

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN EL
DELITO DE ESPIONAJE GENÉRICO REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE
GUATEMALA**

JOSÉ CHRISTIAN KAREL GARCÍA CONTRERAS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN EL
DELITO DE ESPIONAJE GENÉRICO REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL 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

JOSÉ CHRISTIAN KAREL GARCÍA CONTRERAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

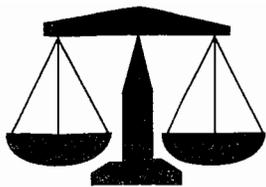
Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Alberto Zeceña López
Vocal: Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Secretario: Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Guillermo Díaz Rivera
Vocal: Lic. Héctor René Granados
Secretario: Lic. Héctor René Marroquín Aceituno

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).



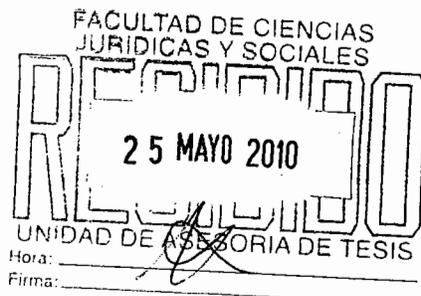
Licda. Silvia Emilza Rosales Solares de Florán

ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala, 24 de mayo de 2010

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha cuatro de febrero del año dos mil diez, procedí a la asesoría del trabajo de tesis del bachiller José Christian Karel García Contreras, con carné 9614958; que se denomina: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN EL DELITO DE ESPIONAJE GENÉRICO REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA". Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además el ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo; haciendo la división de la misma en cuatro capítulos.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señaló la importancia del derecho penal; el sintético, estableció el delito de espionaje genérico; el inductivo, dio a conocer sus características y el deductivo, indicó su regulación legal. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La tesis abarca un contenido técnico y científico, señalando con datos actuales la problemática en el país que se deriva del delito de espionaje genérico. Los objetivos se determinaron y establecieron la importancia de la secretividad. La hipótesis formulada fue comprobada, al señalar lo



Licda. Silvia Emilza Rosales Solares de Florian

ABOGADA Y NOTARIA



primordial de la obtención de información confidencial para asegurar la seguridad nacional.

4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde el ponente da a conocer un amplio contenido doctrinario y jurídico relacionado con los elementos jurídicos del delito de espionaje genérico de conformidad con la legislación penal guatemalteca.
5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros que definen los elementos que informan el delito de espionaje genérico en la legislación vigente en el país.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. Al bachiller García Contreras le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización, siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple con los requisitos establecidos en el 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 posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.


Licenciada
Silvia Emilza Rosales Solares de Florian
Abogada y Notaria
Col. 6,096

Licenciada Silvia Emilia Rosales Solares de Florian
Asesora de Tesis
Colegiado 6096

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, dos junio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RONALD DAVID ORTIZ ORANTES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JOSÉ CHRISTIAN KAREL GARCÍA CONTRERAS, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN EL DELITO DE ESPIONAJE GENÉRICO REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL 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. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.





Lic. Ronald David Ortiz Orantes

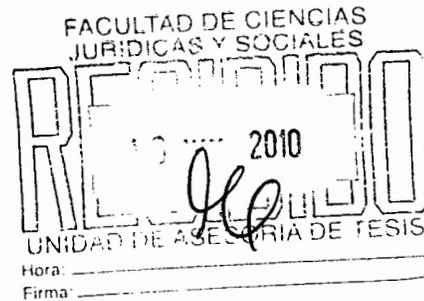
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 10 de junio de 2010

Licenciado

Marco Tullio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Me permito darle a conocer que de acuerdo al nombramiento de fecha dos de junio del año dos mil diez, fui designado por su despacho para proceder a la revisión de la tesis del bachiller José Christian Karel García Contreras, que se intituló: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN EL DELITO DE ESPIONAJE GENÉRICO REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA", me es grato hacer de su conocimiento.

1. La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con el delito de espionaje genérico y con la organización e infraestructura que se utiliza para la obtención de información secreta.
2. Durante el desarrollo de la tesis fueron empleados los siguientes métodos de investigación: analítico, con el que se señalaron los elementos que configuran el delito en estudio; el sintético, estableció su importancia; el inductivo, dio a conocer los problemas que genera y el deductivo, fue utilizado para determinar su regulación en la legislación penal guatemalteca. Se utilizaron las técnicas de fichas bibliográficas y documental, con las que se recopiló de forma ordenada la información doctrinaria y legal de actualidad.
3. La redacción empleada es la adecuada. Durante el desarrollo de la tesis la sustentante, demostró empeño, dedicación e interés, y de forma personal me encargue de guiarlo en las distintas etapas del proceso de investigación.
4. La tesis es una contribución científica para la bibliografía del país. Los objetivos se alcanzaron, al determinar la importancia de los elementos que informan al delito anotado. La hipótesis formulada se comprobó, la cual indica lo esencial de su persecución penal.



Lic. Ronald David Ortiz Orantes

ABOGADO Y NOTARIO



5. Las conclusiones y recomendaciones son congruentes y se relacionan entre sí de manera directa con el contenido de los capítulos, siendo la bibliografía que se utilizó la correcta. Además, le sugerí diversas modificaciones a los capítulos y a su introducción, siempre bajo el respeto de la posición ideológica del sustentante, quien se encontró conforme en su realización.
6. La bibliografía empleada para el desarrollo de la tesis se relaciona con los capítulos y con las citas bibliográficas, siendo acorde al tema y actualizada.

Con motivo de lo anotado, la tesis reúne efectivamente los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.



Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Avenida Reforma 12-01, Zona 10
Edificio Reforma Montufar
Oficina 1-12 Primer Nivel
Tel. 23612821
Revisor de Tesis

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de agosto del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JOSÉ CHRISTIAN KAREL GARCÍA CONTRERAS, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS QUE INFORMAN EL DELITO DE ESPIONAJE GENÉRICO REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA



A DIOS:

Por darme la sabiduría y entereza para alcanzar mis metas.

A LA MEMORIA DE

MI MADRE:

María Teresa Contreras, (Q.E.P.D.) por el apoyo brindado durante su existencia, que en mi vida marcó para seguir adelante y poder llegar al final del camino que fue iniciado de su mano.

A MI PADRE:

Nestor Joaquin Reynaldo García Valenzuela, por el apoyo recibido durante mis estudios.

A MIS HERMANOS:

Por el apoyo incondicional brindado durante mi carrera.

A MIS FAMILIARES

Y AMIGOS:

Que este triunfo les sirva de motivación para continuar bregando en el camino hacia el verdadero conocimiento.

A:

La Tricentennial Universidad de San Carlos de
Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales, templo del saber.



ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Importancia.....	3
1.2. Definiciones.....	5
1.3. Principios del derecho penal.....	6
1.4. Escuelas del derecho penal.....	9
1.5. Influencia de las escuelas del derecho penal en la legislación penal guatemalteca.....	19
1.6. Partes del derecho penal.....	19
1.7. Bien jurídico protegido por el derecho penal.....	20
1.8. Control social penal.....	24

CAPÍTULO II

2. Fuentes del derecho penal.....	31
2.1. Fuentes reales.....	31
2.2. Fuentes formales.....	32
2.3. Fuentes directas.....	32
2.4. La ley penal.....	34
2.5. El principio de legalidad.....	39
2.6. Analogía.....	46



2.7. Costumbre.....	49
2.8. Principios generales del derecho.....	50
2.9. Tratados internacionales.....	51
2.10. Jurisprudencia.....	52
2.11. Doctrina.....	53

CAPÍTULO III

3. El delito.....	55
3.1. Definición.....	58
3.2. La acción.....	59
3.3. Tipicidad.....	60
3.4. Antijuricidad.....	63
3.5. Culpabilidad.....	64
3.6. Punibilidad.....	66
3.7. Causas de inimputabilidad.....	66
3.8. Causas de justificación.....	66
3.9. Causas de inculpabilidad.....	68
3.10. Extraterritorialidad.....	69

CAPÍTULO IV

4. Elementos del delito de espionaje genérico regulado en la legislación penal guatemalteca.....	71
4.1. El espionaje genérico.....	71
4.2. Agravación del delito de espionaje genérico.....	72



4.3. El iter criminis.....	Pág.
4.4. La preparación del delito.....	73
4.5. Ejecución del delito.....	74
4.6. Circunstancias atenuantes.....	78
4.7. Circunstancias agravantes.....	80
4.8. Elementos que informan el delito de espionaje genérico.....	84
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN



El tema de la tesis se eligió debido a la importancia del estudio del espionaje, a su práctica y al conjunto de técnicas asociadas a la obtención de información confidencial; siendo las técnicas de espionaje comúnmente utilizadas durante la historia, la infiltración, el soborno y el chantaje.

La infiltración es la consistente en la utilización de una persona, denominada topo, cuyo cometido fundamental es ganarse la confianza de aquéllos que cuentan con la información para tener acceso a la misma. El soborno consiste en la compra de la información con dinero o con otros medios y también ha sido utilizada la coacción para obtenerla; técnica que se denomina chantaje generalmente y se realiza mediante la obtención de la información de carácter personal; que no sea de conocimiento público. En cualquiera de los casos, dichas técnicas encontraban su fundamento en informadores que, como tales personas, eran susceptibles de ser utilizadas por aquéllos a los que se pretendía espiar, con lo que la información obtenida no era siempre veraz.

Los objetivos señalaron que, con el desarrollo de las nuevas tecnologías, han surgido diversas técnicas que permiten la obtención de la información objetiva; como fotografías y conversaciones sin la intervención del ser humano. La hipótesis formulada comprobó que, hoy día, existe una floreciente industria destinada a facilitar sofisticados medios tecnológicos, que van desde satélites espías hasta microcámaras, tanto para el espionaje como para la protección de la información.



La tesis se dividió en cuatro capítulos: en el primero, se señaló el derecho penal, su importancia, definiciones, principios del derecho penal, escuelas, partes, bien jurídico protegido y el control social penal; el segundo, indicó las fuentes del derecho penal, fuentes reales, fuentes formales, fuentes directas, la ley penal, analogía, costumbre, tratados internacionales, jurisprudencia y doctrina; en el tercero, se dio a conocer el delito, definición, la acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad, causas de inimputabilidad, causas de justificación y causas de inculpabilidad y, en el cuarto, se estableció la importancia de analizar los elementos jurídicos que informan el delito de espionaje genérico de conformidad con la legislación penal de Guatemala.

Los métodos utilizados fueron: analítico, con el cual se describió, clasificó y caracterizó el espionaje genérico; el sintético señaló el delito de espionaje genérico; el inductivo su regulación legal y el deductivo lo interpretó como parte de los delitos que atentan contra la seguridad nacional. Siendo este tema eminentemente jurídico y doctrinario, durante la investigación se utilizaron las técnicas de información bibliográfica y documental, con las cuales se obtuvieron documentos, libros y tratados relacionados con el tema de espionaje genérico y su persecución penal.

CAPÍTULO I



1. Derecho penal

El Estado de Derecho consiste en un elemento indispensable de la democracia. Es por ello, que el individuo y sus derechos inherentes se constituyen en el centro de la organización de la sociedad, de forma que los fines y valores colectivos solamente tienen sentido en la medida que sean contributivos a un mejor desarrollo de las capacidades individuales de quienes integran la sociedad guatemalteca.

Por ende, los poderes públicos adquieren legitimidad en la forma en la cual se configuran como agentes promotores y garantizadores del desarrollo y del respeto de los derechos individuales de la ciudadanía del país.

Para alcanzar dichos objetivos, no se tiene que alcanzar la paz pública fundamental para el debido desenvolvimiento de las actividades individuales y además se deben eliminar las diferencias sociales, económicas y culturales que originan que amplios sectores de la sociedad se encuentren en forma de inferioridad al momento de llevar a cabo el desarrollo de sus planes vitales.

“El conjunto del ordenamiento jurídico desempeña un papel clave en los esfuerzos de la sociedad, y de los poderes públicos que la representan, para establecer bases justas de convivencia sobre las cuales todo lo constituye, tras la Constitución, el sector más



significativo a la hora de garantizar las condiciones para una convivencia pacífica y ordenada”.¹

Al derecho penal le son correspondientes dos labores de importancia como lo son: la primera, establecen en brindar protección a los presupuestos imprescindible y fundamentales para la adecuada convivencia frente a los ataques intolerables, y especialmente frente a los sectores de la sociedad con un mayor grado de vulnerabilidad y el segundo se indica, forma de control de los medios de coerción de mayor poder permitidos a los poderes públicos, para asegurar que la intervención sobre los delincuentes siempre se va a encontrar precedida por el mayormente elevado y estricto control relacionado con sus derechos individuales y debido a la arbitrariedad relativa tanto en el momento de la demostración de su participación en el delito, como también a la relacionado con la valoración de la gravedad de su actuación, al momento de la imposición de la pena acorde o a la de velar por su efectivo cumplimiento.

“La especial relevancia del derecho penal en las modernas democracias ha venido acompañada de una progresiva confluencia de sus contenidos. Esto es especialmente perceptible en el llamado derecho penal continental, es decir, el que tuvo su origen en la Revolución Francesa. Así, se ha originado un corpus de conceptos jurídico-penales ampliamente compartidos, que permite señalar un derecho penal común en un ámbito geográfico considerable, y que tiene que ver singularmente con los requisitos necesarios para poder exigir responsabilidad penal a una persona por la realización de

¹ Alimena, Bernardino. **Principios de derecho penal**, pág. 12.



un determinado comportamiento, sin olvidar igualmente la progresiva concordancia en la naturaleza de las penas susceptibles de imposición y, en menor medida, en las garantías procedimentales”.²

Es de importancia la difusión de los conocimientos jurídicos entre los operadores del derecho, así como también entre aquellos que tienen que convertir las leyes en realidad. Una de las consecuencias de dicha tendencia relativa a la creación de supraestructuras legales sin la existencia de una repercusión práctica consiste en la inexistencia de una reflexión doctrinaria y jurisprudencial que se encuentre directamente ligada a la interpretación de la legislación penal de Guatemala, que sea vigente a todos los juristas que tengan interés.

Pero, la reflexión jurídica es esencial para poder posibilitar una aplicación de la ley que sea uniforme, y atenta a la resolución de sus incongruencias, con las consiguientes ganancias en justicia y seguridad jurídica para toda la ciudadanía. El debate jurídico es una herramienta decisiva para la formación de futuros juristas, quienes tienen que ser educados bajo el aprendizaje de una debida argumentación jurídica.

1.1. Importancia

Dentro de una sociedad que se ha dotado democráticamente de una Constitución, es esa la norma que recoge todo el contenido fundamental relacionado con el acuerdo

² Cerezo Mir, José. **Problemas fundamentales del derecho penal**, pág. 20.



social al cual se ha llegado de cara al ejercicio del poder, por más que el mismo se encuentre condicionado, y desde luego, susceptible de poder ser modificado.

Dentro de la Constitución, se tiende a especificar, no solamente la forma en la cual venían siendo habituales los procedimientos formales del ejercicio del poder, o sea, la estructura política del Estado, sino también los objetivos que se busca perseguir con ello.

Ello, ha dotado a las normas fundamentales de principios que tienen que inspirar en todo momento el actuar de los poderes públicos y los cuales inspiran un extenso catálogo de derechos fundamentales, libertades políticas o garantías individuales.

La profunda imbricación entre el poder y el derecho a la cual da lugar el condicionamiento jurídico relativo al ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, y ya no bajo la limitación sustancial a la descripción del procedimiento que se tiene que encargar del ejercicio de la fuerza, sino también provoca interés en el aseguramiento de que ésta persiga fines determinados, los cuales sin lugar a dudas son de carácter trascendental para el adecuado mantenimiento de la paz pública y del debido orden social.

De la forma anotada, se logra la introducción dentro del sistema político-jurídico de las pautas valorativas, cuyo rango normativo les otorga la capacidad de limitación y promoción de actuaciones de los poderes públicos de forma que se les convierte en



referencias necesarias de toda crítica a la vigente realidad social y de todo afán de modificación social.

1.2. Definiciones

“Derecho penal es una rama del saber jurídico que mediante la interpretación de 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”.³

“El derecho penal es la ciencia que determina el contenido de las facultades que corresponden al Estado como sujeto de la actividad punitiva”.⁴

“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”.⁵

“Derecho penal es la facultad de imponer penas que tiene el Estado como único ente soberano, o sea, es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso”.⁶

³ Soler, Sebastián. **Derecho penal**, pág. 40

⁴ Gómez, Eusebio. **Tratado de derecho penal**, pág. 60.

⁵ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, pág. 34.

⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano**, pág. 50.



“El derecho penal es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, mediante el principio de legalidad, de defensa o de reserva”.⁷

1.3. Principios del derecho penal

Dentro del marco conceptual del derecho penal, es esencial determinar la estructura de la intervención penal garantista en la cual se denominan respectivamente los principios de la protección, de la responsabilidad y de la sanción.

- a) Principio de lesividad: el mismo ha marcado el paso de la antijuricidad formal, que se estimaba como suficiente para considerar como legitimado el carácter delictuoso de un comportamiento con la correspondiente declaración del legislador positivo, que suele plasmarse en la idea de la dañosidad social.

El principio de lesividad plantea exigencias primordiales al momento de la incriminación de una conducta, debido a que es referente a un comportamiento que lesiona las necesidades del sistema social en su conjunto, superando con ello el conflicto entre autor y víctima.

⁷ Soler. **Ob. Cit.**, pág. 42.



También, las consecuencias negativas de su conducta tienen que encontrarse constatadas en la realidad social, lo cual implica la debida accesibilidad a su comprobación por las ciencias empírico-sociales. Es mediante este principio como se alcanza una distinción propicia entre el derecho penal y la moral.

- b) Principio de neutralización de la víctima: este principio consiste en un elemento fundamental de todo el derecho penal garantista, y encuentra su origen en la voluntad del Estado relativo a que la respuesta al conflicto penal quede en sus manos y no en las víctimas. Ello explica el surgimiento de la acción penal pública, el cual consiste en el reflejo de que todo delito es constitutivo de una agresión al conjunto de la sociedad, y no sencillamente a los directamente afectados.

De esa forma, la atribución a la víctima en cuanto a sus posibilidades por lo general, es bastante limitada en su actuación en el marco del proceso penal, debido a que en primer lugar se fundamenta en la necesidad del mantenimiento de la deslegitimación de la venganza privada.

En estrecha relación con lo anotado, trata de evitar la socialización de los intereses de la víctima, en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparían diversos grupos sociales, especialmente aquellos con mayor cercanía a ella o lesionados debido al miedo a la criminalidad, la cual fomenta las actuaciones desproporcionadas contra el delincuente o injustas contra inocentes, como se produce en la actualidad.



Con el principio de neutralización de la víctima se busca evitar una legislación simbólica, que no cuente con efectividad pero que tranquilice a las víctimas y que libere a los poderes públicos para la existencia de un adecuado control de sus obligaciones relativas a un efectivo control de la delincuencia.

Lo que busca es aspirar al posibilitamiento de un derecho penal que por encontrarse centrado en una eficaz protección de la sociedad, tiene que encontrarse girando en torno a los efectos relacionados a obtener en el delincuente, la prevención de la criminalidad.

- c) Principio de intervención mínima: se fundamenta en al reconocimiento de un determinado déficit de la legitimación del derecho penal, que se origina en la interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos mediante el subsistema de control social y la limitada eficacia social atribuida al mismo.

“Del principio de intervención mínima surgen dos subprincipios. El primero de ellos es el de carácter fragmentario del derecho penal, que permite utilizar a éste exclusivamente para la salvaguarda de los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, sólo frente a los ataques más intolerables a tales presupuestos imprescindibles. El segundo de ellos es el de subsidiariedad, que entiende el derecho penal como el último recurso frente a la desorganización social, una vez que el Estado ha agotado todas las posibilidades que



le ofrecían, tanto medidas de política social en general, como otros subsistemas de control social no jurídicos o jurídicos no penales”.⁸

El principio anotado precisa de una profundización y renovación conceptual. Por un lado resulta profundamente cuestionado de forma implícita a partir de la potenciación que se produce relativa a la utilización simbólica del derecho penal. Por otro lado, se acostumbra basar la infundada creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen de manera insuficiente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control.

1.4. Escuelas del derecho penal

“Las escuelas jurídico-penales son el cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones”.⁹

En las escuelas del derecho penal se recoge el pensamiento de las personas que se han dedicado al análisis y estudio de la aplicación del derecho penal a través del tiempo. Ello ha tenido a su vez, una influencia determinante para el desarrollo y aplicación del derecho penal positivo consistente en la aparición de cada corriente del pensamiento que se ha concretado a la creación del Código Penal, permitiendo con ello la evolución del derecho penal, como una institución en la cual ha sido constantemente revisada

⁸ Gómez. **Ob. Cit.**, pág. 65.

⁹ Fontán Palestra, Carlos. **Derecho penal**, pág. 50.



para el alcance del progreso de la civilización; el cual consiste en el objetivo común de toda la humanidad.

Pero, la ciencia del derecho penal, como también el estudio sistemático y con un método de lo que es, ha sido el que comienza con el movimiento que se conoció como escuela clásica del derecho penal. Con ello comienza el desarrollo de las teorías que han influido, mediante el tiempo y lugar en los códigos penales.

“Como contrapuesta a los postulados de la escuela clásica surge la escuela positiva, que tomando a la primera como fundamento, rechaza muchos de sus principios esenciales y propone nuevas teorías del derecho penal. Ambas escuelas representan así, dos polos opuestos en cuanto al estudio de la ciencia del derecho penal”.¹⁰

El derecho, al ser la institución creada por la interacción de los hombres dentro de un proceso evolutivo retardado, ha hecho que quede plasmado, mediante la historia, el pensamiento de diversos hombres que se han dedicado al análisis y estudio del derecho penal. De esa forma, el mismo ha sido motivo del apareamiento de diversas corrientes del pensar, las cuales a su vez proponen teorías y es de esa forma es como surgen las escuelas del derecho penal, como respuesta a la necesidad de estudiar profundamente la importante institución que para la sociedad y su conservación representa el derecho penal.

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 165.



“Escuela es la dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación, trabaja con un método peculiar, y responde a unos determinados presupuestos filosóficos”

Las escuelas del derecho penal consisten en el conjunto de doctrinas y de principios que mediante la utilización de un método tienen por finalidad la investigación de la filosofía del derecho de penar, la naturaleza del delito, la legitimidad del ius puniendi y los fines de la pena.

De la fusión de la escuela clásica y de la escuela positiva surgen una serie de escuelas intermedias o eclécticas, las cuales retoman los principios de la escuela clásica que consideran correctos, y además adicionan algunos de los modernos postulados de la escuela positiva.

- a) Escuela clásica: de conformidad con los principios que pregona el iluminismo, la sanción penal se justifica en la utilidad social. Esos principios contienen también la afirmación de que la pena tiene que ser entendida como medio de defensa social y que encuentra sus limitaciones en las exigencias de la necesidad. Por otro lado, la pena lleva a cabo sus actuaciones como intimidación a la colectividad, o sea como prevención general.

Dichos principios, aceptados originalmente, van dejando paso más tarde a las nuevas concepciones que son tendientes a poner de manifiesto la existencia de un elemento

¹¹ Jiménez de Asúa. **Tratado de derecho penal**, pág. 36.

ético en la definición penal. Ese elemento ético anotado encuentra su fundamento en la consideración de la parte espiritual del culpable y se encamina a la realización de una justicia completa, tomando en consideración el principio de la retribución moral o jurídica. Dentro de esa concepción, los juristas se remontan a una configuración metafísica del derecho, siendo esa naturaleza adquirida por la consideración de su origen.

El derecho penal se encuentra encaminado al desempeño de una función ético-redistributiva, y consecuentemente, a la cantidad y gravedad de la pena, las cuales tienen que ser proporcionadas a la gravedad del delito que haya sido cometido. El delito surge como una nueva concepción relativa a ser un ente jurídico y no como un ente de hecho, en tanto que el delincuente es dejado a un lado y se le exige responsabilidad.

La aplicación de las penas y en general todo el derecho penal, se fundamenta sobre el presupuesto necesario de la existencia del libre albedrío en la persona del delincuente. Con las ideas anotadas, aparece la escuela de los juristas que se denominó escuela clásica.

“Las ideas que dieron nacimiento a la escuela clásica del derecho penal, tuvieron su más cercano e importante antecedente en las tesis expuestas; en el libro de Marqués de Beccaria de los delitos y las penas. Su obra se basa esencialmente en la crítica a los abusos del derecho penal y procesal penal de su época. Beccaria propugna para el



derecho penal los siguientes principios: racionalidad, legalidad, publicidad, igualdad, proporcionalidad de las penas, dignidad de las mismas, abolición de las penas inhumanas y degradantes, así como la pena de muerte y sobre todo la idea de que es más justo y preferible prevenir que penar”.¹²

Pero, reconociendo la importancia de la obra anotada, es importante señalar que la teoría de la retribución, es de utilidad como fundamento de las concepciones penales clásicas. En las ideas penales de la Iglesia Católica es posible encontrar antecedentes relacionados con la pena y con la retribución.

Para esta teoría el aniquilamiento del delito es el talión, en cuanto que la lesión es lesión y ello significa que el delito tiene que anularse no como una producción de un mal, sino como una violación del derecho en cuanto a derecho. La pena para la teoría clásica no es más que la retribución, que tiene que ser llevada a cabo por el juez legítimo con ponderación y medida, de un mal por el mal.

La escuela clásica nunca realizó reuniones, no tuvieron sede o local alguno, no existía tampoco un jefe o cabeza. Los principales representantes de la misma ignoraron que posteriormente se les considerara como tales.

“La escuela clásica fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el derecho penal representaba, procuró la humanización por medio del respeto a la ley, del

¹² *Ibid*, pág. 49.



reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado".¹³

Dentro de las concepciones de los clásicos se encuentran diversas tendencias y es por ello que a veces resulta inadecuada la denominación de escuela ya que dentro del grupo de los clásicos pueden encontrarse una variedad de tendencias. Así se encuentran entre ellos a los que fundamentan el derecho penal en la tutela jurídica, a quienes creen que tiene que buscarse en el principio de la explicación o de la justicia y a los que sostienen que es un fundamento en la defensa de la sociedad. En esta escuela se encuentra un contenido heterogéneo, pero en general se caracteriza por su índole filosófica y por su sentido humanitario y liberal.

El libre albedrío es la esencia primordial de la filosofía de la escuela clásica, y establece que todos los hombres nacen con igualdad para llevar a cabo sus actuaciones de conformidad con el derecho, de forma que quien no actúa conforme al derecho, lo hace a su libre elección.

En esta escuela, el hombre nace con igualdad de derechos, motivo por el cual la ley tiene que ser de carácter general para todos los hombres. Además, la responsabilidad moral, es de importancia debido a que el hombre nace con libre albedrío y tiene que actuar conforme al derecho, de ahí que si no lo hace existe una responsabilidad moral en su decisión.

¹³ Fontán. **Ob. Cit.**, pág. 60.



El delito consiste en el punto de importancia sobre el cual gira toda la escuela clásica, el cual es una entidad completamente jurídica. Además, el método de investigación utilizado por la misma fue el método deductivo, o sea ir de lo general a lo particular. Es de importancia señalar que el derecho penal consiste en una ciencia normativa y consecuentemente perteneciente al mundo del deber ser, motivo por el cual no era posible utilizar el método empleado por las ciencias naturales en el cual las normas son inflexibles. La pena era concebida como un mal y como medio de tutela jurídica. La pena es proporcional al delito y este postulado se encuentra en estrecha relación con el principio de legalidad debido a que la pena tiene que ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y anteriormente señalada en la ley.

- b) Escuela positiva: es constitutiva de una tendencia bajo principios de mayor uniformidad que los de la escuela clásica. La misma, nace como una reacción a los excesos jurídicos de la escuela clásica, a sus excesivos formalismos, al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente y a su creencia de haber agotado la problemática jurídico penal.

La ciencia en general se había orientado hacia el uso del método experimental y positivo para la investigación de los hechos. Se había aumentado la criminalidad y la reincidencia, aparte de la influencia que ejercían sobre el delincuente determinados fenómenos económicos y naturales. La reunión de tales hechos produjo el nacimiento de la escuela positiva, la cual recibió dicha denominación desde sus inicios.



La escuela positiva del derecho penal parte del fundamento de que el hombre es el objeto esencial del derecho sancionador, y el método a utilizar fue el positivo-inductivo.

El método positivo consiste en aquél que le otorga la debida importancia a la adaptación de las ciencias sociales. Es por ello que la ciencia penal, se interesa por el delito como una conducta humana y no como un ente jurídico. El delito, por ende es considerado como un fenómeno individual y social, por lo cual es esencial estudiar al hombre y al medio que le rodea. De esa forma llega a la evolución del positivismo y al estudio de los factores individuales y sociales del delito.

Siendo el hecho delictivo el resultado de una vivencia y del medio que le rodea, es bastante difícil e inaplicable la tesis relativa al libre albedrío, que tiene que dejar paso al determinismo, debido a que el ser humano no obraba tomando las decisiones de su propia voluntad. Consecuentemente la pena no puede consistir en un castigo. Por ello el positivismo consiste en el precursor de la doctrina de la defensa social. En esa doctrina se determina que la sociedad tiene el derecho a defenderse de los ataques de quien los hacen, lo hagan de forma consciente o inconscientemente. Se conciben las medidas de seguridad, que tienen que sustituir a las penas. El positivismo persigue con la sanción la resocialización del delincuente, su readaptación a la vida en la sociedad.

Los postulados de la escuela positiva consisten en la negación de los señalados por la escuela clásica, siendo estos que se niega el libre albedrío y su fundamento consiste en que el hombre no escoge de forma libre y de manera consciente cuando comete un delito, debido a que en algunos casos el delincuente no puede decidir por sus abusos,



siendo ello la base del delincuente nato, la responsabilidad social, el delincuente no es el punto de estudio y el delito sólo es una consecuencia, el método utilizado es el inductivo, es decir ir de lo particular a lo general, la pena tiene que ser proporcional al peligro no al delito, las medidas de seguridad tienen mayor importancia que las penas, se clasifica a los delincuentes y no a los delitos y se proponen sustitutivos penales como un remedio para evitar la abundancia y crueldad en las penas.

- c) Otras escuelas penales: la oposición entre la escuela clásica y la escuela positiva dieron lugar al nacimiento de una serie de tendencias intermedias que suelen agrupar estas teorías bajo la rúbrica del positivismo crítico. Como principales circunstancias que dieron lugar al surgimiento de este fenómeno, se encuentran: la influencia en la cual el positivismo llevo a cabo críticas científicas que hicieron surgir una tendencia en el ámbito positivista, la alarma de los seres humanos de leyes que vieron suplantadas sus doctrinas por otras que procedían de un campo extraño y se dispusieron a defender la independencia del derecho penal frente a los dogmas clásicos, rechazando otros y aceptando los postulados positivistas que estimaron viables y la fecundación de las teorías propias de cada país por las tesis de orden positivista, que engendra un producto de tipo híbrido como lo es el positivismo crítico con color local y peculiar estilo en cada área geográfica.

El positivismo crítico dio lugar al surgimiento de la *terza scuola*. La misma, es coincidente con la positivista en su concepción del delito, la cual contempla también en su aspecto real como fenómeno natural y social en su comprensión de la razón de

justicia penal, que ve en la defensa de la sociedad. En lo relacionado al fundamento del derecho de castigar, se encargan de rechazar tanto el principio positivista de la responsabilidad social como también la imputabilidad moral, basada en el libre albedrío de los clásicos.



“Se encuadra también en el positivismo crítico la escuela sociológica o joven escuela, que nace en el área de los países germánicos. Se configura como una dirección de política criminal que aspira a provocar una tregua en la lucha de escuelas”.¹⁴

En los postulados de la escuela sociológica se advierte su fisonomía ecléctica y su naturaleza componedora. En lo relativo al método, el derecho penal continúa en relación con el resto de ciencias penales, propugnando el experimental para éstas y el lógico-deductivo.

Se toma en consideración el delito como un fenómeno natural y como un ente jurídico, estudiándose sus causas y sus factores, sin la existencia de perjuicio alguno y por el cual se haya realizado una construcción dogmática. En relación al fundamento del derecho de sancionar, se entiende que su base consiste en la imputabilidad moral, pero a la vez se admite también la fórmula positivista del estado de peligro. Consecuentemente, acogen, al lado de las penas, a las medidas de seguridad.

¹⁴ Cerezo. **Ob. Cit.**, pág. 64.



1.5. Influencia de las escuelas del derecho penal en la legislación penal guatemalteca

La repercusión de la evolución de la ciencia del derecho penal se encuentra explícita e implícitamente plasmada en el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. Ésto, como unidad, es el resultado de la fusión de principios provenientes de distintas escuelas jurídico-penales.

Es por ello que no se puede señalar una tendencia absoluta y única, debido a que los autores del código, buscando el criterio que más se acercase a lo adecuado, tocaron y se fundamentaron en los postulados de distintas escuelas para alcanzar así, un código en el cual se recopilara de mejor forma cada escuela. Por ende, la escuela clásica, la escuela positiva y las escuelas eclécticas influyen de forma directa en la creación de los códigos penales incluyendo el guatemalteco.

1.6. Partes del derecho penal

Para su estudio, el derecho penal se divide en dos partes, las cuales son coincidentes con la división de la mayor parte de los códigos penales.

- a) Parte general: la misma es aquella que se ocupa de las diversas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas que tienen relación con el delincuente, delito, penas y medidas de seguridad, tal y como sucede con el



Libro Primero del Código Penal guatemalteco.

- b) Parte especial: se ocupa de los ilícitos penales propiamente dichos como lo son los delitos y las faltas. Así como también se ocupa de las penas y de las medidas de seguridad que tienen que aplicarse a quienes los cometen, tal y como sucede en el Libro Segundo y Tercero del Código Penal vigente.

1.7. Bien jurídico protegido por el derecho penal

La conceptualización de bien jurídico, surgido como el principio de lesividad, con el que se encuentra estrechamente ligado en lo relacionado con la profundización de la idea de la antijuricidad material frente a la antijuricidad formal propia del positivismo jurídico, se ha configurado como un instrumento técnico-jurídico de esencial importancia para la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social.

Mediante el concepto de bien jurídico, se le otorga al derecho penal de diversos bienes con las cualidades fundamentales para acomodarse a los distintos principios de la intervención penal y que son capaces de la configuración en su torno de preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro. Consecuentemente, se señala al bien jurídico protegido de forma que sería rechazable cualquier precepto que no señale que penas o conductas transgreden o ponen en peligro la forma significativa de los presupuestos indispensables para la convivencia.



El concepto de bien jurídico ha sido cuestionado debido a que originalmente admitía en su seno objetos que eran de protección puramente ideal, de forma que su utilidad metodológica era dudosa en el derecho penal, el cual lo que procura es vincular las decisiones tutelares a los daños sociales.

Cualquier bien jurídico en cuanto a ser un juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, cuenta con un componente ideal y dicho juicio supone la integración de una situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las realidades sociales.

Dichas situaciones o realidades sociales con el substrato del bien jurídico sufren un proceso de abstracción o generalización que desvincula las correctas formas de manifestación.

“Pero las formas concretas de manifestación son materiales y eliminadas por la abstracción, tales situaciones o relaciones sociales se diferencian en unidades socialmente delimitadas, y tales unidades pueden ser dañadas de un modo empírico-socialmente constatable, siempre que se entienda la dañosidad en un sentido no natural, dando lugar por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales”.¹⁵

¹⁵ *Ibid*, pág. 69.



También, es de importancia señalar que los daños se apoyan siempre en la alteración de una realidad natural, la cual sirve de soporte a las precedente unidades de la realidad social. Dicha alteración viene, como mínimo representada por la misma acción o por la omisión de un comportamiento externo, pero normalmente supone la alteración ulterior de la realidad natural que se une al comportamiento externo y en donde se produce con frecuencia la afección, de un objeto material que es constitutivo del apoyo físico que permite la realización de la conducta protegida.

“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 jurídica, se concuerda en que es la fase de creación del derecho la que le ofrece las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades.

En relación a ello ha surgido el problema relacionado con la identificación de los criterios de selección de bienes jurídicos, o sea, de la determinación que otorga la legitimidad al poder legislativo para la elaboración del catálogo de bienes jurídico-penalmente protegidos.

La protección de los bienes jurídicos por parte del derecho penal se lleva a cabo mediante el instrumento que constituye las normas jurídico penales, siendo las mismas las prohibiciones y los mandatos.



A través de las prohibiciones el derecho penal prohíbe las acciones encaminadas a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos. Mediante los mandatos se ordena la realización de determinadas acciones para evitar la transgresión de los bienes jurídicos.

Ello, tiene que llevarse a cabo en la medida en la cual van dirigidas para conseguir el objeto de las prohibiciones y de los mandatos, y no de puras normas que valoran comportamientos.

La norma consiste en el presupuesto lógico de la ley. Las mismas se fundamentan en juicios de valor previos a ellas, que se pueden concertar en tres, uno positivo y dos negativos: el juicio de valor positivo versa sobre determinados bienes que, al protegerse por el derecho, se convierten en bienes jurídicos. El primer juicio de valor negativo es referente a los resultados de lesión o de peligro de dichos bienes jurídicos. El segundo juicio de valor negativo se encuentra encaminado a las conductas tendientes a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos.

El reconocimiento de la prioridad lógica de los juicios de valor no altera el carácter de las normas como normas de determinación, debido a que todo acto de voluntad siempre se fundamenta en un juicio de valor.

La aceptación de las normas como normas de determinación posibilita el entendimiento de los preceptos permisivos, de fundamental relevancia en los momentos de la



configuración de la responsabilidad penal a las cuales se les denomina causas de justificación.

Dichos preceptos no consisten en mandatos o en prohibiciones sino en autorizaciones para llevar a cabo conductas que por lo general son prohibidas u ordenadas. De esa forma, su concurrencia hará que de la norma general no derive en ningún momento un deber jurídico para el sujeto.

1.8. Control social penal

El control social exige que las instituciones sociales se involucren y que sean de naturaleza primaria como la comunidad social y la familia. Así también que existan de naturaleza secundaria como la opinión pública y la policía. Y poder colaborar con el aseguramiento de que los comportamientos de la ciudadanía guatemalteca sean socialmente adecuados, ello es, bajo el respeto de los contenidos del orden social.

“El sistema de control social está diferenciado en una pluralidad de subsistemas, cada uno de los cuales abarca un sector concreto de la intervención social, como, por ejemplo: el ámbito familiar, el escolar, el laboral, el religioso, el de amistades, el de la comunidad local, el de las relaciones de intercambio, el de ocio, el de las relaciones jurídicas y el del derecho penal”.¹⁶

¹⁶ Cerezo. **Ob. Cit.**, pág. 72.



La norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, para la determinación de la sanción a imponer y del cumplimiento de la misma, consisten en elementos primordiales del sistema de control de la sociedad.

El sistema de control social consiste en un conjunto, y cada uno de sus subsistemas, se encuentran primariamente constituidos por normas, que en el contexto social de Guatemala abandonan si la experiencia las contradice, la inobservancia o falta de respeto de las normas sociales, por parte de algunos ciudadanos.

A lo anotado, contribuye de forma decisiva el que el órgano encargado del mantenimiento de la operatividad del subsistema acorde, sea considerado legitimado para reaccionar frente a las violaciones de la norma; con la imposición de una sanción a su infractor.

Dicha sanción, la cual puede tener características bastante diversas de conformidad con el ámbito social, supone en cualquiera de los casos, la reafirmación de la vigencia de la norma frente a todos sus destinatarios y evitar su olvido. Todo ello, tiene lugar dentro de un procedimiento, que a pesar de que tiene variaciones sustanciales en su grado de formalización de conformidad con el sector social, lo que busca es; la determinación de las condiciones de la infracción de la norma, para poder fijar la sanción procedente en relación a esa infracción.



El derecho penal viene a ser un subsistema que se encuentra más dentro del sistema del control social, que persigue sus mismas finalidades de aseguramiento del orden social y se sirve a su vez de instrumentos idénticos y fundamentales, o sea, de normas, sanciones y del proceso.

La virtualidad limitada del derecho penal es esencial, debido a que la rama anotada por sí sola y desligada de otros subsistemas de control social, no cuenta con eficacia para el aseguramiento de la vigencia de sus normas.

Dicha constatación, válida para todos los subsistemas y que además pone de manifiesto su necesaria interacción recíproca, limita que el derecho penal se atribuya tareas irrealistas como agente de transformación social, y le obliga en especial a que sus objetos de protección y los principios inspiradores de sus sanciones y de su procedimiento sean coincidentes de forma sustancial; con lo que han escogido los otros subsistemas de control social. En caso contrario, el derecho penal solamente será productor de sufrimiento innecesario.

También, es de importancia señalar que el reducido campo de actuación del derecho penal, el cual es derivado de su consideración como último recurso del que dispone el control social, limita la intervención de los comportamientos que cuestionan los presupuestos que no permiten el mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos permita dar lugar a un intensa y rápida desorganización social.



Además, su elevado grado de formalización, es notablemente superior en comparación a otros subsistemas, y refleja su estrecha vinculación a los postulados propios del liberalismo político.

El fundamento de esa actitud se resume en el temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria.

La caracterización relacionada con los rasgos más sobresalientes del derecho penal en sus tareas de control social, guarda estrecha relación con el modelo de intervención penal defendido durante las últimas décadas, el cual se encarga de propugnar un derecho penal garantista.

Las tesis abolicionista hace la consideración del delito, como un conflicto entre los intereses contrapuestos de las partes que el derecho penal moderno es incapaz de evitar, siendo igualmente inadecuado para prestar atención a las necesidades de la víctima o para ayudar al delincuente.

Por ello, es de importancia la pronta solución de los conflictos de los cuales se ocupa el derecho penal al margen de él, poniendo en contacto directo a la víctima y al delincuente.

Sin embargo, las tesis abolicionistas tienen un alcance bien limitado, debido, a que ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni tampoco



suponen el abandono del ámbito del control social; sino que solamente trasladan la problemática a otro subsistema de éste en el cual se pierden las importantes ventajas del control social formalizado propio del derecho penal, particularmente en lo que respecta al distanciamiento entre el autor y la víctima, así como también entre las partes neutralizadoras de las diferencias sociales y económicas.

“La ideología del tratamiento, con su puesta en primer plano de la resocialización del delincuente en detrimento, si es preciso, de la seguridad jurídica, ha dejado en las últimas décadas de constituir un punto de referencia especialmente significativa de la ejecución de la pena. Su utilización como alternativa global, ha tropezado, ante todo, con su ineficacia, por la insuficiencia de las técnicas disponibles, pero también con su injustificada focalización en la desviación individual desconsiderando los aspectos sociales y, no en último término, con la injerencia injustificable en la personalidad del individuo que conlleva”.

El auge actual del derecho penal garantista se explica no tanto, por ser un modelo de intervención penal, que asume por completo los planteamientos eclécticos relacionados con la legitimación del derecho penal, sino con el efecto aunador de voluntades, que tales posturas suelen suscitar debido a que señala el escéptico respeto a las posibilidades del derecho penal como instrumento de control social.



Dicha actitud es la que permite la comprensión de la autolimitación de las características del garantismo, y que es expresiva de las interrelaciones recíprocas entre las distintas fuentes de la legitimación del derecho penal.

La humanización del derecho penal se basa en la consideración de la pena como un mal y, consecuentemente, obliga al reestablecimiento de la seguridad jurídica, para la valoración del tratamiento como un derecho disponible del delincuente y al perfeccionamiento del sistema de penas.

La configuración del derecho anotado como un derecho penal mínimo, el cual aspira a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivos generales, mediante la identificación del límite superior; contribuye significativamente al control social.

La desconexión de las exigencias éticas, lleva a que el contenido del derecho penal se provea en función de las necesidades sociales; que son históricamente condicionadas para el mantenimiento del orden social, así como de las vigentes concepciones sociales relacionadas con los bienes que se tienen que proteger y el sistema de responsabilidad que se tiene que respetar.



CAPÍTULO II



2. Fuentes del derecho penal

Tomando en consideración la perspectiva jurídica y en atención al sentido figurado del término, las fuentes del derecho penal son: las referentes al lugar de origen, o de nacimiento del mismo; tratándose con ello de determinar de forma precisa el punto de partida de las normas jurídico-penales, las cuales, debido a su propia naturaleza y por los bienes jurídicos que tutelan, tienen peculiaridades que las hacen diferir del resto de normas jurídicas.

2.1. Fuentes reales

A las fuentes reales también se les denomina substanciales y tienen su fundamento, en la realidad social de los seres humanos y de las comunidades y son referentes a los hechos de la naturaleza, a las expresiones del ser humano o a los actos de la sociedad que se encargan de la determinación del contenido de las normas jurídico-penales, o sea, consisten en las expresiones y manifestaciones socio-naturales anteriores a la formación de una norma penal, debido a que son los fenómenos naturales y sociales los que constituyen y plantean las necesidades de regulación penal por parte del Estado, con la finalidad de proporcionar protección a bienes jurídicos que en un determinado momento se consideraban bajo la amenaza derivado de efectos provenientes de los fenómenos indicados.



2.2. Fuentes formales

Las mismas son identificadas con el proceso de creación jurídica de las normas penales, y de los órganos del Estado que se encuentran destinados de forma técnica al proceso de conformidad con la organización respectiva al Organismo Legislativo, mediante el Congreso de la República; con participación en última instancia, del Poder Ejecutivo quien ordena su correspondiente publicación y participación directa en determinadas ocasiones, cuando es referente a Decretos leyes que regulan materia de tipo penal. En sentido amplio, las fuentes formales del derecho, siempre tienen íntima relación con el sujeto del cual emanan con exclusividad las normas jurídicas, que es el Estado y sus órganos correspondientes.

2.3. Fuentes directas

También se les denomina fuentes inmediatas y son aquellas que a través de ellas mismas cuentan con la posibilidad de emanar de forma directa y de manera inmediata del derecho penal, o sea, son normas imperativo-atributivas que llevan a cabo la descripción de delitos, de penas y de medidas de seguridad.

“Las fuentes directas del derecho penal, suelen dividirse en fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición; las fuentes de producción se refieren al poder que dictan las normas o la autoridad que declara el derecho, que no es más que el Estado a través del Organismo Legislativo, representado por el Congreso de la

República, que es el lugar donde por excelencia se producen las leyes; y las fuentes de cognición se refieren a la forma que el derecho objetivo asume la vida social y en la cual se manifiesta la expresión de la voluntad del legislador, es decir, los códigos y las leyes penales".¹⁷

Para el ordenamiento jurídico guatemalteco solamente la ley, es fuente directa de producción del derecho penal, en virtud de que el mismo se encuentra estrictamente alrededor del principio de reserva, de defensa o de legalidad al establecer en el Artículo uno del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley".

Lo anotado quiere decir que en el medio jurídico del país coexiste, más fuente de producción y cognición del derecho penal que la misma ley penal, la cual como patrimonio del poder público representado por el Estado consiste en la única que tiene la virtud de la creación de figuras delictivas, así como de penas y de medidas de seguridad aplicables a las mismas. El principio de legalidad que se proyecta como un dispositivo que tiende a evitar la arbitrariedad judicial del Estado mediante los órganos jurisdiccionales, en cuanto a la valoración de conductas que han de ser consideradas como delictivas, y la imposición de la pena y de las medidas de seguridad, buscando con ello dar certeza y seguridad jurídica a la ciudadanía, consagrando a la ley penal

¹⁷ Hurtado Aguilar, Hernán. **Derecho penal compendiado**, pág. 44.



como la fuente exclusiva directa e inmediata del derecho penal, relegando a un segundo plano, como fuentes indirectas o mediatas la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina y los tratados internacionales.

La creación de las figuras delictivas de estado peligroso y la determinación o agravación de las penas o medidas de seguridad, solamente pueden ser llevadas a cabo a través de una ley. Del principio de legalidad, se deriva una restricción bastante considerable de la falta de fuerza legal de la costumbre y de los principios generales del derecho como fuentes del derecho penal.

En atención a ello y debido a la importancia de la cual reviste la ley como generadora de derecho penal, es fundamental señalar sus distintas manifestaciones al igual que su fundamento, o sea, el principio de legalidad, su origen y desarrollo, su naturaleza, fines y garantías que implica.

2.4. La ley penal

En sentido general la ley puede ser definida como el conjunto de las normas legales que son emitidas a través del Estado de sus órganos competentes, cuyo objetivo consiste en regular la vida y asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos dentro de una sociedad jurídicamente organizada.

La ley es una disposición jurídica de carácter general, que es emanada de los diversos

órganos del Estado que tienen encomendado el desempeño de las funciones legislativas.



La facultad de castigar es correspondiente exclusivamente del Estado y se manifiesta para su aplicación mediante un conjunto de normas jurídico-penales tendientes a la regulación de la conducta humana en una sociedad jurídicamente organizada. Dicho conjunto de normas penales o leyes penales, tienen como característica peculiar un doble contenido: por un lado la descripción de una conducta humana denominada delito y la descripción de su consecuencia penal consistente en la pena o en las medidas de seguridad.

“Dinámicamente considerada, el juicio valorativo implícito en toda ley penal, se traduce en una desaprobación de la conducta que se trate. Porque no puede ser otro el significado que el legislador castigue esa conducta con una pena”.¹⁸

Desde un punto de vista estático, la ley penal consiste en un imperativo que se encuentra dirigido al juez para que si ocurre el presupuesto, o sea el delito, entonces sea aplicada la pena correspondiente. Desde el punto de vista dinámico, la norma jurídica contiene una prohibición que alcanza a todos los que se encuentren sujetos a ella. La ley es, una valoración de una conducta establecida, pero al prohibirla trata de asegurar que todos los que se encuentren obligados a ella, se encarguen de su determinación y de su comportamiento de conformidad con las prohibiciones

¹⁸ *Ibid*, pág. 60.



establecidas. O sea, la ley penal es constitutiva tanto de una norma de valoración como de una norma de determinación.

Todo ser humano ante el mundo que le rodea, tiene una doble posibilidad de poder manifestarse, o sea de intervención en el mismo mediante su actividad para modificarlo o bien de no intervención a través de su inactividad, para dejar que todo transcurra regido de forma exclusiva por la causalidad.

Las actividades o inactividades que el ser humano lleva a cabo de manera intencional, por descuido o de forma fortuita, se traducen en beneficios o perjuicios, o sencillamente son de carácter neutral para el resto de los seres humanos.

A la ley penal le interesan exclusivamente las actividades o inactividades humanas que de manera intencional o por descuido se traducen en perjuicio de los demás. En atención al ordenamiento jurídico guatemalteco, la ley penal se puede objetivizar mediante la ley penal ordinaria, la cual se encuentra representada en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala mediante leyes penales especiales que se encargan de la regulación de una materia específica de protección penal como la Ley de Narcoactividad, o bien mediante decretos leyes emitidos por el Organismo Ejecutivo para la protección de bienes jurídicos amenazados en un momento determinado o por convenios o tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala.



“A las leyes penales que han sido elaboradas a través de todo el proceso técnico para la creación de las leyes y en los órganos técnicos e idóneamente establecidos para ello, en el ordenamiento jurídico del Congreso de la República, se denominan leyes penales formales, y a los preceptos de carácter general que describen alguna conducta ilícita y van acompañados de una pena, pero que precisamente no han emanado del Organismo Legislativo, porque nacen dentro de un gobierno de facto o en un período de emergencia se les denomina leyes penales materiales”.¹⁹

Las leyes penales completas consisten en los preceptos penales de carácter general, que fundamentalmente llevan a cabo la descripción con alguna precisión y de forma concreta la cual puede ser constitutiva de una conducta humana delictiva, e inmediatamente como complemento, determinan que las normas penales o medidas de seguridad a la cual se puede hacerse acreedor en el caso de llevar a cabo la conducta que describe la norma.

Las leyes penales prohíben u ordenan la realización de determinadas acciones y señalan las sanciones correspondientes. Se distinguen, por ende, en la ley penal dos elementos, la norma y la sanción. Estas leyes penales que contienen la norma y la sanción son las que se consideran como leyes penales completas.

Las leyes penales en blanco o abiertas como también se les denomina, consisten en los preceptos penales de carácter general, que señalan de forma precisa las sanciones que

¹⁹ *Ibid*, pág. 60.



se tienen que imponer a conductas que no se encuentren expresamente determinadas en dicha norma. Son aquellas que se encuentran incompletas, aquellas que aparecen en el Código Penal, con la pena señalada, pero su descripción de conducta delictiva tiene que ser buscada en una ley distinta o en un reglamento.

La ley penal abierta no cobra valor, sino después de dictada la ley o reglamento a que se remite y para los hechos delictivos posteriores a ésta.

En las leyes penales en blanco o leyes necesitadas de complemento, se ofrece la particularidad de que el presupuesto no se consigna de forma específica en la misma ley penal, debido a que se remite a otra fuente del derecho o bien del mismo o de distinto rango.

“Las posibilidades de remisión de las leyes penales en blanco son tres: a) la ley se remite a otro precepto contenido en la propia ley penal; b) la ley se remite a otra ley distinta; c) la ley se remite a una disposición de rango inferior”.²⁰

Las leyes penales en blanco difieren de las leyes penales incompletas, debido a que estas no se encuentran bajo la dependencia precisa del auxilio de otra ley o reglamento, si no más bien de una interpretación extensiva, ya que en su conformación o sea en su estructura, son deficientes y bien limitadas, y no expresan todo lo que el legislador realmente quiso decir. Finalmente, es de importancia diferenciar las leyes penales en

²⁰ Ibid, pág. 70



blanco o abiertos, y las leyes penales incompletas de las denominadas lagunas legales debido a que en las mismas existe carencia total de la regulación legal, o sea, no existe ninguna norma legal que sea encargada de la regulación de determinado tipo de conducta.

2.5. El principio de legalidad

En lo relacionado con el origen y desarrollo del principio de legalidad, sus antecedentes se encuentran en el derecho romano y en el derecho canónico. El surgimiento del principio de legalidad, se asienta en la corriente filosófica denominada Iluminista.

El principio de legalidad se ha identificado siempre con la clásica expresión de *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, que se adjudica al formular la teoría de la pena como coacción psicológica.

“La preocupación por la seguridad jurídica llevó a formular en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, el principio de que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.²¹

²¹ **Ibid**, pág. 74.



El principio de legalidad funciona como un dispositivo legal tendiente a la protección del ciudadano de la posible arbitrariedad judicial del Estado. El derecho penal ha sufrido a través de la historia transformaciones que caracterizan la más sólida garantía conferida a la libertad individual dentro de un estado de derecho, dentro de un régimen democrático. En este principio se reconocen las ideas garantistas del principio de irretroactividad de la ley penal, la cual es incriminadora.

“Con el desdoblamiento hacia el *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* queda descartada la elección consuetudinaria del uso de la analogía para crear figuras delictivas o justificar, fundamentar o agravar penas, y más recientemente con el apareamiento del *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, conocido como el principio de taxatividad, de determinación o de certeza, quedan totalmente prohibidas las incriminaciones indeterminadas”.²²

La Constitución guatemalteca, al acoger los principios garantistas que tienen relación con los derechos humanos, amplía de forma sostenible el contenido del principio de legalidad en relación a los textos constitucionales anteriores. No se tiene que olvidar, que las normas fundamentales no se agotan en la dimensión de su texto, sino que las mismas se complementan con las disposiciones sobre los derechos humanos internacionales.

²² De León Velasco, Héctor y José de Mata. **Derecho penal guatemalteco**, pág. 88.



Todas las Constituciones modernas contienen un capítulo de declaraciones de derechos y garantías ciudadanas. Dentro de las mismas, ninguna ha omitido el ideal de seguridad individual contra la actuación de los poderes del Estado en materia penal, ninguna ha dejado de prever el principio de legalidad como elemento esencial de control de la actuación estatal relativa a la libertad del individuo. Lo fundamental de compatibilizar la letra y el espíritu de las normas fundamentales a las declaraciones internacionales, constituye en la actualidad una exigencia de orden jurídico universal.

Con la observancia del principio de legalidad de manera efectiva, se busca impedir la actuación del Estado de forma absoluta y arbitraria, reservándole al individuo una esfera de defensa de su libertad, cuya garantía inicial la otorga la ley, de forma que la conducta humana posible de reprobación penal, tiene que encontrarse prevista de forma expresa en la ley, vigente en la época en la cual el acto antijurídico se produjo. Dicho principio da a la palabra ley, el sentido de norma preestablecido de una acción que se juzga delictiva, consiste en algo más que un mero accidente histórico o una garantía que se puede despreciar y asume el carácter de un principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda ser calificada como jurídica. El principio nullum crimen sine lege es producto de un proceso, por cierto, consistente en un proceso no concluido, y es más, los aspectos del nuevo problema revelan la imperiosa necesidad de reforzarlo, debido a que pueden darse violaciones del mismo, sin necesidad de la derogación expresa.

En la legislación penal guatemalteca, el principio de legalidad implica fundamentalmente



tres tipos garantías: a) la garantía criminal, b) la garantía penal, y c) la garantía procesal. Las dos primeras quedan claramente establecidas en el Artículo 17 de la Constitución que señala: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda”.

También es de importancia citar el Artículo 84 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala que regula: “Principio de legalidad. No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley”.

El principio de legalidad encuentra su complemento en el principio de exclusión de analogía, debido a que por la misma los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones.

El Artículo dos del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “No hay proceso sin ley. No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior”.

Al lado de la garantía procesal se encuentra la garantía jurisdiccional, a la cual hace alusión la doctrina guatemalteca y tiene que garantizar el principio de legalidad en las garantías individuales al expresarse en el Artículo 12 de la Constitución Política de la



República: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o Secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

Posteriormente es desarrollado en el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo cuatro: “Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio”.

Una garantía fundamental, pero que no siempre se encuentra recogida en las legislaciones consiste en la ejecución penal. La garantía en la ejecución es la relativa a que en la aplicación de una pena o de una medida de seguridad no se puede restringir más derechos que los que se encuentren previamente establecidos legalmente y aquellos que están específicamente en la sentencia.

La letra muerta de la ley, inclusive la de rango constitucional, no es de utilidad, sino es complementada con una vigorosa interpretación jurisdiccional, o sea, se encuentra bajo la dependencia de la interpretación que llevan a cabo los jueces en lo relacionado al principio constitucional ordinario, para la debida constitución de la garantía de un factor

arbitrario.



De forma independiente a las formalidades que asume la normativa constitucional, las expresiones de cada orden normativo se revelan en su interpretación con diversos grados de sensibilidad, tanto en la interpretación como también en la obediencia que se les tiene que prestar, siendo de importancia la eficaz interpretación de la norma constitucional que al recoger una garantía, tiene que ser del más elevado alcance y por ende tiene que operar para todo el ordenamiento jurídico guatemalteco, motivo por el cual se sostiene que la constitucionalidad del principio de legalidad, no encuentra sus limitaciones solamente al derecho penal.

La legalidad es referente a la idea relacionada con que la ausencia expresa de la prohibición determina expresamente la permisión de la conducta, motivo por el cual el Artículo cinco de la Constitución representa la expresión de un principio de legalidad de amplio espectro, debido a que ningún sujeto puede ser obligado o hacer o dejar de llevar a cabo cosas, sino es en virtud de una disposición legal.

El principio de legalidad, se aproxima a una garantía constitucional y no a un derecho individual, el cual no tutela de forma específica un bien, sino que se encarga del aseguramiento de la prerrogativa particular de repeler obligaciones que sean impuestas por otra vía que no sea la de la ley. El principio en mención insertó en el Artículo 17 de la Constitución, que se garantiza el principio de reserva.



De manera tradicional, el análisis y la interpretación del Código Penal relegaba la interpretación constitucional mientras que actualmente se habla de un derecho penal y procesal penal constitucional consciente de que la Constitución Política recoge una serie de diversos factores que a pesar de encontrarse en la ley penal ordinaria, fueron elevados a la categoría de norma constitucional, con la finalidad de asegurar un derecho penal eminentemente garantista y protector de los derechos humanos que obliga al desarrollo, interpretación y aplicación del derecho penal desde una perspectiva constitucional, desarrollando los principios fundamentales que se encuentran en la misma.

Ello ocurre con mayor razón si se toma en consideración que a pesar de que existe un Código Procesal Penal moderno, el Código Penal sustantivo ignora muchos de sus principios y garantías, siendo ello una razón bien justificada para hacer del derecho penal un derecho con carácter constitucional, el cual en la actualidad exige de mayores y nuevas perspectivas de análisis a la luz de los Acuerdos de Paz que presagian la consolidación de un auténtico estado de derecho, en el cual el derecho penal y el derecho procesal penal tienen que ser considerados, no como instrumentos para la persecución y el castigo, sino como instrumentos para impartir justicia.

En cuanto a los problemas que plantea el principio de legalidad, es de importancia señalar que dicho principio es el resultante de una acción que tiene desde el punto de vista formal, que regir en todo el sistema de justicia penal en el país, constituyéndose desde la cúspide constitucional dentro de una garantía jurídica y de política social del

ciudadano al ius puniendo del Estado.



Pero, el mismo consiste en un principio con susceptibilidad de completa realización, no solamente debido a que consiste en un principio que nunca es susceptible de plena realización, no solamente porque en la práctica depende en la mayoría de ocasiones de una adecuada y estricta interpretación judicial, sino porque en la estructuración de la parte especial de los códigos penales es necesaria la existencia de un casuismo exagerado para el descubrimiento de lo abstracto de la norma y de la rica variedad de hechos que podrían darse en la vida real.

La exigencia de la concreción, se refiere no solamente a la descripción de las conductas delictivas, sino que también a la fijación de los marcos penales. Un marco bastante amplio es incompatible con el principio de legalidad.

Entre los mayores riesgos que pueden poner en peligro el principio de legalidad, se encuentran los siguientes: tipos penales abiertos, leyes penales indeterminadas, las conductas culposas que necesitan de una valoración al juzgador, lo cual por lo regular posteriormente se analizan dentro de lo que es analogía e interpretación analógica.

2.6. Analogía

En la legislación penal vigente en Guatemala, existe una diferencia bien aceptada por la doctrina y compartida por la mayor parte de legislaciones penales, debido a que



mientras para la analogía no es permitida, la interpretación analógica se encuentra permitida.

La analogía consiste en la semejanza entre las ideas o cosas distintas, cuya aplicación tiene admisión en determinadas ramas del derecho para la resolución de un caso que no se encuentra previsto legalmente, mediante otro que siendo análogo o similar si está previsto. Para que exista analogía ese requiere de una laguna legal, o sea, de un caso que no se encuentre en la ley penal como un delito o como una falta, y posteriormente que exista otro que si encontrándose previsto sea similar o análogo al no previsto y se pretenda juzgarlo de la misma forma, buscando la integración de la ley penal.

El Artículo siete del Código Penal establece: “Por analogía los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”.

Como fundamento tiene el principio de legalidad del Artículo uno, de forma que usar la analogía como un recurso para la integración de la ley penal frente a una laguna legal, se encuentra completamente prohibido debido a que vulnera el principio de defensa o de reserva que es el fundamento del ordenamiento jurídico penal, el cual es el criterio real para evitar la arbitrariedad en que pudiera caer el criterio judicial. A pesar de ello, la doctrina y la jurisprudencia se muestran favorables para la aceptación de la analogía en el campo de los eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal y en las causas que extinguen el delito o la pena, debido a que se trata de normas que no lesionan las garantías jurídico penales de la persona.



En relación a la interpretación analógica, la misma se encuentra permitida como un recurso de interpretación, el cual consiste en una interpretación extensiva de la ley penal cuando buscando el espíritu de la misma y se encuentra que el legislador se quedó limitado en la exposición del precepto legal, en donde existe una diferencia bien marcada entre la analogía y la interpretación analógica.

En la analogía existe una completa ausencia relacionada con una disposición legal encargada de la regulación del caso concreto mientras en la interpretación analógica que regula el caso pero de forma restringida, lo cual se desprende del espíritu, debido a lo cual tiene que interpretarse de forma extensiva sin caer en la analogía.

Dicha analogía por sí sola no pretende integrar la ley penal cuando no existe regulación penal para el caso concreta, lo cual se encuentra prohibido, mientras que la interpretación analógica pretende interpretar la ley penal cuando el caso se encuentra previsto, lo cual está permitido.

Las fuentes directas también son llamadas inmediatas, y son aquellas que por sí solas no cuentan con la virtud de poder crear normas jurídicas con carácter obligatorio, pero las mismas bien pueden ser influyentes y ayudar indirecta y mediatamente en la creación y proyección de nuevas normas jurídico penales, además de que pueden ser de mucha utilidad en lo relacionado con la interpretación, valoración y aplicación de la ley penal, cuando se refiere a la resolución de casos concretos.

Pero, las fuentes del derecho penal, las cuales son consideradas en Guatemala, se caracterizan debido a que no cuentan con la eficacia coercitiva que solamente es reconocida mediante la ley penal, y por ende, no son de acatamiento obligatorio. Entre las mismas se encuentran las siguientes: costumbre, principios generales del derecho, los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina.



2.7. Costumbre

Aunque existe discrepancia entre los tratadistas, por costumbre se señala: “La costumbre en el ámbito jurídico, se concibe como un conjunto de normas jurídicas no estrictas, ni impuestas por el uso y la observancia general dentro de una región o grupo social determinado”.²³

Desde dicha perspectiva, la costumbre puede considerarse como una fuente creadora de normas en otras ramas.

La costumbre se considera como fuente creadora de normas en otras ramas del derecho, pero en el derecho penal debido a la vigencia y a lo esencial del principio de legalidad de los delitos, la costumbre no puede ser considerada como fuente directa del derecho penal, toda vez que entraría en contradicción con el principio de legalidad y con el principio de analogía.

²³ Cabanellas. **Ob. Cit.**, pág. 200.



El Artículo dos de la Ley del Organismo Judicial, hace prevalecer la utilización de la ley, relativa sobre cualquier uso, costumbre o práctica en contrario, pero, a la luz del Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala que señala: “Protección a grupos técnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígenas en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”. Del Artículo citado, se puede inferir que siendo Guatemala un país multiétnico y pluricultural, la costumbre de conformidad con la ley puede ser una fuente indirecta del derecho penal, por cuanto que no solamente puede encargarse de la creación de normas penales, sino también de derogar las existentes en un lugar determinado.

En Guatemala es indiscutible la existencia de un derecho consuetudinario en etnias y en determinados grupos sociales, los cuales funcionando paralelamente al sistema jurídico oficial, han tenido éxito en la resolución de conflictos por ser de naturaleza eminentemente reparadora, correcta y preventiva, además de prescindir de la escritura, el formalismo y la burocracia que caracteriza al sistema oficial.

2.8. Principios generales del derecho

Son los valores máximos a los cuales puede aspirar el derecho como ciencia, o sea son los siguientes: la justicia, la equidad y el bien común, los cuales entre otras ramas del derecho suelen considerarse como fuentes supletorias, pero que en el derecho penal,



debido a su naturaleza abstracta y debido a la primacía del principio de legalidad, no pueden considerarse como fuentes directas e inmediatas, porque para tratar de alcanzarlos se tienen que cristalizar dentro de la misma norma penal del Estado.

“Debido a su naturaleza de postulados axiológicos, suelen ser de superlativa importancia para la interpretación, valoración y aplicación del derecho penal en la resolución de casos concretos, pero no pueden considerarse como fuente directa productora de derecho penal”.²⁴

2.8. Tratados internacionales

Son los referentes a los convenios, acuerdos o tratados existentes entre diversos países, los cuales han sido suscritos, aceptados y ratificados por Guatemala, y que desde ese momento se convierten en ley de carácter general y obligatorio para toda la República.

El Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula lo siguiente: “Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

²⁴ Hurtado. **Ob. Cit.**, pág. 76.



El principio de legalidad elevado a norma constitucional continúa jugando el papel de mayor importancia en lo relacionado a la creación de figuras delictivas o de categorías de estados de peligro, así como también de la aplicación de las penas o de las medidas de seguridad.

Lo esencial del Artículo 46 de la normativa constitucional es de orden específico para la interpretación y aplicación de la ley en materia de derechos humanos, pero no puede suplir la ley como fuente directa del derecho penal.

2.9. Jurisprudencia

La jurisprudencia consiste en la reiteración de fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales en igual sentido. En sentido estricto, la jurisprudencia consiste en el derecho a la doctrina formada por las sentencias o resoluciones emitidas de manera reiterada, en igual sentido y en una misma materia por la Corte Suprema de Justicia.

La misma da lugar al nacimiento de nuevas normas jurídicas con eficacia obligatoria, y no puede ser considerada como fuente directa del derecho penal, debido a que la jurisprudencia no puede considerarse fuente directa del derecho penal ya que se trata siempre de criterios o de normas de aplicación probable, debido a que la Corte Suprema de Justicia cambia en ocasiones en la interpretación de la ley, es decir, no se encuentra vinculada de forma necesaria a los criterios mantenidos en las sentencias anteriores.



“La jurisprudencia puede ser de utilidad para el conocimiento y para la interpretación de la ley en la aplicación a casos concretos, pero no puede en el medio guatemalteco ser fuente directa del derecho penal”.²⁵

La jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo tiene un gran valor en Guatemala, debido a que es constitutiva de la interpretación, sino también de la creación del derecho.

2.10. Doctrina

También se le denomina derecho científico y es referente al conjunto de teorías, opiniones y especulaciones que se llevan a cabo en relación al derecho penal por parte de los juspenalistas y de los doctos en derecho penal.

Es de importancia la creación y el desarrollo del derecho penal y es con la doctrina que se ha originado el denominado derecho penal científico colectivo. La doctrina no es aceptada como fuente directa productora del derecho penal, debido a que tiene que considerarse como una reforma a los nuevos cuerpos legales con la finalidad de satisfacción de las exigencias de un nuevo derecho penal científico.

²⁵ **Ibid**, pág. 79.



CAPÍTULO III



3. El delito

Para la determinación del concepto de delito es fundamental tomar en consideración los elementos integrantes del mismo, los cuales por lo general tienen aceptación doctrinaria y además son reconocidos legalmente, debido a que los emplea.

De los elementos que constituyen el delito se ha ocupado la teoría jurídica del delito, la cual lleva a cabo una elaboración conceptual que se ha encargado de ir depurando los elementos que son integrantes de un comportamiento delictivo.

Debido a que la legislación penal guatemalteca no contiene una definición expresa de lo que se tiene que entender por delito, se deben tomar en consideración los elementos que lo integran.

La relación de causalidad se encuentra regulada en el Artículo 10 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta”.



El delito doloso se encuentra regulado en el Artículo 11 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Delito doloso. El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

El delito culposo se encuentra regulado en el Artículo 12 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Delito culposo. El delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”.

El derecho penal puede sentirse orgulloso de que existan avances teóricos a través de la utilización racional de la especulación abstracta y la aplicación rigurosa de la lógica jurídica y el nivel de versación jurídica que es necesario para su dominio, que la convierten en un auténtico paradigma de las construcciones racionales que es capaz de producir el derecho.

Consecuentemente, el intérprete tiene que aplicar el criterio lógico que brinda la teoría jurídica del delito la cual enseña que para que exista delito se tienen que dar una serie de elementos, lógicamente escalonados, que demuestran su existencia.

Dichos elementos consisten en la acción u omisión, la tipicidad, culpabilidad y la antijuricidad y la punibilidad, los cuales son elementos que han dado lugar al



surgimiento del denominado concepto del delito. Se denomina así debido a que proceden por la acumulación de componentes aislados que se encuentran en una relación lógica de componentes aislados que se encuentran en una completa relación lógica fundamental, de forma que cada uno de sus elementos presupone los anteriormente anotados, renunciándose a una acción conjunta de lo que el hecho delictivo representa.

Dentro de la base de la teoría del delito se encuentra el comportamiento del ser humano, motivo por el cual el intérprete tiene que comenzar por preguntarse, ante todo, si lo que tiene se encuentra en el análisis de un comportamiento o conducta humana. El concepto de la acción juega así su papel básico en la teoría del delito.

A partir de lo anotado, y mediante distintas elaboraciones teóricas, se han ido introduciendo los restantes elementos teóricos. Con el elemento de la tipicidad se señala que la conducta penalmente relevante se deduce de las descripciones que lleva a cabo la ley penal de la legislación positiva, la que presenta diversos tipos, los cuales consisten en conceptos de carácter formal y las figuras son por abstracción las que tiene que llevar a cabo el legislador. En lo relacionado con el elemento de la antijuricidad se define como lo no permitido por la norma, hasta tomar el tema de la confrontación entre la conducta llevada a cabo y la prescrita a través del orden jurídico establecido.

“El elemento culpabilidad ha sufrido diversas transformaciones históricas: si para el



causalismo contenía sobre todos las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa, en la actualidad, a partir del concepto finalista de acción, se acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido a que se encuentren en el tipo, dando lugar a tipos dolosos e imprudentes; la culpabilidad, según este concepto, es un juicio de reproche que se formula a quien no se abstiene de actuar, pudiendo hacerlo, de acuerdo al mandato de la norma”.²⁶

Por último aparece la punibilidad, como el elemento que se encarga de la aportación de los contenidos de oportunidad y de conveniencia precisos en determinados casos para lograr alcanzar completamente el concepto de delito.

3.1. Definición

“El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo a ella”.²⁷

“Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable, a la que está señalada una pena”.²⁸

²⁶ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**, pág. 68.

²⁷ González de la Vega, Francisco. **Derecho penal mexicano** pág. 146.

²⁸ Cerezo. **Ob. Cit.**, pág. 56.



3.2. La acción

Los tipos penales son referentes a actuaciones en general, en las cuales se logran abarcar tanto los comportamientos activos como también omisivos. La conducta, o acción en sentido amplio, consiste en todo comportamiento que se deriva de la voluntad del hombre, y de la voluntad que implica siempre la finalidad que se busca. La acción es, por ello, el ejercicio de una voluntad final.

La dirección final de la acción se lleva a cabo en dos fases, siendo ellas una interna que ocurre siempre dentro de la esfera del pensamiento, en la cual el autor se impone para la realización del fin, y posteriormente se encarga de la selección de los medios, y otra externa, en la cual se lleva a cabo lo antes planeado en el mundo externo.

De conformidad con lo anotado, cuando en un comportamiento del ser humano no se encuentra presente el componente de la voluntad no se puede decir que existe acción debido a que en dichos casos no se encuentra latente la voluntad y, consecuentemente, quien actúa violentado no lleva a cabo la acción penalmente relevante.

Al llevar a cabo la acción se produce una mutación en el mundo circundante un resultado. Entre la conducta y el cambio que se lleva a cabo en el mundo fáctico como efecto de esa conducta, tiene que existir una conexión o relación, la cual se denomina relación de causalidad, si el resultado no se produce, a pesar de la ejecución de los actos del delito y a la voluntad en dicho sentido manifestada, surge la figura de la

tentativa. La acción y el resultado son dos aspectos distintos del delito, los cuales se enlazan debido precisamente a la relación de causalidad.



La acción consiste en una forma pasiva en la omisión. La omisión que le interesa al derecho penal consiste en aquella en la cual el sujeto no lleva a cabo sus actuaciones a pesar de que tenía la debida capacidad para poder actuar.

La acción y la omisión, cumplen de forma efectiva la teoría del delito en función de elementos básicos. Al respecto, es de importancia anotar que ello no implica la necesidad de que pertenezcan a la acción o a la omisión todos los elementos que posteriormente van a ser considerados en el tipo de lo injusto.

3.3. Tipicidad

Consiste en la característica especial del delito relativa a encontrarse el hecho descrito legalmente como delito. Además, es una consecuencia del principio de legalidad, debido a que solamente los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden ser considerados como tales. El tipo penal llega a ser entonces la descripción abstracta de la conducta, y cuenta con tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora.

En lo relativo a la función seleccionadora del tipo, la misma es referente a que hay una selección del legislador entre todas las conductas humanas, por medio de la cual

determina por último como delitos, aquellos actos socialmente **insoportables** vulneradores de bienes jurídicamente tutelados por el orden jurídico.



En la tipicidad, la función de garantía, la cual es el reflejo directo del principio de legalidad, expresa que solamente los comportamientos descritos como delitos en la ley respectiva pueden ser sancionados. La función motivadora del tipo es referente a que, a través de la amenaza de la sanción establecida en él, los ciudadanos se ven conminados o motivados de actuar de conformidad con el orden establecido.

“Los tipos penales tienen dos componentes básicos: el aspecto objetivo, que se refiere a lo externo de la conducta, y el aspecto subjetivo, que alude al elemento psicológico del comportamiento”.²⁹

En cuanto al aspecto objetivo, se distinguen los tipos de acción o de sencilla actividad, los cuales se constituyen solamente por un comportamiento, y los tipos de resultado, en los cuales además forma parte de ellos un efecto un efecto separado de la conducta consistente en el resultado, y su respectiva relación de causalidad entre la acción y el resultado.

En lo relacionado al aspecto subjetivo del tipo, se puede distinguir entre los tipos dolosos e imprudentes o culposos. De los primeros forma parte la voluntad consciente del sujeto encaminada a llevar a cabo el comportamiento delictivo. En los segundos no

²⁹ Fontán. **Ob. Cit.**, pág. 76.



existe dicha voluntad, y en su lugar se exige que el sujeto actúe de manera descuidada sin tomar en consideración el peligro que se deriva de su comportamiento.

En determinadas ocasiones en los delitos dolosos, se exigen otros elementos de carácter subjetivo además del dolo, que se han denominado elementos subjetivos del tipo.

Es de importancia anotar que el conjunto de actos internos y externos que constituyen la acción o la omisión tienen una secuencia que se denomina iter criminis. No todo ese camino interno y externo puede ser sancionado penalmente, en atención a la seguridad jurídica.

En cuanto a los actos de preparación externa del delito, éstos pueden confundirse con actividades que no son delictivas, por lo que se penan solamente determinados actos preparatorios.

Existen ciertas acciones, pese a ser típicas, que no cuentan con importancia social suficiente como para ser sancionadas, debido a que consisten en comportamientos adecuados a la vida social ordinaria del ser humano, motivo por el cual se aceptan como ilícitos.



3.4. Antijuricidad

La antijuricidad se entiende como aquella relación de contradicción con el ordenamiento jurídico. Dicha contradicción ya se ha dado, aun de forma provisional, en cuanto que se comprueba la realización del tipo. Pero, en determinadas acciones en principio contrarias al orden jurídico pueden en determinados casos considerarse finalmente lícitas, lo cual sucede cuando se procede a la aplicación de una causa de justificación, la cual posteriormente convertirá en lícita una conducta que, sin dicha causa, sería antijurídica.

De esa forma, las causas de justificación lo que hacen es dejar de forma excepcional la infracción de los mandatos o de las prohibiciones que se encuentran contenidos en los tipos, cuando concurren determinadas circunstancias que al legislador le parecen de mayor importancia que la protección del bien jurídico protegido en el tipo.

Entre las causas de justificación se encuentra la de legítima defensa, siendo su fundamento aquel que reside en la necesidad de que se pueda encontrar un individuo para la defensa de los bienes jurídicos, y que se encuentre en unión al hecho de que existe agresión mediante una acción que es injusta y que, por ende, no tiene que ser soportada.

Por su lado, el estado de necesidad es otra de las situaciones que legitima un comportamiento típico. De conformidad con la legislación penal guatemalteca el mismo



existe cuando se comete un hecho en principio delictivo obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro.

“Hay dos grupos de casos de estado de necesidad: en el primer grupo, el fundamento de la exención es la salvación del interés objetivamente más importante, o sea el estado de necesidad justificante, que hace lícita la conducta típica llevada a cabo para salvar tal interés. En el otro grupo el interés lesionado sería igual al que se salva y en este caso la conducta típica realizada continúa siendo antijurídica, todo lo más, se le podrá disculpar de la pena al sujeto si ha actuado en una situación difícil, en la que no le era exigible dejar sacrificar el interés amenazado; se habla entonces de un estado de necesidad exculpante”.³⁰

3.5. Culpabilidad

Quien ha actuado antijurídicamente lleva a cabo un comportamiento típico, lesivo de un bien jurídico penalmente protegido, sin que el mismo se pueda amparar en una causa de justificación que haga su conducta finalmente lícita.

La culpabilidad aporta un elemento más, en cuya virtud se hace un juicio de reproche de quien ha optado por comportarse antijurídicamente, siendo así que ha estado en las condiciones necesarias para actuar de forma lícita, tal como lo prescribe el derecho.

³⁰ Marquez Pinero, Rafael. **Derecho penal**, pág. 35.



El reproche se fundamenta en que ha contado con la posibilidad de escoger o no, si se quiere llegar a formular de otra manera, para ser motivado por la norma dispuesta a abstenerse del comportamiento delictivo.

“Para que una persona sea culpable son necesarios los siguientes requisitos: a) imputabilidad o capacidad de la culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas. b) conocimiento de la antijuricidad, esto es, el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley, pues sólo así se puede motivar conforme a la norma. c) exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en que al sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas”.³¹

El Código Penal vigente, contempla de conformidad con los elementos de la culpabilidad anotados, determinadas causas de exención de la responsabilidad cuando no concurren algunos de los elementos anotados, causas que habrán de llamarse, causas de inculpabilidad.

³¹ **Ibid**, pág. 37.



3.6. Punibilidad

Es la que configura el último requisito que tiene que cumplirse para poder afirmar que se ha dado un delito en todos sus elementos. Con la misma se asegura de que no concurren las razones de oportunidad o de conveniencia favorables a no imponer la pena. Existen argumentos político-criminales que aconsejan prescindir de la pena, y así lo prevé el legislador guatemalteco.

3.7. Causas de inimputabilidad

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula las causas de inimputabilidad, preceptuando que: “No es imputable:

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

3.8. Causas de justificación

Las causas de justificación están reguladas en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son causas de justificación:



Legítima defensa: quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) **Agresión ilegítima;**
- b) **Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo;**
- c) **Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.**

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad: quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por el voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) **Realidad del mal que se trate de evitar;**
- b) **Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo;**
- c) **Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.**



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

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

3.9. Causas de inculpabilidad

El Artículo 25 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Son causas de inculpabilidad:

Miedo invencible: ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de una daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior: ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.

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

Obediencia debida: ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera

debida, cuando reúna las siguientes condiciones:



- a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;
- c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.
- d) Omisión justificada: quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable”.

3.10. Extraterritorialidad

La extraterritorialidad de la ley penal se encuentra regulada en el Artículo cinco del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Extraterritorialidad de la ley penal. Este Código también se aplicará:

1. Por delito cometido en el extranjero por funcionario al servicio de la República, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se perpetró el hecho.
2. Por delito cometido en nave, aeronave o cualquier otro medio de transporte guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se cometió el delito.
3. Por delito cometido por guatemalteco, en el extranjero cuando se hubiere denegado su extradición.
4. Por delito cometido en el extranjero contra guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país de su perpetración y el imputado se hallare en Guatemala.



5. Por delito que, por tratado o convención, deba sancionarse en Guatemala, aun cuando no hubiere sido cometido en su territorio.
6. Por delito cometido en el extranjero contra la seguridad del Estado, el orden constitucional, la integridad de su territorio, así como falsificación de moneda o de billetes de banco, de curso legal, bonos y demás títulos y documentos de crédito”.

CAPÍTULO IV



4. Elementos del delito de espionaje genérico regulado en la legislación penal guatemalteca

Es fundamental el estudio y análisis jurídico del delito de espionaje genérico de conformidad con la legislación penal guatemalteca, para determinar la seguridad del Estado.

4.1. El espionaje genérico

El Artículo 369 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula el espionaje genérico: Espionaje genérico. Comete éste delito:

1. Quien en tiempo de guerra sirviere de espía al enemigo, será sancionado con prisión de diez a veinte años;
2. Si el espionaje se verificare en tiempo de paz o a favor de potencia neutral, la sanción será de cinco a diez años;
3. Quien procurare u obtuviere, indebidamente, informaciones secretas, concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores del Estado, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales.



4.2. Agravación del delito de espionaje genérico

La agravación del delito de espionaje genérico se encuentra regulado en el Código Penal vigente en el Artículo 370 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Agravación. Si los hechos previstos en el inciso 3º. Del Artículo anterior, se cometieren durante un conflicto armado, al responsable se le impondrá el doble de la pena.

Cuando existe la agravación del delito anotado, la materialidad del hecho se configura por llevarse a cabo los hechos que hayan sido descritos en el tipo en tiempo de guerra. También, se presenta la voluntad para la obtención de información que afecta a los medios de defensa o a las relaciones exteriores del Estado guatemalteco.

4.3. El iter criminis

El delito, desde que se origina en la mente de su autor, hasta su total ejecución, pasa por diversas etapas o grados, conocidos en su integridad como iter criminis, que son los diversos niveles de realización que alcanza la voluntad del sujeto.

El primer nivel abarca la fase interna o subjetiva, en la cual el hecho es concebido en la mente del autor, y comprende dentro de sí la tentación criminal, la deliberación sobre los motivos de la realización del hecho y la resolución en relación con la realización o no del hecho.



El segundo nivel es consistente en la fase externa u objetiva, la cual comienza con los actos preparatorios, objetivamente hablando, a los que siguen los actos de ejecución y la consumación del hecho, la cual se dará al haberse llevado a cabo plenamente el tipo penal.

Los fines de control del derecho penal, no legitiman a éste para extender sus actuaciones hasta las actitudes internas, sin trascendencia externa de la ciudadanía.

En segundo lugar, en lo difícilmente captables que son estos actos internos, por lo que los procedimientos para su prueba son prácticamente imposibles y en tercer lugar en la consideración de que no se muestra la misma energía criminal y lo que sencillamente se piensa es lo que se plasma de forma final en actos.

4.4. La preparación del delito

Dentro de la fase externa suelen ser distinguidos los actos preparatorios y los actos de ejecución. En determinadas ocasiones los preparatorios suelen colocarse como fase intermedia entre los actos internos y los actos de ejecución.

“Desde la época de la escuela clásica se sigue la doctrina de la impunidad de los actos preparatorios, salvo casos excepcionales. Se alude a que los actos preparatorios no demuestran concretamente la clase de hecho a que se dirigen, pudiendo dar lugar a equívocos respecto a su auténtica naturaleza, además de que no llegan a lesionar más



que potencialmente los bienes jurídicos. Se han esgrimido también razones de política criminal, tales como que si el sujeto sabe que incurre en responsabilidad aunque desista tras haber realizado actos preparatorios, no le compensaría desistir de su acción”.³²

De conformidad con el Código Penal los actos preparatorios son, en general, impunes, a excepción que revistan una de las formas específicas de actos preparatorios punibles previstos de forma general y concretamente en el Artículo 17, y siempre que, además, se encuentre prevista dicha punición en el delito de espionaje genérico los actos preparatorios punibles son auténticos tipos de delitos.

4.5. Ejecución del delito

Los actos de ejecución del delito dan comienzo cuando los mismos se materializan externamente en actos directamente encaminados a su consumación, o sea, cuando se comienzan a llevar a cabo los elementos de la conducta descrita en el tipo.

Pero, se puede observar en la práctica que a veces el delincuente lleva a cabo actividades encaminadas a la consecución de sus fines, mediante actos externos típicos e idóneos, pero no alcanzan su meta, debido a motivaciones ajenas al mismo.

³² Hurtado. Ob. Cit., pág. 102.



De conformidad con el Artículo 14 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”. Consecuentemente a ello, el concepto legal de tentativa se extiende a todo el proceso de ejecución del delito previo a la consumación.

Tomando en la consideración de la doble configuración, objetiva y subjetiva, de los tipos, los elementos objetivos del tipo de la tentativa consisten en el comienzo de la ejecución y en la ejecución parcial o total de la conducta típica. A su vez, el elemento subjetivo lo es el dolo o la resolución delictiva.

Los actos ejecutivos son aquellos que se encuentran unidos a la acción típica que de conformidad con la concepción natural aparecen como parte suya. Pero, la concepción natural es bien amplia y no concreta cuándo existe unión de los actos a la acción típica.

“Una futura legislación penal guatemalteca debe poner en evidencia la necesidad de la conexión directa entre el hecho y su realización típica, situación que no capta plenamente la expresión relativa a la idoneidad de los actos, que contiene el Código Penal vigente”.³³

³³ Cabanellas. **Ob. Cit.**, pág. 224.

En cuanto a la ejecución parcial o total de la conducta típica, el segundo elemento objetivo es el referente a si el intento se ha llevado a cabo en su totalidad en relación a los elementos de la acción típica, o solo parcialmente.



La distinción entre la tentativa que supone la ejecución completa de la conducta típica, y la que solamente supone una ejecución parcial, es de importancia, debido a que es de utilidad ya que sirve de base para la determinación de la pena.

El aspecto subjetivo de la tentativa se encuentra en el dolo en relación a la realización de los elementos objetivos del tipo. Se necesita que el sujeto quiera llevar a cabo los actos constitutivos del hecho.

De ello se evidencia que los tipos culposos no pueden admitir tentativa alguna, debido a que solamente la habrá si existe como finalidad la de cometer un delito.

En relación al desistimiento voluntario, el Artículo 16 contempla de forma expresa el supuesto en el cual el autor desiste de forma voluntaria de llevar a cabo todos los actos necesarios para su consumación.

En los casos de delito imposible sucede que los medios utilizados para la ejecución del delito, o los sujetos u objetos a los cuales se dirige la acción, hacen imposible su consumación.

La ley guatemalteca se refiere al tema en el Artículo 15: "Tentativa imposible. Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad".



En el Artículo anotado se exige que la consumación resulte completamente imposible. Un delito es completamente imposible cuando en cualesquiera circunstancias, dados el medio o el objeto escogidos, resulta imposible que se produzca la consumación.

La realización de un delito imposible no queda sin reacción penal, pero la misma no consiste en una pena, sino en una medida de seguridad que atiende a la peligrosidad de quien propiamente ha querido cometer el delito.

En cuanto a la consumación los tipos penales se refieren al delito en su forma consumada, de tal suerte, se puede señalar que la consumación se da cuando se llevan a cabo los elementos del tipo penal.

En los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento en el cual se produce el resultado típico, mientras que en los delitos de peligro, la misma se produce en el momento en el cual se pone en peligro el bien jurídico.

También existe la consumación material del hecho, o agotamiento del delito, que es cuando el autor, además de haber llevado a cabo todos los elementos del tipo,

consigue la satisfacción del objetivo que buscaba, y por lo general, de relevancia jurídica o penal, debido a que va más allá de las previsiones típicas, no obstante en algunos casos la consumación formal no es suficiente, y es preciso que vaya acompañada, al menos, de una finalidad ulterior a ella que, si se consiguiera, daría lugar a la consumación material.



4.6. Circunstancias atenuantes

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 26 las circunstancias atenuantes del delito, siendo las mismas las siguientes:

“Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica: las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Exceso de las causas de justificación: el exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

Estado emotivo: obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación.



Arrepentimiento eficaz: si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación de perjuicio: si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad: no haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

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

Confesión espontánea: la confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

Ignorancia: la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

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

Provocación o amenaza: haber precedido inmediatamente de parte del ofendido,

provocación o amenaza en proporción al delito.



Vindicación de ofensa: haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados. Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión.

Inculpabilidad incompleta: las expresadas en el Artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

Atenuantes por analogía: cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”.

4.7. Circunstancias agravantes

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 27 las circunstancias agravantes del delito: “Son circunstancias agravantes:

Motivos fútiles o abyectos: haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía: ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su



ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentra, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

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

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

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

Abuso de superioridad: abuso de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.



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

Preparación para la fuga: ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito: cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad: cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo: cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Abuso de autoridad: prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión o cometerlo haciendo uso de funciones que anteriormente, hubiere tenido.

Auxilio de gente armada: ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.



Cuadrilla: ejecutar el delito en cuadrilla. Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.

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

Menosprecio de autoridad: ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta éste ejerciendo sus funciones.

Embriaguez: embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

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

Vinculación con otro delito: ejecutar el delito o para preparar, facilitar, consumir, u ocultar otro delito o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar: ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando este no haya provocado el suceso.

Facilidades de prever: en los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso

en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.



Uso de medios publicitarios: ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión.

Reincidencia: la de ser reincidente el reo. Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.

4.8. Elementos que informan el delito de espionaje genérico

En los hechos de espionaje el Código Penal de Guatemala se refiere a un sujeto en particular, o sea a un espía y a la actividad que lleva a cabo, y en dicha actividad existen diversos elementos; siendo su estudio fundamental.

La palabra espía deriva del vocablo italiano spiare y en la sociedad guatemalteca es referente al acecho de secretos referentes a la seguridad del Estado. “Espía es la persona que se mantiene al acecho para comunicar a otro sus secretos”.

Los elementos del espionaje genérico son los siguientes:

a) **Material.** el hecho se lleva a cabo por:



- Cualquier persona, nacional o extranjera;
- Que se lleve a cabo en cualquier tiempo, y si es en tiempo de guerra la sanción asignada será mayor;
- Sirva de espía, el servicio puede ser a favor de enemigo declarado del país, o bien en tiempo de paz, o bien en beneficio de una potencia neutral.

El objeto jurídico del hecho consiste en la integridad física y jurídica de la nación guatemalteca, puede también llevarse a cabo mediante la obtención de secretos que hayan sido obtenidos de forma indebida sobre la seguridad, de medios de defensa o de las relaciones exteriores del Estado, ya sea en tiempo de paz o de guerra.

- b) Interno: consiste en la voluntad del sujeto activo de poner los secretos estatales al servicio de otro Estado.



CONCLUSIONES



1. Los problemas relacionados con el espionaje y que derivan de actividades encaminadas a la obtención de información reservada, no permiten la secretividad, al existir organizaciones e infraestructuras que, a través del espionaje y sin permiso o conciencia de sus actos, adquieren información privada para beneficio propio o de terceros.
2. Las controversias relacionadas con el inadecuado conocimiento de la importancia de que exista seguridad nacional, no permiten que el Estado guatemalteco determine el papel de los medios de defensa; para el establecimiento de garantías que proporcionan la conservación y el resguardo de la secretividad en el país.
3. El Congreso de la República de Guatemala a través del Ministerio Público, debe promulgar normas jurídicas que determinen el trámite a seguir para que se delimite el delito de espionaje genérico y se practiquen los reconocimientos, el levantamiento de planos y fotografías de cualquier región del país.
4. Los elementos jurídicos que informan el delito de espionaje genérico, y que permiten incluir las nuevas formas y medios utilizados en esa práctica en contra de la seguridad nacional, son los relativos a la acción o conducta orientada a la obtención de información sobre la seguridad nacional y sus medios materiales



para garantizarla, no importando que su obtención sea llevada a cabo a través de medios tecnológicos.

5. La problemática relacionada con el inadecuado análisis jurídico y doctrinario de los elementos que informan el delito de espionaje genérico, regulado en la legislación penal de Guatemala, no soluciona los problemas que surgen de éste, debido a la falta de utilización de prácticas y técnicas modernas que demuestren claramente la existencia del ilícito y la participación del sindicado.



RECOMENDACIONES

1. Que el Ministerio de Gobernación señale la importancia de los elementos materiales e internos del delito de espionaje genérico, que proceden de las actividades relacionadas con la obtención de información reservada para que exista secretividad y conciencia en los actos de información privada; y que posteriormente no se utilice en beneficio propio o de terceros.
2. El Organismo Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia, debe promover con el Ejecutivo una iniciativa de ley para solucionar el espionaje genérico y así permitir que exista seguridad nacional, como parte que integra la existencia del Estado de Guatemala y con ello solucionar los conflictos al determinar la función que desempeñan los medios de defensa; y de la existencia de secretividad en el país.
3. El Ministerio Público debe establecer que el espionaje genérico deriva de la práctica de reconocimientos, del levantamiento de fotografías y de planos de cualquier región del país y que puede ser obtenida por potencia enemiga en caso de conflictos y, con ello, se viola la confidencialidad del Estado y no permite la existencia de seguridad de la nación.
4. El Organismo Legislativo tiene que dar a conocer los elementos jurídicos que informan el delito de espionaje genérico y que permiten la inclusión de nuevos

medios para dicha práctica, que atenta contra la seguridad de la nación para que su conducta sea orientada a obtener la información sobre seguridad nacional y sus medios materiales necesarios para su garantía.



5. El Congreso de la República de Guatemala, debe señalar que es necesario el análisis jurídico y doctrinario de los elementos que informan el delito de espionaje genérico, que se encuentra regulado en la legislación penal del país, para solucionar la problemática que surge del mismo, al emplear técnicas modernas que demuestran fehacientemente la participación del sindicado y la existencia del ilícito.

BIBLIOGRAFÍA



ALIMENA, Bernardino. **Principios de derecho penal.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1985.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito.** Madrid, España: Ed. Juricentro, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2001.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano.** México, D.F.: El Porrúa, 1980.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales del derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.

CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del derecho penal.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 1982.

DE LEÓN VELASCO, Héctor y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Nawal Wuj, S.A., 2001.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abelleo Perrot, 1987,

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

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



HURTADO AGUILAR, Hernán. **Derecho penal compendiado.** Guatemala: Ed. Landívar, 1990.

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

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

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Impresiones Gardisa, 1980.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1984.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Tipográfica S.A., 1986.

Legislación:

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

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

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