimos en conocimiento de cuáles son las conductas antijurídicas que deben tomarse en consideración a efectos penales. // La tipicidad como tal, es una descripción descargada de todo elemento valorativo, amparando, como consecuencia del principio de legalidad, una determinación previa legal de los casos en que se puede y se debe aplicar la pena, supuesta, claro está la culpabilidad. Cuando sea una conducta determinada, que como tal es antijurídica o por decirlo de otro modo, contraria a la ley, el legislador, para sancionar esa conducta, puede optar por tres caminos o bien declarar que toda conducta antijurídica es punible.”<sup>77</sup>

- **Antijuridicidad**

Cuando se dice que todo delito debe ser contrario a la ley se está hablando del elemento antijuridicidad, entendido este como el quebrantamiento de la norma, la

---

<sup>77</sup> Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**, pág. 963.

violación de lo estipulado en el ordenamiento penal. También se ha dicho que el concepto de antijuridicidad se obtiene de la confrontación entre la conducta ejecutada por un sujeto y lo que la que la ley penal pretendía que éste realizara, obteniendo así un juicio de valor al declarar que dicho comportamiento no era el que el derecho demanda.

Los autores De León Velasco y De Mata Vela exponen que la antijuridicidad es: “(...) la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico-penal establecido previamente por el Estado.”<sup>78</sup> Por lo tanto, la antijuridicidad es lo contrario a derecho, es la enmarcación de la conducta fuera de los cánones legales.

- **Culpabilidad**

Doctrinariamente: “Se habla de delito culposo, sin perjuicio de otras matizaciones, cuando el tipo penal se realiza por la infracción por parte del sujeto del deber de cuidado exigido en una situación concreta, deber que puede ser definido de forma objetiva (el correspondiente a un “ciudadano medio cuidadoso”) o de forma individual (teniendo en cuenta los conocimientos y capacidades del sujeto).”<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, págs. 163 y 164.

<sup>79</sup> Fundación Tomás Moro, **Ob. cit.**, pág. 267.

En cuanto a las clases de culpa, se distingue entre una culpa consistente (el autor se representa la posible realización del tipo pero confía en que no producirá) y una culpa inconsciente (el autor no tiene esa representación), ofreciendo dificultades la delimitación de la primera con el dolo eventual.

El Artículo 12 del Código Penal establece lo siguiente: “El delito es culposo, cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley.”

La imprudencia es dinámica: Una acción que lleva consigo un riesgo, se hace algo que no debiera hacerse; en cambio, la negligencia es pasiva: Se deja de hacer algo que la prudencia recomienda. Por otro lado, la impericia entraña violación a los principios de experiencia, conocimiento y habilidad en la realización del hecho. No obstante, todos los conceptos anteriores se pueden resumir en que hay culpabilidad cuando se realiza una conducta en la cual hubo falta al deber de cuidado que se debió tener.

En la culpa, la relación entre el propósito y el resultado delictuoso es en unos casos indirecta y, en otros, puede faltar. Se caracteriza porque el agente no previó que su

conducta podría lastimar las exigencias de la vida en común; le faltó reflexión, aun en casos de la llamada culpa con representación, pues al no meditar sobre la posibilidad del resultado dañoso, mostró un tipo de conducta antisocial. Culpa inconsciente, es cuando el agente no se imaginó el resultado dañoso; no llegó a representarse la secuela de su actividad. Culpa consciente o con representación, es cuando el agente sí se imaginó la posibilidad del resultado. Hay diferencia entre ella y el dolo eventual. En la clase de culpa el agente confía en que su conducta no producirá el resultado imaginada o representado; en el dolo eventual se prevé la consecuencia y se obra aceptando la posibilidad del resultado.

- **Otros elementos del delito**

Explica González<sup>80</sup> que algunos autores creen que para poder imponer una pena es necesario otro u otros requisitos que no encajan en ninguno de los elementos anteriores, por ejemplo: La punibilidad. Sin embargo, el mismo autor opina que deben quedar fuera de la teoría del delito por ser más bien de carácter procesal pues, el hecho de que una acción típica, antijurídica y culpable no se pueda castigar no invalida la afirmación de que se está ante un delito.

---

<sup>80</sup> González, **Ob. cit.**, pág. 27.

### 5.3. Elementos negativos del delito

Los elementos negativos del delito son la contraposición a los anteriormente expuestos elementos positivos del delito; De León Velasco y De Mata Vela explican que: “(...) los elementos llamados “negativos” del delito, tienden a destruir la configuración técnica jurídica del mismo, y como consecuencia tienden a eliminar la responsabilidad del sujeto activo (...).”<sup>81</sup>

Entendido así, el aspecto negativo de la conducta o acción es la ausencia de conducta o falta de acción; el de la tipicidad es la falta de tipicidad o del tipo, ya sea por falta total de tipo, de objeto, de sujeto o de medio típico; el de la antijuridicidad es la existencia de las causas de justificación; el de la culpabilidad es la inculpabilidad por falta de existencia de la voluntad del sujeto, es decir, no hay dolo, culpa o preterintencionalidad; y el de la punibilidad en la existencia de excusas absolutorias a favor de quien comete el delito, por motivos de política criminal.

---

<sup>81</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 173.

#### 5.4. Definición de la pena

Exponen De León Velasco y De Mata Vela que la pena es: “(...) una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal.”<sup>82</sup>

Para muchos juristas, la pena es el castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. En sentido estricto, la pena es la imposición de un mal proporcionado, es decir, una retribución por el mal que ha sido cometido.

En el transcurso de la historia del derecho penal, la denominación de pena se le ha dado a múltiples conceptos, así se dice que ésta nació del vocablo *Pondus*, que quiere decir peso; o que se deriva del sánscrito *Punya*, que significa pureza o virtud, la que debía alcanzar el delincuente a través de la expiación por su conducta criminal; o que se origina del griego *Ponos*, que significa trabajo o fatiga; también, que proviene de la palabra latina *Poena*, que significa castigo o suplicio.

---

<sup>82</sup> De León Velasco, **Ob. cit.**, pág. 248.

En la actualidad, se puede concebir formalmente a las penas como aquellas restricciones y privaciones de bienes jurídicos señalados específicamente en la ley penal; así, cualquier otro tipo de sanción jurídica que no provenga de la ley penal no es considerada como pena, para los efectos de la disciplina. Con el transcurso del tiempo, el verdadero origen de la pena se pierde en la sociedad jurídicamente organizada, lo que puede apreciarse en que las características de las penas, en actualidad, son diversas a las utilizadas en el pasado, cuando basándose en el cumplimiento de un castigo o un desquite, se imponían directa y cruelmente.

### **5.5. Origen de la pena**

Haciendo un repaso a través del tiempo se pueden distinguir varios periodos que se diferencian entre sí por sobre la respuesta o tendencia represiva de la comunidad o del Estado a las conductas que lesionan los bienes jurídicos considerados por ellos como los más fundamentales o dignos de protección. Es la historia de la pena y del derecho penal, a veces con muy notables avances y en algunos otros con lamentables retrocesos, la que se resume a continuación.



- **Época de la venganza privada**

La venganza se ha tomado como el inicio de la retribución penal aunque no es un sistema penal en sí, sino una forma de manifestación individual. La época de la venganza privada es la época del barbarismo, puesto que se accede al impulso de un instituto de defensa, ante las actividades provocadas por un ataque que se pensaba injusto. Dado que no estaba organizada jurídicamente la sociedad, es decir, no se encontraba organizado el Estado, en esta etapa los individuos que se sentían ofendidos en sus derechos acudían a una defensa individual; en otras palabras, cada quien se hacía justicia por su propia mano. Sin embargo, cabe mencionar que no toda venganza puede estimarse como antecedente de la pena, tal y como se conoce hoy, sólo tiene relevancia la venganza como equivalente de aquélla, es decir, la revancha, el desagravio o desquite que contaba con el apoyo de la colectividad, consistente en la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociendo su derecho a ejercerla.

Como recién se mencionó, muchos autores no la consideran una verdadera etapa jurídica puesto que tal defensa no estaba integrada a un verdadero sistema de sanciones; solo tiene importancia su conocimiento como antecedente de la imposición de penas pero vale mencionarla puesto que aquí se denota la necesidad de la institución de un sistema, como el derecho penal. Como ejemplo de una de las formas

de venganza privada, se puede citar a la probablemente más famosa: La ley del tali3n, que consistía en que el grupo o la colectividad le reconocían al ofendido sólo el derecho a una venganza de igual entidad al mal sufrido, no más.

- **Época de la venganza divina**

Con la evolución de la organización social, se sustituye la voluntad individual del vengador, por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses de la comunidad. Es la época teocrática, en que se justifica toda decisión jurídica con base en una concepción divina, tanto así, que los sacerdotes llegaron a representar la voluntad divina y finalmente a administrar la justicia.

- **Época de la venganza pública**

En este periodo se deposita en el poder público la representación de la vindicta social respecto de una lesión a un bien jurídico individual. El poder público ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro.

Por representar materialmente una venganza, la represión penal se utilizó cometiendo excesos, por lo que esta etapa se caracteriza por el abuso con que se representó la venganza individual a través del poder público, llevado a la aplicación de penas inhumanas y desproporcionadas en relación con los hechos, llevando a caracterizar el procedimiento como aquella diversidad de pasos seguidos a efecto de obtener una confesión, y la pena a identificarse con el tormento; es en esta corriente que se coloca el derecho penal en Europa hasta el siglo XVII.

- **Periodo Humanitario**

La excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento a favor de la humanización no sólo de las penas sino del procedimiento penal. Como es imaginable, en la época de la venganza pública se iniciaron las torturas, los calabozos, y en fin toda clase de tormentos, toda vez que la finalidad era castigar y obtener confesiones. La etapa humanitaria del derecho penal comienza en la publicación del libro *Dei Delitti e delle pene* de César Bonnesana, Marqués de Beccaria, publicado en la segunda mitad del siglo XVIII; este documento, de singular importancia en la historia jurídico penal, es unánimemente reconocido por los penalistas del mundo como el punto de arranque indiscutible de una nueva era del derecho penal, en la que se propone la eliminación de suplicios y crueldades. Los puntos más importantes expuestos en la obra de Beccaria, son los siguientes: La justicia humana y la divina son

autónomas; las penas deben ser únicamente establecidas en las leyes, proporcionadas al delito y lo más mínimas posibles; los jueces no deben interpretar la ley, solo aplicarla; el fin de la pena, ejemplarizar; la pena de muerte debe ser proscrita por injusta.

- **Etapas Científicas**

Es la etapa del estudio de derecho penal como una verdadera disciplina jurídica, una ciencia. Se inicia con la obra de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara, principal exponente de la llamada Escuela Clásica del derecho penal.

- **Época Moderna**

Finalmente, en la época moderna se considera que tanto el derecho penal como la sanción penal están todavía en construcción y desarrollo.

## 5.6. Características de la pena

Como características de la pena se admiten: 1) Que se establezca por autoridad competente; 2) Que determine la acción u omisión reprimida; 3) Que se compruebe la infracción o trasgresión que se imputa, previo proceso y sentencia; 4) Su igualdad en principio, sin excluir modalidades de aplicación según los sujetos y su proceder; 5) Variedad de ellas, al menos con relación a las distintas infracciones, y mejor aún libertad judicial para imponerla con arreglo a las circunstancias individuales de los delincuentes, completado con la divisibilidad y graduación cuando por su naturaleza lo admitan las penas; 6) Por la posibilidad de error, las penas deben ser reparables y reformables, aun cuando algunas no lo admitan, como la de muerte y la ya desterrada de mutilación, y sin que por ello se viole la sacrosanta santidad de la cosa juzgada; si bien por el pietismo penal, concepto que tampoco debe erigirse en inconvencible, no se permita la revisión de los fallos cuando perjudican a los reos, tanto por descubrirse que era más grave de lo sentenciado la infracción cometida, como incluso en el caso de haberse absuelto injustamente, aun cuando en este supuesto se salve siempre el que haya sido condenado sin justicia por el hecho.

## **5.7. Fines de la pena**

Los fines de la pena están relacionados de forma íntima con los valores de la sociedad, por lo que las penas que se aplican a los delincuentes han ido cambiando según el grado de evolución de la misma, evolución a la que el derecho penal debe al menos seguirle de cerca el paso para no llegar a ser inadecuado para resolver los problemas que tiene asignados y alcanzar sus propios fines.

En este aspecto, cada escuela penal aporta y sostiene una posición diversa y casi siempre muy dispar. Las teorías de la pena le atribuyen a ésta distintas funciones: Desde la retribución, la prevención general o intimidación, la prevención especial, hasta la socialización.

Para la escuela clásica, la pena cumple una función expiatoria: Se causa un mal al delincuente sólo porque ese ha causado otro; esta tendencia se denomina también absoluta o de la justicia y se extiende desde el talión a medidas elásticas o simbólicas del delito como causa y la pena cual efecto; estas teorías absolutas sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, como el restablecimiento del orden de la sociedad, sin que pueda considerársele un medio para fines ulteriores.

En franca contraposición a la tendencia absoluta, surgen las teorías relativas, en las que se plantea para qué sirve la pena, y se hace entender como un medio para obtener fines posteriores. En ese sentido, como prevención general, se busca que la pena sirva como una advertencia a todos los miembros de la sociedad para que se abstengan de cometer delitos y, como prevención especial, se pretende que la pena actúe directamente sobre el delincuente a fin que no realice otras acciones que atenten contra el orden social.

Existen también las ahora muy difundidas teorías mixtas, las cuales tienen en su mayoría las mismas bases que las absolutas pero que tratan de resolver los defectos de éstas con propuestas planteadas por las relativas. Sin embargo, Mendoza Bremauntz<sup>83</sup> sostiene que, en la actualidad, la función que se le debe atribuir a la pena es la de ser un agente activo de resolución de conflictos sociales, o la de considerar que debe ser un instrumento para integrar adecuadamente a los delincuentes a la sociedad.

Finalmente, en la actualidad, además de estar delineada por los principios de intervención mínima, igualdad, proporcionalidad, humanidad y certeza, la pena debe

---

<sup>83</sup> Mendoza Bremauntz, **Ob. cit.**, pág. 48.

necesaria y fundamentalmente encontrarse establecida por la ley y tener como presupuesto la culpabilidad del delincuente.

## **5.8. Clasificación de las penas**

Acercas de las diversas clases de penas, a continuación se indican algunas de las principales clasificaciones: a) por su naturaleza o en relación con el mal causado al delincuente: Corporales (en su persona), pecuniarias (en su patrimonio), incapacitantes (en sus derechos); b) por la duración, en perpetuas y temporales, para referirse a la muerte, al arresto y a otras que se hagan en un acto o colapso brevísimo; c) por su gravedad, en graves y leves, las primeras de las cuales suelen aplicarse a los delitos y a las segundas a las faltas; d) por su independencia, en principales y accesorias; e) por los efectos, en irreparables (como la muerte) y reparables (como la multa); f) por la flexibilidad, en divisibles (así las privativas de libertad y las pecuniarias) e indivisibles (como la de muerte y la inhabilitación absoluta); g) por los bienes y derechos sobre los que recaen, en penas contra la vida, contra la libertad, contra los derechos políticos, contra la propiedad, etc.

Con matices cambiantes en el tiempo y de una legislación a otra, se habla de penas aflictivas, correccionales e infamantes; además de las que originan diversas ramas del



derecho: Como el Código Penal común, el militar, el canónico y otras numerosas leyes especiales sobre explosivos, terrorismo, contrabando, etc.

## **5.9. Clasificación legal de las penas**

En el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, las penas se clasifican en penas principales y penas accesorias. El Artículo 41 del Código Penal establece que son penas principales, las siguientes: La muerte, la prisión, el arresto y la multa; y, el Artículo 42 del mismo cuerpo legal, que son penas accesorias las siguientes: Inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, entre otras.

- **Muerte o pena capital**

En la legislación ordinaria guatemalteca, en el Artículo 43 del Código Penal, se establece que la muerte o pena capital tiene carácter extraordinario y que sólo se podrá aplicar en los casos expresamente consignados en la ley; igualmente, que no se ejecutará sino hasta agotarse todos los recursos legales y que, en los casos en que esta pena no pueda aplicarse y se conmute por la de privación de libertad, se aplicará la pena de prisión en su límite máximo. Además, limita la imposición de la muerte o

pena capital en cuanto a quiénes no se les puede imponer y otros casos en que tampoco puede hacerse, siendo estos los siguientes: a) Por delitos políticos; b) Cuando la condena se fundamente en presunciones; c) A mujeres; d) A varones mayores de setenta años; y, e) A personas cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

Posteriormente, la Constitución Política de la República también reguló esta pena y, tratando de ser un poco más humanitaria que la legislación ordinaria, le dio la facultad al Congreso de la República para abolirla. Asimismo, limitó aún más la imposición de la muerte o pena capital en cuanto a quiénes no se les puede imponer y otros casos en los que tampoco puede hacerse pues, en su Artículo 18, establece que esta pena no podrá imponerse en los siguientes casos: a) Con fundamento en presunciones; b) A las mujeres; c) A las personas mayores de sesenta años; d) A los reos de delitos políticos y delitos comunes conexos con los políticos; y, e) A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

Cabe resaltar las partes conducentes de los literales c) y d) anteriores porque, a pesar de que la Constitución también clasifica en cinco los casos en que no puede imponerse la muerte o pena capital, sí restringe un poco más que el Código Penal los supuestos en que sí se puede aplicar esta pena, los que están basados en razones humanitarias.

Lo anterior puede observarse en que, mientras la legislación ordinaria permitía que se impusiera la muerte a personas de sesenta y nueve años o menos, la Constitución la limita a personas de cincuenta y nueve años o menos; y, mientras la legislación ordinaria solamente prohibía imponerla por delitos políticos, la Constitución también contiene la prohibición de imponerla por delitos comunes conexos con los políticos.

En este sentido, no está de más recalcar que la norma aplicable es la norma constitucional pues, con base en el principio de supremacía constitucional contenido en el Artículo 44 de nuestra Constitución Política, son nulas *ipso iure* las leyes que disminuyan los derechos que la Constitución garantiza.

El Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la conexión. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoria de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a los delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se establecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena

de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a persona que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, (...). No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.”

- **Prisión**

La prisión ha sido definida como una pena constante, variable en su duración dependiendo de la gravedad del delito, que consiste en la privación de libertad personal. Generalmente, quien ha sido condenado a ella debe permanecer encerrado en un establecimiento carcelario; digo generalmente pues, aunque suene paradójico, en la actualidad hay modalidades de prisión a las que se les puede denominar “prisión abierta”, en las cuales la ejecución de esta pena se realiza fuera de la cárcel, restituyéndose al penado la libertad pero con la condición que no cometa otros delitos; lo que pretenden éstas alcanzar de una mejor manera son los fines de prevención de nuevos delitos y la resocialización del delincuente.

En la legislación penal guatemalteca, en los Artículos 44 y 59 del Código Penal, se establece que la duración de la pena de prisión se extiende desde un mes hasta cincuenta años, y acarrea la suspensión de los derechos políticos mientras dure.

La prisión es una institución utilizada desde tiempos remotos, que ha tenido la función de asegurar a los delincuentes de manera que no eludan las consecuencias jurídicas de sus acciones antisociales; es decir, ha sido un instrumento para facilitar la ejecución de la reacción penal, pero que no siempre funcionó como una pena. Conforme a algunas clasificaciones, se ha dividido a la historia de la prisión en cuatro grandes periodos: a) periodo anterior a la sanción privativa de libertad; b) periodo de explotación; c) periodo correccionalista y moralizador; y, d) periodo de readaptación social. Inicialmente, la prisión era mas bien un medio procesal que una pena propiamente, pues era la pena capital y el castigo físico las que predominaban. Luego, con la evolución de las ideas penales, ya como pena, la prisión por un largo proceso de cambios, el que a mi entender continúa hasta la fecha; cabe resaltar en dicho transcurso evolutivo, además de la muy reconocida obra de Beccaria, la influencia del llamado “Apóstol de la Humanización de las Cárceles”: John Howard, quien dedicó su vida a la investigación y difusión de la lamentable situación que se sufría en las cárceles en Inglaterra y otros lugares de Europa en el siglo XVIII.

El Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala enumera ciertas normas mínimas para la ejecución de la prisión, la que debe tender a la readaptación, aunque considero que la denominación que utiliza la norma constitucional: “Sistema penitenciario”, es inadecuada pues ahora no se busca la penitencia o el sufrimiento del delincuente sino prevenir objetivamente que éste cometa otros delitos y su readaptación a la sociedad. En resumen, lo que establece el relacionado Artículo 19 es que los “reclusos” deben ser tratados como seres humanos, no deben ser discriminados ni sometidos a tratos crueles; deben cumplir las penas en lugares destinados para tal efecto; tienen derecho a comunicarse, etc.

Mendoza Bremauntz apunta que: “De cualquier forma, la pena de prisión parece encontrarse (...) en el banquillo de los acusados y son innumerables las voces de crítica respecto a la readaptación social y el tratamiento, considerándose casi en toda la legislación penal vigente el *doppio* binario, según el cual la pena tiene una finalidad retributiva y otra reformadora.”<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> **Ibíd.**

- **Arresto**

Es una pena que consiste en la privación de libertad, forma parte de la escala general de penas que señala el Artículo 41 del Código Penal; el Artículo 45 del mismo cuerpo legal estipula que “La pena de arresto consiste en la privación de libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión.”

Doctrinariamente, el arresto suele distinguirse entre arresto mayor y arresto menor, sancionándose con el primero de ellos a los delitos y con el segundo a las faltas o contravenciones. La duración de la privación de la libertad por lo general es de un mes a seis meses y de uno a treinta días, respectivamente.

“Como pena corta de privación de libertad ha adquirido una reciente importancia en el derecho penal moderno, lo que explica que se le haya concebido o consagrado particular atención.”<sup>85</sup> Sin embargo, muchos están en contra de las penas cortas de privación de libertad, pues se duda de la efectividad de sus resultados y, sobretodo, porque en la mayoría de las veces se obtendrían mejores resultados con sustitutos a la pena de arresto, ocasionándose menor daño al sancionado con este tipo privación de

---

<sup>85</sup> Fundación Tomas Moro, **Ob. cit.**, pág. 88.

la libertad personal. Se han enunciado sustitutivos de ella, tales como: La suspensión condicional de la pena, la aplicación de libertad vigilada en régimen de prueba, multa, etc. Así, la pena de arresto ofrece la modalidad domiciliaria consistente en cumplirla en el propio domicilio del reo cuando el tribunal lo autorice y siempre que el hecho cometido sea una falta sin motivo deshonoroso ni fuere por hurto o defraudación.

Prisión pues, es más que arresto; y no es extraño, por lo tanto, que sea palabra más odiosa, y que se haya adoptado la de arresto con preferencia en la milicia, aun para muchos casos en que sería más propia la primera. El arresto, lo mismo que la prisión, puede también ser considerado como pena correccional, en este sentido es todavía de uso más especial en la milicia.

El Artículo 10 constitucional, en su parte conducente, establece que “Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas. (...)”



- **Multa**

La pena de multa es una pena pecuniaria que se impone en los casos en que se considera innecesaria la prisión o el arresto, por constituir los mismos una falta o un delito que no amerita la privación de libertad; así, se sanciona con multa a quien comete algún delito o falta, según la capacidad de la persona y en proporción a la gravedad de los mismos.

La multa tiene carácter personal y debe ser determinada de acuerdo a la capacidad económica del delincuente: A su salario o la renta que perciba; su aptitud para el trabajo y las demás circunstancias que indiquen su situación económica, conforme lo estipula el Artículo 53 del Código Penal.

En la actualidad, se le ha dado mucha más importancia a la pena de multa en detrimento de las penas cortas de privación de libertad personal, pues se considera por lo general en la doctrina que, si bien es cierto la multa causa un escarmiento, no daña irreparablemente al penado ni se le afecta innecesariamente sustrayéndolo de su núcleo social ni quitándole la posibilidad de continuar devengando ingresos por su trabajo; además, porque dicha pena constituye una entrada económica para el Estado, pudiéndose invertir esos flujos dinerarios para mejorar el sistema de justicia penal.

- **Inhabilitación absoluta**

Tanto la pena de inhabilitación absoluta como la de inhabilitación especial consisten en la restricción o limitación de algunos derechos individuales determinados en la ley, civiles y, o, políticos.

Conforme el Artículo 56 del Código Penal, la inhabilitación absoluta comprende: 1) La pérdida o suspensión de los derechos políticos; 2) La pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque provinieren de elección popular; 3) La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos; 4) La privación del derecho de elegir y ser electo; y, 5) La incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.

- **Inhabilitación especial**

La pena de inhabilitación especial, según lo que establecen los Artículos 57 y 58 del Código Penal, respectivamente: “(...) consistirá según el caso: 1. En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del artículo que antecede (Artículo 56 del Código Penal). 2. En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o

habilitación”; y se deberá imponer conjuntamente con la pena principal cuando el delito se cometiere con el abuso del ejercicio o con infracción de los deberes inherentes a una profesión o actividad.

- **Comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito**

El Artículo 60 del Código Penal establece: “El comiso consiste en la pérdida, a favor del Estado de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. Los objetos decomisados de lícito comercio, se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial.”

- **Otras penas accesorias**

La legislación penal guatemalteca establece algunas otras penas accesorias, tales como la expulsión de extranjeros del territorio nacional, el pago de costas y gastos procesales, la publicación de la sentencia, etc.



## **CAPÍTULO VI**

### **6. La interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco**

#### **6.1. ¿Por qué es necesario determinar si es válida o no?**

El porqué de la imperativa necesidad tanto de determinar la validez o invalidez de la interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco, en general, como la de analizar un caso legal, en particular, se basa en que actualmente los guatemaltecos ya no pueden darse la permisividad de que queden impunes, sobre todo debido a lamentables errores legislativos, delitos que atentan contra los más fundamentales bienes protegidos pues en Guatemala se padece diariamente del incremento constante de la violencia social y de la criminalidad, las que crecen bajo la frondosa sombra de la impunidad de la que aquí gozan, por tanto los delincuentes actúan a placer sabiendo que el sistema de justicia penal probablemente nunca se les aplicará debido a que el mismo está colmado de una gran diversidad de problemas y debilidades, de las que cabe apuntar que no sólo es responsable el Estado sino también muchos de los particulares, sea por su actuar o por no hacerlo. De cualquier forma, para percatarse de tan terrible situación no hace falta ser docto en las materias que se le puedan relacionar, basta con enterarse de las noticias del día a día o escuchar las pláticas del común de las personas para darse cuenta de lo peligroso que se hizo caminar por las calles o de que ahora muchos de los habitantes del país no están seguros ni siquiera

dentro de sus propias casas, y esto sólo sería necesario si no se ha padecido ya en carne propia.

Al situarse en el entorno antes descrito, realmente es difícil ser sorprendido por el hecho de que las mujeres sean tan afectadas de una u otra forma por ello pues, aunque su supuesta debilidad debería considerarse como su mayor fortaleza, en ese ámbito social sus propias condiciones físicas las hacen extremadamente vulnerables y propensas a ser víctimas del delito pues es más fácil atacar o agredir a alguien que, en muchos de los casos, no tiene la fuerza suficiente para repeler ese ataque o que probablemente no se atreva a hacerlo; además, hay que tomar en cuenta la agravante de que, por su naturaleza y sin importar su edad, la mujer es el blanco natural de la mayoría de los delitos sexuales, como en el caso de la violación sexual.

En ese sentido, previo a proceder con los temas de la determinación de la validez o invalidez de la interpretación analógica en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco y del análisis de un caso legal (el que se puede clasificar como una norma penal incompleta debido a un error legislativo), se hará un breve repaso doctrinario del delito de violación pues es este delito el que más interesa al presente estudio ya que es el que está tipificado en dicha norma penal.

## 6.2. Delito de violación

- **Definición**

El delito de violación es la conducta encaminada a lograr el acceso carnal con una persona, ya sea de manera violenta o si se consuma con una persona incapacitada legalmente para otorgar su conformidad sexual. Es decir, un sujeto procura el yacimiento sin la conformidad de la víctima o con su aprobación forzada. La mayoría de autores coinciden en resaltar que el elemento característico de este delito es la violencia pues la misma no es solamente una circunstancia agravante, mas bien es la esencia del hecho delictivo, ya que la víctima está constreñida a acceder a los propósitos violatorios por la influencia de la violencia en ella ejercitada.

En ese sentido, Sproviero brinda una muy completa definición del delito de violación, para quien éste es: “(...) la conducta o actividad enderezada a lograr o consumir el acceso carnal de manera violenta, o provocarse éste con un sujeto pasivo que la ley penal reputa incapacitada para otorgar aquiescencia, o manifestar conformidad desde la óptica sexual; así como perfeccionar el acto violatorio o su caracterización como conato, cuando la víctima adoleciera de deficiencias físicas o psíquicas que imposibilitaran cualquier tipo efectivo de resistencia.”<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Sproviero, Juan H. **Delito de violación**, pág. 27.

- **Bien jurídico tutelado**

Los derechos más fundamentales de las personas son bienes jurídicos que merecen una especial tutela estatal; cuando estos bienes son transgredidos por una conducta delictiva, la ley debe proveer un amparo ante el daño que dicha conducta provoca.

En ese sentido, el objetivo de la criminalización de la violación sexual es la protección de un bien específico que la ley considera muy valioso: La libertad sexual, la cual es el derecho a la disposición del cuerpo de la manera más soberana para la persona, mediante una elección que ella practica y que no está sujeta a coacción. Así, con base en la esencial importancia de la libertad sexual de las personas, pero de sobremanera de la mujer, este bien jurídico debe ser mantenido y consagrado como inalienable, sancionando drásticamente el delito de violación y reduciendo todo lo posible las excepciones que posibiliten la impunidad de su autor.

- **Elemento subjetivo**

Tomando en cuenta que en el delito de violación la participación del factor subjetivo pone en evidencia la intención de su autor y su actividad conlleva el propósito y la concreción, el dolo participa de manera excluyente en la configuración de este ilícito



pues ineludiblemente se trata de un hecho de naturaleza esencialmente dolosa, quedando descartada cualquier posibilidad culposa. En ese sentido, para ser tenido como tal, el delito de violación requiere de manera básica la intención manifiesta del sujeto activo de acceder a la víctima en alguna de las modalidades proscritas en la ley.

- **Conducta**

La configuración del hecho requiere la existencia del acceso carnal como condición para que quede convalidada la violación, cuyo presupuesto inexorable es que no haya dudas en cuanto a la penetración del órgano genital. Sin embargo, este delito no exige un acto de violación completo para tenerlo por consumado, bastando solamente para ello con la penetración, sin importar si ha sido por la vía normal o anormal.<sup>87</sup> Aquí, como se dijo anteriormente, el dolo resulta el factor esencial de la caracterización de la conducta, pues de la propia actividad se insinúa y concreta la actitud criminal.

- **Sujeto pasivo y activo**

Tanto la doctrina como la legislación comparada discrepan en cuanto a quién puede convertirse en víctima del delito de violación pues, por un lado, se considera que

---

<sup>87</sup> **Ibíd.**, pág. 79.

solamente la mujer puede serlo y, por el otro, que además de la mujer también puede serlo el hombre. Por ejemplo, en algunas legislaciones extranjeras no se establecen diferencias, pudiendo ser persona de uno u otro sexo la afectada por este hecho delictivo; mientras que, en la legislación penal guatemalteca, se deja muy claro que únicamente la mujer se considera cómo sujeto pasivo del delito. Al respecto, debe considerarse que la corriente seguida por la legislación guatemalteca no está ajustada a la realidad pues, al no asimilar al concepto de violación con el acceso carnal anal, le despoja a la comisión de este hecho toda la trascendencia que tiene; por lo que cabe reafirmar que, sin importar su sexo, todas las personas corren el riesgo de ser atacadas en su libertad sexual por el delito de violación; llevándonos aquél concepto al siguiente apartado.

- **Tipicidad**

Generalmente, se aceptan como características del delito de violación, en virtud de las cuales se conoce cuáles son las conductas antijurídicas que deben tomarse en consideración a efectos penales, el acceso carnal en las modalidades siguientes: 1) Con persona menor de doce años; 2) con persona que padezca de imposibilidad de resistir, como el caso que ésta esté privada de razón, tenga incapacidad para consentir o esté en ese momento privada de sentido, etc.; 3) ejerciendo violencia sobre la víctima, sea esta mediante fuerza y, o, intimidación. Como se puede apreciar, el

elemento característico de este ilícito: La violencia, está claramente establecido en el supuesto del numeral tres anterior; sin embargo, este elemento esencial de la violación también aparece en forma de presunción en los dos primeros casos, es decir, violencia presunta; pues dicha presunción legal se halla presente en la violación ejercida sobre ciertas personas, que debido a incapacidades de distinta naturaleza no pueden resistir el ataque de que son objeto por parte del sujeto activo.

El Artículo 173 del Código Penal, antes de la entrada en vigencia del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, establecía: “Comete delito de violación quien yaciere con mujer, en cualquiera de los siguientes casos: // 1°. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito. 2°. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir. 3°. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años. (...)” Por otro lado, el Artículo 174 del mismo Código estipula una agravación de la pena al señalada al delito de violación, como sigue: “La pena a imponer será de ocho a veinte años de prisión en los siguientes casos: 1o. Cuando concurrieren en la ejecución del delito dos o más personas. 2o. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, dentro de los grados de ley, o encargado de su educación, custodia o guarda. 3o. Cuando, como consecuencia del delito, se produjere grave daño a la víctima.” Y el Artículo 175 de dicho Código tipifica el supuesto de violación calificada: “Si con motivo o a consecuencia de la violación,

resultare la muerte de la ofendida, se impondrá prisión de 30 a 50 años. Se le impondrá pena de muerte, si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad.”

- **Punición**

Desde épocas muy antiguas hasta el siglo pasado (y en algunos casos aún hasta hoy), en la mayoría de civilizaciones o países se sancionaba el delito de violación con la muerte o pena Capital. Lo anterior no es de extrañar porque en es generalmente aceptada la trascendencia que tiene este delito como figura que altera la naturaleza de los sentimientos y se le conceptúa como una aberración merecedora del reproche final, sin miramientos ni contemplaciones.<sup>88</sup> Sin embargo, debido a la corriente abolicionista que han seguido la mayoría de legislaciones penales del mundo, la pena Capital ha sido sustituida casi totalmente por la pena de prisión, incluyéndose la pena del delito de violación.

En ese sentido, conforme a las normas transcritas en el numeral anterior, se puede determinar que en la legislación penal guatemalteca, al delito de violación y a sus diversos supuestos, se les establecen la pena de prisión o la pena Capital, según sea el caso.

---

<sup>88</sup> **Ibíd.**, pág. 213.

### **6.3. Análisis de un caso legal: Artículo 173 del Código Penal**

Es muy importante aclarar que cuando se cita el Artículo 173 en este trabajo, se refiere al Artículo 173 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, previo a la entrada en vigencia del Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, el cual reforma dicha norma legal estableciendo sanciones más rígidas; sin embargo, con base en el principio de retroactividad de la ley penal cuando ésta favorezca al reo, el análisis del Artículo 173 continúa siendo muy útil para los casos en los que se cometió el delito allí tipificado antes de esa reforma. En ese sentido, el Artículo 173 establece: “Comete delito de violación quien yaciere con mujer, en cualquiera de los siguientes casos: // 1°. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito. 2°. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir. 3°. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años. // En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años.”; en dicha norma legal, si bien es cierto que el legislador no dejó de determinar el delito, se quedó corto en cuanto a la especificación de la sanción, es decir, en dicha norma está descrita la figura del delito pero no está especificada la pena en cuanto a su clase; por lo tanto, a quienes cometen el delito allí tipificado: La violación, se impone una condena de seis a 12 años sin señalar a qué clase de pena se refiere (como ejemplos de clases de penas están las de prisión, arresto, inhabilitación especial, etc.). El anterior es un típico caso de ley penal incompleta.

Así, en la forma en que quedó establecida la disposición legal antes citada, puede llegar a causar dudas acerca de si se viola o no el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege* y su consecuencia: La exclusión de analogía, debido a que éstos otorgan la garantía que consiste en que no se podrán imponer otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley para cada delito. Esta supuesta violación del principio legalista afectaría a quienes se les impusiera la condena de prisión por haber cometido el delito de violación (sexual), pues se les estaría imponiendo la prisión a pesar de que no está especificada por la ley penal, ya que la pena que impone el citado Artículo 173 no está señalada en cuanto a su clase.

Debido a lo anterior, es muy importante establecer la validez o invalidez jurídica de la interpretación analógica de la ley penal en el derecho penal guatemalteco, teniendo en cuenta que la aplicación de analogía está expresamente prohibida por la legislación penal; pues dependiendo de la validez o no de dicha interpretación, el caso legal antes expuesto podría traer como resultado un problema de grandes dimensiones por las consecuencias jurídico penales que conllevaría una violación al principio de legalidad del derecho penal y su una de sus consecuencias: La exclusión de analogía. En ese sentido, si se tuviera por inválido la utilización de ese recurso interpretativo y aún así si se hiciera una interpretación analógica de esa norma penal incompleta, imponiendo la condena de prisión (pena no señalada previamente por la ley penal para ese delito en particular), se incurriría en ilegalidad al imponerla pues ésta no está claramente

establecida por la ley y, por lo tanto, se violarían los derechos y garantías de los imputados, reconocidos incluso constitucionalmente; se desampararía a las víctimas de ese delito; y, además, no se podrían hacer cumplir los fines del derecho penal.

Con el objeto de poder establecer el punto aquí tratado, se desarrolla a continuación una breve comparación entre la interpretación extensiva o analógica y la analogía.

#### **6.4. Comparación entre la interpretación extensiva y la analogía**

Por principio, se debe dejar en claro que la analogía está expresamente prohibida por la ley. En la legislación penal guatemalteca, el Artículo 7 del Código Penal establece lo siguiente: “Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones.” De acuerdo con ello, en un Estado de derecho, la teoría y la práctica jurídicas admiten generalmente que una de las consecuencias fundamentales del principio de legalidad es la prohibición de analogía. Entonces, para los fines de este estudio, se hace realmente necesario determinar qué es la analogía para lograr fundamentar sólidamente las razones del porqué se afirma que ésta se diferencia de la interpretación extensiva o analógica y, por lo tanto, que ésta última sí es válida en el derecho penal guatemalteco.

La analogía es un medio a través del cual se integran normas legales para resolver un caso que no está regulado por la ley; por lo tanto, no constituye una forma de interpretación sino la creación de nuevo derecho. Ésta se diferencia de la interpretación extensiva o analógica pues cuando se utiliza este medio de interpretación de la ley penal para aplicarla a un caso concreto, éste sí está regulado por aquélla pero, para resolverlo, es necesario darle a la norma un significado más amplio del que a simple vista tiene, pues quien dictó esa disposición legal quiso decir algo más pero no lo hizo, es decir, lo hizo de forma incompleta, como por ejemplo: Omitir alguna palabra en el texto de la misma.

Bacigalupo explica que la analogía se distingue de la interpretación extensiva o analógica pues la primera consiste en la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto, mientras que la segunda conlleva la aplicación más amplia de la ley pero hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma; apoya su criterio citando a Stratenwerth, quien afirma que “(...) sólo una precisa descripción de la idea fundamental de la ley, orientada al correspondiente hecho tipificado en su ilicitud y culpabilidad, puede definir los límites de la interpretación admisible.”<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Bacigalupo, **Ob. cit.**, págs. 77 y 79.



Como se afirmó antes en este trabajo, las leyes penales precisan interpretación; Maurach<sup>90</sup> explica que la tarea y límites de ésta es examinar en concreto la aplicabilidad de un precepto jurídico a un caso nuevo, siendo aquí la guía tan sólo el objetivo de la norma de que se trata. En algunos casos, ese objetivo obligará a una aplicación limitativa, y con ello a la interpretación restringida, pero en otros dará lugar a una tensión hasta el límite de su contenido, y con ello a la interpretación extensiva; por lo tanto, tampoco la interpretación de ley penal *in malam partem* cae bajo la prohibición de analogía.

Por aparte, en cuanto a materia procesal penal se refiere, el Artículo 14 del Código Procesal Penal estipula: “El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles contra el imputado son las que este Código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado.”

---

<sup>90</sup> Maurach, **Ob. cit.**, pág. 144.

La norma antes transcrita sí prohíbe expresamente para esa materia (el derecho procesal penal) la aplicación de la interpretación extensiva de la ley procesal penal en contra del imputado; no obstante, con relación a este tema, Maurach<sup>91</sup> opina basándose en Jeschek que el principio procesal de *in dubio pro reo*, el que se aplica frente a insuperables dudas de hecho a favor del imputado, excluyendo cualquier aplicación extensiva de normas procesales en contra del mismo, no debe confundirse con la validez legal de la interpretación extensiva de las normas sustantivas penales pues, en esta materia, no se debe elegir la más conveniente para el acusado, sino la correcta; esto es así pues el moderno derecho penal persigue objetivos de política criminal que podrían conducir a una reacción más rigurosa, ya que éste ha reconocido la necesidad de una síntesis entre la seguridad jurídica y la justicia material.

## **6.5. Validez**

Con base en lo expuesto en el numeral anterior, se puede afirmar que la interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco sí es válida por tanto que, no obstante es cierto que las consecuencias que resultan de la aplicación del principio de legalidad (consideradas en conjunto) traen consigo el presupuesto estatal jurídico de la determinación legal de la penalidad, debiendo conforme a él estar legalmente determinadas, como mínimo, las circunstancias de hecho o tipos sujetos a pena y la

---

<sup>91</sup> **Ibíd.**, pág. 145.

clase de pena establecida; esto no implica que se viole dicho principio cuando en una norma penal incompleta se utiliza la interpretación analógica para completar esa determinación pues, en ese tipo de casos, con la correcta utilización de aquél recurso de interpretación, no se crearían nuevas penas ni se establecerían penas distintas a la o las contempladas según el espíritu de esa ley en particular, si no que se perfeccionaría la voluntad de la ley con lo que el legislador quiso decir pero que le hizo falta.

Así, ante la planteada necesidad de interpretar analógicamente el Artículo 173 para establecer a qué clase de pena se refería el legislador cuando señaló como sanción, a los supuestos descritos en esa norma, lo siguiente: “(...) En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años.”; no sólo se puede sino se debe utilizar la interpretación extensiva para interpretarla, con el objeto de cumplir con los fines del derecho penal material, mediante el entendimiento de su finalidad o espíritu, sirviendo de base legal para ello el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, partes conducentes, en cuanto a las reglas de interpretación de la ley que enuncia: “(...) El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes pero, los pasajes de la misma, se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: // a) a la finalidad y al espíritu de la misma; b) a la historia fidedigna de su institución; c) a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

Finalmente, la forma de interpretar analógicamente el Artículo 173 se puede resumir así: Éste regula en sus partes conducentes: “(...) En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a 12 años.”, por lo que debe tenerse en cuenta que, en la legislación penal guatemalteca aplicable a dicho caso legal: a) las únicas clases de penas principales que se pueden imponer son la pena capital, la prisión, el arresto y la multa, por lo que inicialmente se descartan las penas accesorias, por ejemplo, las inhabilitaciones, etc.; b) las únicas clases de penas computables en tiempo, en principio, son la prisión y el arresto, por lo que se eliminan tanto la pena capital como la multa; y, c) en virtud que la pena de arresto es aplicable a los responsables de las faltas (no a los responsables de los delitos, como es el caso de la violación) y además tiene determinada una muy corta duración (de hasta 60 días), la única clase de pena que encaja en la determinación legal de la penalidad que no dejó clara el legislador es la de **prisión**.

## CONCLUSIONES

1. En el ordenamiento jurídico guatemalteco sí es válida la interpretación analógica de la ley penal sustantiva, como herramienta de interpretación del derecho existente; pues es distinta a la analogía, que es creación de nuevo derecho y está expresamente prohibida por la legislación penal; no obstante, en la legislación procesal penal sí está prohibida la interpretación extensiva de sus normas propias.
2. El presupuesto estatal jurídico de la determinación legal de la penalidad, por el que deben al menos estar determinadas en un delito las circunstancias de hecho y la clase de pena establecida, sirve como base para afirmar que el Artículo 173 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, es una ley penal sustantiva incompleta, al no tener especificada la clase de pena.
3. El Artículo 173 es una ley incompleta como consecuencia de la falta de especificación de la sanción en cuanto a su clase, para quien comete el delito allí tipificado, por lo que no se puede determinar la clase de pena con que debe sancionarse a los responsables del mismo, salvo que se utilice el recurso de la interpretación analógica.

4. La sanción que señala el Artículo 173: “(...) En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años.”, debe ser la pena de prisión, pues al utilizar la interpretación analógica se entiende que dentro de la finalidad o espíritu de dicha norma es la única clase de condena que encaja en la determinación legal de la penalidad.
  
5. Interpretar analógicamente el Artículo 173, imponiendo la pena de prisión a quienes cometen el delito allí tipificado, no viola el principio de legalidad del derecho penal ni su consecuencia: La exclusión de analogía, pues no se crea una nueva pena ni se establece otra a la que se quiso contemplar, según el espíritu de esa norma penal, sino que simplemente se perfecciona la voluntad de la ley.

## RECOMENDACIONES

1. Los órganos jurisdiccionales deben utilizar la interpretación analógica para aplicar una norma penal sustantiva incompleta, completando dichas normas al darles un significado más amplio del que a simple vista tienen; dado que sí es jurídicamente válido utilizar este recurso de interpretación en materia penal sustantiva y que solamente así se podrían cumplir los fines que persigue el derecho penal material.
2. El Congreso de la República de Guatemala no debe pasar por alto el señalado caso del Artículo 173, como existencia de leyes penales sustantivas incompletas en el ordenamiento jurídico guatemalteco, debiendo implementar lo antes posible un riguroso mecanismo de revisión de las normas jurídicas penales ya existentes y además prevenir dichos casos desde el proceso de creación de la ley.
3. Los órganos jurisdiccionales deben necesariamente perfeccionar la norma contenida en el relacionado Artículo 173, interpretando extensivamente la clase de sanción que debe imponerse a los responsables del delito allí tipificado: violación (sexual); pues es una ley penal incompleta, debido a la falta de especificación de la condena en cuanto a su clase, y sólo así puede cumplirse con los fines del derecho penal.

4. Los órganos jurisdiccionales, al conocer y resolver cada caso legal en el que sea necesario aplicar la norma incompleta contenida en el Artículo 173, deben sancionar a quienes cometen el delito allí tipificado, con la condena de prisión, basándose en que dentro de su finalidad o espíritu, interpretada analógicamente, es la única clase de pena que encaja en la determinación legal de la penalidad.
  
5. Los órganos jurisdiccionales deben mantener el criterio uniforme de que interpretar analógicamente el Artículo 173, imponiendo la condena de prisión, no viola el principio de legalidad; pues no se crea una nueva pena ni se establece otra a la que el legislador quiso contemplar, según su espíritu, sino que simplemente se perfecciona la voluntad de la ley con lo que se quiso decir pero que hizo falta.



## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Principios del derecho penal: parte general**, 5ª ed., Madrid, Ed. AKAL, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Buenos Aires, Ed. S.R.L., 1978.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**, 14ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1975.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**, 10ª ed., corregida, aumentada y actualizada; Guatemala, Ed. F&G Editores, 1998.

Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1994.

GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología**, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993.

GONZÁLEZ CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco, la teoría del delito (conceptos básicos)**, Guatemala, Ed. Fundación Myrna Mack, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**, México, Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1995.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal, parte general, 1, teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible**, traducida al español por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson; Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994.

MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. **Derecho penitenciario**, México, Ed. McGraw-Hill, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**, Barcelona, Ed. Bosch, 1975.

PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**, Guatemala, Ed. Gardenia, s.f.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**, 22<sup>a</sup> ed., [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=fuente](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fuente) (1 de febrero de 2008).

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Diccionario de derecho penal**, 6<sup>a</sup> ed., Colombia, Ed. Temis, 1999.

RIGHI, Esteban y Alberto A. Fernández. **Derecho penal: la ley, el delito, el proceso y la pena**, Buenos Aires, Ed. Hammurabí, 1996.

SPROVIERO, Juan H. **Delitos de violación**, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**, México, Ed. Cárdenas, 1998.

### **Legislación:**

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

**Convención Americana de Derechos Humanos.** Ratificada por el Congreso de la República de Guatemala, Decreto 6-78, 1978.

**Código de Derecho Internacional Privado.** Ratificada por la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto 1575, 1929.

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

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

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