

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



**IMPORTANCIA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS  
QUE INTEGRAN EL DELITO DE RESOLUCIONES  
VIOLATORIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA  
DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**ANA PATRICIA MOTTA ALVAREZ**

**GUATEMALA, MAYO DE 2010**

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

**IMPORTANCIA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO  
DE RESOLUCIONES VIOLATORIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA  
DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ANA PATRICIA MOTTA ALVAREZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, mayo 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. Héctor René Granados  
Vocal: Licda. Liliana Irasema Araujo  
Secretario: Lic. David Sentés Luna

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Héctor René Marroquín Aceituno  
Vocal: Lic. Jorge Eduardo Avilés  
Secretaria: Licda. Magda Gil Barrios

**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).

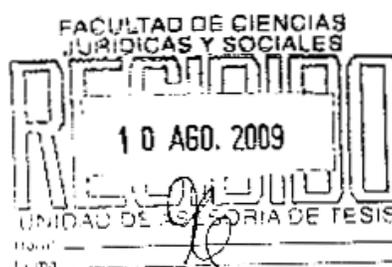


**Licenciado**  
**Quito Enrique Rodríguez Argueta**  
**Abogado y Notario**

---

Guatemala, 03 de agosto de 2009

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



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento a la providencia dictada de fecha trece de enero del año dos mil nueve procedí a asesorar el trabajo de tesis de la bachiller Ana Patricia Motta Alvarez, quien se identifica con el carné estudiantil número 9621137, y se intitula: "IMPORTANCIA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO DE RESOLUCIONES VIOLATORIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"; me complace manifestarle lo siguiente:

1. El trabajo referido es de relevancia jurídica, debido a que estudia los elementos que determinan el delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República guatemalteca.
2. Los objetivos señalados se alcanzaron al establecerse con ellos las consecuencias jurídicas del delito de resoluciones violatorias. La hipótesis formulada se comprobó al determinar la importancia de que se respete la normativa constitucional.
3. La redacción y el lenguaje utilizado durante el desarrollo de los capítulos de la tesis es adecuado. A la sustentante se le indicaron una serie de adiciones a su introducción y capítulos de su trabajo, siempre respetando su posición ideológica; encontrándose de acuerdo en llevar a cabo las modificaciones señaladas.



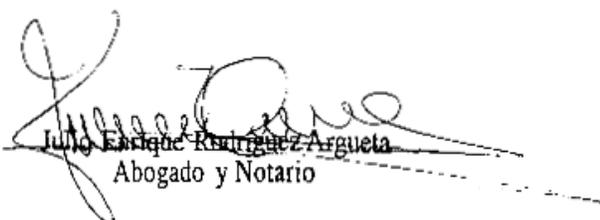
**Licenciado**  
**Julio Enrique Rodríguez Argueta**  
**Abogado y Notario**

---

4. La tesis constituye un aporte científico, siendo de interés tanto para estudiantes como para profesionales. Para su desarrollo fueron empleados los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se estableció la importancia de la Constitución Política de la República de Guatemala; el sintético, señaló las violaciones a la misma; el inductivo, determinó las resoluciones reguladas en la legislación guatemalteca; y el deductivo, indicó los elementos jurídicos que informan el delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala.
5. Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía se relacionan entre sí y fueron redactadas en forma clara y sencilla, constituyendo supuestos válidos para proteger la normativa constitucional guatemalteca y asegurar la debida estructuración del tema investigado.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Julio Enrique Rodríguez Argueta  
Abogado y Notario

**Lic. Julio Enrique Rodríguez Argueta**  
**Abogado y Notario**  
**Asesor de Tesis**  
**Colegiado 7562**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

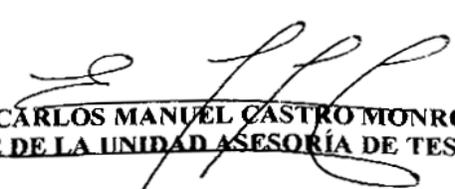
Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diez de agosto de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MANUEL GUEVARA AMÉZQUITA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ANA PATRICIA MOTTA ALVAREZ, Intitulado: "IMPORTANCIA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO DE RESOLUCIONES VIOLATORIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

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



cc. Unidad de Tesis  
CMCM/nmmr.

# LICENCIADO MANUEL GUEVARA AMÉZQUITA

## ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 21 de septiembre de 2009

**Licenciado**

**Carlos Manuel Castro Monroy**

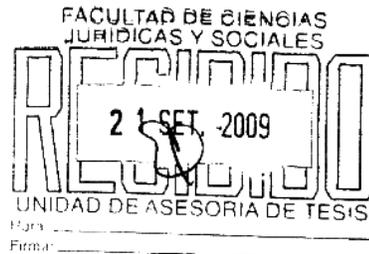
**Jefe de la Unidad de Tesis**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

**Su Despacho.**

Licenciado Castro Monroy:



Según resolución emanada por su digno cargo de fecha diez de agosto del año dos mil nueve, me es grato hacer de su conocimiento que procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller: Ana Patricia Motta Alvarez, intitulada: "**IMPORTANCIA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO DE RESOLUCIONES VIOLATORIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**"; me complace manifestarle que:

1. El trabajo analiza jurídicamente la importancia de determinar los elementos que integran el delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis fueron acordes y de utilidad para el desarrollo de la misma. Se utilizó el método analítico, para establecer los aspectos relacionados con el delito de resoluciones violatorias; el sintético, se encargó de determinar su regulación jurídica; el deductivo, sirvió para establecer la importancia de sancionar a los responsables de la comisión del delito anotado y el inductivo, determinó lo fundamental de los elementos que lo integran. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas con las cuales se recolectó la información actual y relacionada con el tema.
3. La contribución científica del trabajo es de importancia, siendo el mismo un aporte significativo y realizado con esmero por parte de la sustentante. La redacción empleada durante el desarrollo de la tesis fue la adecuada.
4. Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Después de reunirme con la bachiller Motta Alvarez, le sugerí varias correcciones a los capítulos, introducción y



# LICENCIADO MANUEL GUEVARA AMÉZQUITA

## ABOGADO Y NOTARIO

bibliografía de su trabajo, siempre bajo el respeto de su posición ideológica, y la sustentante estuvo de acuerdo en llevar a cabo las modificaciones.

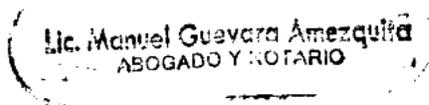
5. De manera personal me encargué de guiar a la estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación aplicando para el efecto las técnicas y métodos apropiados y anteriormente anotados para la resolución de la problemática esbozada, con lo cual se comprueba la hipótesis, que determina la importancia sancionar las resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala.

La tesis efectivamente reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Manuel Guevara Amézquita  
Revisor de Tesis  
Colegiado 4089

4ª avenida 1-39 zona 2 de Mixco Col. Urbanización González  
Tels. 22503562-52060268



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, tres ce marzo del año dos mil diez.

Con vista en los cictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ANA PATRICIA MOTTA ALVAREZ, Titulado IMPORTANCIA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO DE RESOLUCIONES VIOLATORIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Articulos 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: Gracias por haberme dado la familia que tengo, así también por iluminarme hasta alcanzar cada una de las metas que me propuse, porque sin su ayuda no hubiera sido posible.
- A MIS PADRES: Augusto Enrique Motta Pelaez, que con su amor, apoyo y comprensión incondicional me ha ayudado a superar cada meta impuesta en mi vida; y Herlinda Alvarez de Motta, que desde el cielo estoy segura me ha mandado todas sus bendiciones; los amo con todo mi ser.
- A MIS HERMANOS: Giovanni Enrique, Karla Viviana, Augusto Alejandro, con amor y agradecimiento por su apoyo y muy especial a Nancy Esmeralda que, junto a mi madre me han deseado siempre lo mejor.
- A MI ABUELA: Bernardina García Vda. de Alvarez (mamita) gracias por su amor y apoyo incondicional.
- A MIS CUÑADOS: Héctor Eduardo y Karina Elizabeth, con cariño sincero.
- A MIS TÍOS: Gracias por ser amor y apoyo.
- A MIS PADRINOS: Rolando Castellanos y María Isabel de Castellanos, gracias por su apoyo.



A MIS SOBRINOS:

Kenneth Giovanni, Dennis Daniel, Melanie Jailyne  
Keila Jael y Emilio, con cariño especial.

A MIS AMIGOS:

Que en el transcurso de la carrera me han  
ayudado, con mucho cariño.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Definición.....	5
1.2. Naturaleza jurídica.....	6
1.3. Relaciones del derecho penal.....	8
1.4. Principios del derecho penal.....	10

### CAPÍTULO II

2. Derecho penal garantista.....	29
2.1. Orden social constitucional.....	30
2.2. El control social como factor configurador del orden social.....	31
2.3. Modelos de intervención penal en el marco del control social.....	34
2.4. Los principios estructurales de la intervención penal garantista.....	35
2.5. Importancia de la teoría sobre la legislación penal.....	40
2.6. Aspectos a destacar de las teorías de la legislación penal.....	44
2.7. El bien jurídico protegido como instrumento de concreción de los contenidos penalmente protegibles.....	51



### CAPÍTULO III

	<b>Pág.</b>
3. El delito.....	59
3.1. Importancia.....	62
3.2. Noción formal y sustancial del delito.....	64
3.3. Generalidades.....	68
3.4. Evolución del concepto dogmático del delito.....	70

### CAPÍTULO IV

4. Importancia jurídica de los elementos integrantes del delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala.....	77
4.1. Importancia.....	78
4.2. Generalidades.....	79
4.3. Situación actual.....	81
4.4. Los elementos que integran el delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala.....	83
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



## INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se eligió, debido a la importancia actual de las extradiciones, en Guatemala se ha generado una discusión acerca de la culpabilidad de los funcionarios en acciones ilícitas que van desde el peculado hasta delitos contra la Constitución Política de la República de Guatemala.

Los objetivos de la tesis se determinaron al establecer que se tiene que sancionar penalmente a los funcionarios y empleados públicos que dicten resoluciones u órdenes que sean contrarias a las disposiciones expresas de la normativa constitucional guatemalteca.

La hipótesis que se formuló se comprobó, al determinarse con ella la importancia de estudiar jurídica y doctrinariamente los elementos integrantes del delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala.

La dinámica argumentativa ha llevado a los medios de comunicación a darle amplia cobertura al tema de las resoluciones violatorias a la normativa constitucional, principalmente a partir de que a los personajes públicos, es el juez pesquisador del caso el encargado de otorgarle medidas sustitutivas.

El desarrollo de la tesis se dividió en cuatro capítulos, de los cuales el primero es referente al derecho penal, definición, naturaleza jurídica, relaciones del derecho penal y principios; el segundo, indica lo relativo al derecho penal garantista, orden social



constitucional, control social, modelos de intervención penal, principios que estructuran la intervención penal garantista, teoría de la legislación penal, diversas teorías de la legislación penal y el bien protegido como medio de concreción de los contenidos penalmente protegidos; el tercero, se refiere al delito, importancia, noción formal y sustancial del delito, generalidades y evolución del concepto dogmático del delito; el cuarto, es referente a la importancia del estudio de los elementos integrantes del delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República guatemalteca.

Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, con el cual se determinó la importancia respetar las disposiciones expresas de la Constitución Política de la República de Guatemala; el sintético, estableció las resoluciones violatorias a la misma; el inductivo dio a conocer la problemática actual y el deductivo, indico las sanciones a imponer al delito de resoluciones violatorias a la normativa constitucional. Se utilizó la técnica documental y de fichas bibliográficas, las cuales fueron de utilidad para obtener la suficiente información actual y relacionada con el tema.

La tesis constituye un aporte técnico y científico para la sociedad guatemalteca, debido a que determina la importancia de sancionar a todo funcionario o empleado público guatemalteco que ejecute resoluciones que contravengan las disposiciones expresadas en la Constitución Política de la República de Guatemala.



## CAPÍTULO I

### 1. Derecho penal

El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. Procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable.

Es un instrumento de control social, formal, y tiene una fundamentación racional. En la terminología moderna forma parte del control social primario.

Las sociedades realizan una selección de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal. Los criterios de selección son de difícil sistematización.

El derecho penal desde esta perspectiva cumple una función reparadora del equilibrio social perturbado por el delito.

La problemática de esta rama del ordenamiento jurídico se inicia en el umbral mismo de su denominación que ha intentado revisar un sector de la doctrina. La pena ya no es la única medida con que reacciona el ordenamiento jurídico penal, al haberse añadido a aquélla las llamadas medidas de seguridad. Por este motivo se entiende que la denominación actual no abarca las modernas medidas.



Como sector del ordenamiento jurídico, la función del derecho penal es idéntica a la regulación de las relaciones humanas y ordena el conglomerado social para hacer posible la convivencia. Pero el derecho penal realiza esta función protegiendo determinados intereses del individuo y de la comunidad, mediante la conminación de sanciones penales para las conductas que atenten contra ellos.

Esta protección no la realiza el derecho penal sobre todos los intereses del individuo o de la comunidad, sino sólo sobre los que son fundamentales: o sea aquellos de cuya lesión o puesta en peligro resulta una perturbación intolerable para la convivencia pacífica de los hombres. La selección de estos intereses, y su rango de fundamentales, está en función de los valores culturales vigentes en la realidad histórico-social del grupo humano en un momento determinado. Por eso, algunos que se consideraron valores fundamentales en otras épocas han dejado de serlo hoy, e intereses que actualmente se consideran como fundamentales, y, en consecuencia, dignos de protección, pueden no serlo en el futuro. Esta función protectora la lleva a cabo el derecho penal prohibiendo o mandando realizar determinadas conductas humanas, ejerciendo así una importante misión ético-social con la que se contribuye a formar la conciencia jurídica y el juicio moral de los individuos que forman la comunidad.

Para cumplir adecuadamente el ordenamiento jurídico atribuye a un poder transpersonalista superior que en la actualidad es el Estado y consiste en una doble facultad: la de exigir a los componentes del grupo social comportarse de acuerdo con los mandatos y prohibiciones contenidos en las normas penales, y la de imponer una pena o el cumplimiento de una medida de seguridad a los individuos que no se



comporten de acuerdo con lo prohibido o mandado. Esta segunda facultad constituye lo que tradicionalmente se viene llamando ius puniendi, el cual se concibe, como un derecho subjetivo del que se deduce una relación jurídico-penal entre el Estado y el reo en virtud de la cual aquél tiene derecho a imponer a éste una sanción y el reo debe sufrirla. Ese derecho subjetivo tiene su origen en la ley positiva y encuentra como presupuestos de su ejercicio la violación del mandato positivo o prohibitivo por una conducta humana y el reconocimiento del mismo por un órgano judicial a través de una sentencia firme. Los medios con que cuenta hoy el Estado para reaccionar contra los individuos que infringen el imperativo contenido en la norma penal son la pena y la medida de seguridad. La primera tiene carácter retributivo y se impone en relación a la culpabilidad del autor de la infracción; la segunda tiene carácter preventivo y se aplica en atención a su peligrosidad.

La característica del derecho penal de ser represivo y preventivo desde la antigüedad, ha sido objeto de polémica por parte de los penalistas. La moderna doctrina ha superado los términos inconciliables en que se planteó la polémica, afirmando que el derecho penal debe cumplir tanto una función preventiva como represiva. La necesidad de esta doble función viene impuesta por la existencia en la sociedad de dos grupos humanos de diferentes características. Uno de ellos está formado por los ciudadanos que se encuentran ligados a la comunidad por lazos de carácter permanente, son capaces de una relación ético-social y participan en la estructuración de la vida comunitaria a través de la familia y la profesión. El otro grupo está formado por aquellas personas que no tienen el índice de capacidad necesario para ligarse a la comunidad por normas ético-sociales, y arroja una criminalidad de características bien diversas a la



que ofrece el grupo anterior. A él pertenecen los delincuentes habituales, antisociales y los llamados criminales de estado. Las condiciones de la sociedad moderna han aumentado considerablemente este grupo, constituyendo hoy una amenaza considerable para la convivencia pacífica.

Por la diversidad de estos dos grupos, la norma penal no puede actuar del mismo modo en uno y otro. Frente a los componentes del primero la norma penal puede cumplir una función ético-social, consistente en formar en su conciencia un sentir jurídico consistente en la voluntad constante de cumplir el deber y cuando esta función primaria resulta insuficiente en las ocasiones en que los miembros de este grupo realizan conductas delictivas, puede cumplir una función retributiva, imponiendo una pena con base en tipos fijos y fundamentada en la culpabilidad. Pero esta función, y la consiguiente manifestación retributiva, no resulta eficaz para los componentes del segundo grupo. La pena retributiva, con base en la culpabilidad, es inadecuada para los individuos que lo integran. La función ético-social de formación de un sentir jurídico no es para ellos siquiera imaginable. Por esto, mientras que para los componentes del primer grupo de ciudadanos la función primaria ético-social y, en su caso, la retributiva, resultan indicadas, para el segundo grupo no hay más remedio que recurrir a una función preventiva. Ante ellos el derecho penal debe combatir graves peligros sociales, no tiene que apoyarse en tipos fijos, ni tomar como fundamento la culpabilidad, sino la peligrosidad del sujeto. Esto es lo que justifica el doble carácter, preventivo y represivo, del derecho penal. Dispone así éste de dos caminos: uno, pasando por la culpabilidad, conduce a la pena retributiva. El otro, sobre la peligrosidad, lleva a la medida de seguridad.



Para que sea posible la convivencia entre los hombres se precisan una serie de normas positivas que establezcan las bases de la coexistencia. El conjunto de estas normas constituye el derecho. Entre ellas, hay unas que imponen a sus destinatarios prohibiciones o mandatos de hacer u omitir determinadas conductas, amenazan con sanciones penales a quienes los infrinjan y tienen como fin principal la lucha contra el crimen, que constituye el más importante factor de perturbación de las condiciones de convivencia. A éstas se les denomina normas penales y su conjunto constituye el derecho penal, que puede definirse como el sector del ordenamiento jurídico que tutela los valores fundamentales de la vida comunitaria, atribuyendo a un poder transpersonalista superior la facultad de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas, y de imponer penas o medidas de seguridad a quienes atenten contra aquellos valores.

### 1.1. Definición

“Derecho penal es el conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.<sup>1</sup>

El derecho penal se define como: “El conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como

---

<sup>1</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, pág. 28.



consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica”.<sup>2</sup>

También se ha sido definido de la siguiente forma: “Es la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho”.<sup>3</sup>

Derecho penal es la rama del derecho que establece y regula el castigo de los crímenes o delitos, a través de la imposición de penas.

## 1.2. Naturaleza jurídica

Desde hace mucho tiempo, la naturaleza del derecho penal viene presentando una doble problemática: el discutido dilema de su autonomía o accesoriedad respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico, y la cuestión del campo al cual pertenece.

La primera de estas cuestiones se ha planteado desde posturas irreconciliables, desarrollándose la polémica entre la afirmación de que el derecho penal es autónomo, y posee carácter normativo y sancionatorio, y la tesis de que carece de tal autonomía, porque tiene sólo naturaleza sancionatoria no se distingue de las otras ramas del derecho por la peculiar naturaleza de sus prescripciones, sino por la

---

<sup>2</sup> Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**, pág. 40.

<sup>3</sup> Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, pág. 32.



peculiaridad de sus sanciones, porque el imperativo de la ley penal presupone un precepto que está fuera de ella, o porque su función específica consiste en reforzar con la sanción penal los preceptos y las sanciones de las otras ramas jurídicas. Enfocado de esta manera, el planteamiento de la cuestión es desacertado, pues se olvida el carácter unitario del ordenamiento jurídico del que el penal no es más que un sector.

Partiendo de esta concepción unitaria, puede aceptarse hoy como solución del problema el principio de que el derecho penal es independiente en sus efectos y relativamente dependiente en sus presupuestos. Es independiente en sus efectos jurídicos, porque puede aplicar las sanciones y medidas de que dispone sin tomar en consideración otras ramas del ordenamiento. Es relativamente dependiente en sus presupuestos, en cuanto la facultad punitiva del Estado se halla vinculada al total ordenamiento jurídico, no pudiendo valorar con independencia como injusto lo que en otros sectores del ordenamiento ha sido valorado como lícito. El legislador penal, al describir los tipos en las leyes penales, no crea lo ilícito, sino que se encuentra ya con ello, las conductas consideradas como tales por el derecho, de las cuales recorta un especial sector, al que otorga relevancia jurídico-penal sancionándolo con penas por considerarlo forma más grave e intolerable del comportamiento antijurídico. Lo relativo de esta dependencia resulta de que, una vez incorporado el injusto general al derecho penal, se somete a un proceso peculiar que lo impele a su autonomía. Este proceso se ve favorecido por los más rigurosos requisitos que el orden penal exige al injusto, por la formación de términos específicamente penales y por la independencia que en la interpretación desarrolla el juez penal, quien no interpreta los términos recibidos de



otros sectores del ordenamiento según la significación que allí se les da, sino según el sentido usual el que tienen en la realidad de la vida que es el del derecho penal.

La segunda cuestión parece hoy definitivamente resuelta, con la doctrina mayoritaria en el sentido de que el derecho penal pertenece al campo del derecho público. Los argumentos que abonan esta tesis son: a) la naturaleza comunitaria de los intereses que tutela; b) las relaciones que regula, que no son las que existen entre particulares, sino las del individuo con la sociedad; debido a que no hay relación de jerarquía y subordinación más evidente que aquella por la que el Estado somete al individuo por la fuerza a sufrir el castigo que la pena supone; c) la misma naturaleza del derecho penal, pues no hay ninguna otra rama del derecho que esté dominada tan poderosamente por la necesidad de salvaguardar la paz pública; d) que sólo el Estado tiene facultad de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones, de acuerdo con el dogma legalista; e) que la acción dirigida a la persecución de los delitos es siempre pública, aun en los casos en que debe ser instada por el particular. Una excepción a esta posición se constituye al someter a revisión los conceptos del derecho a la luz del individualismo.

### **1.3. Relaciones del derecho penal**

Como sector del ordenamiento jurídico, el derecho penal guarda íntimas relaciones con otras ramas del derecho, porque muchos de los conceptos de éstas han pasado al derecho penal, sirviendo muchas veces como presupuestos para la aplicación de la norma penal que los incorpora. Entre las situadas en el campo del derecho público, la



relación es muy íntima con el derecho político, por las limitaciones impuestas al ius puniendi por las normas constitucionales, por la existencia de determinadas figuras delictivas de contenido puramente político como ocurre con los delitos contra la seguridad del Estado, delitos realizados con ocasión de los derechos de la persona reconocidos por las leyes y por la influencia que las ideas políticas tienen en la formación de las leyes penales. Lo es también con el derecho internacional, al que está conectado el derecho penal a través de las reglas que disciplinan la aplicación de la ley penal en el espacio, de los delitos de ámbito internacional y por la moderna configuración de los crímenes de guerra contra la humanidad y la paz.

Con el derecho administrativo tiene relaciones muy intensas aumentadas en la actualidad por la creciente intervención que la administración ejerce en la esfera de los particulares y el refuerzo, cada día mayor, que se hace de las disposiciones administrativas con sanciones de carácter análogo a las penales. Esto ha dado lugar a que un amplio sector de la doctrina defienda la existencia de un derecho penal administrativo.

La zona del derecho penal en que aparece con toda evidencia su relación con las otras ramas del ordenamiento jurídico es la de la antijuridicidad y, dentro de ella, la de los principios que informan las causas de justificación. Para determinar si una conducta humana es subsumible en un tipo penal o conducta típica, o si es o no antijurídica hay que recurrir necesariamente al total ordenamiento jurídico. Las expresiones ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, son ejemplos claros de esta conexión del derecho penal a las otras ramas del derecho. La relación del derecho penal con el



derecho procesal penal es tan evidente que incluso se ha discutido si son lo mismo. Sin llegar a esta identidad, puede afirmarse que ambos ordenamientos se complementan. El derecho penal actúa con el procesal penal, sin el cual no es posible llegar a la aplicación del primero. La expresión de que el derecho penal sin el procesal penal es incontrovertible.

#### **1.4. Principios del derecho penal**

Los principios del derecho penal son aquellas directrices de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del derecho penal, de tal forma que éste no se extralimite y afecte el Estado de Derecho.

“El análisis del fundamento del derecho a castigar del Estado, para que sirva y él por qué de su existencia, ha tenido a través de siglos explicación distinta en las diferentes escuelas, donde exponentes como: Beccaría, Carrara, Howard, Baratta, Zaffaroni, y Luigi Ferrajoli; en sus obras destacan el fundamento filosófico, axiológico, del derecho a castigar, los valores fundamentales del moderno Estado de Derecho”.<sup>4</sup>

Es fundamental reformar la legislación penal vigente para dar participación de todas las organizaciones e instituciones públicas, privadas y inclusive donde la comunidad participe en un sistema abierto, que puedan discutir, disenter, y buscar el consenso para la reforma del Código penal, que lleve el esfuerzo de todos los actores que hacen vida en la sociedad en general, para plantearles al poder legislativo, un proyecto de Código

---

<sup>4</sup> Muñoz Conde, Francisco. **Introducción al derecho penal**, pág. 20.



Penal, basado en la consulta y participación de todos los actores de la sociedad guatemalteca, que tiene interés en conocer y aportar, en la reforma al Código Penal, que tiene como fin la pena, es decir, la privación judicial de la libertad de persona como sanción al delito, y no otra forma de sanción.

Es de importancia realizar un análisis de los principios axiológicos del derecho penal a la luz de los cambios que puede dársele al sistema penal guatemalteco, y en la necesidad del principio de la intervención penal mínima, así como, la participación de los diferentes actores de la sociedad, y muy especialmente para esbozar líneas de investigación y de estudios que pueden llevarse a cabo en desarrollo futuros.

En Guatemala, actualmente la discusión de reformas al código penal constituye una especial connotación; sobre todo, por los altos índices de delitos violentos que se vienen cometiendo en los últimos años, hasta la incursión de nuevas formas de conductas que afectan bienes jurídicos protegidos que aún, no están tipificados en el Código Penal como hechos punibles, lo cual hace imposible la lucha eficaz contra esta nueva forma de criminalidad y su correspondiente penalización.

Es fundamental el análisis de los principios rectores del derecho penal, para legislar sobre la criminalización y penalización de nuevas conductas, que deben tener en cuenta los principios fundamentales.



El derecho penal mínimo y la protección del bien jurídico, deben estar dentro de la esfera de protección de un Estado democrático, social y de derecho, regido alrededor de principios y garantías.

La nueva forma de criminalidad y su desbordamiento ha creado una matriz de información en torno a los cambios del Código Penal para frenar la delincuencia, y que estos cambios configuran el núcleo central acerca del fundamento del derecho de castigar por parte del Estado.

- Principio de legalidad

Se define principio: “Como el primer instante del ser, de la existencia de la vida, razón, fundamento, origen”.<sup>5</sup>

“El máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad del derecho penal es el aforismo del nullum crimen, nula poena sine praevia lege. El principio de legalidad de los delitos y de las penas es el supremo postulado político criminal del derecho penal moderno, su importancia se observa en los derechos del hombre y el ciudadano”.<sup>6</sup>

“La doctrina ha ido dando al postulado una formulación más acabada y completa mientras que tradicionalmente se enunciaba como nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta, hoy se agrega el rasgo esencial de la ley cierta, es decir, los

---

<sup>5</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, pág. 114.

<sup>6</sup> Gómez, Eusebio. **Traslado de derecho penal**, pág. 26.



llamados tipos cerrados o leyes claras y precisas de las primeras épocas y muchos incluyen igualmente las medidas de seguridad”.<sup>7</sup>

El principio de legalidad, ofrece importantes rasgos, a cada uno de los cuales apunta, a una garantía de libertad y seguridad para el ciudadano y del otro, un poder punitivo del Estado, que ejercer por medio de legisladores y jueces.

El principio de nullum crimen, nulla poena, sine lege, en el derecho penal moderno, prohíbe las penas sin ley y sin ley previa escrita y estricta, es decir, prohíbe por tanto declara ilícitas, ilegítimas las penas de hecho impuestas por cualquier autoridad, las penas retroactivas o sea las creadas ad hoc y, en todo caso, después de la realización del hecho, las que pudieran dimanar de la costumbre y las que se pudieran aplicar por una integración analógica de la ley. Costumbre, retroactividad y analogía prohibidas son solo las que obran contra el reo, el desarrollo de una norma de garantía cuyo único objeto es la protección de los derechos del individuo contra las arremetidas del poder punitivo estatal.

En los últimos años, la formulación con la exigencia de una ley cierta, cuyo efecto es la prohibición de leyes penales imprecisas o vagas, esto es, de los tipos indeterminados, que tanta incertidumbre siembra, y es precisamente uno de los cambios que debe orientar el proceso de transformación del Código penal, y en este sentido, los estudiosos y expertos en las materias deben tener suficientemente claro, cuales son

---

<sup>7</sup> **Ibid**, pág. 29.



esas imprecisiones en la ley penal, que consecucionalmente se traduce en interpretaciones que van en perjuicios del imputado.

Por otra parte, es necesario establecer la perentoriedad de la exigencia de que tanto los delitos como las penas estén determinados en la ley, lo que le da el carácter de principio de reserva, con lo que se señala que solo el legislador, no el gobierno, ni los jueces pueden asumir esa tarea, la cual es competencia que le corresponde legislar en las materias de la competencia nacional, así como, la formación de las leyes. La ley, es el acto sancionado como cuerpo legislador.

Lo ideal y correcto es que tal competencia privativa para señalar las conductas punibles y precisas de las penas que les son aplicables, se refiera a la ley en sentido formal, pues esto, por medio de la democracia representativa y de los legisladores consiste en una cierta participación en tan delicada y trascendental materia.

El principio de legalidad exige que el delito se encuentre expresamente previsto en una ley formal, previa descripción de los contornos precisos de manera de garantizar la seguridad del ciudadano, quien debe saber exactamente cual es la conducta prohibida, y, así mismo, cuáles son las consecuencias de la trasgresión o las penalidades que siguen a su conducta lesiva a los bienes protegidos por la norma penal.

El principio de la legalidad, excluye, por supuesto el recurso de la analogía en orden a la creación de delitos y penas o de cualquier forma de incriminación penalística.



- Principio del acto y de autor

Se habla de un derecho penal del acto cuando las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida.

La exigencia de un derecho, que constituye la base de su orientación ideológica, política, depende del grado en que se realice el principio del acto, es decir, en que efectivamente la represión penal no alcance sino las acciones externas e ínter subjetivas del hombre. Un puro derecho penal de acto sigue siendo en el mundo un derrotado, pero el principio del acto sí registra una notoria prevalencia en los ordenamientos democráticos.

El hecho es la causa de la pena y, a la vez, el criterio más importante para la medición de la pena. El derecho penal de autor se define como aquel en el cual se encuentra en primer plano la peculiaridad del autor y también proporciona el criterio fundamental para graduar la pena; un extremo derecho penal de autor, tendría una peculiaridad del autor también en causa de la pena e incluso en punto de partida de la pena, como ocurriría con las medidas o sanciones de peligrosidad predelictual, la punición de la tentativa inidónea y, en cierta forma, la represión de actos preparatorios y resoluciones manifestadas, al menos en ciertos casos.



Inquietante es, sin embargo, la ulterior advertencia de dicho autor, de que un moderado derecho penal de autor se atiende, sin embargo, al hecho como punto de partida de la pena no castiga sin el hecho, pero orienta la graduación de la pena a la personalidad del autor, pues este es el caso del derecho guatemalteco, al que sería lamentable tener que denominar y tratar como derecho penal de autor.

Sin embargo, el principio del acto es el presupuesto fundamental del principio de culpabilidad, la cláusula de personalidad en la medida de la pena introductoria de una serie y contradictoria restricción al imperio de la culpabilidad, siendo el derecho penal de acto el que concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable es decir, la persona, a la que se le puede reprochar por lo tanto, además de retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad, de la autonomía de voluntad con que actuó.

“No se puede legitimar la pena porque se ignora por completo la selectividad estructural inevitable de la criminalización secundaria, lo que determina que la pena retributiva se convierta en una pena preferentemente dedicada a quienes ignoran las normas penales, por lo que no se puede legitimar desde la ética”.<sup>8</sup>

El derecho penal de acto debe reconocer que no hay caracteres ónticos que diferencien los conflictos criminalizados de lo que se resuelven por otra vía o no se resuelven. Si no que estos se seleccionan más o menos arbitrariamente por la

---

<sup>8</sup> Muñoz. **Ob. Cit.**, pág. 32.



criminalización primaria en el plano teórico jurídico y por la secundaria en la realidad social.

Cuando se pretende buscar datos prejuzgados del delito, el primer argumento suele ser su gravedad, por cierto, que hay delitos atroces y aberrantes, como el genocidio y algunos homicidios y ambos suelen llamarse crímenes, pero los primeros son reconocidos como tales, por la opinión pública siempre provocan el ejercicio del poder punitivo que frecuentemente se usa para controlar a quienes disienten con el poder que lo ejecuta.

El derecho de autor, se centra en la clasificación de discurso legitimante del poder punitivo desde la perspectiva de las funciones manifiestas asignadas a la pena por las diferentes teorías legitimantes del poder punitivo que pueden reordenarse desde cualquiera de las consecuencias que se derivan de ella. Desde la función mediata existen distintas versiones de la defensa social, desde los criterios de medición de la pena o de responsabilidad por el delito o desde la esencia asignada al delito.

Es importante hacer un análisis y revisión teórica de las posiciones desde la perspectiva de criterios de responsabilidad y de las consecuencias que no son muy diferentes según el autor, al punto que se ha propuesto la necesidad de elegir uno de ellos, pues la ausencia de todo criterio produciría más daños que los beneficios de la pena.

Es importante replantear la esencia del delito y así se puede reordenar la clasificación en razón de las dispares concepciones de la relación del delito con el autor. Para el



delito, la infracción o lesión jurídica es el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica. Para los primeros el desvalor, aunque no coincidan en el objeto se agota en el acto mismo o lesión, y para los segundos es solo una lente que permite ver algo en lo que se deposita el desvalor y que se halla en una característica del autor. El autor de esta opción llega a concluir que la esencia del delito radica en una característica del autor que explica la pena. El conjunto de teorías que comparten este criterio configura el llamado derecho penal de autor.

- Principio de la tipicidad

Para que un hecho sea típico, basta que una ley lo prevea, no importa de qué manera. La tipicidad es un elemento del delito que implica una relación de perfecta adecuación de total conformidad entre un hecho de la vida real y algún tipo legal o tipo penal.

Se entiende por tipo legal, la descripción de cada uno de los actos acciones u omisiones que la ley penal considera delictivos. En este orden de ideas la tipicidad no debe confundirse con la de legalidad. La tipicidad es aquella que existe cuando la acción humana viola una norma, sino además debe reunir otros elementos de encuadre en algunas de las figuras que establece el Código Penal, o, en leyes especiales como la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando detalles innecesarios para la determinación del hecho que se cataloga en la ley como delito.

El principio de legalidad, entendido en tan amplio sentido formal, no significa mucho en el orden de las garantías individuales, pues ni auto limita sensiblemente el poder



punitivo del Estado, ni estorba la arbitrariedad judicial, ni en realidad determina la conducta punible.

Para que la garantía de tipicidad no sea, en el moderno derecho penal liberal, objeto de críticas, es absolutamente indispensable que la ley describa el hecho punible de manera inequívoca. El criterio conocido por la doctrina internacional como principio de determinación del hecho y de la pena, función que se le asigna de modo privativo a la ley.

- Principio de culpabilidad

En un Estado de derecho, el delito y la pena que regulase por la ley previa, estricta y cierta y únicamente por ella y, desde este punto de vista, el principio de legalidad del derecho penal es sólo una manifestación del imperio de la ley. En un Estado democrático esa ley no solo debe ser expresión de un cuerpo representativo o democracia formal, sino que ha de respetar los límites formales y materiales establecidos en la Constitución y los tratados públicos y propiciar la creación y fortalecimiento de las condiciones sociales para que puedan ser satisfechas las necesidades básicas de todas las personas o democracia material como también se le denomina, racionalizando los procesos macro sociales que se opongan a esa meta, pero respetando en todo caso la dignidad y autonomía ética del individuo y protegiendo, incluso penalmente, sus bienes fundamentales y sus derechos humanos.



El concepto de culpabilidad se refiere a que es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La imputabilidad es un supuesto indispensable de la culpabilidad, es por ello, que el autor se refiere a que a la imputabilidad se le llama capacidad de culpabilidad, para ser culpable hay que ser imputable, por lo tanto toda persona culpable tiene necesariamente que ser imputable, pero no toda persona imputable es culpable, tiene para ello que cometer un delito.

La naturaleza de la culpabilidad se encuentra fundamentada en dos teorías fundamentales que la sustentan: La primera referida a la teoría psicológica y la segunda a la teoría normativa. La psicológica según ella la culpabilidad tiene un fundamento puramente psicológico que se desarrolla de acuerdo con el concepto de conocimiento y voluntad que domina en el autor del acto en el momento de su ejecución.

La teoría normativa: sustituyó a la psicológica partiendo de los teóricos que sostuvieron el concepto de que la culpabilidad no está solo sobre, la base de lo psicológico de conocimiento y voluntad, sino que es un proceso por ser atribuible a una motivación reprochable del autor.

Este proceso de motivación que conduce al autor a la situación psicológica de culpabilidad de dolo y culpa, es reprochable si las circunstancias internas y externas que rodean la acción demuestran que a dicho autor le era exigible otro comportamiento psíquico, distinto del que ha observado, de ahí, el surgimiento de los conceptos de reprochabilidad y de su presupuesto de, la exigibilidad.



Siguiendo este orden de ideas, en la teoría normativa, la culpabilidad no se agota en el nexo psíquico entre el autor y su hecho, aunque tal nexo, debe existir para hablarse de culpabilidad.

Lo que es posible cuando el hecho realizado se le puede formular un juicio de reproche al sujeto, el cual no puede basarse simplemente en una relación psicológica entre el sujeto y su hecho, sino que se toma en cuenta la relación del sujeto con la norma.

La culpabilidad es normativa porque es una referencia a la norma de valoración del legislador a un juicio de valor, propiamente de desaprobación, de reproche, en razón, de una conducta que se presenta como contraria al deber impuesto por la norma.

De igual manera, la culpabilidad tiene dos especies que definen distintos campos y requisitos de exigibilidad y son dos: el dolo y la culpa.

La culpabilidad consiste: “En el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste”.<sup>9</sup>

- Principio de la proporcionalidad de la pena

El Código Penal guatemalteco, señala la idea clasista de retribución para la aparición de la pena proporcionándola al grado de ejecución del delito, aumentándola o

---

<sup>9</sup> Mir. **Ob. Cit.**, pág. 32.



disminuyéndola sus efectos según las causas generales de agravación de la responsabilidad y partiendo las consecuencias a la persona en la comisión del hecho punible, así se impone una misma pena para todos los delitos iguales, existiendo el fin correccional de la ejecución de las condenas.

La fijación de límites mínimos en las escalas legislativas penales que suelen explicarse mediante la máxima utilitarista de que la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena, por lo que la pena sería una tasa que posibilitaría la función disuasoria, basada sobre el supuesto de que el ser humano actúa siempre racionalmente y, antes de cometer cualquier delito.

El liberalismo político y penal, al emprender la tarea de limitar la pena, humanizarla y de rodeándolas de garantías, jamás hubiera imaginado que sus argumentos limitadores pudieran pervertir hasta que en el lugar de suprimir las penas crueles y atroces, se manipulen para no considerarlas como penas y en los casos, que se impongan y ejecuten no se las tenga en cuenta y además de ésta, se les impongan penas no crueles.

“Desde Beccaria, hasta Carrara, desde Locke hasta Kant y Feuerbach, todo el esfuerzo humanista en lugar de llevar a la supresión de las penas crueles habría llevado a sumar penas humanas a las penas inhumanas”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> **Ibid**, pág. 32.



Y en dicho sentido todas las teorías positivas de la pena responden a las estructuras siguientes: a) asigna a la pena una función manifiesta determinada. b) asigna al derecho penal la interpretación de las leyes que dispone una coacción que se ajusta a esa función, c) conforme a la interpretación de las coacciones con la función asignada, a los tribunales deciden a su respecto en cada caso, con exclusión de todo el resto de la coacción estatal.

- Principio del bien jurídico

Por daño o lesión ha de entenderse como la forma la pérdida, destrucción o disminución de un bien jurídico o daño real, o al menos la creación de un riesgo innecesario e indebido daño potencial o peligro concreto. Algunos sectores doctrinales hablan de conductas idóneas para lesionar bienes jurídicos, peligro abstracto o temido.

Si el concepto se limita al daño público propio de todo delito como alarma social, o como el estímulo a la desconfianza en el orden jurídico, desvinculándolo de su relación con bienes jurídicos concretos contra los cuales atenta, se difumina lo que el principio quiere precaver y garantizar.

El daño público se produce por la afectación del bien jurídico, no por otras causas, y es solo una resonancia suya, el bien jurídico puede ser individual, social o estatal. El bien jurídico implica siempre una valoración masiva y universal; se trata de ciertas relaciones sociales que son consideradas democráticamente esenciales para el sistema elegido con relación a todos sus miembros, como el caso de la vida, del honor, de la libertad.



Por otra parte, los bienes jurídicos protegidos por el sistema penal, están en relación teleológica con aquellos que constituyen sus bases y condiciones, es decir, tienden a asegurar una libertad e igualdad material de los sujetos, en tanto que los bienes jurídicos colectivos consisten en una relación social basada en la satisfacción de necesidades al funcionamiento del sistema social.

Los bienes jurídicos colectivos e institucionales no son autónomos sino complementarios con respecto a los del individuo, ya que se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, adquieran un sentido material y no reaparezca por el funcionamiento del sistema una formalización de tal protección. El concepto material de bien jurídico, en efecto, suministra las bases para la legitimación de las normas penales.

El derecho penal se traduce en el principio de lesividad ya que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual, colectivo.

El concepto del bien jurídico es el derecho penal nuclear para la realización de este principio, pero inmediatamente se procede a equiparar el bien jurídico lesionado o afectado con bienes jurídico tutelados identificando dos conceptos sustancialmente diferentes, pues nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico, dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro.



Para el principio del bien jurídico, todo delito supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en lo cual radica la esencia del hecho punible. Precisamente el derecho penal esta destinado a proteger bienes y valores cuya protección se considera imprescindible para la existencia de la sociedad. Por tanto, todo delito supone, por lo menos, un peligro para un bien jurídico.

- Principio de intervención mínima

La criminalización alcanza un limite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto penal sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando no siéndolo, la afectación de derechos que importa la desproporcionalidad con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, los tribunales deben constatar, al menos que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado, se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Con este principio no se legitima la pena, como retribución sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo.

Esta postura afirma que dado, que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso del mayor contenido no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agreguen una nota de máxima irracionalidad por la que se afecten bienes de una persona en desproporción con el mal provocado, lo que trae como consecuencia que se jerarquicen las lesiones y se



establezca un grado de mínima de coherencia entre la magnitud de penas a cada conflicto penal.

- Principio de humanidad

Este principio se vincula con el de proscripción de la crueldad, y con la prohibición de las penas de tortura y de toda forma de tormento. Consagrado expresamente a través de la prohibición de la tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el Artículo 5 de la Declaración Universal del los Derechos Humanos, Art. 7 del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5 de la Comisión Americana de Derechos Humanos. Este principio de humanidad, se encuentra consagrado en los Tratados Internacionales de máxima jerarquía, es el principio más ignorado de poder penal. En este sentido y en función el principio de humanidad, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto como la muerte, castración, esterilización, marcación, amputación y las intervenciones neurológicas. Igualmente son crueles las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona, al asignarle una marca jurídica que la convierte en una persona de inferior dignidad.

Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo que deba transcurrir pero nunca puede ser perpetua.



- Principio de antijuridicidad material

De acuerdo con su disposición teológica y protectora, los tipos penales encuentran su razón de ser y los límites de su funcionamiento en la tutela punitiva de determinados bienes jurídicos.

Ello significa, sobre todo, que el delito no se agota formalmente en la previsión o definición que de él hace la ley, sino que substancial o materialmente consiste en una conducta humana que lesiona o amenaza seriamente uno o varios de tales bienes.

En realidad, es por esta lesividad real o potencial para los bienes jurídicos y por tanto para la paz y la subsistencia sociales por la que la ley erige en delito, es decir, amenaza con pena criminal una cierta conducta. Siendo esta la razón de la ley, su fin no es otro que el de otorgar a esos bienes la mayor protección de que el derecho positivo dispone, cual es la de amenazar con la imposición de una pena determinadas acciones que atenten contra ellos en forma seria y, proporcionalmente, grave. En el marco del supremo principio de legalidad, la antijuridicidad formal se inspira social y legalmente en la materia la antijuridicidad material y solo puede tener eficacia judicial dentro del campo de la dogmática penal.

La pena es función exclusiva del Estado y, en cuanto tal, los funcionarios u órganos de este no pueden crearla o aplicarla sino para proteger la vida, honra y bienes de las personas, o para asegurar que el propio Estado o los particulares cumplan sus deberes sociales que con entera seguridad no son lo mismo que los deberes morales, pues se



trata de la vida institucional y no de la vida privada. Así, pues, es inconstitucional la ley que instituya penas que no tengan por fin evidente la tutela de bienes jurídicos determinados de los ciudadanos o del Estado; es decir, que defina como hechos punibles conductas que no los afectan con un daño o peligro proporcional a la gravedad de la pena que amenaza.



## CAPÍTULO II

### 2. Derecho penal garantista

Debido a las modernas aportaciones penales se ha producido una profunda revitalización de la idea contractualista como criterio legitimador del orden social. Con ello, sin embargo, el tradicional y fecundo criterio fundamentador de las sociedades modernas ha terminado asumiendo en un grado hasta ahora desconocido el carácter contingente de sus contenidos, alejándose en alguna medida de los planteamientos que a partir de cierto momento consolidaron la teoría clásica del contrato social.

Aunque desde un análisis sociológico pudiera parecer sorprendente ese afán relativizador de los contenidos del contrato social en una época de profunda integración de culturas diversas en sociedades cada vez más homogéneas, el énfasis colocado en la pluralidad de alternativas morales y políticas pretendidamente existente, o en su escasa toma en consideración, ha permitido situar en primer plano el análisis del procedimiento a través del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre las cuestiones políticas y sociales centrales.

Ahora bien, los avances registrados en la identificación y superación de las barreras comunicacionales que obstaculizan la obtención de ese consenso básico, han sentado simultáneamente las bases para una extensión del consenso social a ámbitos sociales hasta hace poco sustraídos en buena parte a la discusión pública interciudadana y que,



sin constituir el núcleo primario del orden público, se ocupan de aspectos fundamentales de la convivencia.

## **2.1. Orden social constitucional**

En cualquier caso, no debe olvidarse que en una sociedad que se ha dotado democráticamente de una Constitución es esa norma legal la que recoge el contenido básico del acuerdo social, condicionado históricamente y desde luego susceptible de modificación, al que se ha llegado de cara al ejercicio del poder.

En las más recientes constituciones se tiende a especificar no sólo, como venía siendo habitual, los procedimientos formales de ejercicio del poder, esto es, la estructura política del correspondiente Estado, sino igualmente los objetivos que deben perseguirse con ella. Esto ha dotado a las citadas normas fundamentales de un pequeño grupo de principios o valores superiores que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos; por lo demás, ellos suelen ir referidos a un extenso catálogo de derechos fundamentales, libertades públicas o garantías individuales que superan con creces la tradicionalmente breve enumeración existente en constituciones precedentes.

La profunda imbricación entre poder y derecho a que da lugar ese acertado condicionamiento, constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, ya no limitado substancialmente a describir el



procedimiento acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, sino interesado en asegurar que ésta persiga determinados fines, que sin duda trascienden holgadamente al mero mantenimiento del orden o la paz públicos.

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

En conclusión, si las nuevas elaboraciones filosóficas contractualistas están posibilitando, aun quizás sin pretenderlo, una extensión e la discusión y los acuerdos sociales a ámbitos hasta ahora no siempre insertos suficientemente en el contrato social, las nuevas constituciones están forzando órdenes de convivencia social en los que el monopolio de la fuerza está más condicionado que nunca a la persecución de unos objetivos cuya legitimidad deriva en último término del consenso social que los soporta.

## **2.2. El control social como factor configurador del orden social**

Pero un orden social, cualquiera que éste sea, no se logra a través de un simple acuerdo sobre sus contenidos. Exige una profunda involucración de muy diferentes instituciones sociales, sean de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la comunidad local, sean de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales,



la policía. Todas ellas aportan su colaboración para asegurar que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos, esto es, respetuosos con los contenidos del orden social acordados.

Un análisis coherente del funcionamiento de tales instituciones se logra a través de su inserción en el sistema de control social irrenunciable en toda sociedad: Este tiene la misión de garantizar el orden social, sea socializando a los ciudadanos por medio del fomento de la interiorización de ellos de los comportamientos sociales adecuados, sea estableciendo las expectativas de conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada. Elementos fundamentales del sistema de control social en su conjunto, al igual que de los deferentes subsistemas en que aquél se descompone según el ámbito social en el que se actúe, son tres: La norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, de determinación de la sanción a imponer y de cumplimiento de ésta.

El derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, normas sanciones y proceso.

Ante todo, la virtualidad limitada de sus objetivos, de tal forma que desligado el derecho penal de los otros subsistemas de control social carece de eficacia para asegurar la vigencia de sus normas.



La constatación, válida para todos los subsistemas y que pone de manifiesto su necesaria interacción recíproca, impide que el derecho penal se atribuya tareas irrealistas como agente de transformación social y le fuerza a marcarse ámbitos de protección, prever sanciones y regular procedimientos de un modo substancialmente coincidente al de los otros subsistemas de control social.

En segundo lugar su reducido campo de actuación, derivado de su consideración, por motivos que ahora no vienen al caso, como último recurso del que dispone el control social, que limita su intervención a los comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos vaya de dar lugar a una intensa o rápida desorganización social.

Por último su alto grado de formalización, notablemente superior al de los otros subsistemas, que refleja su estrecha vinculación a postulados propios del liberalismo político, y que en este caso se pueden resumir en el temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria, algo que se presenta al alcance de la mano de los poderes públicos dados los conflictos especialmente graves a resolver y la consecuente trascendencia de las sanciones a imponer en este ámbito del control social.



### 2.3. Modelos de intervención penal en el marco del control social

Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre intereses contrapuestos de las partes que el derecho penal actual no sólo es incapaz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente, ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito del control social sino simplemente trasladar la problemática a otro subsistema de éste en el que se pierden las importantes ventajas del control social formalizado propio del derecho penal, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes neutralizadoras de sus diferencias sociales y económicas.

“La ideología del tratamiento, con su absolutización de la resocialización del delincuente en detrimento, si es preciso, de la seguridad jurídica, ha tropezado ante todo con su ineficacia, por la insuficiencia de las técnicas disponibles, pero también con su injustificada focalización en la desviación individual desconsiderando los aspectos sociales, y no en último término con la injerencia injustificable en la personalidad del individuo que conlleva”.<sup>11</sup>

Por el contrario, el auge actual del derecho penal garantista quizás sea explicable, no tanto por tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamientos eclécticos sobre la legitimación del derecho penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, cuanto porque se muestra escéptico respecto a las

---

<sup>11</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal**, pág. 26.



posibilidades del derecho penal como instrumento de control social. La anterior actitud es la que permite entender la autolimitación tan característica del garantismo, expresiva menos de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo de no agotar las potencialidades de cada una de ellas.

En efecto, entonces existe un derecho penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales: su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas. Su configuración como un derecho penal mínimo, que aspira fundamentalmente a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo-generales, por la vía de identificar el límite superior, que no debe ser superado, de su contribución al control social. Y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se provean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales sobre los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

#### **2.4. Los principios estructurales de la intervención penal garantista**

En el marco conceptual sentado, se pueden identificar tres grandes bloques de principios en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista, y que pueden denominarse, respectivamente, los principios de la protección, de la responsabilidad, y de la sanción:



El primero de ellos atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el derecho penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.

Sin perjuicio de las profundas interrelaciones que se producen entre estos tres grandes bloques, es importante el análisis del primero de ellos. Dentro de él muestran inequívocamente su relevancia los siguientes principios:

El principio de lesividad, que ha marcado históricamente el paso de una antijuricidad meramente formal a otra material y que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social. Plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: Debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción entre derecho penal y moral, y en él se encuentra un importante campo de aplicación de las aportaciones de las ciencias sociales.

El principio de intervención mínima, basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del derecho penal, que llegaría de la mano de la



recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida. En virtud surgen dos subprincipios, el del carácter fragmentario del derecho penal, que constriñe éste a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos.

Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales, en la medida en que no cabe ignorar que padece en la actualidad un implícito cuestionamiento. Este deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control.

En directa relación con el subprincipio de subsidiariedad debe atenderse a la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, dos subsistemas de control social que no cesan de aumentar sus semejanzas. Por el momento, los intentos de encontrar una distinción cualitativa entre los intereses sociales a defender por una u otra rama del ordenamiento jurídico han fracasado, lo que se hace especialmente



evidente tras la inclusión en los códigos penales más recientes de bienes jurídicos directamente conectados a las necesidades organizativas de la sociedad del bienestar.

A su vez, la diferenciación cualitativa entre las sanciones ha quedado prácticamente limitada a la imposibilidad de la administración pública de imponer sanciones privativas de libertad, lo que no le impide hacer uso de sanciones pecuniarias que hace tiempo que han superado en carga aflictiva a las procedentes del orden jurisdiccional penal. Por si fuera poco, se ha podido percibir la relación en extremo dinámica existente entre ambos órdenes normativos.

Las actitudes resignadas a ver sólo entre ambos órdenes normativos una distinción meramente cuantitativa suponen sin duda un nuevo freno de debilitamiento de la vigencia del principio de intervención mínima en derecho penal. La indudablemente acertada exigencia de que un derecho administrativo sancionador tan cercano al derecho penal debe asumir en buena medida los principios garantistas penales y no debe eximirnos de la tarea de lograr diferencias substanciales entre ambas ramas del derecho: en caso contrario no será la menor de las consecuencias negativas el nuevo avance en la difuminación de la división de poderes.

Por lo demás, todo modelo de intervención penal que se ajuste a los principios de lesividad e intervención mínima debe respetar los límites que son inherentes a la política criminal, sin pretender desarrollar tareas que sólo competen a una política social en toda su extensión: mientras ésta puede asumir legítimamente labores de transformación social, que tenderán a aproximar la estructura y realidad sociales a



aquellos fines superiores, eventualmente constitucionalizados, que inspiran el consenso social alcanzado, la política criminal debe limitarse a contribuir al control social, que no es más que un aspecto a desarrollar por la política social. En este sentido, carece de legitimación para ir más allá del control de la desviación. Resultan preocupantes al respecto los intentos de servirse de la intervención penal para modificar comportamientos socialmente integrados, pero sentidos en cierto momento por los poderes públicos como socialmente poco deseados. La utilización del derecho penal para tales fines conduce a soluciones autoritarias.

Un tercer principio, el de neutralización de la víctima, no debe quedar sepultado bajo las modernas demandas de introducción de medidas de reparación de la víctima por el delincuente. La sustracción del conflicto a la víctima por parte del Estado, y el consiguiente surgimiento de la acción penal pública como reflejo de que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad, es un elemento fundamental de todo derecho penal garantista:

La atribución a la víctima de posibilidades por lo general bastante limitadas de actuación en el marco del proceso penal, a diferencia de las que dispone en el ámbito del proceso civil, se fundamenta en la necesidad de mantener la deslegitimación de la venganza privada, aun en sus formas enmarcadas, de evitar la socialización de los intereses de la víctima, en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparían diversos grupos sociales fomentadores por diversas razones de actuaciones desproporcionadas contra el delincuente, de evitar una legislación simbólica, en beneficio de las víctimas, pero carente de efectividad, y en último término de posibilitar un derecho penal que, por estar



centrado en una eficaz protección de la sociedad, debe seguir girando en torno al delincuente real o potencial, al ser éste el punto de referencia de la prevención.

## **2.5. Importancia de la teoría sobre la legislación penal**

Identificadas las pautas valorativas más generales que han de delimitar los contenidos a proteger por el derecho penal, conviene detenerse en el modo como habitualmente se produce en la sociedades una modificación legal jurídico-penal, antes de seguir avanzando en sucesivas concreciones valorativas.

El proceso de surgimiento de una ley penal está lejos de limitarse al procedimiento constitucionalmente previsto para su tramitación a partir de la iniciativa del ejecutivo o del legislativo.

Es de importancia comenzar a apreciar en la sociedad un cierto desajuste entre una determinada realidad socioeconómica y la situación jurídica encargada de atender a ella, que parece expresar la producción de un determinado cambio social; con independencia de la debida comprobación de si ese cambio es real o aparente, y debido a ello surgen opiniones que defienden la adaptación del sistema jurídico, y en concreto del penal, a las nuevas condiciones.

Se generaliza en la sociedad un estado de preocupación por esa falta de adecuación entre tal realidad socioeconómica y la jurídica. Se trata en todo caso por el momento de actitudes difusas de malestar o de generación de sentimientos individuales poco



precisados de inseguridad. Por lo general se apoyan en la aparición de ciertos casos especialmente llamativos, con frecuencia destacados por los medios de comunicación.

Posteriormente se produce un sesgo determinante, en cuanto que los medios de comunicación entran decididamente en acción actualizando y consolidando las actitudes precedentes de la población. Una vez captado el interés social del problema, interés que en ocasiones han podido fomentar ellos mismos en la fase anterior, proceden a darle la visibilidad y autonomía precisas para que se convierta en un auténtico problema social necesitado de solución. Para ello se reiteran las informaciones, se agrupan sucesos hasta entonces no claramente conectados, lo que en ocasiones creará la sensación de estar ante determinadas olas de criminalidad, se multiplican los análisis de urgencia y, en resumidas cuentas, se sustantiva y delimita lo que hasta entonces no era objeto más que de una vaga, aunque a veces intensa, preocupación social.

Comienzan a adquirir protagonismo los grupos sociales de presión, los cuales a veces han podido estar ya activos en la inicial puesta de relevancia del real o pretendido desajuste social, que pretenden canalizar la preocupación y discusión públicas hacia sus propios intereses, sean o no legítimos. Se puede tratar de grupos que defienden intereses muy diversos sobre la materia, sean socioeconómicos, morales e ideológicos sean meramente profesionales o corporativos. El caso es que comienzan a realizar acopio de información, con las correspondientes actividades de investigación y organización de los resultados obtenidos, y a formular propuestas sobre los objetivos que se deberían conseguir con la reforma legal, las cuales ya están revestidas, al



menos formalmente, de la pertinente legitimación científico-social. Del problema, por tanto, se han apropiado uno o varios grupos de presión, quienes, sin poderse desviar palmariamente de la naturaleza de las preocupaciones sociales originarias, tienen un amplio margen para reconducirlo en una dirección determinada.

Sólo cuando el problema ha adquirido la respetabilidad otorgada por los grupos anteriores tiene aquél expedito el camino para entrar en la fase que permitirá su formulación del modo adecuado para el debate parlamentario de una modificación legal.

“Existe falta de control, sin que existan mecanismos capaces de garantizar una adecuada cualificación político-jurídica o técnico-jurídica de los elaboradores de los proyectos o proposiciones de ley; los informes externos en ocasiones legalmente previstos no suelen tener carácter vinculante, con frecuencia deben limitarse a cuestiones técnicas, teniendo vedados pronunciamientos de política jurídica y cuestiones de oportunidad o conveniencia, al formularse en una fase demasiado avanzada del procedimiento de elaboración de los textos, sus observaciones de calado tropiezan con serias resistencias para su admisión”.<sup>12</sup>

Ante esta realidad, no debe de extrañar que cada vez sean más numerosas las voces que aboguen por la elaboración de una teoría de la legislación, cuyas exigencias repercuten de modo inmediato en la fase de la elaboración legal en la que intervienen las burocracias. Se trata de construir el marco conceptual adecuado para posteriormente establecer un determinado procedimiento de elaboración de las leyes

---

<sup>12</sup> *Ibid*, pág. 46.



penales que, al ir más allá del respeto a las formalidades competenciales y secuenciales previstas en las diversas Constituciones, introdujera una serie de requisitos procedimentales directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales. Entre ellos, y apresuradamente, cabe mencionar: la información empírico-social sobre la realidad sobre la que se va a operar, la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención, análisis fiables del Estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses, manifestaciones de afectados, cálculos de costos económicos de la reforma legal, pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica.

En ningún caso se pretende con ello cuestionar o reducir las competencias del órgano constitucional en quien reside la soberanía popular. Se quiere simplemente asegurar que éste, a la hora de tomar la decisión que sólo a él compete, disponga de los materiales cognoscitivos y valorativos imprescindibles. Y para ello es procedente establecer un control formalizado de los procesos que pueden desembocar en decisiones legislativas penales, cabiendo incluso pensar en el desarrollo de un sistema categorial que deba irse progresivamente superando antes de llegar al momento en que se pueda tomar una decisión legislativa, cualquiera que ésta sea.

Al fin y al cabo ese fenómeno ya se ha producido, en el ámbito de la aplicación del derecho penal: El alto valor atribuido con razón a la idea de independencia judicial no ha impedido que el juez penal en la actualidad sienta que tiene que respetar estrictamente el procedimiento de exigencia de responsabilidad derivado del concepto



analítico del delito. Siendo la aceptación judicial de tal estructura conceptual derivada sin más de la obligada vinculación a la ley de todo juez penal: Los contenidos del concepto analítico del delito, elaborados con sus diferentes categorías o subcategorías, han nacido en buena medida al margen de la ley, fruto de una reflexión doctrinal y jurisprudencial deseosa de alcanzar unas cotas socialmente aceptables, no sólo de seguridad jurídica, sino de acomodación a los conceptos sociales en cada momento vigentes de exigencia de responsabilidad social por los actos de cada uno. La ley penal ha servido en muchos casos sólo como pretexto, y en otros se ha limitado a incorporar con posterioridad conceptos o soluciones que ya se venían aplicando en la praxis judicial precedente. Y así sigue siendo hoy en día.

Sin pretender, ni mucho menos ir tan lejos, resulta ciertamente incongruente que los instrumentos conceptuales de control decisonal hayan quedado confinados al ámbito de la aplicación del derecho, mientras que el sector de la creación del derecho haya eludido cualquier formalización de su decisión que supere los meros requisitos competenciales y secuenciales.

## **2.6. Aspectos a destacar de las teorías de la legislación penal**

Es de importancia sumaria tomar en cuenta dos componentes imprescindibles de toda teoría de una legislación penal, aun siendo consciente de que se dejan fuera de consideración otros tanto o más importantes.



Ante todo debe decirse que tal estructura conceptual formalizadora de los procesos materiales de decisión legislativa debería desde luego integrar todas aquellas pautas valorativas generales delimitadoras de los contenidos a proteger por el derecho penal. En este sentido, los principios estructurales de la protección ya aludidos deberán desempeñar una función determinante. Pero es fundamental tomar en cuenta a otra serie de principios, que presuponen a los anteriores, pero que, a diferencia de éstos, se encuentran íntimamente ligados a la corrección de una concreta decisión legislativa. O sea, los principios coyunturales.

El principio *in dubio pro libertate* corresponde en la creación del derecho, aunque con ciertas salvedades, al principio *in dubio pro reo* vigente en el ámbito procesal de aplicación del derecho, y se encuentra vinculado a una concepción de la sociedad en la que la libertad constituye uno de sus valores superiores. Implica la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a su lesividad social, al respecto del principio de intervención mínima o de cualesquiera otros principios estructurales; debe regir desde luego en las decisiones de penalizar, pero también a la hora de deslegitimar el mantenimiento de decisiones previas de penalización.

El principio de tolerancia, que supone aceptar un cierto nivel de conflictividad social sin una consecuente reacción de las instancias de control jurídico-penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento, la concurrencia del principio de intervención mínima. Ello se asume a cambio de los beneficios en libertad individual obtenidos, los posibles errores en las decisiones penalizadoras que se pueden producir, y la potenciación de una sociedad dinámica abierta a la eventual modificación de ciertas



perspectivas valorativas. Naturalmente el alcance de este principio no debe rebasar los límites existentes de cara al mantenimiento de elementos esenciales para la convivencia, cuya localización será diversa en función del grado de estabilidad e integración alcanzados por la sociedad correspondiente.

El principio de ponderación de daños y ventajas, a través del cual se valoran los efectos dañosos adicionales o complementarios que produce una decisión de penalizar o despenalizar, que en ocasiones pueden ser de mayor entidad que los beneficios que la penalización o despenalización que se comporta.

El principio de practicidad procesal, que prohíbe intervenir penalmente sobre conductas que no son accesibles a las condiciones operativas del proceso penal, sean las inherentes a sus principios fundamentales, sean las producidas contingentemente pero con frecuencia y no superables.

El principio de abstención de tareas de ingeniería social, por el que no deben determinar la decisión legislativa, ni las consecuencias que la despenalización pueda producir sobre las normas morales de la sociedad, ni los efectos que la penalización pueda originar en la modificación de comportamientos no desviados. Este principio pretende asegurar el rechazo, ya señalado en el marco del principio de intervención mínima, a la asignación a la política criminal de funciones de transformación social. El efecto troquelador de las normas penales, esto es, la capacidad del derecho penal para desencadenar importantes efectos psicológicos-sociales de adhesión e interiorización de los valores que fundamentan sus contenidos entre los ciudadanos socialmente



integrados, no ha de hacer caer en la tentación de penar o mantener la punición más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar los presupuestos esenciales para la convivencia. Por el contrario, confinado dentro de ese límite tal efecto realiza una beneficiosa función de evitación de alteraciones artificiosas de los valores mayoritarios.

En una teoría de la legislación resulta igualmente ineludible preguntarse por cuáles sean los puntos de referencia que otorgan legitimidad al poder legislativo para elaborar los contenidos concretos que debe poseer el derecho penal. No se trata naturalmente de replantearse la legitimidad del derecho penal en su globalidad, que ya le hemos reconocido como subsistema de control social de un determinado orden social constitucionalmente establecido, y ajustado consecuentemente a determinados principios estructurales. Se aspira a descubrir los criterios de legitimación de las concretas decisiones de legislación penal.

Es fundamental la existencia de los criterios ideales, ya que dentro de ellos se intentan fundamentar sus decisiones en un determinado modelo de sociedad, sin alternativas al menos dentro de una época histórica, y en el que por consiguiente no proceden cuestionamientos a partir de la variación de las opiniones o realidades sociales: Un fundamento tal se opone desde luego a la relatividad y mutabilidad de los valores sociales propios de toda sociedad pluralista. Más frecuente resulta el enmarcamiento de perspectivas idealistas por medio del criterio basado en personificaciones ideales; las decisiones penales se pretenden, así, vincular a las opiniones que al respecto sustentaría una persona media, un ciudadano normal, de la sociedad: los problemas comienzan cuando, por un lado, se constata la vaga generalidad de tales arquetipos,



desconsideradora de la variedad de las sociedades en cuanto se desciende a clases o grupos sociales más singularizados, y por otro y sobre todo, al comprobar que tales arquetipos se elaboran a partir de la asunción de los valores más tradicionales de la sociedad, en concreto de la persona conformista, aquella incapaz de ir a contracorriente de los juicios de valor propuestos por las instancias sociales y que no puede tomarse como modelo de ciudadano en una sociedad pluralista que asume su integración por personas autorresponsables y críticas.

Los criterios de los expertos son de importancia, y los cuales en el auge de la vigencia de los enfoques funcionalistas en la sociología jurídica, se caracterizan por adoptar un enfoque científico-tecnocrático. Sostienen que sus conclusiones derivan sin apenas mediación de los datos obtenidos de la investigación empírico-social, que se ha ocupado de analizar la realidad social sobre la que es susceptible de operar el derecho penal así como de las consecuencias que devendrían de su intervención. Su legitimidad nace de su apego a las necesidades objetivas de la sociedad con un nulo o escaso condicionamiento, a diferencia de los otros criterios, por un apriorístico cuadro de valores social. Tales enfoques son criticables, ante todo, por su pretendida neutralidad valorativa, ya que se apoyan sin duda en un concreto, aunque latente, modelo de sociedad, cuya no explicitación les permite descalificar a la restantes alternativas, tachadas de irracionales con el argumento de que no se cimientan en datos empíricos. Por otra parte su enfoque tecnocrático contradice los postulados de una sociedad pluralista al sustraer en gran medida a los ciudadanos la decisión sobre los contenidos del derecho penal. Las críticas no deben ensombrecer la meritoria actitud de fondo que subyace a estas tesis: el análisis previo de la realidad social constituye un elemento



fundamental para sentar las bases de una discusión racional a la hora de tomar decisiones sobre los contenidos del derecho penal. Pero no elimina el carácter valorativo en último término de tales decisiones.

En marcado contraste con los criterios anteriores, los que se pueden denominar criterios constitucionalistas consideran que es en la norma fundamental, por lo general dotada de un amplio elenco de derechos fundamentales, garantías individuales y principios rectores de la política social y económica, donde ya se han tomado las decisiones de política criminal, de modo que el legislador ordinario sólo debe ocuparse de explicitarlas adecuadamente. Esta absolutización del texto constitucional ignora ante todo la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades y la pluralidad de frentes sociales a los que debe atender la política criminal, aun con un escrupuloso respeto del carácter subsidiario del derecho penal. Sin duda resultará ilegítima cualquier decisión legislativa que se oponga frontalmente a lo dispuesto en la ley básica que estructura el consenso social alcanzado, sea en preceptos concretos sea en sus principios inspiradores, pero la constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación negativa de un buen número de decisiones de política legislativa criminal. Podríamos decir que ella delimita el campo de juego donde debe dirimirse la contienda sobre los comportamientos que atentan contra los presupuestos esenciales para la convivencia, pero el reglamento de juego queda en las manos de la legislación ordinaria. Ese margen de autonomía otorgado a la legislación ordinaria fomenta, por lo demás, sociedades dinámicas, abiertas a modificaciones valorativas de importancia, que pueden en determinado momento dar lugar a reformas constitucionales, sin que la



norma fundamental se convierta en una rémora a la paulatina evolución de las concepciones sociales.

A juicio de la ponente, sin olvidar la función que desempeñan los dos criterios precedentes, el genuino criterio legitimador es el configurado por las convicciones generales, que se pueden denominar también democráticas, en virtud del cual son las mayorías sociales amplias, históricamente condicionadas en sus valoraciones, las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal. Es el único criterio coherente con una sociedad pluralista, basada en ciudadanos autorresponsables y críticos a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran fundamento imprescindible para la convivencia.

Naturalmente, en coherencia con los principios estructurales del derecho penal, se ha de partir de mayorías muy cualificadas y que, además, muestren respecto a la cuestión correspondiente un notable grado de estabilidad. Tales mayorías, por otra parte, han de lograrse por la línea de mínimos y no de máximos, esto es, ha de pensarse lo que prácticamente todos creen que debe ser considerado delictivo, y no lo que cada uno de los grupos de presión social creen por su parte que debe criminalizarse; el empobrecimiento de contenido del derecho penal que tal modo de proceder conlleva corresponde, coherentemente, al principio de intervención mínima.

Por otro lado, el criterio propugnado presupone una decidida utilización de métodos demoscópicos, como instrumentos de especial relevancia para dotarle de auténtico contenido, con más motivo si se piensa que se dispone ya de técnicas suficientemente



fiables; su desacreditación encubre con alguna frecuencia, en lugar de razonables cuestiones metodológicas, un deseo de los legisladores de reservarse para sí la concreción de lo que opinan las mayorías sociales, con los riesgos ya vistos.

## **2.7. El bien jurídico protegido como instrumento de concreción de los contenidos penalmente protegibles**

El concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuricidad material frente a la mera antijuricidad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dota al derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro.

En consecuencia se ha llegado a hablar del dogma del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquellos que aspiraran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.

Aunque el concepto de bien jurídico surgió en el ámbito de la aplicación del derecho, donde desempeña una trascendente función en la interpretación teleológica, por más



que sometido a los principios de legalidad y seguridad jurídicas, es fácil concordar en que es la fase de creación del derecho la que le ofrece las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades.

“Se ha cuestionado el concepto de bien jurídico por admitir en su seno objetos de protección de naturaleza puramente ideal, de modo que su utilidad metodológica sería dudosa en un derecho penal que procura cada vez con más ahínco vincular sus decisiones tutelares a daños sociales efectivos”.<sup>13</sup>

La crítica precedente no capta la complejidad de una adecuada noción de bien jurídico que no ha de perder en ningún momento su materialidad: Sin duda todo bien jurídico, en cuando juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación de valor de las realidades sociales. Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el substrato del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurídico de un precepto, sufre un proceso de abstracción o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación; la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realizarse su componente valorativo.

Pero las concretas formas de manifestación de ese substrato son materiales: Eliminada su abstracción, tales situaciones o relaciones sociales se diferencian en unidades socialmente delimitadas, y tales unidades pueden ser dañadas de un modo empírico-

---

<sup>13</sup> **Ibid**, pág. 50



socialmente constatable, siempre que se entienda la dañiosidad en un sentido sociológico, no natural, dando lugar por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales.

A su vez la producción de actuaciones sociales incorrectas se apoya siempre en la alteración de una realidad natural, que es la que sirve de soporte a las precedentes unidades de la realidad social. Tal alteración viene, como mínimo, representada por la misma realización o ausencia de un comportamiento externo, pero normalmente supone alteraciones ulteriores de la realidad natural unidas causalmente al comportamiento externo, y en las que se produce con frecuencia la afección de un objeto material constitutivo del apoyo físico que posibilita la realización de la conducta protegida.

Desde la conceptualización precedente resulta interesante señalar que, si bien la mera protección de contenidos morales contradice el principio de lesividad, no sucedería lo mismo con una eventual decisión legislativa de mantener la interiorización en la población de determinadas pautas de conducta, pautas interiorizadas que constituyen situaciones de la realidad social y que se concretan en conductas ajustadas a esas interiorizaciones o en su ausencia, lo que es constatable empíricamente. El problema, sin embargo, reside en que ese bien jurídico no satisface las exigencias del principio de intervención mínima.

También cabe destacar que la tendencia a crear estructuras típicas de peligro en los preceptos que protegen bienes jurídicos colectivos puede estar condicionada por una indebida confusión entre el plano abstracto y el plano concreto del substrato del bien



jurídico: Para poder hablar de la lesión de un bien jurídico colectivo no es precisa la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él.

Sin duda uno de los problemas fundamentales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados indistintamente bienes jurídicos colectivos, difundidos o universales. La proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia.

Es de importancia reconocer la legitimidad de la introducción en los cuerpos legales penales la teoría del bien jurídico: su toma en consideración refleja el paso del Estado de derecho liberal, preocupado fundamentalmente por asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de la convivencia pacífica por medio del aseguramiento a todos los ciudadanos de determinados presupuestos materiales.

Sin duda su masiva integración en los códigos ha creado disfunciones importantes, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia, probablemente derivada del déficit anterior, a acomodarse en estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguridad jurídica a que ello da



lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del derecho penal para labores de transformación social que son a éste ajenas, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad. Pero en neutralizar tales defectos consiste el desafío que a la ciencia penal hace la necesaria introducción de estos objetos de tutela.

Las ocasionales propuestas de limitar la aceptación de tales bienes a sólo aquellos que tengan claras connotaciones individualistas, lejos de implicar un avance en el derecho penal garantista, suponen reconocer anticipadamente el fracaso de nuevas elaboraciones conceptuales más ajustadas a las actuales necesidades de tutela de las sociedades democráticas, que es lo mismo que decir, de los individuos que las integran. La resignada admisión de que se vive en una sociedad de riesgo, que tiene que asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen muchos bienes jurídicos colectivos.

Frente a tales alternativas, parece más acertado concluir que la presencia de los bienes jurídicos colectivos confronta al derecho penal de modo perentorio con la necesidad de llevar a cabo esa tarea siempre pendiente de colaboración entre las ciencias sociales, singularmente en este caso la sociología, y la política criminal, colaboración que debería orientarse en el tema de la existencia de dos direcciones fundamentales: por un lado, a la búsqueda de una formulación de tales bienes jurídicos que compatibilice una adecuada descripción empírica de realidades sociales merecedoras de protección jurídico-penal con una delimitación conceptual aceptable en los estrictos términos de la dogmática penal. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, a la elaboración de



un concepto de lesión material o dañosidad de tales bienes jurídicos colectivos que cumpliendo las exigencias dogmáticas, permita sustituir en un buen número de casos las muy cuestionables estructuras típicas de peligro, hoy tan generalizadas en relación con estos objetos de tutela, por las más garantistas de resultado material.

Por último, a la hora de seleccionar los bienes jurídico-penalmente protegibles no ha de pasarse por alto la polémica sobre la naturaleza secundaria o meramente sancionatoria del derecho penal. Desde la antigüedad, un sector minoritario de la doctrina penal ha defendido que al ordenamiento jurídico-penal no le competiría la función valorativa de determinar qué conductas merecerían ser calificadas como ilícitas, sino que habría de limitarse a sancionar con una pena las formas más graves de los ilícitos previamente identificados como tales por los otros sectores del ordenamiento jurídico; dicho de otro modo, la política criminal estaría condicionada por las valoraciones de ilicitud previamente desarrolladas en los otros sectores de la política jurídica. Frente a ello, un sector doctrinal mayoritario ha alegado que se pueden identificar preceptos penales que castigan conductas no prohibidas por otros sectores jurídicos, lo que demostraría que la política criminal toma decisiones de penalización basadas en valoraciones autónomas sobre determinadas conductas, sin importarle que no hayan sido consideradas ilícitas en otros sectores jurídicos; en todo caso se reconoce la excepcionalidad de tales supuestos.

Es, acertado sostener la opinión de afirmar la naturaleza secundaria de la política criminal y por extensión del derecho penal. Ello resulta en extremo coherente con el principio de intervención mínima y, dentro de él, con el principio de subsidiariedad. Sin



embargo, la precedente afirmación debe ser inmediatamente aclarada a partir de la constatación de que la intervención penal realiza dos funciones valorativas autónomas de gran trascendencia:

En primer lugar, selecciona con criterios propios las formas de esos ilícitos respecto a las que procede una decisión de penalización. En ello juegan un papel decisivo los principios estructurales de la protección, pero también los principios coyunturales, además de todos los contenidos adicionales propios de una teoría de la legislación.

En segundo lugar, la integración de tales ilícitos en el derecho penal conlleva su reformulación al tenor de criterios específicamente penales, en concreto su acomodación a la peculiar estructura del sistema de responsabilidad jurídico-penal tal como está plasmado en el concepto técnico-jurídico de delito, y el aprovechamiento de las diversas alternativas valorativas y conceptuales en él existentes. Ello posee una especial significación desde un punto de vista axiológico ya que abre la vía para el castigo de supuestos de tentativa, de participación, de delitos mutilados de dos actos cuya consideración como ilícitos en otros sectores del ordenamiento jurídico, o su adecuada diferenciación, con frecuencia no es posible al carecer de tales estructuras conceptuales o de un afinado desarrollo de ellas.

En resumidas cuentas, se puede sostener que la política criminal y el derecho penal, desde un substrato de ilicitud procedente de otros sectores jurídicos, elaboran finalmente sus contenidos a partir de pautas valorativas propias y autónomas, por lo que ha de hablarse de una limitada naturaleza secundaria de ellos.





## CAPÍTULO III

### 3. El delito

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

“La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Alguna vez, especialmente en la tradición, se intentó establecer a través del concepto de derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal”.<sup>14</sup>

Crimen y delito son términos equivalentes. Su diferencia radica en que; delito es genérico, y por crimen se entiende un delito más grave o, en ciertos países, un delito ofensivo en contra de las personas. Tanto el delito como el crimen son categorías presentadas habitualmente como universales; sin embargo los delitos y los crímenes

---

<sup>14</sup> Manzini, Vicenio. **Tratado de derecho penal**, pág. 27.



son definidos por los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en un territorio o en un intervalo de tiempo.

Tanto en su faz ideal como en su faz material, el crimen ha sido distinto en todos los momentos históricos conocidos y en todos los sistemas políticos actuales.

Existen delitos y crímenes internacionales, pero un crimen que no es castigado es solamente un reproche moral injurioso en contra de una persona, inclusive si ella incurrió en esa conducta, considerada delito.

Sólo el castigo constituye a alguien en delincuente o en criminal. El castigo transforma la vaga noción de delito en un hecho. Esta idea se puede intentar refutar argumentando que basta la existencia de una víctima para que exista delito o crimen.

Crear delitos, crímenes y castigos son facultades soberanas de quienes están a la cabeza de un sistema normativo.

Dado que el hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desarrollar sus facultades naturales, teniendo como única limitante, a esa libertad, su propia naturaleza; pero, en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el respeto a la libertad de otros hombres; de aquí deriva la necesidad de normas o reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad y desarrollo.



La teoría y existencia del principio de legalidad constituye el derecho, en su acepción más extensa. Por tanto, el derecho como un conjunto de normas de observancia obligatoria para todos los miembros de la sociedad, que han sido establecidas por el Estado de acuerdo a procedimientos previamente establecidos, permiten la convivencia de todos los miembros de la sociedad entre sí, de las instituciones del Estado y la interrelación de éstas y la sociedad.

Desde luego, la manifestación del derecho, en su aspecto práctico y real, es por medio o a través de la ley y por ende de ella y de los intereses de la sociedad, para una correcta y legal convivencia entre los miembros de la sociedad y su relación con las instituciones del Estado, que la misma ley denomina delito.

La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley, el delito, en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma ley por los hombres, obedece a muchos y muy diversos factores, los que se mencionan más adelante; sin embargo, por lo pronto, se adelanta que esos factores tienen origen en la propia naturaleza del hombre y en la convivencia estrecha a la que, hoy en día, se ve sometido.

El hombre siempre pretenderá tener un mayor número de satisfactores que otros, incluso más de los que necesita, por el sólo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición admirada y envidiada por algunos de sus miembros, aún cuando no las puede conseguir de manera honesta y legal.



En este sentido, es que el delito es una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

En este orden de ideas, es que se desarrolla el tema denominado el delito, desde el punto de vista del derecho penal, analizándose la definición de éste y la ubicación del delito dentro de él. por su parte, al delito se le define, se estudian los tipos de delito cuya existencia acepta la ley, desde el punto de vista de su realización y su ubicación dentro de la legislación que los prevé, las circunstancias que inciden en su existencia.

### **3.1. Importancia**

Desde el punto de vista jurídico, se presenta en la actualidad la importancia del delito ante una profundización del estado de derecho democrático replanteado en el texto constitucional vigente desde; ahora bien, siempre que la política legislativa, demás políticas públicas y la práctica del derecho se encaucen en tal dirección, la Constitución debe significar una importante evolución en el desarrollo del Estado constitucional contemporáneo, entendido como Estado destinado a garantizar la protección y vigencia de los derechos humanos, conforme a los principios de progresividad, indivisibilidad, interdependencia e irrenunciabilidad.

De esta forma, democracia, Estado constitucional y garantía de los derechos humanos, de víctimas y victimarios, se constituyen en cristales de un único cuerpo prismático.



Por ende, el derecho penal y su legislación dependiente deben sujetarse al modelo de derecho penal propio de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, lo cual supone la adscripción a los principios ya la contribución del derecho penal contemporáneo de signo garante.

De allí también deriva la responsabilidad que tiene la justicia penal de ofrecer una tutela judicial efectiva íntimamente constreñida a los términos de las garantías penales de aquellos derechos y bienes jurídicos penalmente protegidos contra ataques violentos significativos y relevantes.

El horizonte de reflexión ética está enmarcado por los derechos humanos, por lo que el baremo de un texto normativo está dado por su congruencia con las declaraciones, convenios y acuerdos suscritos por la República en materia de reconocimiento, proclamación y garantía de los derechos inherentes a la persona humana, todos ellos constitucionalizados.

Guatemala reconoce en la dignidad de la persona humana un valor esencial, que debe servir de basamento a la creación, interpretación y aplicación del orden jurídico positivo. Valor ético que debe guiar el quehacer de legisladores, administradores y jueces.

La ley es universalmente conocida desde su promulgación. Verificada la publicidad, queda satisfecha la necesidad social que impone tal solemnidad, puesto que el ciudadano queda; si no enterado de la ley, al menos habilitado para conocerla.



La carencia de conocimiento no puede mermar la obligatoriedad de la ley. La autoridad pública pone las leyes al alcance de los ciudadanos, quienes pueden enterarse de ellas por sí mismos o por medio de terceros. Es, realmente necesario que el ciudadano conozca las leyes; pero se sabe que es materialmente imposible que todos los habitantes puedan conocer con la prontitud del caso las leyes que se dicten.

### **3.2. Noción formal y sustancial del delito**

En la antigüedad, para establecer la responsabilidad penal, sólo se tomaba en cuenta el daño ocasionado, Pero ciertos autores se han empeñado tercamente en formular aquel concepto en los términos siguientes: "El delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo. El delito es la negación del derecho objetivo".<sup>15</sup>

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

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito, y no revisten mayor relevancia, por el momento.

---

<sup>15</sup> **Ibid**, pág. 30



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

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

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado. Los delitos de lesión o daño y de peligro. Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos pueden ser individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza. Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que



afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública o de acción privada.

La teoría del delito a los fines del siglo XIX y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes por entonces, los juristas se preocuparon de identificar los elementos naturales del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica”.<sup>16</sup>

“En 1906, Ernest von Beling propone un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, el delito es concebido como un comportamiento humano controlado por la voluntad, típico, ilícito y culpable. Por típico, se entiende de conforme a la descripción contenida en la disposición penal. Esta última, llamada entre tipo legal, fue considerada un descubrimiento revolucionario”.<sup>17</sup>

La culpabilidad fue vista como el aspecto subjetivo del comportamiento o evento físico exterior que consistía en la relación psicológica existente entre el autor y su acción. El carácter ilícito del acto fue explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas dictadas por el legislador.

El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. La descripción naturalista de la infracción deviene apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico; o sea en la base de las investigaciones

---

<sup>16</sup> Castellanos. **Ob. Cit.**, pág. 62.

<sup>17</sup> **Ibid**, pág. 69.



penales. Su esquema de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad ha sobrevivido hasta ahora.

Se puede sostener que esta concepción clásica del delito proviene del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas. El progresivo abandono de sus ideas fue consecuencia de las críticas formuladas, primero, desde la perspectiva filosófica.

La idea central consistía en separar, radicalmente, la realidad del mundo normativo. El primer efecto de esta idea fue la constatación que del análisis empírico de la realidad no es posible extraer criterios normativos que permitan apreciar axiológicamente esta realidad.

La noción de delito es, entonces, revisada de acuerdo a los fines axiológicos de derecho penal que no son contrariamente a lo admitido por el positivismo jurídico previsto completamente en la ley. La nueva definición del delito, denominada neoclásica o teológica, se funda en tres descubrimientos esenciales: En el dominio de la tipicidad, aquel de la identificación de los elementos normativos del tipo legal, en la constatación que la antijuricidad es tanto material como formal.

En el reconocimiento de carácter normativo, la culpabilidad consiste en un reproche formulado contra quien obra libremente contra el orden jurídico. Las insuficiencias de la concepción neoclásica fueron criticadas por la teoría finalista.



El comportamiento humano tiene que ser comprendido desde una perspectiva ontológica. Este elemento fáctico no puede ser ignorado ni alterado por el legislador al elaborar las normas legales. La base de la concepción es, precisamente, el comportamiento humano, caracterizado, esencialmente, por su estructura finalista.

Esto presupone que el individuo tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en función de uno de estos fines. Su capacidad esta en relación con las posibilidades que tiene de prever las consecuencias de su acción y del conocimiento que posee respecto a la causalidad.

### **3.3. Generalidades**

La aceptación de los delitos comporta una modificación profunda de la sistemática del delito. La tipicidad no puede ser más considerada como la descripción objetiva de la acción.

Se debe comprender, igualmente, la estructura finalista del comportamiento. Resulta así necesario, con la finalidad de tener en cuenta el aspecto esencial del comportamiento, establecer al lado del tipo legal objetivo, otro de naturaleza subjetiva. En las infracciones intencionales, la finalidad de la acción que no es diferente del dolo o intención constituye el elemento central del tipo subjetivo.

Los elementos subjetivos que caracterizan la finalidad de la acción y que eran considerados extraños al tipo legal, se transforman en partes intrínsecas de la tipicidad.



Los cambios en el dominio de las infracciones culposas han sido también fundamentales.

La nueva estructura de la tipicidad hace necesario separar, claramente, las infracciones dolosas de las culposas. El carácter ilícito de estas últimas no puede ser reducido al hecho de causar un daño a terceros. Para corregir esta deficiencia, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber de cuidado destinado a evitar dicho perjuicio. De esta manera, el finalismo logra depurar a la culpabilidad de los elementos psicológicos.

La culpabilidad es, por tanto, definida como un puro reproche dirigido contra el autor del acto típico. De otra parte, el finalismo ha conducido a explicar, separadamente, las infracciones omisivas; pues, su peculiar estructura requiere un análisis especial. Así, se afirma la diferencia substancial entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas últimas constituyen siempre la no realización de una acción exigida por el orden jurídico.

Los elementos del delito omisivo deben ser entonces revisados tomando en cuenta este aspecto normativo consistente en las innovaciones del finalismo que han permitido la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias al neoclasicismo. En los últimos años, se ha producido una renovación de la teoría del delito. Se caracteriza, principalmente, por el abandono del procedimiento axiomático-deductivo del finalismo.



Se ha tratado de innovar el análisis del delito mediante criterios que estarían en la base de un sistema, penal racional y liberal. Con este objeto, se recurre a los innegables aportes de los modernos trabajos en el ámbito de la política criminal y de la criminología.

Nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito o lato sensu y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales. Las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico de la infracción a la acción típica, ilícita y culpable.

### **3.4. Evolución del concepto dogmático del delito**

Conforme a lo que hoy plantea la teoría dogmática, el delito es una conducta típica o sea una acción u omisión antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además, sea punible.

Sus elementos son, entonces, la tipicidad o sea la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal, la antijuricidad o contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico y la culpabilidad o el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico esencialmente.



“Las bases de la moderna teoría del delito fueron sentadas y con las mismas se deslindó el problema de la consideración subjetivista del delito y la consideración objetivista de éste, introduciendo en el derecho penal la idea de antijuricidad que previamente había sido formulada en el ámbito del derecho privado en la segunda mitad del siglo XIX. Se remató la teoría analítica del delito con una clara formulación del elemento tipicidad, Se utilizó el concepto de delito el método utilizado en las ciencias naturales, consecuentes con sus posturas positivistas. El concepto superior que delimita el objeto de estudio que acota la parte de la realidad que va a ser objeto del estudio es la acción, que es la base del delito”.<sup>18</sup>

La acción es un hecho natural en la que lo esencial es el movimiento corporal humano. A este movimiento corporal se le aplica el tipo y la conformación de la tipicidad es, así, absolutamente objetiva, y no es un juicio valorativo ni tiene en cuenta la subjetividad.

La acción objetivamente típica se hace objeto del primer juicio: si es un ataque a bienes jurídicos; después, de una segunda valoración: se tiene en cuenta el contenido de voluntad o culpabilidad. El sistema causalista-naturalista queda establecido de la siguiente manera:

- La acción es la base del delito, no uno de sus elementos.
- Lo injusto surge como primer elemento que tiene dos aspectos: la tipicidad que es descriptiva y no valorativa, y la antijuricidad que es descriptiva y valorativa.

---

<sup>18</sup> **Ibid**, pág. 69.



- Se tiene en cuenta la culpabilidad como elemento subjetivo.

La acción se concibe como un fenómeno puramente causal, exactamente igual que cualquier otro fenómeno de la naturaleza. Lo que el sujeto haya querido con su acción o sea en el contenido de su voluntad solo interesa en el ámbito de la culpable. En base a las afirmaciones de que habían elementos subjetivos en el injusto que necesariamente habían de tenerse en cuenta para comprenderlo y en base a las afirmaciones de que en el tipo existían elementos normativos que exigían una valoración de ciertas circunstancias expresadas en él se reconstruyó el sistema que, sin dejar de ser causalista seguía estimando la acción como base o concepto superior de la teoría, y pasó a denominarse causalista-valorativo.

La acción humana es siempre tendente a un fin, es finalista. este carácter y se fundamenta en que el hombre, que conoce los procesos causales, representa dentro de ciertos límites los resultados que su conducta puede acarrear y los quiere, conforme al plan que ha previsto.

Este carácter de la acción no lo desconocían ni negaban los causalistas, pero se diferencian de los finalistas en que éstos recurren desde el primer momento a los elementos subjetivos para tipificar la acción, no admitiendo que queden relegados para posteriores análisis.

Según el finalismo, la consideración de la acción nunca puede prescindir de los fines perseguidos por el actor, ya que la finalidad da sentido al proceso puramente causal y



es, esencialmente, inseparable de éste. Y todo esto trae las siguientes consecuencias en la elaboración del concepto de delito:

- La tipicidad tiene aspectos objetivos tanto descriptivos como normativos y por lo tanto valorativos y aspectos subjetivos como el dolo y la culpa. La antijuricidad es un juicio objetivo de valor que contiene elementos subjetivos.
- La culpabilidad es un juicio subjetivo de valor que analiza la posibilidad de un actuar distinto del sujeto, de un actuar conforme a derecho.

“Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos de desarrollar un sistema racional-final o teleológico o funcional del derecho penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista y la asunción de la idea de que el sistema único y exclusivamente pueda basarse en las finalidades del derecho penal. Sobre esta base, se elabora y desarrolla con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos, sustituyendo la vaga referencia a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal”.<sup>19</sup>

Respecto del concepto de acción se considera que alguien ha llevado a cabo una acción realizando una valoración consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer. En el tipo se valora la

---

<sup>19</sup> Muñoz. **Ob. Cit.**, pág. 34.



acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la situación concreta de la actuación.

Por tanto, el fin político-criminal de la conminación penal es preventivo general. En el injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos de la respectiva situación. Se desliga el hecho de la abstracta tipificación situando el hecho en el contexto social. La última categoría política penalmente relevante es la de la responsabilidad, mediante la cual se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El sistema funcionalista tiene dos piezas fundamentales:

- En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que para la concepción casualista el tipo objetivo agotaba el contenido del tipo, para la concepción causalista valorativa comprendía los elementos subjetivos del tipo y para el finalismo comprende el dolo, para la concepción funcionalista hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por valoraciones jurídicas.
- En segundo lugar, la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad. A la culpabilidad se añade la condición ineludible de la necesidad preventiva, general o especial, de la sanción penal.



Entre los intentos de lograr una fundamentación teleológica del derecho Penal se niega el contenido prejurídico a los conceptos básicos de acción y causalidad, los cuales sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. La peculiaridad más notable de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida por la prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado. El primer elemento del concepto del delito es el de la acción u omisión. De ello se deduce que no pueden constituir delito el mero pensamiento ni la mera resolución de delinquir que no haya sido puesta de manifiesto por hechos externos, ni una mera disposición de ánimo.

Es de la acción de quien se predicán los restantes elementos del delito, y es la realización de la acción el dato inicial de que el derecho penal parte para intervenir, en cuanto al ordenamiento jurídico penal sólo importa la conducta externa, esto es, la externa manifestación de la voluntad del hombre. Sin embargo, los derechos positivos, incluido, no formulan un concepto de acción ni de omisión, y se limitan a declarar qué acciones u omisiones son constitutivas de infracción penal.





## CAPÍTULO IV

### **4. Importancia jurídica de los elementos integrantes del delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala**

Una sociedad que se ha dotado democráticamente de una Constitución es esa norma legal la que recoge el contenido básico del acuerdo social, condicionado históricamente y desde luego susceptible de modificación, al que se ha llegado de cara al ejercicio del poder.

En las más recientes constituciones se tiende a especificar no sólo, como venía siendo habitual, los procedimientos formales de ejercicio del poder, esto es, la estructura política del correspondiente Estado, sino igualmente los objetivos que deben perseguirse con ella. Esto ha dotado a las citadas normas fundamentales de un pequeño grupo de principios o valores superiores que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos; por lo demás ellos suelen ir referidos a un extenso catálogo de derechos fundamentales, libertades públicas o garantías individuales que supera con creces la tradicionalmente breve enumeración existente en constituciones precedentes.

“La profunda imbricación entre poder y derecho a que da lugar ese acertado condicionamiento, constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, ya no limitado substancialmente a describir el



procedimiento acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, sino interesado en asegurar que ésta persiga determinados fines, que sin duda trascienden holgadamente al mero mantenimiento del orden o la paz públicos”.<sup>20</sup>

#### 4.1. Importancia

Se ha producido una profunda revitalización de la idea contractualista como criterio legitimador del orden social. Con ellos, sin embargo, este tradicional y fecundo criterio fundamentados de las sociedades modernas ha terminado asumiendo en un grado hasta ahora desconocido el carácter contingente de sus contenidos.

Aunque desde un análisis sociológico pudiera parecer sorprendente ese afán relativizador de los contenidos del contrato social en una época de profunda integración de culturas diversas en sociedades cada vez más homogéneas, el énfasis colocado en la pluralidad de alternativas morales y políticas pretendidamente existente en nuestras sociedades, o en su escasa toma en consideración, ha permitido situar en primer plano el análisis del procedimiento a través del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre las cuestiones políticas y sociales centrales.

“Pero un orden social, cualquiera que éste sea, no se logra a través de un simple acuerdo sobre sus contenidos. Exige una profunda involucración de muy diferentes instituciones sociales, sean de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la

---

<sup>20</sup> Díez Ripollés, José Luis. **La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista**, pág. 15.



comunidad social, sean de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales, la policía. Todas ellas aportan su colaboración para asegurar que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos, esto, es respetuosos con los contenidos del orden social acordados”.<sup>21</sup>

#### 4.2. Generalidades

El derecho penal vigente viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, normas sanciones y proceso.

“Ante todo, la ritualidad limitada de sus objetivos, de tal forma que desligado el derecho penal de los otros subsistemas de control social carece de eficacia para asegurar la vigencia de sus normas. Esta constatación, válida para todos los subsistemas y que pone de manifiesto su necesaria interacción recíproca, impide que el derecho penal se atribuya tareas irrealistas como agente de transformación social y le fuerza a marcarse ámbitos de protección, prever sanciones y regular procedimientos de un modo substancialmente coincidente al de los otros subsistemas de control social”.<sup>22</sup>

El reducido campo de actuación del derecho penal, derivado de su consideración como último recurso del que dispone el control social, limita su intervención a los

---

<sup>21</sup> Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**, pág. 12.

<sup>22</sup> Cafferata Nores, José. **El monopolio del Ministerio Público fiscal sobre la acción penal**, pág. 4.



comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos vaya de dar lugar a una intensa o rápida desorganización social.

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

La caracterización acabada de realizar de los rasgos más sobresalientes del derecho penal en sus correspondientes tareas de control social guarda estrecha relación con uno de los modelos de intervención penal defendidos en las últimas décadas, el que propugna un derecho penal garantista.

“En efecto, estamos ante un derecho penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales. Su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas”.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Pansini, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho público en el derecho privado; cual es el futuro del derecho penal italiano**, pág. 12.



Su configuración como un derecho penal mínimo, que aspira fundamentalmente a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo - generales, por la vía de identificar el límite superior, que no debe ser superado, de su contribución al control social. Y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se prevean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales sobre los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

#### **4.3. Situación actual**

Se puede identificar tres grandes bloques de principios en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista, y que pueden denominarse, respectivamente, los principios de la protección, de la responsabilidad, y de la sanción.

El primero de ellos atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el derecho penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentales en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.

Sin perjuicio de las profundas interrelaciones que se producen entre estos tres grandes bloques, el objeto de nuestro trabajo nos encamina al análisis del primero de ellos. Dentro de él muestran inequívocamente su relevancia los siguientes principios: el



principio de lesividad, el principio de intervención mínima y el de neutralización de la víctima.

La sustracción del conflicto a la víctima por parte del Estado, y el consiguiente surgimiento de la acción penal pública como reflejo de que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad, es un elemento fundamental de todo derecho penal garantista.

La atribución a la víctima de posibilidades por lo general bastante limitadas de actuación en el marco del proceso penal, a deferencia de las que dispone en el ámbito del proceso civil, se fundamenta en la necesidad de mantener la deslegitimación de la venganza privada, aun en sus formas encaradas, de evitar la socialización de los intereses de la víctima, en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparían diversos grupos sociales fomentadores por diversas razones de actuaciones desproporcionadas contra el delincuente, de evitar una legislación simbólica, tranquilizadora de las víctimas, pero carente de efectividad, y en último término de posibilitar un derecho penal que, por estar centrado en una eficaz protección de la sociedad, debe seguir girando en torno al delincuente real o potencial, al ser éste el punto de referencia de la prevención.

Existe una directa relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionados, dos subsistemas de control social que no cesan de aumentar su semejanzas. Por el momento, los intentos de encontrar una distinción cualitativa entre los intereses sociales a defender por una u otra rama del ordenamiento jurídico han



fracasado, lo que se hace especialmente evidente tras la inclusión en los códigos penales más recientes de bienes jurídicos directamente conectados a las necesidades organizativas de la sociedad del bienestar.

A su vez, la diferenciación cualitativa entre las sanciones ha quedado prácticamente limitada a la imposibilidad de la administración pública de imponer sanciones privativas de libertad, lo que no le impide hacer uso de sanciones pecuniarias que hace tiempo que han superado en carga aflictiva a las procedentes del orden jurisdiccional penal.

#### **4.4. Los elementos que integran el delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala**

Por administración se entiende la actividad administrativa de los órganos del Estado en sus escalas o jerarquías. El bien jurídico tutelado, es el criterio ordenador para la determinación del injusto, que es la administración pública.

El Código Penal guatemalteco adopta la sistemática del Código Penal tipo según se señala en la exposición de motivos. Consecuentemente con dicha doctrina, la normativa penal guatemalteca divide en dos capítulos principales las incriminaciones de dicho título, por un lado de los delitos contra la administración pública cometidos por particulares.

Cuando se habla de delitos contra la administración, no se toma dicho concepto en sentido correlativo al que posee en el marco de la doctrina de la división de poderes. El



atentado o desacato a miembros del poder judicial no es considerado como delito contra la jurisdicción, sino como delito contra la administración pública.

El concepto de administración pública no puede tomarse en sentido estricto sino amplio, comprendiendo toda la actividad del Estado y los demás entes públicos. Los delitos correspondientes no tutelan solo la actividad administrativa, sino también la legislativa y judicial.

Tanto el funcionamiento regular como el prestigio de las instituciones públicas conforme a este criterio en los delitos contra la administración cometidos por particulares se protege el interés de su desenvolvimiento ordenado, decoroso y eficaz, frente a ataques procedentes de extraños. En los delitos cometidos por los funcionarios, es protegido principalmente el interés del Estado a la probidad, discreción, imparcialidad, fidelidad y disciplina de las personas que desempeñan funciones públicas.

El Artículo 423 del Código Penal vigente regula: “El funcionario o empleado público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresas de la Constitución de la República o a sabiendas, ejecutare las ordenes o resoluciones de esta naturaleza dictadas por otro funcionario, será sancionado con prisión de uno a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales”.

Este delito admite tres formas:



a) Que tal funcionario o empleado público dicte resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresadas en la Constitución de la República. En este caso el delito está siendo cometido cuando:

- 1º. Se dictan por un funcionario resoluciones u órdenes.
- 2º. Si tales resoluciones son contrarias a disposiciones de la Constitución de la República.
- 3º. Es necesario que tales disposiciones que se contradicen de la Carta Magna, sean expresas, claras, que no dejen lugar a dudas de lo que la ley fundamental requiere. Elemento interno del hecho es, entonces la voluntad de dictar resoluciones u órdenes que son contrarias a disposiciones expresadas de la Constitución. Delito doloso, requiere simplemente contrarias a la Constitución, sino contrarias a disposiciones expresas de ella.

b) Que el sujeto activo ejecute las órdenes o resoluciones contrarias a disposiciones expresadas de la Constitución de la República, dictadas por otros funcionarios. En este caso la objetividad del hecho se concentra a través de:

- 1) Ejecutar órdenes o resoluciones contrarias a disposiciones expresadas en la Constitución;
- 2) Que dichas órdenes o resoluciones hayan sido dictadas por otro funcionario.



- c) Que el funcionario o empleado no ejecute las leyes cuyo cumplimiento le incumbe, y ocurre lo opuesto a lo señalado ya que el funcionario o empleado debiendo ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe no lo hace, y dichas leyes tienen que emanar de la Constitución Política de la República.

El elemento interno consiste en querer ejecutar las órdenes emanadas de otro funcionario sabiendo que contravienen disposiciones expresadas de la Constitución.



## CONCLUSIONES

1. La problemática derivada de que los funcionarios y empleados públicos del país llevan a cabo procedimientos en donde ejecutan resoluciones que contravienen las disposiciones expresadas en la Constitución Política de la República de Guatemala, no permite la debida tutela de las actividades administrativas, legislativas y judiciales del país.
2. El contenido del concepto analítico del delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República contiene diferentes categorías que han nacido al margen de la ley y que son el fruto de reflexiones doctrinales y jurisprudenciales necesarias para soluciones socialmente aceptables y que determinan la importancia de la probidad de los funcionarios públicos encargados de dictarlas.
3. En Guatemala la ley penal ha sido de utilidad para otorgarle beneficios a empleados públicos que dictan resoluciones contrarias a las normas constitucionales y con ello transgreden los derechos sociales de la ciudadanía guatemalteca, no permitiendo el debido control social en el país.
4. La libertad social se encuentra determinada a través del principio in dubio pro libertate el cual es correspondiente a la creación del derecho y al principio in dubio pro reo en la aplicación del derecho, los cuales aseguran que las



resoluciones dictadas por los funcionarios públicos no lesionan los valores superiores de los ciudadanos guatemaltecos.

5. El análisis y estudio de los elementos jurídicos que informan el delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República de Guatemala, así como también de las controversias existentes para la definición de sus elementos característicos es fundamental ya que garantiza que ningún funcionario o empleado público lleve a cabo actuaciones en contra de ella en el país.



## RECOMENDACIONES

1. La Corte Suprema de Justicia a través de circulares, debe establecer la importancia de limitar la independencia judicial, para que los funcionarios y empleados públicos no ejecuten resoluciones contrarias a la normativa constitucional guatemalteca, las cuales no permiten la adecuada tutela de las actividades legislativas, administrativas y judiciales.
2. El Organismo Legislativo mediante el Congreso de la República de Guatemala, debe promulgar reformas a la Ley de Ética Profesional para dar a conocer que el delito de resoluciones violatorias a la Constitución Política de la República contiene diversas categorías que han surgido al margen de la legalidad, para brindar soluciones que sean socialmente aceptables y que se encarguen de la determinación de la probidad de los funcionarios públicos.
3. El Organismo Judicial, debe señalar mediante los diputados que las leyes penales han beneficiado a los empleados públicos para que dicten resoluciones que violan la Constitución Política de la República, permitiendo con ello la transgresión de los derechos sociales de la ciudadanía del país y limitando el control social de Guatemala.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe señalar a través de los operadores de justicia que se tiene que garantizar la libertad social para que se cumplan los principios in dubio pro libertate y indubio pro reo para que al crear y



aplicar el derecho se asegure que los funcionarios públicos no lesionen los valores superiores de la ciudadanía guatemalteca.

5. El Organismo Judicial mediante la Corte Suprema de Justicia, debe indicar que mediante la emisión de reglamentos se puede determinar la importancia de que se analicen y estudien los elementos jurídicos que informan el delito de resoluciones violatorias a la normativa constitucional y la definición de sus elementos característicos para garantizar que ningún empleado o funcionario público realice actuaciones en contra de la misma.



## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Madrid, España: Ed. Ariel, 1989.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**. México: D.F.: Ed. Naciones, 1986.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed: Heliasta, 1986.
- CAFFERATA NORES, José. **El monopolio del Ministerio Público fiscal sobre la acción penal**. Argentina: Ed. La Ley, 1998.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.
- CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1982.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1984.
- DEL RÍO, Raymundo. **Explicaciones de derecho penal**. México, D.F.: Ed. Nacimiento, 1985.
- DÍAZ ARCINIEGA, Esther. **La coercitividad jurídica, prevención, ejecución, pena**. México, D.F.: Ed. Porrúa.



DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista.** España: (s.e.), (s.f.).

DOMÍNGUEZ ESTRADA, Alfonso. **El delito, el delincuente, la pena y la medida de seguridad.** Guatemala: Ed. Nacional, 1987.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy.** (s.l.i.): Ed. Jurídicas, 2002.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La génesis del constitucionalismo guatemalteco.** Guatemala: Ed. P.D.H., 1981.

GÓMEZ, Eusebio. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Editores, 1989.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho penal mexicano.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.

HASSEMER, Wilhem. **Fundamentos del derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1989.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada, 1980.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. **Reflexiones constitucionales.** Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1990.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar S.A., 1988.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho penal.** México, D.F.: Ed. Trillas, 1986.

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



MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1985.

PALACIOS MOTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal.** Guatemala. Ed. Serviprensa S.A., 1980.

PANSINI, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho público en el derecho privado; cual es el futuro del derecho penal italiano.** (s.l.i.): Ed. Fundación universitaria, 1997.

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

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Reus, S.A., 1981.

#### **Legislación:**

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

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

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

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