

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 132 DEL DECRETO 15-2009 LEY DE ARMAS
Y MUNICIONES EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL DELITO DE PORTACIÓN
ILEGAL DE ARMA DE FUEGO**

CARMEN GABRIELA CONTRERAS ALFARO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 132 DEL DECRETO 15-2009 LEY DE ARMAS
Y MUNICIONES EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL DELITO DE PORTACIÓN
ILEGAL DE ARMA DE FUEGO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARMEN GABRIELA CONTRERAS ALFARO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2011

**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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Rosalba Corzantes Zuñiga de Muñoz
Vocal:	Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez
Secretaria:	Licda. Hilda Margarita Franco Hernández

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Dora Reneé Cruz Navas
Vocal:	Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Secretaria:	Licda. Miriam Lili Rivera Álvarez

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

Lic. Alberto Giovanni Santizo Arana
Abogado y Notario



Guatemala 2 de agosto de 2011

LICENCIADO
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Licenciado Carlos Castro:

Cumpliendo con la resolución dictada por la Unidad Asesoría de Tesis como asesor, procedí a asesorar el trabajo de Tesis de la Bachiller Carmen Gabriela Contreras Alfaro, carné No. 2005 11078 consistente en una monografía denominada **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 132 DEL DECRETO 15-2009 LEY DE ARMAS Y MUNICIONES EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO"**, de la cual me permito indicar que fue objeto de recomendaciones y modificaciones, las cuales fueron desarrolladas de conformidad con los principios y aspectos jurídicos respectivos de la materia y observando las manifestaciones de criterio aportadas por la sustentante, asimismo se estableció la concordancia respectiva entre conclusiones y recomendaciones evidenciando importante aporte para la problemática investigada.

El tema seleccionado por la autora reviste de suma importancia, por lo que indico que el trabajo de investigación efectuado por la bachiller CARMEN GABRIELA CONTRERAS ALFARO, es un punto relevante en el contenido analítico inserto en todo el trabajo. En mi opinión, constituye una contribución científica para el estudio del Derecho Penal, pues expone la necesidad de formular normativa jurídica sustantiva adecuada para resolver el problema de la aplicación analógica.

Cabe resaltar que durante la elaboración, la autora tuvo empeño y atención en cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis el cual tiene amplio contenido científico, utilizando el debido lenguaje técnico acorde al tema; asimismo tuvo la especial atención en cuanto a las correcciones y modificaciones recomendadas por mi persona.

Dado que el trabajo de Tesis, cumple con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, tomando en cuenta el contenido científico y técnico de la tesis, así como la metodología, redacción, conclusiones, bibliografía, recomendaciones y técnicas de investigación utilizadas, procedo a emitir dictamen en sentido **favorable**, para que en su

Lic. Alberto Giovanni Santizo Arana
Abogado y Notario



oportunidad pueda ser discutido por la sustentante en Examen Público previo dictamen de Revisor.

Se suscribe de usted, atentamente,


LIC. ALBERTO GIOVANNI SANTIZO ARANA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 7453
Alberto Giovanni Santizo Arana
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, diecisiete de agosto de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **JAIME ERNESTO HERNÁNDEZ ZAMORA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **CARMEN GABRIELA CONTRERAS ALFARO**, Intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 132 DEL DECRETO 15-2009 LEY DE ARMAS Y MUNICIONES EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO”**.

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 las 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 estime pertinentes”.


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

cc: Unidad de Tesis
CMCM/ cpt.





Licenciado

Jaime Ernesto Hernández Lamora
Abogado Penalista y Notario



Guatemala 31 de agosto de 2011

LICENCIADO
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Licenciado Castro Monroy:

Cumpliendo con la resolución dictada por la Unidad Asesoría de Tesis como revisor, procedí a revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller CARMEN GABRIELA CONTRERAS ALFARO, carné No. 2005 11078 consistente en una monografía denominada "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 132 DEL DECRETO 15-2009 LEY DE ARMAS Y MUNICIONES EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO", la cual fue asesorada por el Licenciado Alberto Giovanni Santizo Arana.

Al respecto puedo indicar que el trabajo se revisó, se recomendaron ampliaciones y modificaciones al mismo, las cuales fueron atendidas y realizadas por la ponente, sobre todo se adecuó a los aspectos legales que se regulan en la materia, respetando en todo momento el criterio de la sustentante, además se revisó la concordancia de la investigación con las conclusiones y recomendaciones a las que arribó su autora.

En cuanto a la tesis revisada puedo opinar que abarca un tema sumamente sensible e importante para la realidad guatemalteca actual, y de mucha incidencia académica en cuanto al derecho penal se refiere.

En cuanto a los métodos y técnicas utilizados en esta tesis, la ponente utilizó correctamente los métodos inductivo y deductivo al momento de redactar y estructurar los temas tratados dentro de la misma, y, en su momento, el método analítico en los capítulos finales, en los que claramente expone las ideas conclusivas de la investigación. Se revisó también la correcta utilización de las técnicas directas e indirectas al momento de depurar los datos utilizados en esta tesis.

Se recomendaron cambios estructurales y de forma en cuanto a la redacción se refiere, a lo que la ponente respondió realizando los cambios necesarios para que la tesis respondiera a las exigencias gramaticales y ortográficas correspondientes.

CORPORACION DE ABOGADOS ESPECIALISTAS

6a. Avenida 0-60, Zona 4, Oficina 412, 4to. Nivel, Edificio Torre Profesional I
Tels.: 2335-1856, 2335-1858, 2335-2083, Fax: 2335-2252 - Cel.: 5510-3896
E-mail: buffetejuridico@hernandez.la - jaime7@intelnnett.com • Guatemala, C. A.



Licenciado

Jaime Ernesto Hernández Zamora
Abogado Penalista y Notario



Uno de los mejores aportes de la investigación presentada es el conjunto de conclusiones y recomendaciones arribadas al final de la misma, ya que son una muy importante aportación científica.

Tomando en cuenta el contenido científico y técnico de la tesis, se puede aseverar que el trabajo de investigación presentado contiene un gran aporte al derecho procesal penal en Guatemala, específicamente en el procedimiento común, por último, cabe destacar que la bibliografía en que se basó la investigación es amplia y acorde a la esencia y fines de la investigación, provocando entonces una buena base que fijó los parámetros para realizar la investigación de campo.

Dado que el trabajo de Tesis cumple con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito dictamen en sentido **FAVORABLE**, para que en su oportunidad pueda ser discutido por la sustentante en Examen General Público.

Se suscribe de usted, atentamente,

Licenciado Jaime Ernesto Hernández Zamora
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 4189

Licenciado
Jaime Ernesto Hernández Zamora
ABOGADO Y NOTARIO

CORPORACION DE ABOGADOS ESPECIALISTAS

6a. Avenida 0-60, Zona 4, Oficina 412, 4to. Nivel, Edificio Torre Profesional I
Tels.: 2335-1856, 2335-1858, 2335-2083, Fax: 2335-2252 - Cel.: 5510-3896
E-mail: buffetejuridico@hernandez.la - jaime7@intelnett.com • Guatemala, C. A.



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de octubre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARMEN GABRIELA CONTRERAS ALFARO, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 132 DEL DECRETO 15-2009 LEY DE ARMAS Y MUNICIONES EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN DEL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS:** A Él sea la honra de todos mis triunfos, por guardar cada uno de mis pasos e iluminarme hasta este día.
- A MI MADRE:** Carmen Griselda Alfaro Herrera. Con todo mi amor y agradecimiento por sus esfuerzos, sus noches de desvelo, su incondicional apoyo, pero sobre todo por creer en mí en cada etapa de mi vida y porque este logro no es mío sino de ella.
- A MI PADRE:** José Rafael Contreras Pinto. Por sus consejos de sabiduría y la bendición de su amor.
- A MI ESPOSO:** Por su amor e incondicional apoyo, por alcanzar esta meta con tanto anhelo como yo, y ayudarme con gran esfuerzo a hacer realidad este sueño.
- A MI HIJO RODRIGO:** Por ser la motivación y la recompensa de mis esfuerzos, por darme el privilegio de ser su madre, pero sobre todo por hacer de mí una mejor persona e impulsarme cada día a lograr mis metas.
- A MIS HERMANAS:** Lizeth y Andrea, tesoros en mi vida, quienes me brindan cada día amor, lealtad y apoyo incondicional.
- A MI SOBRINO:** Ariel Alejandro, por tantos momentos de cariño y por darme la esperanza de ser un ejemplo digno para su vida.
- A MIS AMIGOS:** Álvaro Santizo, Daniel Quevedo y Lorena Méndez, por creer y compartir este sueño, conquistarlo a mi lado, por crecer junto a mí y enorgullecerme cada día de tenerlos en mi vida.



EN ESPECIAL:

A la familia Rincón Cuellar, a la familia Ochoa Rincón y a la familia Motta Cuellar, por su cariño y apoyo en mi vida.

A:

El licenciado Giovanni Santizo Arana (asesor de tesis), con todo mi agradecimiento por su valioso apoyo y orientación.

A:

El licenciado Jaime Ernesto Hernández Zamora (revisor de tesis), por su orientación, cariño y apoyo incondicional en mi carrera, por su ejemplo y profesionalismo digno de admirar e imitar.

**A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS:**

Porque es un honor egresar en este día de esta tricentaria casa de estudios.

**A LA FACULTAD
DE DERECHO:**

Por haberme permitido formarme como profesional en sus aulas, creadora y formadora de este sueño que hoy se vuelve realidad.

A MI PATRIA:

Tierra hermosa que me vio nacer y que amo con todo mi corazón y con la cual adquiero hoy, el compromiso de servirle siempre con esta noble profesión.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. De la norma jurídica y otros aspectos.....	1
1.1. Supuestos jurídicos y consecuencias jurídicas.....	4
1.2. Clasificación de la norma jurídica.....	5
1.3. Las ficciones jurídicas.....	10
1.4. Norma jurídica e institución jurídica.....	11
1.5. La técnica del derecho.....	12
1.6. Hermenéutica jurídica.....	14
1.7. La inducción jurídica.....	17
1.8. La analogía jurídica.....	18
1.9. Las lagunas en el derecho.....	22

CAPÍTULO II

2. La analogía y los aspectos generales.....	25
2.1 Definición de analogía.....	26
2.2. Requisitos de aplicación de analogía.....	27
2.3. Analogía de derecho.....	28
2.4. El sentido de la analogía a lo largo de la historia.....	29
2.5. La analogía en la argumentación lógica.....	30
2.6. Límites de la analogía.....	31
2.7. Clasificación de la analogía.....	32
2.8. La analogía en el derecho penal comparado.....	34
2.9. La analogía y la punibilidad.....	37

CAPÍTULO III

	Pág.
3. Fuentes de interpretación del derecho penal.....	39
3.1. Fuentes de interpretación del derecho penal	39
3.2. Historia del derecho penal	44
3.3. Fuentes directas e indirectas	47
3.4. La ley penal.....	50
3.5. Costumbre	53
3.6. Principios generales del derecho penal	55
3.7. Los tratados internacionales.	56
3.8. La doctrina científica	57
3.9. La jurisprudencia.....	57
3.10. La interpretación de la ley penal	58
3.11. Derecho penal y la Constitución Política de Guatemala	60

CAPÍTULO IV

4. Análisis del Decreto número 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala y del delito de portación ilegal de arma de fuego	63
4.1. Análisis de la finalidad del derecho penal	63
4.2. Legislación nacional que contiene normas relacionadas con la analogía	67
4.3. Delitos regulados en la Ley de Armas y Municiones.....	69
4.4. Análisis del Artículo 132 y de la Ley de Armas y Municiones	83
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
ANEXO.....	93
BIBLIOGRAFÍA	99



INTRODUCCIÓN

Debido a experiencias del contorno social y familiar fue posible observar que en la actualidad muchas personas poseen licencia de portación de arma de fuego con licencia vencida mayor a treinta días sin tener conciencia de que incurren en una transgresión al Código Penal y menos aún a las consecuencias jurídicas que esto ocasiona.

El objetivo de la investigación es el conocimiento y análisis de la prohibición de analogía en materia penal y la hipótesis planteada para este trabajo: El Artículo 132 de la Ley de Armas y Municiones es ejemplo de la aplicación de analogía en materia de derecho penal; violentándose con ello la aplicación de la justicia de conformidad con los principios que rigen el derecho penal guatemalteco, específicamente el principio que establece la prohibición de aplicación por analogía en materia penal.

La Constitución Política de la República de Guatemala es la ley suprema que rige el estado de derecho, partiendo de ahí dicho cuerpo normativo garantiza, entre otros aspectos, un mínimo de derechos individuales de todas las personas, de tal manera que esos derechos sirven como pilares para la creación y fundamentación de todas las leyes que constituyen el ordenamiento jurídico y al originarse éstas de los relacionados derechos no es admisible su contravención total o parcial y en el supuesto de que así sucediera adquieren calidad de nulidad ipso jure.

El principio de legalidad establecido en el Código Penal guatemalteco específicamente en el Artículo 7; preceptúa la prohibición de aplicación por analogía y al analizar la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 en el Artículo 132, al incumplimiento del plazo de treinta días se incurre en analogía, pues se aplica el delito de portación ilegal de arma de fuego, situación que no contempla la norma estudiada, siendo necesario que se aplique otra normativa jurídica, ya que la primera encuadra la conducta de portación de arma de fuego con licencia vencida en una falta y le aplica sanción de comiso tanto del arma como de la licencia de portación de arma de fuego y una multa

de mil quinientos a tres mil quetzales; asimismo los órganos jurisdiccionales tipifican el delito de portación ilegal de arma de fuego, incurriéndose en analogía y por tanto se sanciona con prisión de tres a cinco años y con la pena accesoria del comiso de las armas.

La investigación se dividió en cuatro capítulos: siendo el primer capítulo el que refiere a la norma jurídica desarrollando definiciones como las ficciones jurídicas, la norma como institución jurídica, la técnica del derecho y las lagunas en el derecho; en el segundo capítulo se define la analogía doctrinariamente así como su clasificación y también se acudió al derecho comparado; en el tercer capítulo se encuentran las fuentes de interpretación del derecho penal en sus aspectos generales, fuentes directas e indirectas, así como la ley penal como fuente directa; el capítulo cuatro se refiere al análisis del Decreto 15-2009 del Congreso de la República referente al Artículo 132 sobre la falta en la portación de arma de fuego con licencia vencida y el delito de portación ilegal de arma de fuego, así como del resultado de la investigación de campo, constituyendo este último la mayor parte de aporte personal de la autora.

En el proceso de la investigación se utilizaron los métodos del análisis, por medio del estudio de la legislación respectiva, la síntesis referente a la problemática del tema en mención, inducción a través del estudio de los conceptos generales, la deducción a través del resultado del trabajo de campo así como la aplicación de técnica bibliográfica.

La expectativa de que el presente trabajo contribuya a la discusión científica y legislativa de la creación de una norma que reúna los aspectos no contemplados actualmente, buscando una reforma para que se restituya la garantía constitucional que se violenta permitiendo a las personas que habitan en el territorio de la República de Guatemala un estado de derecho seguro, justo y basado en una correcta aplicación de la ley.

CAPÍTULO I

1. De la norma jurídica y otros aspectos

Para Manuel Ossorio la norma jurídica es: "Una significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y un lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes de deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos".¹

Las normas se clasifican de conformidad con el órgano que las hace surgir a la vida jurídica y de acuerdo a los alcances jurídicos que éstas pudieran tener; de tal manera que la norma jurídica en su categoría de coercitiva se puede imponer por la fuerza, pues la sanción es segura. Tiene como fin la justicia y es igual para todos. "Las normas jurídicas deben cumplir con los requisitos de generalidad (no puede prescribirse para uno solo) abstracción (es decir que el legislador examina y prevé conductas y las traslada a la norma con estructura de supuestos y consecuencias jurídicas) y obligatoriedad (expresa la exigencia de su eficacia)".²

¹ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Pág. 488

² Olivan López, Fernando y otros. *Introducción al derecho*. Pág. 70

También existen otro tipo de normas, tales como: Normas morales, sociales, religiosas, etc. Las normas jurídicas sólo limitan su alcance a las relaciones jurídicas y los hechos jurídicos. No obstante, hay casos en que para las normas jurídicas sí tienen trascendencia las relaciones no jurídicas, que se toman en cuenta para fines jurídicos. (Por ejemplo, la amistad es una relación no jurídica, que puede ser tomada en cuenta para excusar a un juez si éste es amigo de una de las partes).

“Podemos decir que las normas son principios directivos de la conducta de la actividad humana. El objeto o materia de las normas es la conducta del hombre. En otros términos, cabe decir que son reglas de conducta que tienden a un fin determinado”. La norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por la autoridad competente del caso, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción”.³

“Generalmente, las normas jurídicas imponen deberes y confieren derechos, son reglas o preceptos de carácter obligatorio, que emanan de una autoridad normativa y que tienen por objeto regular las relaciones sociales, o la conducta de hombres y mujeres que viven en la sociedad y se diferencian de las normas sociales porque tienen la característica de la coercibilidad, que es nada menos que la posibilidad legítima de recurrir al uso de la fuerza en caso de su incumplimiento y buscan cumplir con las

³ Garrone, José Alberto. **Diccionario manual jurídico Abeledo-Perrot**. Pág. 533

finalidades concretas del ordenamiento jurídico, la paz, la equidad, la justicia, el orden y la seguridad".⁴

La norma jurídica es: "el grado más alto de control social, cuyo requisito esencial es que sea expresa y constituye generalmente imperativos que prescriben o prohíben y cuya obligación viene impuesta a sus destinatarios".⁵

Entonces puede afirmarse que las normas jurídicas expresan conductas a las que los sujetos deben apearse y observar la propuesta que la norma indica como el deber ser. Es por ello que las normas jurídicas conllevan intrínsecamente una intención prescriptiva, es decir, durante su período de vida tendrán que ser de observancia obligatoria hasta que posteriormente sean abrogadas; esto atendiendo a una de sus características principales de funcionalidad y realidad, ya que el derecho se encuentra constantemente en cambio y adaptación a las necesidades de la sociedad.⁶

De tal manera que la norma jurídica en su afán por regular las conductas que sean óptimas para la consecución del bien común desarrolla las siguientes funciones:

"a. Función motivadora: La norma trata de motivar para que se abstengan de violar las condiciones de convivencia y en especial, de dañar ciertos bienes jurídicos. Despliega sus efectos ex ante. Por ello, la sanción atiende a la prevención especial.

⁴ Recasens Siches, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. Pág.123

⁵ López Mayorga, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 20

⁶ Recasens Siches, Luis. **Ob. cit.** Pág.126

b. Función protectora: La norma trata de proteger las condiciones de convivencia y en especial ciertos bienes jurídicos. Por ello, la sanción atiende a la prevención general.

c. Función preventiva: La norma se usa como preservativo si el uso legal de éste no es competente a la sociedad por sí misma".⁷

Por lo tanto, la norma jurídica como elemento que da origen al ordenamiento jurídico y al describir o estructurar la forma correcta del comportamiento de los hombres y mujeres que se desenvuelven en la sociedad; se encuentra completamente facultada para exigir su cumplimiento aun por la fuerza.

1.1. Supuestos jurídicos y consecuencias jurídicas

García Máynez define el supuesto jurídico como: "La hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma".⁸

"Así pues, se determina que la norma jurídica se encuentra dividida en supuesto jurídico, y en la consecuencia jurídica; que es la sanción que se aplicará a la persona que lleva a cabo la conducta establecida en la norma.

Siguiendo esta línea, no es difícil determinar que debe existir reciprocidad entre el supuesto jurídico y la consecuencia jurídica; constituyendo así una especie de

⁷Ibid. Pág. 21

⁸García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Pág. 172

estructura de la norma; es decir, el supuesto debe ser racional y proporcionalmente coherente con la consecuencia para que exista justicia y equidad en el ordenamiento jurídico”.⁹

1.2 Clasificación de la norma jurídica

La norma jurídica se puede clasificar de la siguiente manera:

“Según si pueden o no ser sustituidas o modificadas por los sujetos de la relación:

- a. Normas de orden público o necesarias: Los sujetos, en sus relaciones, deben ceñirse a ellas, ineludiblemente, no pudiendo modificarlas por otras de su creación. Esto se debe al hecho de que manifiestan un preponderante interés colectivo.
- b. Normas de orden privado: Son aquéllas que las partes, en sus relaciones, pueden modificar o sustituir enteramente por otras elaboradas por ellas mismas, pues envuelven interés exclusivamente para los sujetos de la relación. Rigen en silencio de las partes, son supletorias de su voluntad.

Según el interés preponderante que tutelan, los sujetos de las relaciones y la calidad en que ellos actúan:

⁹ Recasens Siches, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 131

a. Normas de derecho público.

c. Normas de derecho privado

Según sean dictadas para una totalidad o determinada clase de personas, cosas o relaciones jurídicas:

- a. Normas de derecho común: Son las dictadas para la totalidad de las personas, cosas o relaciones jurídicas, por ejemplo, el derecho civil.
- b. Normas de derecho especial: Son dictadas para una determinada clase de personas, cosas o relaciones jurídicas, en razón de ofrecer peculiaridades que exigen apartarla de la disciplina general de las normas comunes, como el derecho comercial.

Se confirma entonces, que las normas de derecho común se aplican supletoriamente respecto de las de derecho especial, pero a la inversa, los vacíos legales comunes no pueden ser llenados con las normas de derecho especial. Es así como las normas generales del derecho civil suplen los preceptos de las demás ramas del derecho privado cuando ellas no existen, es decir, cuando existen vacíos legales.

Según el mandato que contengan las normas:

- a. Normas imperativas: Las que ordenan o mandan expresamente alguna cosa o imponen la observancia de ciertos requisitos para realizar el acto o definen ciertas materias.
- b. Normas prohibitivas: Las que impiden o niegan la posibilidad de hacer algo.
- c. Normas permisivas: Las que toleran alguna cosa o reconocen o declaran un derecho.

Según su función:

- a. Normas supletivas o integradoras: Suplen los vacíos del contenido de las declaraciones de la voluntad de las partes o autores de un acto jurídico.
- b. Normas interpretativas o explicativas: Sirven de reglas para la interpretación de las normas jurídicas o de los actos jurídicos.

Según el tiempo de duración de las normas:

- a. Normas permanentes: Las que no tienen predeterminada su vigencia, porque se establecen para llenar necesidades permanentes y, por ende, rigen hasta que otra norma posterior no las prive de vigencia mediante la derogación.
- b. Normas transitorias: Son las que tienen duración puramente temporal, ya sea para satisfacer una necesidad circunstancial o para facilitar el paso de la antigua legislación a la nueva.

Según la aplicación de principios:

- a. Normas regulares o normales: Son las que aplican de un modo u otro los principios generales de una rama del derecho o de una institución jurídica.
- b. Normas excepcionales o singulares: Se aplican a casos que obedecen a principios antitéticos de los generales del ordenamiento jurídico. Son las que se inspiran en principios contrapuestos a aquellos, respecto de los cuales constituyen excepciones. Encuentran su explicación o razón de ser en la necesidad de proteger los intereses de una de las partes, de los terceros o de posibilitar la constitución de una relación jurídica o el ejercicio de un derecho que, ajustándose a las normas regulares o no, sería dable alcanzar o sería muy difícil.

Según disciplinen de forma directa o indirecta:

- a. Normas reguladoras o referidas: Son las que regulan en forma directa una relación jurídica.
- b. Normas de aplicación, reenvío o referenciales: Son las que, para los casos que ellas contemplan, no establecen regulación, sino que disponen que ésta ha de ser la que para casos distintos contemplan otras normas.



Según su alcance:

- a. Normas de derecho general o común: Son las que rigen en todo el territorio.
- b. Normas de derecho particular o local: Son las que imperan sólo en una parte determinada del territorio nacional.

Según la sanción:

- a. Normas perfectas: Son las dotadas de una sanción idónea.
- b. Normas imperfectas: Son las desprovistas de toda sanción.
- c. Normas menos que perfectas: Si bien se hallan dotadas de una sanción, ésta no es adecuada.

Según su ámbito de aplicación:

- a. Normas rígidas o de derecho estricto: Son las que sólo pueden aplicarse a los supuestos que contemplan y no a otros por análogos o parecidos que fueran.
- b. Normas elásticas o de derecho flexible: Son aquéllas cuya aplicación puede extenderse a otros casos o supuestos por ellas contemplados, parecidos o análogos porque responden al espíritu de la norma y nada se opone a su aplicación extensiva o analógica, a ambas o, al menos, a la primera.

Según sus características:

- a. Normas sustantivas o materiales: Son las que tienen una finalidad propia y subsistente por sí, fijando la regla de conducta y las facultades y deberes de cada cual (por ejemplo, las normas de derecho civil).
- b. Normas adjetivas o formales: Son las que poseen una existencia dependiente y subordinada, pues sólo tienden a facilitar los medios para que se cumpla la regla establecida, garantizando el respeto a las facultades y deberes atribuidos por las normas sustantivas (por ejemplo, las normas de derecho procesal)¹⁰.

Es preciso establecer que la norma jurídica incluso cuando ostenta características especiales que la encuadran en determinada clasificación, la misma constituye la base del Estado de derecho porque su claridad imperativa es el mecanismo para alcanzar el bien común.

1.3 Las ficciones jurídicas

“Las *ficciones son creaciones jurídicas puramente imaginativas-ajenas a la realidad* que se establecen con alguna finalidad práctica (así se resuelven en forma sencilla, una serie de problemas complicados). A diferencia de las presunciones que se conforman según la realidad, las ficciones parecen contrariarla, pues afirman lo que racionalmente no podría sostenerse. Es por ello que Ihering las clasificó de “mentiras técnicas”

¹⁰ Aftalión, Enrique. **Introducción del derecho**. Pág. 33

consagradas por la necesidad. Mientras que las presunciones se fundan en lo que generalmente ocurre, las ficciones jurídicas se apartan por completo de la realidad, pues convierten en verdadero lo que es evidentemente falso

Históricamente se llama ficción a un supuesto jurídico que se basa en algo que en realidad no existe; así, se ha creído que el uso de esto que se llama ficción procedía necesariamente de la fantasía; no puede admitirse esto, que equivaldría a utilizar una falsedad al ámbito jurídico.

En el ordenamiento jurídico existen ficciones jurídicas; sin embargo éstas no deben confundirse en ningún caso con la analogía; ya que las primeras son, el resultado del empleo de una cuestión falsa que por necesidad imperativa se adapta a la realidad; mientras que la segunda, es una operación judicial en la que se sustituyen normas jurídicas incompletas por otras que se adaptan pero que se encuentran dentro del ordenamiento".¹¹ (sic)

1.4 Norma jurídica e institución jurídica

"Por institución jurídica se entiende la reproducción de una relación jurídica que se presenta con idéntico contenido en diferentes normas de derecho".¹²

Para determinar estas instituciones jurídicas hay que valerse de los conceptos fundamentales del derecho; ya que estas instituciones se colocan en el ordenamiento

¹¹ Garrone, José Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 379

¹² Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 488



jurídico de una manera sistemática para estructurar cada rama del derecho atendiendo a su finalidad y necesidad.

1.5 La técnica del derecho

"La técnica jurídica, es la parte práctica de la jurisprudencia técnica, como lo señala García Máynez, sin embargo es denominada por otros autores como aplicación del derecho o técnica del derecho".¹³

"Técnico es todo estudio que se limita a un fin concreto; teórico, por el contrario, cuando las nociones que el conocimiento abarca se ordenan reduciéndolas a unidad absoluta. Una teoría, el sentido preciso de esta palabra, es pues, una modalidad de tentación que comprende todas las nociones posibles".¹⁴

"Todo esto pone en evidencia, además que la formación del derecho es simultáneamente una ciencia y arte. Ciencia aplicada, porque requiere estudios y conocimientos sin los cuales no podrían ser determinados los propósitos que debe perseguir el derecho, ni por consiguiente cuál ha de ser el contenido de éste. Y arte, porque para transformar esos fines en normas precisas es necesario utilizar reglas técnicas. Ya sabemos que estas últimas indican los medios de que deben valerse los

¹³ López Mayorga. *Ob Cit.* Pág. 115

¹⁴ Editorial Santillana, *Diccionario Santillana del español.* Pág. 692

hombres para conseguir los fines que se proponen. Y utilizar esas reglas, al adoptar una técnica determinada, el derecho se convierte en un arte".¹⁵

Por tal razón, se puede establecer que la técnica jurídica o técnica del derecho es un conjunto de conocimientos, métodos, procedimientos y recursos que tienen como finalidad resolver problemas que puedan surgir en la interpretación y aplicación del derecho.

Entre los principales problemas que resuelve la técnica jurídica pueden encontrarse la integración de la ley, la interpretación de la ley, vigencia, conflicto de leyes en el espacio y conflicto de leyes en el tiempo.

Es importante exponer que las normas jurídicas no contienen más que una parte del derecho, una parte descriptiva, convirtiéndose en enunciados que pretenden la solución justa de un caso futuro; pero es imposible formular e indicar previamente cuantas transformaciones son posibles; es por ello que cuando surge un caso concreto con características y necesidades específicas el jurista se encuentra en la necesidad de emplear una técnica que le permita resolver de manera apropiada esa problemática jurídica.

¹⁵ Mouchet, Carlos y Ricardo Zorraquin Becú. *Introducción al derecho*. Pág. 153



1.6 Hermenéutica jurídica

“La hermenéutica jurídica es la técnica o método de interpretación del sentido de las normas fundamentalmente de aquéllas en las que se requiere interpretación”.¹⁶

“Interpretar una voluntad jurídica equivale a comprenderla en un modo concreto; es decir, que se logre definir asertivamente lo que el legislador ha querido transmitir. El problema de la interpretación sólo se plantea respecto al derecho y sus aspectos que pudieran ser susceptibles de aclaración”.¹⁷

*La interpretación es la misma respecto de toda voluntad jurídica, y tiene lugar tanto tratándose de normas como de negocios jurídicos. Se discute si lo que se ha de investigar en la formulación jurídica es el pensamiento o la voluntad del que le da expresión, discusión ociosa, puesto que todo pensamiento jurídico es al mismo tiempo voluntad.*¹⁸

La legislación guatemalteca contempla ese proceso de interpretación, en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial el cual establece: “Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo a las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”.

¹⁶ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 298

¹⁷ Aftalión, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 42

¹⁸ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 334

“El objeto de la interpretación es el texto de la norma, para averiguar su sentido y aplicarla correctamente, teniendo en cuenta las circunstancias históricas en las que la norma ha adquirido vigencia”.¹⁹

Se puede decir entonces que en la actividad de interpretación se pretende averiguar el significado de los textos jurídicos; para lo cual existe la siguiente clasificación:

Atendiendo a su amplitud:

- a. “Interpretación extensiva: Precisa ampliar o restringir el sentido de la norma porque tiende a ampliar el sentido de las palabras del texto legal, lo que “el autor quiso decir y no logró expresar correctamente”.²⁰
- b. “Interpretación restrictiva: Consiste en no aplicar la ley en situaciones que aunque contenidas en su texto, están excluidas de la norma por su espíritu, o también puede ocurrir que las palabras expresan más de lo que la norma comprende”.²¹

Atendiendo al autor:

- a. Interpretación auténtica; Es aquélla realizada por el legislador.

¹⁹ Duran y Lalaguna, Paloma. **Notas de teoría del derecho**. Pág. 178

²⁰ Lastra Lastra, José Manuel. **Fundamentos de derecho**, Pág. 92

²¹ López, Mayorga. **Ob. Cit.** Pág. 153

- b. Interpretación judicial: Los jueces y magistrados en el ejercicio de su función realizan este tipo de interpretación.
- c. Interpretación doctrinal: Se manifiesta cuando los juristas y estudiosos del derecho analizan los textos jurídicos.

Atendiendo a la ley:

- a. Interpretación gramatical: De acuerdo con ésta se atiende al sentido literal de las palabras (la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 10 la regula).
- b. Interpretación histórica: Esta clase de interpretación se da cuando al interpretar la norma se analizan sus antecedentes, contexto histórico que le dio nacimiento (Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial en su literal b).
- c. "Interpretación sistemática: Una disposición legal que se analiza e interpreta en forma aislada puede resultar insuficiente para su entendimiento. No así si es contemplada dentro del conjunto unitario de las normas. De aquí la importancia de la interpretación sistemática".²²

²²Ibid. Pág. 157



“Consiste en considerar las leyes como un conjunto de normas jurídicas debidamente unificadas por la finalidad que con ellas, se trata de analizar, de tal manera que están vinculadas entre sí y forman un sistema coherente y unificado”.²³

d. Interpretación lógica: Este tipo de interpretación se observa cuando en una contradicción de normas no se admite una solución contraria a la lógica o absurda.

1.7 La inducción jurídica

“Se define como inducción al razonamiento que partiendo de hechos generales obtiene una ley general”.²⁴

Las normas jurídicas concretas se pueden imaginar formando grupos, constituyendo familias, hablando en un sentido figurado y se hallan emparentadas unas con otras. En cada norma jurídica se puede ver el miembro de una categoría de que forma parte con otras normas del mismo género. El clasificar una norma jurídica determinada dentro de su género correspondiente es lo que se denomina inducción jurídica.

La médula de la inducción es el saber en qué se conoce la identidad de género de varias normas jurídicas, lo cual lleva en término al concepto mismo del derecho, clave

²³ Pallares, Eduardo. **Derecho procesal civil**. Pág. 61

²⁴ Editorial Santillana. **Ob. Cit.** Pág. 692

de todo lo jurídico, a la vez que supone un análisis intrínseco que el derecho hace de diferentes notas genéricas.²⁵

La ciencia del derecho y la legislación actual utilizan este procedimiento para construir el ordenamiento del sistema jurídico.

“Su función es completar el derecho prefijado, y no puede atribuírsele una virtud creadora. Tiene que partir siempre de la materia determinada de un derecho histórico, tendiendo a descubrir su trabazón interna, y por esta razón no puede trascender de investigaciones concretas. Cabe, si, definir en términos absolutos el método formal con que opera, pero la inducción se hará siempre en el discernimiento de las condiciones necesarias que determinan toda posible noción de derecho. Las formas puras de los conceptos y los juicios jurídicos no se pueden descubrir por vía inductiva, sino sólo mediante el método crítico; la inducción jurídica no nos llevará, pues jamás a la solución de los problemas propios de la filosofía del derecho”.²⁶

1.8 La analogía jurídica

“A los jueces no les es lícito dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio (laguna legal), oscuridad o insuficiencia de la ley. Por eso cuando tales supuestos se producen, están obligados a aplicar en primer término, al caso concreto que les está sometido, los principios del leyes análogas que serían de aplicación en casos similares. La regla de la

²⁵ Recansés Siches. **Ob. Cit.** Pág 104

²⁶ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 304

analogía jurídica juega respecto a todos los fueros y jurisdicciones judiciales, menos en materia penal; porque una norma elemental del derecho liberal (ya que en los regímenes totalitarios sucede cosa distinta), determina que no hay delito ni pena sin previa ley que los establezca. En la ley penal no puede haber ninguna laguna, sino inexistencia del delito no previsto; y de ahí que no quepa crear delitos por analogía con otros. El juez tendrá que sobreseer definitivamente o absolver”.²⁷

La interpretación analógica en la actividad judicial se encuentra permitida; sin embargo, se plantea el problema de la analogía cuando una cuestión aún no resuelta se puede apoyar en otra resolución dictada. Así, pues, mientras que la inducción investiga el género de que forma parte una norma jurídica específica, procediendo, por tanto, de lo especial a lo general, la analogía procede mediante el paralelo de lo especial con lo especial. El método inductivo tiende a descubrir la identidad del concepto que esencialmente condiciona las voluntades jurídicas diferentes; la analogía, en cambio, basa la resolución de una cuestión jurídica concreta en la decisión de otra semejante.²⁸

“La analogía es la semejanza entre cosas e ideas distintas, cuya aplicación se admite en algunas ramas de derecho (civil, mercantil, administrativo) para resolver un caso no previsto por la ley, mediante otro que siendo análogo o similar si esta previsto. Para que exista se requiere entonces de “una laguna legal”, es decir, de un caso que no esté previsto en la ley como delito o falta, y luego que exista otro que si estando previsto sea

²⁷ *Ibid.* Pág. 54

²⁸ Lastra y Lastra. *Ob. Cit.* Pág. 111

similar o análogo al no previsto y se pretenda juzgarlo de la misma manera, tratando de integrar (no de interpretar) la ley penal".²⁹

Ahora bien, la semejanza es una identidad parcial. En materia jurídica puede ocurrir, siendo esto decisivo, que entre los requisitos de dos diferentes supuestos medie una identidad parcial, de esta identidad parcial de los requisitos se seguirá la identidad de los efectos, extendiéndose a un supuesto los indicados para él.

Para saber cuándo existe una identidad parcial de requisitos tendrá que acudir al mismo método en que descansa la inducción, es decir, viendo si en los diferentes supuestos se presentan los mismos conceptos fundamentales puros. Serán análogos los requisitos de dos normas jurídicas cuando en ambas se manifiesten del mismo modo, aunque sólo parcialmente, los mismos conceptos jurídicos fundamentales.³⁰

En cambio, una ley puede prohibir que se aplique la analogía. El derecho penal guatemalteco vigente, no admite la analogía en cuanto a la definición de hechos delictuosos y de las penas establecidas; El Artículo 7 del Código Penal regula la exclusión de analogía así: "Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones". Esta prohibición se desprende del principio de legalidad que asume el Código Penal; porque al establecer la previsión legal de todas las conductas susceptibles de ser sancionadas; excluye de la actividad jurisdiccional la potestad de impartir justicia en base a un supuesto que no existe.

²⁹ De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 99

³⁰ Aftalión, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 71

Según lo anteriormente expuesto la analogía entonces, es prohibida cuando pretende aplicarse para la integración de la norma penal; pero la interpretación analógica de la Ley Penal se encuentra permitida.

Otro ejemplo que puede encontrarse en la legislación vigente y que excluye la aplicación por analogía es el que se expone en el Código Tributario; específicamente en el Artículo 5 el cual establece: "En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de una ley tributaria, se resolverá conforme a las disposiciones del Artículo 4 de este Código. Sin embargo, por aplicación analógica no podrán instituirse sujetos pasivos tributarios, ni crearse, modificarse o suprimirse obligaciones, exenciones, exoneraciones, descuentos, deducciones u otros beneficios, ni infracciones o sanciones tributarias".

Uno de los principios que inspiran el derecho tributario guatemalteco, es el principio de legalidad, el cual preceptúa que solamente le corresponde al Congreso de la República de Guatemala la facultad para decretar impuestos, arbitrios y contribuciones especiales, limitando así la actividad de los órganos jurisdiccionales en materia tributaria. Es evidente la similitud que se encuentra en el derecho tributario con el derecho penal pues; poseen una base constitucional en cuanto al principio de legalidad y asimismo la potestad para sancionar en cada caso se encuentra restringida a las figuras erigidas en la ley previamente, esto como ya se explicó anteriormente para dejar a un lado el arbitrio judicial respetando las garantías mínimas que revisten a cada ciudadano y ciudadana.

1.9 Las lagunas en el derecho

“La noción de laguna ha sido introducida por los juristas como una obvia metáfora, para designar aquellos casos en que el derecho objetivo no ofrece, en principio, solución”.³¹

Así también se puede indicar que: “Existe una laguna de la regulación allí, donde falta una regla cuya existencia puede ser esperada conforme a las ideas fundamentales y a la teleología inmanente de regulación legal”.³²

Las lagunas de derecho pueden observarse en dos casos: Cuando la norma no ofrece solución alguna a problemas nuevos que surgen y cuando ofreciendo la ley solución, el juez no la considera justa y cree que debe resolver de un modo diferente.

Si se presenta una laguna en el primero de los dos sentidos indicados; es decir, si no se puede encontrar una determinada solución a un problema dentro del derecho, se debe acudir a la analogía (como se expuso anteriormente). Pero no siempre se hallará una norma jurídica que se pueda aplicar analógicamente. Y puede ser también que el orden jurídico no admita la aplicación del método analógico (como en materia penal, por ejemplo).

“Por otra parte por la carencia histórica de normas se puede decir que la fuente formal resulta muchas veces insuficiente. Este hecho no puede causar el más mínimo

³¹ Vernengo, Roberto José, *Curso de teoría general del derecho*. Pág. 374

³² Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Pág. 295



asombro. La fuente formal se redacta en un momento histórico determinado; hay que interpretarla también según la voluntad real de los interesados o de los poderosos en aquel momento. En otros casos, la carencia de la norma no se debe a la imprevisión del legislador, sino a alguna nueva circunstancia sobrevenida después de la elaboración de la norma. Esta circunstancia puede consistir en un nuevo hecho jurídico acontecido en el propio país o en otro país pero con repercusiones sobre el propio. La carencia de la norma también puede deberse al surgimiento de nuevos hechos o actos con trascendencia jurídica".³³

Entonces, se establece nuevamente, que por las características de actualización y adaptación de un derecho que cada día presenta un constante cambio; los juristas se ven envueltos en la necesidad de proponer soluciones que sean técnicas y justas para el desarrollo jurídico de una sociedad, que pretende desenvolverse en un estado de derecho realista y objetivo.

Por lo anterior, es necesario comprender de dónde surge el problema de la aplicación por analogía; en el entendido de que no se puede utilizar una norma jurídica arbitrariamente porque existe una deficiencia en la actividad legislativa y aunque fuese permitido para complementarla; en materia penal existe conflicto con los principios que inspiran el derecho penal.

Actualmente en Guatemala, existe gran número de leyes y reglamentos; sin embargo, al realizar el análisis de gran parte de éstas se hace necesaria la revisión para su

³³Ibid. Pág. 299



posterior reforma; la mayoría de las veces por encontrarse lagunas dentro de las mismas. En materia penal no es posible contemplar esos vacíos legales, ya que cuando el juzgador se encuentra frente a uno de ellos no le es permitido hacer otra cosa que absolver, por no poder encuadrar la conducta dentro del tipo penal y por ende el delito no puede nacer a la vida jurídica.

Es por ello que, la actividad legislativa debe fortalecerse y especialmente en la redacción de las leyes que contienen delitos para evitar la comisión de delitos que sean jurídicamente imposibles de sancionar posteriormente; así como la aplicación injusta de la normativa jurídica.

CAPÍTULO II

2. La analogía y los aspectos generales

"En la analogía el juez crea derecho a través de una tipificación penal no prevista en la ley o la constitución de derechos subjetivos dignos de tutela. En ambos casos el juez se convierte en legislador, crea derecho, por eso se ha dicho, con razón, que la analogía no es una interpretación sino una integración restringida de la ley".³⁴

La analogía entonces, podría decirse que es una integración porque la norma al aplicarse se obtiene de la misma ley o del ordenamiento jurídico. Por excepción la analogía es permitida en derecho procesal, pero no así en derecho penal ni en derecho procesal penal, porque destruye el principio de legalidad y porque el juez se convierte en legislador.

En suma, se distinguirá a la analogía, que es una especie de la integración (integración restringida), de la interpretación analógica y de la interpretación extensiva, las cuales son clasificaciones de la interpretación. En la analogía; el caso (derecho, pretensión o tipo) no está previsto, ni en la letra ni en el espíritu de la ley. En la interpretación analógica tampoco está previsto aunque sí hay ejemplificación análoga enumerada, y por último a diferencia de los anteriores, en la interpretación extensiva el caso si está previsto, pero en forma oscura.³⁵

³⁴ Rodríguez Morullo, G., **Derecho penal. Parte general.** Pág. 112

³⁵ **Ibid.** Pág. 113

2.1. Definición de analogía

La analogía es: “El método de complementación jurídica por parte del juez para llenar el contenido de lagunas legales, no planeadas”.³⁶

“El argumento o procedimiento analógico viene comúnmente definido como aquel procedimiento interpretativo-creativo mediante el cual se disciplina un episodio de vida que no está expresamente regulado en la ley por el trámite de una norma detectada por ser casi símil (analogía legis) o bien recurriendo a los principios generales del ordenamiento jurídico (analogía juris)”.³⁷

“La falta de una precisa disciplina legislativa, impone al intérprete que no se contente con deducir por argumento, una valoración jurisdiccional negativa del caso no disciplinado, un doble orden de cuestiones. Una primera duda le vendrá sugerida por la semejanza del caso o por la analogía de la materia con casos o materias disciplinadas”.³⁸

La analogía se entiende como: “Trasladar una situación de hecho a una regla b, que no le es directamente aplicable, pero que se refiere a una situación análoga. Es decir, la analogía se funda no sobre la identidad de los hechos jurídicos, sino sobre la identidad del motivo de la norma; esto es, descubre que dos casos suscitan igual razonamiento

³⁶ Eser, Albin y Björn Burkhard. **Derecho penal, cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias**. Pág. 59

³⁷ Zannotti, Marco. **Principio di determinatezza e taxativita, en introduzione al sistema penale**. Pág. 152

³⁸ Betti, Emilio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Pág. 280

jurídico, y entonces aplica a uno de ellos (no previsto) la ley dictada para otro, pues la comparación entre los dos muestra que debe haber un mismo punto de vista de regulación”.³⁹

2.2. Requisitos de aplicación de analogía

Para que la analogía pueda ser aplicada se necesitan los siguientes elementos:

- a. “Que el caso no haya sido previsto por el legislador. Ello configura la existencia de una laguna, ya que la cuestión no puede decidirse ni por la letra de la ley, ni apelando a la costumbre. No hay una norma positiva y vigente apta para resolver un caso que el juez debe decidir.
- b. Que exista una igualdad jurídica entre el supuesto no regulado y el que está previsto: Es necesario acudir a una o más normas positivas o a uno o más principios jurídicos, cuyas consecuencias puedan alcanzar y ser aplicadas al caso no previsto por razón de semejanza o afinidad de alguno de los elementos fácticos o jurídicos que resultan participados entre la especie regulada y la no regulada.
- c. Que esa igualdad sea esencial: Es el elemento más difícil de desentrañar por parte del intérprete, que deberá saber extraer las notas decisivas que permitan establecer una relación de semejanza”.⁴⁰

³⁹ Recansés Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. Pág. 326

³⁸ Beuchot Puente, M. *Posmodernidad, hermenéutica y analogía*. Pg. 36

2.3. Analogía de derecho

Ballesteros expone que: "el pensar unívoco y exacto y la exclusión de la analogía serán responsables a partir de entonces y a lo largo de la modernidad de escisiones y desgarramientos insuperables para la persona y el mundo".⁴¹

"Aquinate entiende que entre padres e hijos o entre el marido y su esposa no se da estrictamente derecho sino un derecho debilitado o imperfecto; en tanto falta en ambos supuestos tanto una plena alteridad como una completa igualdad".⁴²

Asimismo, es la analogía la actividad de complementación en el ámbito jurídico, porque resulta ser una herramienta para el juzgador cuando ésta se encuentra limitada por carecer de las normas que necesita aplicar y le permite solucionar esa deficiencia; sin embargo, esa actividad de integración se encuentra prohibida en la rama penal del derecho.

"Así entonces algunos estudiosos del tema no les parece que resistan esa visión diversificada de la analogía y es quizás por ello que no sólo apartan del derecho a la justicia general sino llegan a afirmar que es falsear el derecho, confundirlo con reglas de conducta o con el derecho subjetivo".⁴³

⁴¹ J. Ballesteros. **Postmodernidad: decadencia o resistencia**, Pág. 23

⁴² G. Graneris. **Contribución tomista a la filosofía del derecho**. Pág. 69

⁴³ M. Villey. **Compendio de filosofía del derecho**. Pág. 215

2.4. El sentido de la analogía a lo largo de la historia

“Fueron los primeros matemáticos griegos quienes utilizaron el término de analogía, haciendo referencia a la proporcionalidad entre medidas y cantidades, pero fue Platón quien dio a esta noción un carácter de trascendencia que ha llenado páginas en la filosofía y el lenguaje.

Si bien Platón introdujo esta noción de analogía comparando la «Idea del Bien» con el Sol, el estudio más detallado de la noción lógica lo hizo Aristóteles al considerar la analogía del ente.

Los escolásticos, ya en la Edad Media, integraron y completaron la analogía aristotélica en su doctrina argumentando la existencia de Dios como causa primera, y la trascendencia de Dios entendido como ser de esencia.

Al buscar antecedentes históricos, se encuentra que la aplicación de analogía es relativamente nueva, en el Derecho Romano ya se atribuían los jueces la facultad para castigar *ad exemplum legis*; por otro lado en medio del florecimiento de la época teocéntrica y el Derecho Canónico se admitió tal figura. Sin embargo con el Iluminismo e influencia de aquellas corrientes humanistas se fue delimitando aquella facultad judicial dejando por fuera ese procedimiento en materia penal⁴⁴ sic

⁴⁴ Hurtado Aguilar, Hernán. *Derecho penal compendiado*. Pág. 68 y 69

"Durante toda la centuria pasada y los dos primeros decenios de la presente (1900), el instituto que estudiamos aparece durmiendo en el ostracismo el sueño del olvido; pero las nuevas corrientes le van despertando poco a poco al intentar traer nuevamente a la vida las opiniones de muchos juristas y el sesgo corrector de algunas legislaciones".⁴⁵

Actualmente la analogía ha sido marginada totalmente del derecho en materia penal, ya que al tener éste como fin privilegiado la aplicación de sanciones justas enmarcadas en la legalidad y equidad, no puede dejar al juzgador la facultad de legislador, convirtiéndose más que en un principio en una garantía irrenunciable para hombres y mujeres.

2.5. La analogía en la argumentación lógica

"En la vida diaria continuamente practicamos tales razonamientos. Tales argumentos, como argumentos inductivos de conclusión probable y retórica no tienen inconveniente alguno. Nos acercan al posible conocimiento de la verdad lo mismo que cualquier razonamiento científico".⁴⁶

En base a la anterior cita, se puede indicar que la analogía se aplica en una forma lógica en virtud de la ausencia de la figura específica; provocando así una serie de efectos de temática jurídica, social, económica, política, moral, etc. Sin embargo,

⁴⁵ Puig Peña, Federico. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 95.

⁴⁴ Hellín, J. **La analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez.** Pág. 41



dentro del ámbito jurídico, es necesaria esa lógica y congruencia, ya que como se ha discutido anteriormente, al realizar la interpretación analógica se pretende establecer similitudes y diferencias; por lo que al encontrar esa igualdad aparente de normas debe existir proporcionalidad y coherencia que hacen surgir a la vida la analogía.

2.6. Límites de la analogía

En ciertos aspectos la analogía no puede actuar de ninguna manera; o sea, en normas de ámbito penal, en leyes temporales o en normas especiales.

El derecho penal tiene, dentro de otras, la característica de ser especialmente estricto en sus enunciados. La ley penal describe una conducta específica, denominada tipicidad que permite la aplicación de la sanción a aquél que no la cumpla en forma estricta. Es por ello, que la analogía resulta de imposible utilización en el derecho penal, pues, en caso contrario, significaría crear nuevos tipos penales vulnerando el principio de legalidad. Debe de concluirse que no hay tipo penal, pena o medida de seguridad sin ley previa, escrita, estricta y cierta. No se admite analogía (estricta) para ampliar el tipo (cierta) porque la ley penal y su sanción están previamente consagradas (escritas).

Un aspecto contenido en el principio de legalidad de suma importancia para el tema que se analiza, es el que se conoce en doctrina como *lex scripta*; la ley como única fuente del derecho penal; esto como referente a que los jueces en materia penal deben basarse en la ley que emana del órgano legislativo competente previamente a la

perpetración del delito, evitando la implementación de su criterio para evaluar y calificar las conductas antijurídicas.

“El principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. En otras palabras: del principio de legalidad surgen consecuencias para el dictado de la ley y para su aplicación. Las exigencias referentes al Parlamento tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe”.⁴⁷

2.7. Clasificación de la analogía

“La interpretación analógica o analogía, consiste en extender una norma jurídica que regula un determinado hecho a otro semejante no previsto en ella. Se ha distinguido la **analogía legal** (analogía legis) de la **analogía de derecho** (analogía juris), en aquélla el caso no previsto se resuelve con un precepto que regula un caso semejante, en ésta la norma que se aplica al caso no previsto se deduce del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto”.⁴⁸

Existen distintos tipos de analogía, que a continuación se describen:

- a. La analogía legis
- b. La analogía iuris

⁴⁷ Bacigalupo, Enrique. **Principios de derecho penal. Parte general.** Pág. 75.

⁴⁸ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 215

“En tal sentido se ha distinguido la analogía legis de la analogía iuris. En la primera, al caso no contemplado en la ley se le aplica la que regula un caso similar; no se trata de que aquél quede implícitamente comprendido en la ley (que le responda a la misma ratio legis de punición que al legislado), sino que el juez llegue a determinar que el no previsto es tan merecedor de pena como el previsto; en otras palabras la aplicación analógica de esta especie procede del convencimiento del juez de que si el legislador hubiese previsto el caso le hubiese aplicado la misma pena que al que previó expresamente. En la segunda, como lo hemos señalado, el caso no contemplado es regulado por el propio juez con una norma que él crea, partiendo de los principios generales (político-defensivos, en el caso del derecho penal) que inspiran la legislación vigente al momento del fallo. Puede decirse, en general que en el primer supuesto crea una norma “copiando” otra y en el segundo “crea” realmente una norma que está totalmente ausente de legislación como expresión determinadamente especificatoria de punición”.⁴⁹

La primera consiste en que el intérprete acude a una norma jurídica concreta de la que extrae los principios aplicables al supuesto de hecho, que siendo semejante al que contempla dicha norma jurídica carece sin embargo de regulación. La segunda supone que el intérprete acude a varias normas jurídicas para extraer los principios aplicables al supuesto de aplicación. Analogía no se debe confundir con la interpretación extensiva. En la analogía el intérprete descubre una norma no formulada.

⁴⁹ Creus, Carlos. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 61

2.8. La analogía en el derecho penal comparado

“Un caso muy interesante de recepción de la analogía lo plantea el Código Penal español de 1995, que en su Artículo 21, introdujo el título siguiente: “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, en los primeros cinco incisos detalla diversos supuestos de atenuación, y en el inciso 6º. dispone: “cualquier circunstancia de análoga significación que las anteriores.” La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, ha sostenido en un caso de apoderamiento de la tarjeta Visa del compañero de la madre del condenado; “llevan a la conclusión de que por la vía de la atenuante analógica de parentesco, ésta podría tener relevancia jurídico penal entre personas no unidas por vínculo de parentesco, siempre que se acreditase una situación análoga a la predicable entre parientes, es decir, siempre que constase en los hechos probados una situación entre víctima y agresor en toda análoga a la que pudiera existir entre parientes en cuanto a una comunidad de afectos y vivencias de carácter estable”⁵⁰ (sic)

También es interesante traer a colación para comprender la aplicación de la analogía en derecho español la sentencia del Tribunal Supremo, que indica: “Sabido es que la análoga significación a que se refiere el Artículo 21.6º no supone identidad de elementos concurrentes, ni permite como queda dicho configurar atenuantes incompletas. Los términos de la comparación no son los morfológicos o estructurales, sino los del fundamento o razón de ser de la atenuante concretamente invocada, que pueda responder a una disminución del injusto o del reproche de culpabilidad o a

⁵⁰ Véspola, Luciano. **Sentencias del Tribunal Supremo Español**. Pág. 16

consideraciones político-criminales enlazadas con la punibilidad. De modo que si esa misma ratio atenuatoria es apreciable en el caso concreto que se contempla será posible estimar la análoga significación a que se refiere el texto legal sin asentarla en la identidad parcial de los elementos estructural o morfológicamente definitorios de la atenuante nominada”.⁵¹

Ahora bien, esta disposición que permite la analogía por un lado, por otro limita esa analogía con respecto a otros supuestos en el Artículo 4 que dispone que “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”, con lo que está consagrando la prohibición de analogía, y que su inciso 3º agrava, ya que este inciso indica que “Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare pena una acción u omisión que, a juicio del juez o Tribunal no debiera serlo o cuando la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias penales del reo”.⁵²

“Los conflictos entre la ley penal y los valores superiores del orden jurídico constituyen una cuestión de inconstitucionalidad de la ley y no un problema que el Ejecutivo pueda resolver discrecionalmente mediante el uso del derecho de gracia”.⁵³

⁵¹ *Ibid.* Pág.17

⁵² *Ibid.* Pág.19

⁵³ Bacigalupo, Enrique. *Ob. Cit.* Pág. 74

“Una disposición similar a la del Artículo 21 se encuentra en el Código Penal italiano, en su Artículo 62 bis, al regular la atenuante genérica, que estipula: El juez, independientemente de las circunstancias previstas en el Artículo 62, puede tomar en consideración otras circunstancias diversas. Pero el ordenamiento constitucional italiano, en el Artículo 25 inciso 2, prohíbe expresamente la analogía: Pero la norma constitucional no toma posición alguna en orden a la posibilidad de una norma favorable (permissiva, extintiva o atenuante)”.⁵⁴

“En el otro extremo y siguiendo la tradición napoleónica el Código Penal Francés de 1992 en su Artículo 111-4 dispone: “La ley penal es de estricta interpretación, ante ello con la consagración de la interpretación estricta, se prohíbe la interpretación extensiva y analógica”.⁵⁵

Por lo anterior, puede establecerse que, si bien otras legislaciones contemplan la interpretación analógica en materia penal la misma es inaceptable, porque contradice totalmente los principios que inspiran el derecho penal.

Varios cuerpos legales de Guatemala, contemplan en situaciones específicas la aplicación de analogía; pero cuando la materia de derecho de que se trata contiene un conjunto de garantías inherentes (como en el caso penal y tributario) la ley es categórica en excluir esta actividad judicial.

⁵⁴ Gili, Pascual. **Sistema Jurídico Italiano**. Pág. 191

⁵⁵ Aranguren Sánchez, Carlos y Esperanza Alarcón Navío. **El Código Penal francés, traducido y anotado**. Pág. 24 nota 4



2.9. La analogía y la punibilidad

“Ahora bien, cuando no hay un tipo permisivo y por tanto la conducta es típica, antijurídica y culpable, nos lleva a pensar que el autor del injusto sufrirá la imposición de una pena, pero no siempre es así, ya que la coerción penal carece de operatividad por diversas razones, que responden ora al derecho penal ora al derecho procesal penal”.⁵⁶

“La analogía no es otra cosa que un habitual proceso deductivo de la lógica que en el derecho penal, al igual que en todas las restantes ramas jurídicas, no sólo se utiliza in bonam partem. Pese a lo dicho nada hay que objetar contra el uso de aquella expresión si es consciente de que con la prohibición de la analogía está pensando en la analogía dirigida a la creación del derecho nuevo”.⁵⁷

En el mismo sentido: “La analogía que tiene por efecto limitar la pena y el derecho consuetudinario que conduce a suprimir la pena, son admisibles sin restricciones”.⁵⁸

Ante lo anterior, es de suma importancia determinar que no es posible hacer una aplicación analógica de causas de suspensión de prescripción o bien extender la prescripción por algún tipo de interpretación, esto porque el legislador ha previsto limitar la función jurisdiccional de aplicación interpretativa para preservar aquellas garantías protegidas constitucionalmente y por pactos internacionales de derechos humanos.

⁵⁶Prunotto Labore, Adolfo. **Recepción de la analogía en el derecho penal**. Pág. 23

⁵⁷Jesnech, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Pág. 119

⁵⁸Welzel, Hans. **Derecho penal. Parte general**. Pág. 29



Si bien, la legislación guatemalteca sí permite realizar la denominada integración por analogía; como en el caso del Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial y el Artículo 5 del Código Tributario; ambos cuerpos normativos permiten esta actividad jurídica sólo cuando exista insuficiencia en la claridad de la norma; además, esta facultad otorgada al jurista es exclusivamente para auxiliarlo en su labor interpretativa; previendo el legislador alguna deficiencia al momento de prescribirse las normas; sin embargo, categóricamente se excluye la creación de figuras penales o tributarias para impedir una posterior sanción (nula ipso jure), en el caso de complementar la norma que se considera vacía con otra que pudiera tener similitud; manifestándose así la aplicación analógica.



CAPÍTULO III

3. Fuentes de interpretación del derecho penal

3.1. Aspectos generales

"El derecho penal, está dirigido a lograr que todos los hombres actúen del modo que se considera necesario o conveniente para una ordenada vida social, permitiendo al individuo el goce de los bienes que ella le pueda proporcionar. El derecho en general, a través de sus distintas ramas, determina cuáles son esos bienes, prohibiendo las conductas que tienden a menoscabar o desequilibrar su goce; el derecho penal atendiendo a esas conductas y discriminando las que entre ellas se consideran de mayor incidencia en el quebrantamiento del orden social, por la calidad fundamentadora de éste de los bienes que atacan, refuerza su protección sancionando la realización de éstas con un rigor que no tiene en cuenta el valor económico de goce del bien, sino que, constituyéndose en un menoscabo de bienes del mismo autor que las lleva a cabo, procura, exclusivamente, prevenir la realización de las mismas".⁵⁹

Para lograr una noción completa de lo que es el derecho penal, es importante distinguir el contenido fundamental del mismo, pudiendo establecerse que se refiere:

- a. Al delito, que es aquella conducta ilícita que posee una regulación legal y al realizarse es susceptible de una pena.

⁵⁹ Creus, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 1

- b. Al delincuente, es decir aquella persona que incurre en el delito; y
- c. A la pena o consecuencia jurídica de la comisión del delito.

Existen innumerables definiciones conceptuales acerca del derecho penal, ya que el mismo determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala qué pena ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Prevé, asimismo, que el delito pueda ser presupuesto de medidas de mejora y seguridad de otra naturaleza.

El derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones drásticas que promuevan dentro de la sociedad el mensaje de que esas conductas son inaceptables.

“De lo anotado, podemos afirmar que el derecho penal es la rama del derecho destinada a la protección de los bienes jurídicos atacados. El mismo está integrado también por las medidas de seguridad y corrección, las cuales no son necesariamente punitivas. Es importante resaltar su calidad de ultima ratio - cuando todos los otros recursos de que dispone han fracasado - es decir, debe actuar sólo cuando es indispensable para mantener el orden público”.⁶⁰

“El derecho penal puede ser subjetivo y objetivo, debiéndose distinguir el derecho penal subjetivo (ius puniendi) del objetivo (ius poenalis). El primero consiste en una facultad del Estado - el derecho de castigar - de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la

⁶⁰ Sánchez de la Torre, A. **Los principios clásicos del derecho**. Pág. 28

amenaza de sancionar con una pena. En cambio, el segundo es la limitación a esa potestad manifestada en un conjunto de normas y leyes”.⁶¹

Dentro de las características del derecho penal el tratadista Pedro Alfonso Pabón Parra señala:

- a. "Positividad: describe los tipos penales y sus correspondientes sanciones, a través de leyes promulgadas por el Estado.
- b. Imperatividad: la norma penal obliga a todos, sin que su ignorancia pueda ser excusa para su incumplimiento.
- c. Publicidad: el derecho penal protege los derechos de toda la sociedad; la investigación, represión de las conductas y el derecho de castigar corresponde al Estado.
- d. Generalidad: se aplica sin distinción alguna a todos los individuos de la especie humana, cuyas conductas se hallen en los supuestos descritos por los diferentes tipos penales, y se cumplan las condiciones de imputabilidad.
- e. Coercibilidad: establece prohibiciones, describe las conductas consideradas lesivas, añadiéndole la sanción correspondiente.
- f. Autonomía: esta rama del derecho posee método y finalidad propias”.⁶²

⁶¹ Rodríguez Morullo, G. **Ob. Cit.** Pág. 156

⁶² Pabón Parra, Pedro Alfonso. **Manual de derecho penal.** Pág. 547

El objeto del derecho penal se divide en:

- a. Objeto material: Es el hecho punible y la pena como consecuencia.
- b. Objeto sustancial: El ordenamiento positivo vigente, puesto que en el estado de derecho no se admite delito sin ley.
- c. Objeto sociológico: Sea el hombre, como agente destinatario de la norma penal, sea el conjunto de circunstancias sociales en las que el delincuente se gesta, son objeto del derecho penal.

Ante ello la finalidad del derecho penal es la de preservar la estabilidad social, a través de la protección de bienes jurídicos, sin los cuales las condiciones para la convivencia serían intolerables. Por ello, esta rama del derecho es un instrumento de disciplina social, de aplicación formal y fundamentación racional. Cabe destacar que la naturaleza de estos valores protegidos es cambiante, con respecto a la estructura de la sociedad en el tiempo. Por consiguiente, la selección de los mismos deberá ser rigurosa y en respuesta a las necesidades de la sociedad".⁶³

Sobre la Ley Penal se establece que es: "La que define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o peligro social corresponden".⁶⁴

⁶³ J. Ballesteros. **Sobre el sentido del derecho**. Pág. 107.

⁶⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 543.



La Ley Penal es la fuente formal de lo jurídico, contiene la voluntad humana y es principio del orden positivo. En efecto, es en virtud del principio de legalidad, el principio de reserva de ley y el principio de preferencia de ley que se fija un campo en el cual todas las decisiones fundamentales competen a la ley. Así, el ciudadano y ciudadana tienen la certeza de que la misma establece lo que debe o no hacerse, y en caso de cometer una infracción, las consecuencias a las cuales se los someterán.

Para comprender la congruencia que debe existir entre la Ley Penal con la Constitución Política, es preciso mencionar que el principio de legalidad establecido tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala como en el Código Penal, delimita que el órgano legislativo debe proscribir la norma y la previa vigencia de la misma para que pueda ser aplicada por el órgano jurisdiccional y compeler a los habitantes al cumplimiento de la misma.

En la revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala de diciembre del año 2009 desarrollaron los principios que sustentan la jerarquía constitucional. De tal manera que para el tratadista Juan Carlos Casellas Gálvez el principio de reserva de ley constituye "un juicio de valor que expresa el constituyente en el momento de elaborar la Constitución, disponiendo las materias que necesariamente deberán regularse por normas jurídicas con rango de ley. Así, al incorporar la Constitución dicho juicio de valor vincula al poder público, debiendo por consiguiente, obedecerlo. Por ello, no es posible hablar de Reserva de Ley sin una base constitucional, **ya que no hay más reservas de ley que las establecidas por el constituyente en la Constitución.**

La Preferencia de Ley, por su lado, expresa la misma idea que la reserva de Ley, sólo que de un modo más limitado. En este caso, el juicio de valor del que recién hablamos, en vez de emitirlo el constituyente, lo emite el legislador ordinario, quien a través de una norma jurídica con rango de Ley, dispone las materias que necesariamente deberán regularse por normas jurídicas con el mismo rango".⁶⁵ (sic)

3.2. Historia del derecho penal

"Realmente no puede establecerse el origen del derecho penal como tal, ya que con el desarrollo histórico han podido determinarse sus períodos de evolución y asimismo las corrientes que lo han ido influenciando y transformando.

Se puede establecer como un derecho penal primitivo, aquél que se manifestó en los grupos prehistóricos, en los que el individuo reaccionaba vengativamente ante una acción y que posteriormente se convirtió en formas grupales de defensa. En esta época se observaron un derecho penal mágico que sancionaba infracciones tabú o las que la civilización consideró que podían ser susceptibles de castigo. En esta etapa se observó penas como la guerra entre grupos como sanción grupal y la pena individual que se observó eminentemente física.

Así pues, con el desarrollo de las civilizaciones más antiguas sus legislaciones contemplaban el derecho penal; así el Código de Hammurabi (Babilonia), Código de

⁶⁵ Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. *Revista Mensual*, diciembre 2009. Pág. 60

Netzahualcoyolt (aztecas), Código de Manú (India), todo esto hasta por lo menos el siglo VII.

Dos grandes movimientos que dan paso al derecho penal en una trascendencia legislativa es el derecho penal canónico en el siglo XV, ya que se manifestaron por primera vez en el mundo los términos de dolo y culpa, seguido a esto se encontró un cuerpo legislativo que aportó elementos del delito La Carolina de Carlos V.

El renacimiento trajo grandes ideas penales de pensadores como Moro, Bacon, Grocio, Suárez, Locke y Hobbes.

El derecho penal es fruto dinámico de la historia. Su historia data del periodo ubicado entre los siglos XVI y XVII, a partir del cual se configura el derecho penal como se conoce hoy en día. Las ideologías vertidas por la Revolución Francesa generaron un profundo cambio en el derecho penal, hasta entonces arbitrario y anárquico, caracterizado por la crueldad e incertidumbre en la pena y por la desproporción entre ésta y el delito. Se vino configurando, de esa manera, la teoría del delito".⁶⁶

"El derecho penal de la actualidad, sin desconocer a lo que se debe su larga evolución, parte de un momento muy particular en la historia de la moderna civilización. En el siglo XVIII es cuando se definen sus lineamientos básicos. El movimiento iluminista, con su vertiente de enciclopedismo en Francia y el correspondiente mundo germano (Auflklärung) que se traslada rápidamente a toda la sociedad occidental, al situar al

⁶⁶ Cuello Calón, Eugenio. *Ob. Cit.* Pág. 201

hombre en una nueva posición, da origen a un derecho penal respetuoso de sus derechos fundamentales (derechos naturales del hombre). El rechazo del arbitrio judicial y la exigencia de la ley previa para que pueda imponerse la pena, las dudas sobre la innecesaridad de la crueldad de ésta y la repugnancia por los procedimientos atroces de indagación, aparecen en casi todos los pensadores de la época: Montesquieu, Rousseau, Voltaire, etcétera.

Pero es el máximo exponente de este período humanitario César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, quien junto con el estallido de la Revolución Francesa, se pronunció en contra de las penas brutales a los delitos cometidos trayendo con sus ideas revolucionarias uno de los fines actuales del derecho penal tal y como lo es impedir al reo causar nuevos daños a la sociedad, citando uno de sus alegatos de aquella época: Que derecho sino el de la fuerza será el que da la potestad al Estado para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente".⁶⁷

Posteriormente, aparece un período penal autoritario típico de los regímenes políticos autoritarios, castigando severamente a los que quisieran atentar en contra del Estado.

Finalmente se encuentra al derecho penal en su etapa moderna, al tratarse de una ciencia jurídica-social no se puede encuadrar en periodos rigurosos sino más bien en constante cambio tratando de reaccionar ante las necesidades sociales de una manera justa.

⁶⁷ Creus. Ob. Cit. Pág. 33



3.3. Fuentes directas e indirectas

"Se denomina fuente desde el punto de vista amplio (*latu sensu*), al manantial natural de donde brota algo; y desde el punto de vista estrictamente jurídico (*strictu juris*), nos referimos en sentido figurado al lugar donde se origina, de donde emana, donde se produce el derecho y en este caso el derecho penal, el fundamento y origen de las normas jurídico penales que constituyen el derecho penal vigente; generalmente los tratadistas de nuestra disciplina hablan de fuentes directas e indirectas, fuentes reales (materiales) y formales".⁶⁸

"Se denominan fuentes del derecho penal aquellas normas jurídicas que regulan los presupuestos y el contenido del derecho del Estado a castigar".⁶⁹

Puede establecerse por lo tanto que fuente en sentido figurado es la razón primitiva de cualquier idea, de un hecho y en un sentido más técnico es el modo o manera en que el ordenamiento jurídico se manifiesta en la vida social.

Las fuentes del derecho penal difieren de las otras áreas del ordenamiento jurídico por el principio de legalidad, que rige en todas las ramas del derecho, pero específicamente en derecho penal.

⁶⁸ De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 89

⁶⁹ Maurach, Reinhart. **Derecho Penal. Parte general.** Pág. 121

a. Fuentes directas: Inmediatas o de producción, son aquéllas que tienen virtualidad propia para crear normas jurídicas. Por ejemplo, la ley.

b. Fuentes indirectas: Mediatas o de conocimiento, son aquéllas que no tienen esa virtualidad pero contribuyen a la creación del derecho. Por ejemplo, todas las restantes normas, costumbre, principios generales del derecho.

La costumbre se aplica en defecto de ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada; igual que los usos. Los principios generales del derecho se aplican sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. La Ley del Organismo Judicial establece en su Artículo 2: "La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará.

La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada".

También son fuentes las normas de tratados internacionales cuando pasan a formar parte del ordenamiento jurídico una vez ratificados, firmados y publicados; este extremo también se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Así pues los Artículos 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 9 de la Ley del Organismo Judicial, preceptúan:

“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”.

También se consideran fuentes la jurisprudencia, que complementará al ordenamiento jurídico con la doctrina al interpretar la ley; la costumbre y los principios generales del derecho:

- a. **La costumbre.** Se refiere a aquel conjunto de normas que se imponen en el ordenamiento jurídico por el uso reiterado.

- b. **La jurisprudencia.** Esta fuente consiste en la reiteración de los fallos de los tribunales en un mismo sentido. Esta definición se encuentra regulada en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en el Artículo 43 el cual establece: “La interpretación de las normas de la Constitución y de otras contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido”.

Dos términos que suelen utilizarse indistintamente es el de jurisprudencia y doctrina legal; sin embargo, es necesario establecer que aunque existen similitudes entre ambos no son lo mismo. La jurisprudencia se manifiesta cuando varios tribunales u órganos



jurisdiccionales opinan en sus sentencias de manera reiterada proponiendo un precedente para situaciones posteriores que pudiesen ser análogas. Contrario sensu de la doctrina legal que si bien es jurisprudencia, ésta sólo puede ser emanada del más alto tribunal de la República, en el caso de la República de Guatemala corresponde a la Corte de Constitucionalidad, encontrándose en el pináculo de la jerarquía por tratarse del órgano vinculado con la Ley Suprema.

- c. **La doctrina.** Se denomina doctrina al conjunto de teorías, principios y aportes que realizan los tratadistas del derecho penal.

- d. **Los principios generales del derecho.** Es el conjunto de valores máximos a los que aspira la ciencia del derecho penal en su aplicación e interpretación.

3.4. La ley penal

“Sólo la ley es fuente del derecho penal. En este punto domina como principio fundamental la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*. Ésta, pese a su vestimenta latina, no proviene del derecho romano, fue inspirada por Feuerbach. Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente. Así que en esta máxima se contiene una doble garantía individual: no ser penado más que por lo hechos previamente definidos por la ley como delitos, garantía criminal (*nullum crimen sine praevia lege*)

poenali), y no ser castigado con penas –ni en clase ni en medida- diversas de las establecidas previamente por la ley, *garantía* (nullum poena sine praevia lege)".⁷⁰

En ese sentido puede afirmarse que en derecho penal la ley es la única fuente del derecho; de conformidad con el principio de legalidad.

La ley puede manifestarse en dos sentidos:

- a. "En **sentido formal**: Cualquier definición es válida, pero se puede definir como la manifestación de la voluntad producida mediante el procedimiento constitucional previsto, por escrito y revestido de las demás formalidades, cuyas prescripciones deben ser acatadas por los órganos ejecutivos y judiciales.
- b. **En sentido material**: Entendemos por ley todo precepto que vaya acompañado de sanción punitiva".⁷¹

Asimismo puede establecerse una clasificación de las leyes:

"**Leyes Orgánicas**. Son aquéllas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueban los estatutos de autonomía y el régimen general y las demás previstas en la Constitución. Su aprobación, modificación o derogación

⁷⁰ Cuello Calón, Eugenio. *Ob. Cit.* Pág. 169

⁷¹ ⁷¹ López Mayorga. *Ob. Cit.* Pág. 44

exige mayoría absoluta del Congreso en votación final sobre el conjunto del proyecto de ley.

Decretos Legislativos. Se refiere a aquella potestad de dictar normas con rango de ley en materias no incluidas en las leyes.

Decretos-Leyes. Es una disposición con rango de ley ordinaria; corresponde exclusivamente al Gobierno para casos sólo de extraordinaria y urgente necesidad. No pueden afectar a las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades.

Reglamentos. Otra forma de manifestarse la norma penal es a través de los Reglamentos. En ocasiones también surgen los Reglamentos para completar una ley en blanco".⁷²

La Ley Penal se encuentra revestida de características particulares que se definen a continuación:

- **"Generalidad, obligatoriedad e igualdad:** Esta característica de la ley penal se manifiesta en tanto que la misma se encuentra dirigida a todos y todas las personas tanto naturales como jurídicas que habitan un país y estos se ven obligados a cumplir sin distinción de sexo, etnia, culto, posición económica.

⁷² Ibid. Pág. 167



- **Exclusividad:** Solamente a la ley penal le corresponde la prohibición de comportamientos y la creación de sanciones consecuencia de las determinadas conductas que es a lo que la ley penal llama penas.
- **Permanente e ineludible:** Se determina esta característica ya que la ley penal permanece tanto en tiempo como en especie hasta que sea derogada por otra ley.
- **Imperativa y sancionadora:** Esta característica se refiere al poder coercitivo que posee la ley penal en cuanto a la exigencia de su cumplimiento y contrario sensu se impone una pena, de ahí se origina su nombre.
- **Constitucional:** Porque debe tener fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala".⁷³

3.5. Costumbre

Además de la ley como principal fuente del derecho penal, la costumbre se aplica con carácter supletorio. La costumbre está formada por dos elementos:

- **Material:** Es la repetición continua y constante.

⁷³ De León Velasco, **Ob. Cit.** Pág. 78-81

- **Formal o espiritual:** Se refiere a los actos repetidamente realizados que obligan jurídicamente.

No hay que confundir la costumbre con los usos ni con las llamadas buenas o malas costumbres. La costumbre se considera fuente mediata o indirecta en derecho penal, ya que no puede ser considerada inmediata por el principio de legalidad.

“La doctrina no tiene inconveniente en admitir la costumbre en derecho penal si ésta favorece al reo, por ejemplo, en ciertas eximentes. Generalmente se aplica con carácter supletorio en defecto de ley, pero no de manera automática. Quien quiera que se aplique debe probar su existencia”.⁷⁴

El valor de la costumbre en derecho penal se manifiesta en que a veces puede influir en el legislador para modificar o derogar leyes penales. Ha servido también para interpretar determinados delitos; y se ha tenido en cuenta al considerar el contenido delictivo de algunas figuras jurídicas.

Tampoco puede crear normas penales, pero sí puede complementarlas. Por ejemplo, la eximente del cumplimiento de un deber, oficio o cargo es complementada por la costumbre. Porque para establecer cuál es el deber de ese cargo, oficio, etc., se debe referir a la costumbre.

⁷⁴ Martínez Doral, J.M. *La estructura del conocimiento jurídico*. Pág. 158.



Existirá costumbre cuando exista una repetición de uso por parte de la comunidad de forma generalizada y que se repita con la convicción de que ese uso es obligatorio.

3.6. Principios generales del derecho penal

"Los principios generales del derecho suelen ser considerados no sólo como medios de interpretación, sino también como fuentes mediatas del derecho, pero esto, según la opinión corriente, sólo atañe al derecho civil no al derecho penal. Las máximas y principios de justicia, cuando no se han cristalizado en normas de ley positiva no pueden ser exigidas mediante coacción, si no se concretan en preceptos de derecho escrito no son coactivamente obligatorios. Dado el carácter de legalidad estricta que inspira el derecho penal, si un individuo comparece ante un tribunal acusado de un hecho que no se halle penado en la ley, aun cuando esté en oposición con aquellos principios, por antijurídico que sea, habrá de ser absuelto por inexistencia del delito".⁷⁵

Los principios generales de derecho penal se aplican en defecto de ley y de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. No se aplican en derecho penal de modo directo por razón del principio de legalidad; al igual que la costumbre podría aplicarse cuando sea a favor del reo.

⁷⁵ Cuello Calón. *Ob. Cit.* Pág. 180

3.7. Los tratados internacionales

Son fuentes generales del derecho en el ordenamiento jurídico, pero los tratados internacionales no crean derecho penal, en virtud de que se respeta el principio de legalidad.

El principio de legalidad impide que un tratado internacional pueda crear derecho penal porque no es ley orgánica; sin embargo, un tratado internacional sí que podría derogar normas penales, llevar a cabo una interpretación de las mismas e incluso integrar normas penales. Esta integración juega un papel importante con respecto al derecho en materia de normas incompletas, leyes en blanco, y las normas formuladas con criterios normativos.

Cabe recordar que en materia penal el *ius cogens* juega un papel importante a nivel internacional; pues estas normas son aplicadas específicamente en la comisión de delitos de lesa humanidad aunque muchas veces los Estados no se encuentran de acuerdo en su aplicación.

Son fuente del derecho penal de forma directa al igual que la ley, ya que en materia penal tienen muchísima importancia en muchos ámbitos; tales como: en extradición, terrorismo, tráfico de drogas, sustancias psicotrópicas, etc.



3.8. La doctrina científica

La doctrina no se considera en general una fuente del derecho penal de forma inmediata; pero sí es fuente de conocimiento del derecho, formando el bloque de la doctrina científica un bloque de interpretación y aplicación del derecho.

3.9. La jurisprudencia

Tampoco es fuente directa del derecho y se puede considerar fuente indirecta; es decir, fuente del conocimiento. Hay varias opiniones encontradas en la doctrina sobre considerar o no fuente indirecta la jurisprudencia. La mayoría de tratadistas considera que sí lo es porque junto con la doctrina se complementa el ordenamiento jurídico.

Los hechos declarados probados no se modifican ni se alteran. En los supuestos de error de derecho en la sentencia no se rige por la teoría de la pena justificada; es decir, la pena, si prospera el recurso, sería la misma aunque el tribunal que la proscribió proceda a realizar ampliación o aclaración.

“No constituye jurisprudencia los obiter dictum (las alusiones o consideraciones de estilo, frases marginales) empleados por el órgano jurisdiccional para dictar sentencia”.⁷⁶

⁷⁶ A. Olleró. Interpretación del derecho y positivismo legalista. Pág. 45.



3.10. La interpretación de la ley penal

"Se entiende por interpretación la determinación del sentido de los preceptos jurídicos para el objeto de su aplicación a situaciones concretas de hecho. El modo de trabajo jurídico está caracterizado por la circunstancia de que, al aplicarse el derecho, se examina si determinados hechos de la vida pueden ser subsumidos en los elementos abstractos de la ley".⁷⁷

La interpretación de las normas jurídicas se define como el descubrimiento y determinación de la norma al objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real.

Dichas normas no siempre son claras en su aplicación, por lo que es necesaria su interpretación para mejorar la administración de justicia.

Existen diversas teorías de interpretación de las leyes penales, dentro de estas teorías, las que más resaltan para el objeto de este estudio son las siguientes:

- a. **Teoría subjetiva:** Según esta teoría, el sentido de la ley hay que buscarlo en la voluntad del legislador (mens legislatoris).
- b. **Teoría objetiva:** Esta teoría establece que el sentido de la ley hay que buscarlo en la ley misma (mens legis); es decir el llamado mensaje de la ley. Porque en la formación de las leyes no concurre una sola persona, sino varios en equipo, a veces

⁷⁷Reinhardt, Maurach. **Ob. Cit.** Pág. 143

varios organismos o instituciones; una vez constituido el texto la ley se emancipa de sus creadores.

- c. **Teoría ecléctica:** Esta teoría considera que la interpretación se hace por combinación de varios factores, de elementos subjetivos y objetivos.

Para realizar la interpretación de las normas jurídicas deben considerarse determinados elementos interpretativos, como por ejemplo:

- Gramatical: Se atiende al sentido literal de las palabras.
- Lógico: Se atiende al razonamiento lógico.
- Histórico: Se atiende a los elementos históricos que influyeron en su redacción.
- Sistemático: Se atiende al conjunto del ordenamiento jurídico.
- Sociológico: Se atiende a la realidad social del momento en que se creó la norma.

En toda interpretación en materia penal debe existir el principio in dubio pro reo; es decir, si no hay certeza del delito, el sistema jurídico impide que se aplique la norma más restrictiva.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que las leyes penales deben aplicarse en sentido restrictivo y gramatical; por exigencias del principio de legalidad. La interpretación extensiva sólo puede hacerse cuando sea favorable al reo; si no, debe ser estricta y gramatical.



3.11. Derecho penal y la Constitución Política de la República de Guatemala

En su carácter de derecho complementario, el derecho penal mantiene una estrecha conexión con las demás ramas del derecho, en especial con el derecho constitucional; ya que se encuentra en relación de subordinación con la Constitución Política, pues ésta es la Ley Fundamental a la que deben ajustarse todas las otras leyes de la nación que se dicten en su consecuencia.

La restricción de las fuentes de conocimiento a la ley penal está expresamente manifestada en el derecho constitucional. En efecto, la Constitución Política de la República de Guatemala, dispone que ningún habitante de la nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso; consagrando de esta manera el principio de legalidad, siendo este principio el fundamento sobre el cual se asienta el derecho penal que hoy rige. Doctrinariamente, el principio de legalidad señala que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descrita como merecedora de esa sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización.

Funcionalmente el principio de legalidad así formulado elimina la potestad penal represiva del Poder Ejecutivo y Judicial, para dejarla en manos del Poder Legislativo, siendo ésta indelegable e intransferible, lo cual importa una garantía para el individuo ya que le asegura que la actividad represiva de aplicación (Poder Judicial) y ejecución (Poder Ejecutivo) no va a recaer sobre las conductas que no estén catalogadas como delitos por la ley.



Por otra parte, cuando el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala; establece que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella, consagra el principio de reserva. Este principio se refiere a la facultad de actuar de hombres y mujeres dentro de lo permitido (lo no prohibido por el ordenamiento jurídico) sin que su conducta sea susceptible de sanción.

Además, es una garantía del individuo ante el órgano jurisdiccional, puesto que el órgano legislativo no puede asignarle una pena a una conducta que esté permitida por el ordenamiento jurídico. Es claro que para concretar dicha limitación, de manera previa y actuando como órgano de legislación general, tiene que prohibir determinada conducta, pero al hacerlo tampoco puede traspasar ciertos límites, ya que en caso contrario significaría una interferencia indebida en la esfera de libertad irreducible de la persona.

El principio de legalidad establecido tanto en la Constitución Política como en el Código Penal es un principio básico del derecho penal, por lo que su inobservancia en cualquier cuerpo legal consiste en una confrontación de los mismos. Es necesario conocer las fuentes de la ley penal para tener un acervo jurídico completo que permitan una actividad de análisis de la misma y la posible detección de normas jurídicas que se encuentren incongruentes con ésta.





CAPÍTULO IV

4. Análisis del Decreto número 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala y del delito de portación ilegal de arma de fuego

4.1. Análisis de la finalidad del derecho penal

“Desde siempre la tarea del derecho penal ha sido la de proteger los valores elementales de la vida comunitaria”.⁷⁸

Los bienes del Estado que éste considere deben ser defendidos bajo amenaza de sanción. Esa defensa debe tener por finalidad custodiar el orden social y público. La defensa del orden social se debe llevar a cabo a través de la prevención y posterior represión del delito. En este punto existen dos corrientes, al menos para entender aquello que se denomina delito. La primera, todo aquello que atente contra el orden social; y la segunda, lo que vaya contra la ética.

“Sólo la necesidad de remediar y evitar formas de conductas que atenten contra bienes jurídicos es capaz de dar legitimación al derecho penal”.⁷⁹

La función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos. Se trata de la prevención de la lesión de bienes jurídicos.

⁷⁸ Sánchez de la Torre. *Ob. Cit.* Pág. 27

⁷⁹ Jescheck, H. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Pág. 340

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad. Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida en sociedad.

Por una parte puede ser valorada según el resultado que alcanza; por otra parte, independientemente del resultado que con la acción se obtenga, según el sentido de la actividad en sí misma. En el orden negativo ocurre, el desvalor de la acción puede ser basado en que el resultado que produce es digno de desaprobación; pero, también, independientemente de la obtención del resultado, una acción que tienda a un resultado reprobable es digna de desaprobación; ejemplo de ello es la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío.⁸⁰

El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar esas conductas que pueden ponerlos en peligro.

“Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético social de las normas del derecho penal. El Derecho Penal asegura su real observancia determinando penas para quienes se

⁸⁰ *Ibid.* Pág. 360



apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales

81

La misión del derecho penal consiste en asegurar a los habitantes de un país que con la promulgación de las normas correspondientes para que los valores encaminados a obtener el bien común no se vean amenazados y crea asimismo las sanciones que van aplicarse para los que realicen conductas que atenten contra ellos. Esos valores constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad.

Para dar un ejemplo más preciso, la Constitución Política establece, en su Artículo 2 que "es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona". Por lo anterior, se determina que en Guatemala estos valores, constituyen ese conjunto de bienes jurídicos que el Estado debe proteger para el bienestar común.

Detrás de la prohibición de portar un arma de forma ilegal, se entiende que existe la necesidad de asegurar el respeto por la vida de los demás; es decir, que todas las normas tienden a vincularse para la protección de los bienes jurídicos tutelados.

Existe también un sentir legal, consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir jurídico, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés del egoísta, o los de la conciencia del valor del cumplimiento del deber.

⁸¹ Sánchez de la Torre. **Ob. Cit.** Pág. 35



Despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal y del derecho público. De ello resulta que es misión del derecho penal la protección de los valores y crear los medios necesarios para que los y las habitantes no realicen actos que contravengan esa protección.

“El bien jurídico es el objeto jurídico protegido por la norma penal y que resulta lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo, sirve como elemento directriz de ordenación de las figuras delictivas o tipos penales dentro de un código penal sustantivo en su parte especial”⁸².

Es misión del derecho penal la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores ético-sociales de la acción. El derecho penal cumple esa misión prohibiendo acciones o imponiendo sanciones.

El derecho penal tiene una participación elemental en la construcción de Estado de derecho, porque su coercibilidad puede lograr la observancia de las normas, pero más que la dureza con la que sean promulgadas, se vuelve efectivo cuando su aplicación es correcta y continua.

Por ejemplo, en el año 2009 como una medida preventiva en contra de la violencia, entró en vigencia el Decreto 105-2009 que prohíbe que dos personas circulen en una misma motocicleta y contiene sanciones específicas para los transgresores; pero

⁸² De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 236



estamos ante un derecho vigente mas no positivo; porque en la actualidad las personas no observan esta norma y las autoridades tampoco verifican su cumplimiento.

4.2. Legislación nacional que contiene normas relacionadas con la analogía

a. Ley del Organismo Judicial: El Artículo 10 de la citada ley establece, que las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Según el conjunto de una ley y el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente:

- A la finalidad y al espíritu de la misma;
- A la historia fidedigna de su institución;
- A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

El Artículo 15 del mencionado cuerpo legal preceptúa que: "En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 10 de esa ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que si es el caso, ejercite su iniciativa de Ley".

b. Código Penal: En materia penal se encuentra prohibida la analogía jurídica, el Artículo 7 del Código Penal, norma: "Por analogía, los jueces no podrán crear figuras

delictivas ni aplicar sanciones", esta norma es congruente con el principio de legalidad que informa al derecho penal: nullum crimen, nulla pena sine lege; es decir, no existe crimen, no existe pena, si no existe ley. Este principio de legalidad contenido en el Artículo 1 del Código Penal, excluye definitivamente, el procedimiento analógico, en materia penal, lo cual es concreción del Artículo 17 de la Constitución Política de la República, que norma "no hay delito, ni pena sin ley anterior".

c. Código Procesal Penal: El Artículo 14 en su segundo párrafo establece: "Las disposiciones de ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente, en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades".

d. Código de Trabajo: El Artículo 326 regula: "En cuanto no contraríen el texto y los principios procesales que contiene la citada normativa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil. Si hubiere omisión de procedimientos, los Tribunales de Trabajo y Previsión social, están autorizados para aplicar las normas de las referidas leyes por analogía, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución que decida imparcialmente las pretensiones de las partes".

e. Código Procesal Civil y Mercantil: El Artículo 200 regula: "Son aplicables al juicio oral todas las disposiciones del juicio ordinario en cuanto no se opongan a lo preceptuado a esa normativa". El Artículo 230 preceptúa: "Son aplicables al juicio



sumario, todas las disposiciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a lo preceptuado en este título”.

f. Código Tributario: El Artículo 5 establece: “En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de una ley tributaria, se resolverá conforme a las disposiciones del Artículo 4 de este Código. Sin embargo, por aplicación analógica no podrán instituirse sujetos pasivos tributarios, ni crearse, modificarse o suprimirse obligaciones, exenciones, exoneraciones, descuentos, deducciones u otros beneficios, ni infracciones o sanciones tributarias”. Como el derecho tributario al igual que el derecho penal es inspirado por el principio de legalidad, de ahí que en el primero tampoco puedan crearse arbitrariamente figuras impositivas.

4.3. Delitos y faltas regulados en la Ley de Armas y Municiones

La Ley de Armas y Municiones, regula los ilícitos penales que a continuación se describen:

“**Intermediación:** Se entiende por intermediación la acción realizada por una persona que desde su condición, participa en la negociación o en arreglo de un contrato de compraventa, permuta o dación en pago u otro para la adquisición o transferencia de armas de fuego o municiones, o en la facilitación o transferencia de documentación, pago, transporte o fletaje o la combinación de éstas, con relación a la compra, venta o transferencia de cualquier arma de fuego o munición, entre cualquier fabricante o

suplidor de arma de fuego o municiones o proveedor de servicios o cualquier comprador o receptor de ella. (Artículo 97)".

En Guatemala, este delito no es muy frecuente porque usualmente las negociaciones ilícitas de armas de fuego se dan directamente entre las partes y cuando existe intermediación difícilmente es detectada por las autoridades.

"Delito de importación ilegal de armas: Este delito es cometido por la persona que sin tener licencia o autorización respectiva, ingrese al territorio nacional sin declarar en la aduana respectiva, cualquier tipo de armas de las clasificadas en la ley. El responsable será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años inconvertibles y comiso de las armas. (Artículo 99)".

"Delito de importación ilegal de municiones: Este delito es cometido por la persona que ingrese al territorio nacional sin declarar en la aduana respectiva, cualquier tipo de municiones para arma de fuego. El responsable será sancionado con prisión de tres (3) a cinco (5) años si la cantidad es menor a cincuenta (50) municiones y de cinco (5) a (8) años si la cantidad es igual a o superior a cincuenta (50) municiones, así como el comiso de la munición (Artículo 100)".

Ambos delitos son de observancia frecuente en el país, ya que la mayoría de armas incautadas no poseen registro en la DIGECAM, por lo que se establece que fueron importadas al país de manera ilícita.



"Delito de exportación ilegal de armas: Comete este delito, quien sin contar con autorización previa de la DIGECAM, exporte armas de fuego del territorio nacional. El responsable de este delito será sancionado con cinco (5) a ocho (8) años de prisión y comiso de las armas (Artículo 101)".

"Delito de exportación ilegal de municiones para armas de fuego: Comete este delito, quien sin contar con autorización previa de la DIGECAM, exporte municiones para armas de fuego del territorio nacional para trasladarlas a cualquier otro país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos (2) a cinco (5) años inconvertibles y comiso de las municiones (Artículo 102)".

Estos delitos son de poca observancia, ya que las armas son ingresadas al país en forma ilícita y porque en Guatemala no existe industria que se dedique a la producción de las mismas.

"Venta ilegal de armas de fuego: Comete el delito de venta ilegal de armas de fuego, quien sin tener autorización de la DIGECAM, venda armas de fuego. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años inconvertibles y comiso de las armas. (Artículo 103)".

"Venta ilegal de municiones: Comete el delito de venta ilegal municiones, quien sin tener autorización de la DIGECAM, venda municiones de armas de fuego. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años inconvertibles y comiso de las municiones. (Artículo 104)".

"Venta ilegal de explosivos: Comete el delito de venta ilegal de explosivos quien venda sin la autorización del Ministerio de Defensa Nacional, cualquier clase de explosivos contenidos en la ley. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años inmutables y comiso de los explosivos. (Artículo 105)".

La venta ilegal de armas, municiones y explosivos es una actividad frecuente en el territorio nacional, un porcentaje muy pequeño es el que se dedica a esta actividad con la autorización de la DIGECAM.

"Fabricación ilegal de armas de fuego: Comete el delito de fabricación ilegal de armas de fuego, quien sin contar con la licencia respectiva de la DIGECAM fabrique armas de fuego. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años inmutables y comiso de las armas de fuego, los instrumentos y materiales de fabricación. (Artículo 106)".

"Delito de fabricación de armas de fuego hechas o artesanales: Comete este delito, quien fabrique este tipo de armas de fuego. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis (6) a nueve (9) años inmutables y comiso de las armas, los instrumentos y materiales de fabricación. (Artículo 107)".

Este delito es uno de los más cometidos en el país, porque la fabricación de armas hechas tiene un costo barato y resulta fácil de elaborar.

"Delito de fabricación ilegal de municiones: Comete este delito, quien sin contar con la licencia respectiva extendida por la DIGECAM, fabrique municiones para armas de fuego. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años incommutables y comiso de los instrumentos y materiales de fabricación (Artículo 108)".

"Delito de fabricación, comercialización de chalecos anti-balas, implementos o vestuarios de esta naturaleza: Cometen este delito las personas individuales o jurídicas que se dediquen a la fabricación, comercialización de chalecos anti-balas, implementos o vestuarios de esta naturaleza sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y comiso de la mercadería (Artículo 109)".

Este delito casi no se observa en Guatemala, porque es una industria calificada y las personas no cuentan ni con los recursos para producirlos ni tampoco existe demanda de los mismos.

"Delito de tenencia ilegal de máquina reacondicionadora de munición para armas de fuego: Comete el delito quien sin contar con licencia de la DIGECAM, tenga en su poder una o más máquinas reacondicionadoras de munición para armas de fuego. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos (2) a cinco (5) años incommutables y comiso de las máquinas y materiales de fabricación. (Artículo 110)."

"Delito de tenencia ilegal de materiales de fabricación y/o reacondicionamiento de municiones para armas de fuego: Comete el delito de tenencia ilegal de materiales



de fabricación y/o reacondicionamiento de municiones para armas de fuego, quien tenga en su poder pólvora especial y fulminantes para tal fin, sin haber obtenido licencia de la DIGECAM. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos (2) a cinco (5) años incommutables y comiso de los materiales de fabricación (Artículo 111).”

“Delito de tenencia ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales: Comete el delito de tenencia ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales, quien tenga una o más armas de esta clase sin estar autorizado. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 112).”

El Estado de Guatemala faculta a los particulares para la tenencia y portación de armas de fuego, de conformidad con el Artículo 38 de la Constitución Política como un derecho inherente a la persona; sin embargo, ese derecho se ve limitado en cuanto a la clasificación de armas que se consideran lícitas, porque las armas que la ley establece como de uso exclusivo del Ejército por representar peligro inminente en la sociedad.

“Delito de tenencia ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas, armas con número de registro alterado, armas con número borrado o no legalmente marcada por la DIGECAM: Comete el delito de tenencia ilegal de armas de fuego con número

de registro alterado, borrado o no legalmente marcado, la persona que tenga una o más armas en cualquiera de las condiciones mencionadas. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 113)".

Con esta disposición se pretende tener un registro verdadero y actualizado de las armas que se encuentran en el territorio de Guatemala; sin embargo, con todos sus esfuerzos el Estado no ha podido erradicar la posesión de dichas armas.

"Delito de tenencia ilegal de municiones: Comete el delito de tenencia ilegal de municiones para armas de fuego, quien tenga en su poder municiones exclusivas para armas de fuego, de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, anti-blindaje, explosiva, incendiaria o envenenada con productos químicos y naturales. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años incommutables y comiso de la munición (Artículo 114)".

Con el propósito de restringir la tenencia ilegal de armas de fuego de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, el Estado ha proferido esta norma complementaria al Artículo 112 de la Ley de Armas y Municiones.

"Delito de depósito ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas: Comete delito de depósito ilegal de armas de uso civil y/o deportivas, quien sin haberlas registrado en la DIGECAM, tenga en su poder tres (3) o más armas de esta clase. El

responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 115)".

Actualmente esta norma se ve violentada de manera frecuente, incluso por personas que no se consideran con índice de peligrosidad. Muchos particulares coleccionan armas como pasatiempo sin saber que incurrir en un delito.

"Delito de depósito ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales: Comete el delito de depósito ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, quien las tenga en su poder, sin estar autorizado por la DIGECAM. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 116)".

"Delito de tenencia de armería ilegal: Comete el delito de tenencia de armería ilegal, Quien sin contar con licencia de la DIGECAM, de manera permanente o habitual, le dé mantenimiento o reparación a armas de fuego que no sean de su propiedad. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años incommutables y comiso de las armas. (Artículo 117)".

"Delito de transporte y/o traslado ilegal de armas de fuego: Comete este delito quien sin contar con licencia de la DIGECAM, transporte o traslade armas de fuego

en el territorio nacional. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años inconvertibles y comiso de las armas (Artículo 118)".

"Delito de transporte y/o traslado ilegal de municiones para armas de fuego:

Comete este delito quien sin contar con licencia de portación o tenencia respectiva de la DIGECAM, transporte y/o traslade cincuenta (50) o más municiones para armas de fuego. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres (3) a quince (15) años y comiso de la munición (Artículo 119)".

El control sobre el transporte de armas y municiones dentro del territorio nacional se realiza con vigilancia o resguardo del Ejército de Guatemala, de lo contrario nos encontramos ante un ilícito penal.

"Delito de tráfico ilícito de armas de fuego o municiones: Comete el delito de tráfico ilícito de armas de fuego o municiones, quien importe, exporte, adquiera, venda, entregue, traslade o transfiera cualquier tipo de armas de fuego, sus piezas, componentes o municiones desde del territorio nacional hacia otro sí:

- a. Si cualquiera de los Estados involucrados no lo autoriza.
- b. Sin contar con la licencia respectiva de la DIGECAM.
- c. Si las armas de fuego no han sido marcadas.
- d. Si las marcas de las armas de fuego han sufrido falsificación, supresión o alteración ilícita.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a doce (12) años incommutables y comiso de las armas si éstas son de las clasificadas en la ley como de uso civil o deportivas (Artículo 120)".

"Delito de tránsito ilícito de armas de fuego o municiones: Comete delito de tránsito ilícito de armas de fuego o municiones, quien transa por el territorio nacional armas de fuego, sus piezas, componentes o municiones, sin contar con la autorización respectiva de la DIGECAM. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a doce (12) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 121)".

"Delito de portación ilegal de armas blancas de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado: Comete este delito de portación de armas blancas de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de fuerzas de seguridad y orden público del Estado, quien porte armas de esta clase. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres (3) a cinco (5) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 122)".

"Delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivo: Comete el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo, quien sin licencia de la DIGECAM o sin estar autorizado legalmente porte armas de fuego de las clasificadas en esta ley como de uso civil, deportivas o de ambas clases. El responsable de este delito será sancionado con prisión de ocho (8) a diez (10) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 123)".

"Delito portación ilegal de armas hechizas o de fabricación artesanal: Comete delito de portación ilegal de armas hechizas o de fabricación artesanal, quien porte de cualquier manera armas hechizas o de fabricación artesanal. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 124)".

"Delito de portación ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado: Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala o de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, quien sin autorización porte armas de esta clase. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 125)".

"Delito de portación ilegal de explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales: Comete el delito de portación ilegal de explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales, quien porta armas bélicas de esta clase. El responsable de este delito será sancionado con prisión de doce (12) a dieciocho (18) años incommutables y comiso de las armas (Artículo 126)".

"Delito de disparos sin causa justificada: Comete este delito quien dispare con arma de fuego, sin causa justificada. El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno (1) a tres (3) años y comiso de las armas (Artículo 127)".

El pensamiento primario del legislador es proteger el bien jurídico de la vida y para este cometido utiliza esta norma jurídica para controlar el orden social y el uso arbitrario del derecho de tenencia y portación de arma de fuego.

“Delito de portación de arma de fuego en estado de embriaguez o bajo efecto de drogas, estupefacientes o barbitúricos: Comete este delito, la persona que en estado de embriaguez o bajo efecto de cualquier tipo de droga, prohibida por la ley, estupefacientes, barbitúricos o bajo el efecto de cualquier sustancia que altere o disminuya sus facultades mentales y/o volitivas, porte arma de fuego aun teniendo la licencia respectiva vigente. El responsable será sancionado con multa de mil (Q 1,000.00) a tres mil quetzales (Q 3,000.00) (Artículo 128)”.

Cuando las personas se encuentran bajo efecto de estupefacientes se ven privadas de discernimiento y sus facultades volitivas están alteradas y por ello constituyen una amenaza para el orden social.

“Delito de portación de armas de fuego con número de registro alterado, borrado o no legalmente marcada por la DIGECAM: Comete el delito de tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado o borrado, la persona que tenga o porte una o más armas en cualquiera de las condiciones mencionadas. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a doce (12) años inmutables y comiso de las armas (Artículo 129)”.

"Falta de la portación de un arma de fuego sin la licencia correspondiente:

Comete falta la persona que teniendo licencia para portación de arma de fuego, porte ésta, sin llevar consigo la licencia respectiva, siempre y cuando ésta esté vigente. El responsable de este delito será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años inmutables y comiso de las armas. El juez que conozca del caso impondrá al infractor multa de mil (Q1,000.00) a mil quinientos quetzales (Q 1,500.00) (Artículo 130)".

"Falta de portación ostentosa de arma de fuego: Las personas con licencia de portación de arma, deberán portarla encubierta y sin ostentación. Comete falta de portación ostentosa o intimidatoria quien violente esta norma. El juez que conozca del caso impondrá al infractor suspensión de la licencia de portación por (6) meses y multa de un mil quetzales (Q1,000.00) a mil quinientos quetzales (Q 1,500.00) (Artículo 131)".

Los medios de comunicación masiva han influenciado a la sociedad moderna en el sentido erróneo de que portar armas es un signo de poder económico y de género, que pretende intimidar y brindar un mensaje subliminal de invulnerabilidad y arbitrio; en lugar de constituir un mecanismo destinado exclusivamente para la legítima defensa.

"Falta en la portación de arma de fuego con licencia vencida: Cometen esta falta las personas que porten arma de fuego con licencia vencida, dentro de los treinta (30) días posteriores a su vencimiento. Al infractor se le impondrá una multa de un mil quinientos (Q 1,500.00) a tres mil (Q 3,000.00) quetzales (Artículo 132)".

Este Artículo está revestido de importancia por constituir el objeto de este trabajo de investigación.

“Delito construcción clandestina de polígonos de tiro: Comete el delito de construcción clandestina de polígono de tiro, quien sin autorización de la DIGECAM, Instale o acondicione lugares para la práctica de tiro, sea de uso público o privado. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años (Artículo 133)”.

“Delito modificación ilegal de arma de fuego: Comete delito de modificación ilegal de arma de fuego quien modifique o transforme los mecanismos de las armas de fuego, para que pueda accionar de una manera diferente a las que fueron diseñadas. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis (6) a ocho (8) años. (Artículo 134)”.

“Delito de reparación de arma de fuego no registrada: Quien dé la orden de reparar o repare dentro de una armería, arma de fuego no registrada en la DIGECAM. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis (6) a ocho (8) años inconvertibles y de uno (1) a tres (3) años de suspensión de la licencia correspondiente y comiso de las armas (Artículo 135)”.

Esta actividad permite la subsistencia de las armas de fuego no registradas o hechas y asimismo da lugar a la portación o tenencia ilegal.

“Delito de sustracción de las armas incautadas o sujetas a comiso: Quien por ejercicio de cargo o autorización omite remitir a la DIGECAM, dentro del plazo señalado en esta ley, las armas secuestradas, incautadas o sujetas a comiso, o sustraiga el o las armas secuestradas, incautadas o sujetas a comiso. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años incommutables (Artículo 136)”.

4.4. Análisis del Artículo 132 y de la Ley de Armas y Municiones

La Constitución Política de la República de Guatemala estipula que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración; esto de conformidad con el Artículo 17 el cual tiene una trascendencia jurídica que da origen al derecho penal, porque proclama la máxima *nullum crimen, nullum poena sine lege* como una columna vertebral del mismo, convirtiéndose en uno de sus principios fundamentales.

De ahí nace que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos. En parecidos términos se expresa en el Artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivos según el derecho aplicable".

El principio postula que solamente la ley es fuente formal del derecho penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido. La ley penal guatemalteca con claridad y en forma expresa establece que por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones, esta norma es congruente con el

principio constitucional que preceptúa que no hay delito ni pena sin ley anterior. Asimismo, los jueces tienen la obligación de resolver los conflictos jurídicos sometidos a su jurisdicción, sin crear o modificar la ley penal o aplicarla por analogía.

Para el caso de la legislación penal guatemalteca, el Código Penal excluye la analogía y regula que los jueces no pueden crear figuras delictivas ni aplicar sanciones. El fundamento de esa disposición se respalda con el principio de legalidad, por lo que se deduce que utilizar la analogía para integrar la ley penal frente a una laguna legal, se considera prohibido porque lesiona el principio de defensa constitucional; es decir, que no puede juzgarse si no hay delito ni pena sin una ley anterior que los haya establecido. Es oportuno indicar que en la ley penal hay ninguna laguna legal, sino que hay inexistencia de delito y en ese caso, el juez debe absolver o sobreseer al imputado de un delito inexistente que no puede juzgarse por analogía.

Derivado de la regulación legal mencionada anteriormente, los jueces no pueden dejar de resolver un caso concreto designado a su conocimiento y resolución con el pretexto de oscuridad, insuficiencia de la ley o laguna legal, con la finalidad de juzgarlo de la misma manera, tratando de integrar la ley penal.

Cuando se da alguno de estos presupuestos, los juzgadores se obligan a aplicar la analogía por considerar que esta figura es la semejanza para resolver un caso no previsto en la ley, siendo ilegal y prohibida por la Constitución Política de la República y particularmente por el Código Penal. Es importante mencionar que la analogía está permitida en otras ramas del derecho como el civil, mercantil y administrativo, para



resolver algún caso no contemplado en la ley, no así para el área penal donde se encuentra prohibida en forma expresa e indubitable.

Al analizar profundamente los delitos y faltas contenidos en el Decreto 15-2009, Ley de Armas y Municiones, se confirma que efectivamente existe una laguna de derecho, puesto que no existe una normativa que contemple la consecuencia jurídica de aquellas personas que porten licencia vencida con un período mayor a treinta días; por lo que se incurre en una aplicación analógica al tipificar delito de portación ilegal de arma de fuego.

Como corolario de todo lo desarrollado dentro del presente trabajo, ha podido determinarse que el mayor aporte que puede darse al mismo consiste en:

Haber establecido que sí existe analogía en la aplicación del Artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones en complemento del Artículo 132 de la misma ley, por cuanto se recurre al delito de portación ilegal de arma de fuego para encuadrar la conducta de una persona que posee licencia vencida en un período que exceda a treinta días.

Resulta importante tomar en cuenta que para que nazca a la vida jurídica la falta en la portación de arma de fuego con licencia vencida deben concurrir los siguientes presupuestos:

- a. Portar el arma
- b. Poseer licencia previamente otorgada por la DIGECAM



c. Que la licencia se encuentre vencida dentro de los treinta días siguientes

Para que se constituya el delito de portación ilegal de arma de fuego civil o deportiva es necesario que concurren los siguientes presupuestos:

- a. Portar el arma
- b. Que la DIGECAM no haya extendido la licencia respectiva previamente

Por lo tanto, al realizar el análisis comparativo entre ambos Artículos, es evidente la aplicación por analogía que puede resultar al buscar el complemento de esa laguna de ley que existe. Porque no se contempla en ambos Artículos, aquella conducta antijurídica susceptible de sanción, como lo es la portación de arma de fuego con licencia vencida en un período mayor a treinta días; pero que al no encontrarse previamente establecida en la ley da origen a este tipo de interpretación; cuando lo que resulta imperativamente necesaria es una reforma legislativa que amplíe el contenido de la norma y que excluya cualquier tipo de violación a las garantías constitucionales; como el caso de la analogía en materia penal expuesta en este trabajo de investigación.



CONCLUSIONES

1. El Estado se ve impedido a resguardar las garantías constitucionales y los fines del derecho penal porque la actividad legislativa resulta deficiente y esto ocasiona lagunas legales que propician la aplicación por analogía.
2. En la actualidad, los tribunales de sentencia penal emiten sentencias por analogía, ya que condenan la falta de portación de arma de fuego como si se tratara del delito de portación ilegal de arma de fuego, lo cual es ilegal e inconstitucional.
3. La población estudiantil no tiene conocimiento sobre el contenido de la Ley de Armas y Municiones; lo cual aumenta la problemática de conocimiento sobre la analogía y de la violación de los preceptos constitucionales.
4. La inexistencia de una norma jurídica específica para la conducta de portación ilegal de arma de fuego con licencia vencida mayor a treinta días deja incertidumbre jurídica, ya que el sindicado queda sujeto a una decisión judicial y no a la aplicación de la ley.
5. El principio de legalidad se encuentra relacionado con la garantía constitucional de defensa y del debido proceso; ya que es a través de éste, que los jueces pueden determinar si la conducta realizada encuadra dentro del tipo penal y si da origen al proceso penal, por lo tanto este principio se viola cuando el proceso penal es impulsado por una conducta que no se encuentra previamente establecida en la ley.





RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe buscar medidas para cumplir con los fines del derecho penal y las garantías constitucionales, implementando planes que busquen corregir la actividad deficiente del Congreso y de esta manera evitar la existencia de lagunas legales que den lugar a la aplicación por analogía en materia penal.
2. Los tribunales de sentencia del ramo penal deben revisar los procesos radicados ante los órganos jurisdiccionales a partir de la vigencia de la Ley de Armas y Municiones, que se hayan promovido por el delito de portación ilegal de arma de fuego y tomar las medidas respectivas para garantizar los derechos constitucionales inherentes a la persona humana.
3. Promover por medio de los catedráticos de derecho penal y a través de técnicas de investigación que permitan a los estudiantes de la facultad de derecho de las diferentes universidades del país la comparación, el análisis y el conocimiento de los principios constitucionales y la confrontación con las leyes penales para detectar la posible aplicación por analogía dentro de otros cuerpos legales.
4. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar la Ley de Armas y Municiones para incluir en su parte especial la normativa jurídica que tipifique la conducta ilícita de portación de arma de fuego con licencia vencida mayor a treinta días y con esto restringir la potestad judicial de encuadrar la conducta en el delito de portación ilegal de arma de fuego.



5. El Organismo Judicial debe utilizar mecanismos de contrapeso para controlar la actividad de los jueces y juezas, de forma que sea posible detectar en un estado temprano del proceso debilidades, irregularidades e incongruencias en la aplicación de la ley penal.



ANEXO



ANEXO

Trabajo de Campo

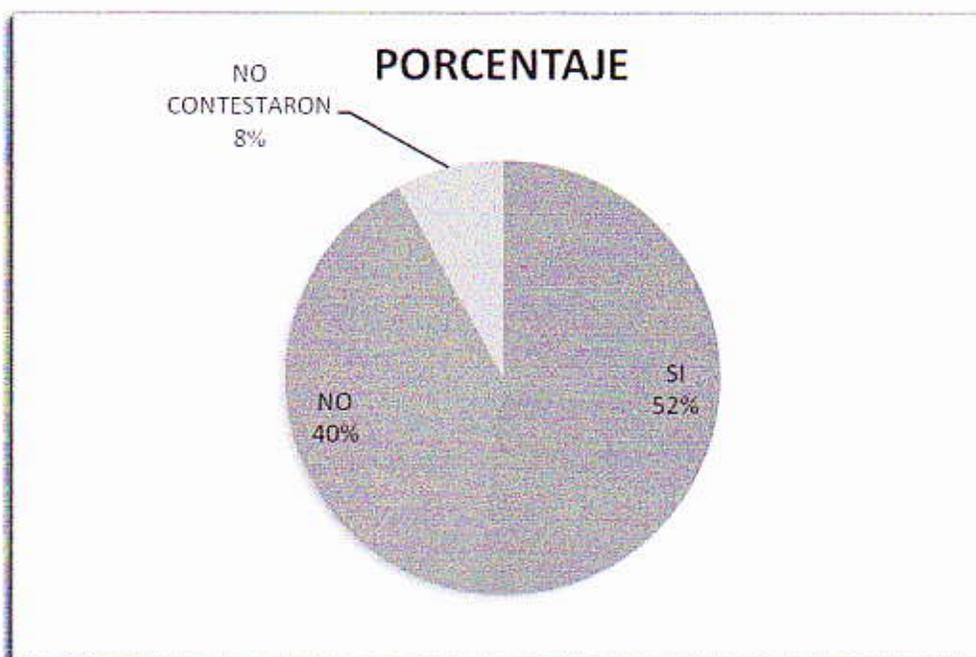
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Resultado de encuestas a población estudiantil.

Número de entrevistados: 50

1. ¿Conoce usted el contenido de la Ley de Armas y Municiones y su Reglamento?:

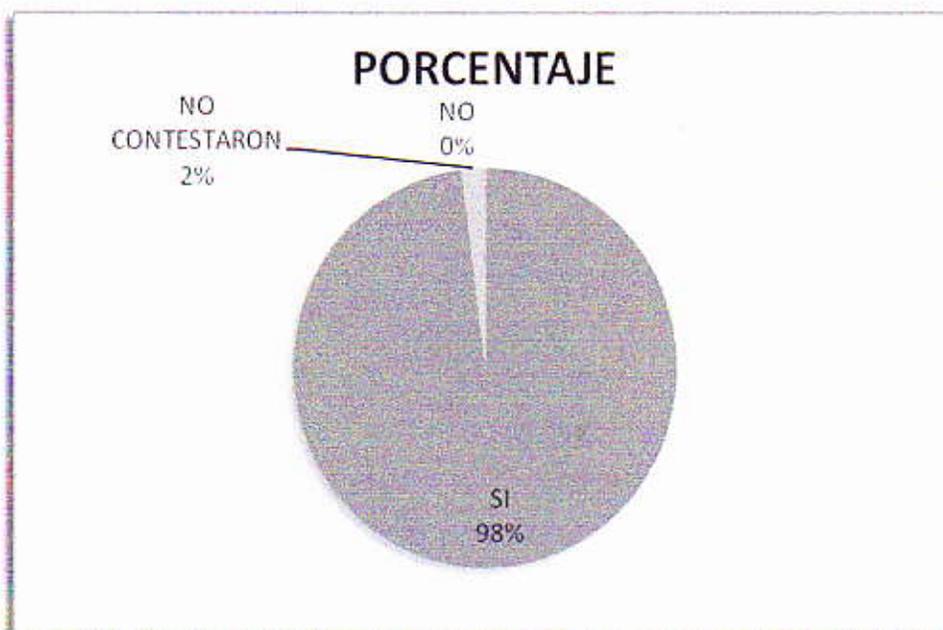
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	22	44%
NO	28	56%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	50	100%



Respecto al conocimiento de la Ley de Armas y Municiones, se puede observar que la población no conoce de los preceptos estipulados en dicha ley, lo cual da a entender que existe una problemática de acceso al conocimiento de dicha normativa; sobre todo si se toma en cuenta que las personas entrevistadas pertenecen a la misma Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; o sea, estudiantes del derecho.

2. ¿Sabe usted que la ley penal guatemalteca establece en forma expresa que por analogía los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones?

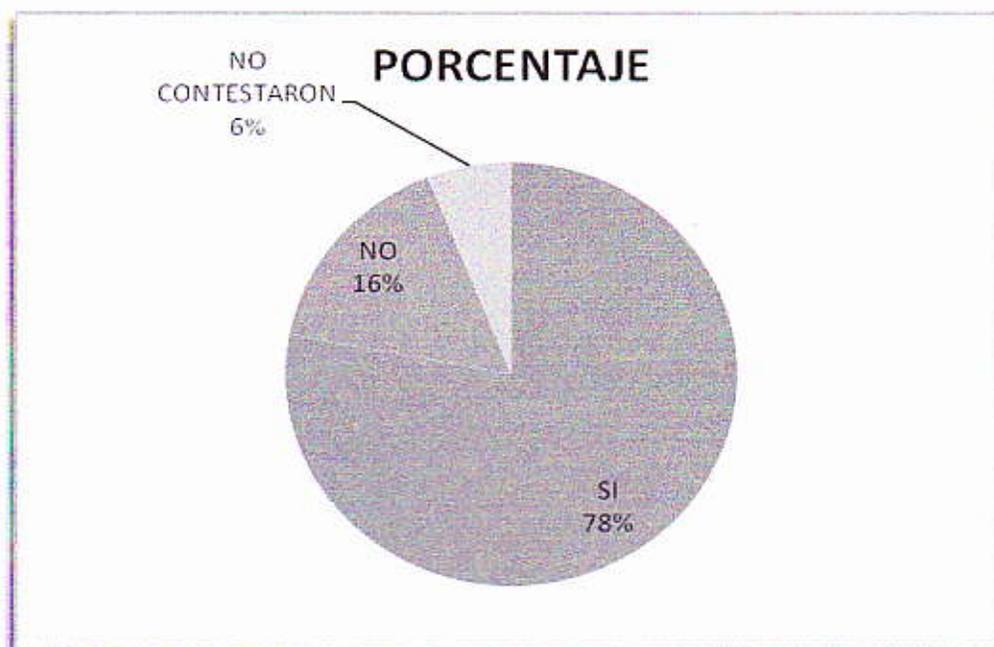
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	49	98%
NO	01	02%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	50	100%



Por otra parte, los conocimientos básicos se puede establecer que los estudiantes de la carrera de abogacía y notariado, tienen claro el concepto de analogía, y saben que la misma no debe o puede ser aplicable en la legislación penal en Guatemala.

3. ¿Tiene conocimiento que la Ley de Armas y Municiones no regula como figura delictiva la portación de armas de fuego con licencia vencida mayor a treinta días dentro del Artículo 132?

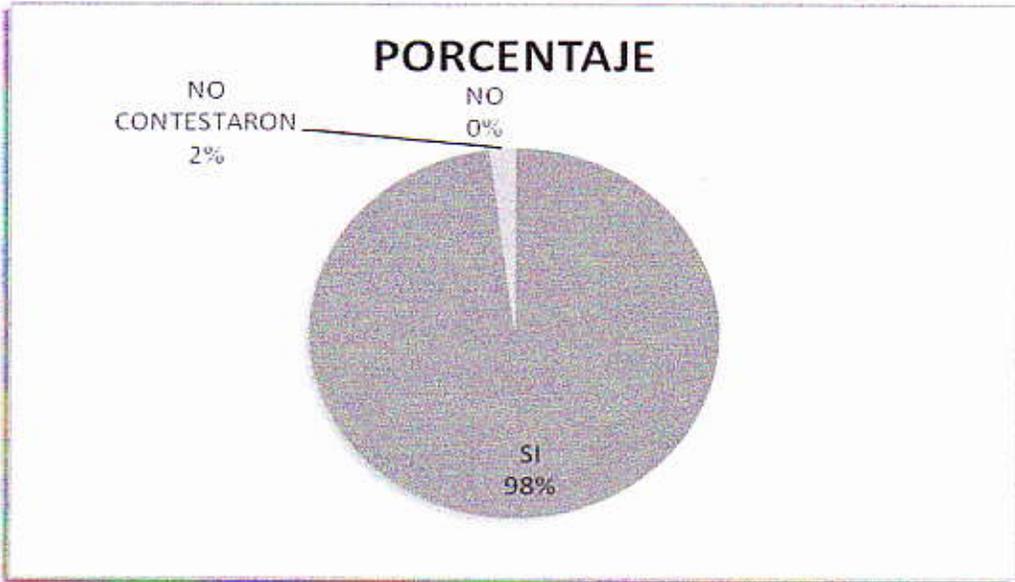
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	26	52%
NO	20	40%
NO CONTESTARON	04	08%
TOTALES	50	100%



Respecto a la figura delictiva de la portación legal de armas de fuego con licencia vencida, la mayoría tiene conocimiento del Artículo 132 de la Ley de Armas y Municiones; o sea, que sí saben que no se puede portar un arma de fuego con licencia vencida.

4. ¿Considera que debe ser reformada la Ley de Armas y Municiones y adicionarle como ilícitos penales, la portación de arma de fuego con licencia vencida mayor a treinta días?

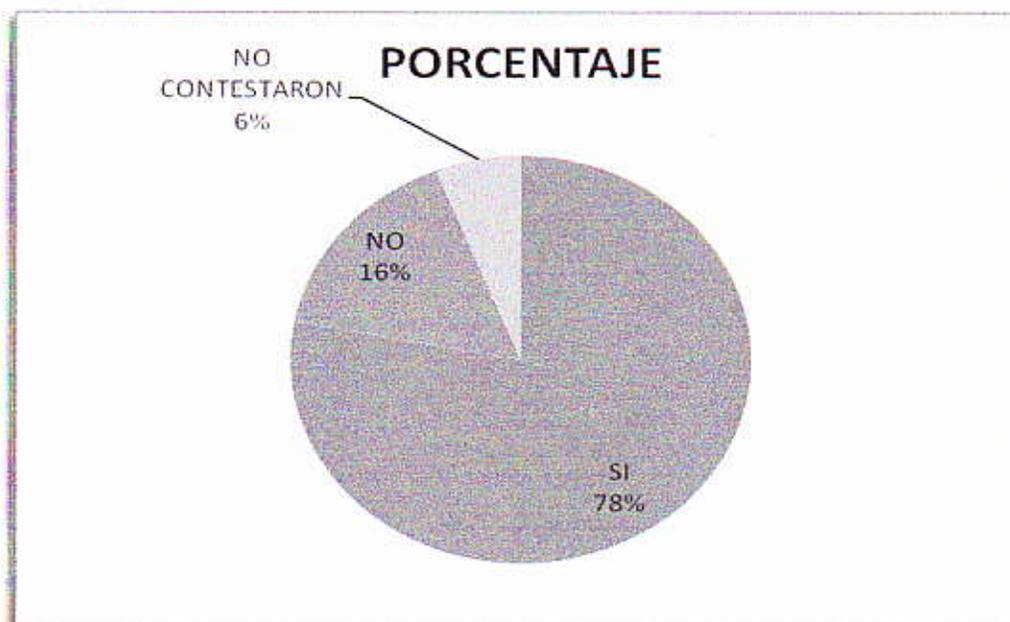
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	49	98%
NO	00	00%
NO CONTESTARON	01	02%
TOTALES	50	100%



De acuerdo a la prohibición de aplicación de analogía dentro del derecho penal guatemalteco; la población considera que es necesaria la reforma a la Ley de Armas y Municiones para adicionarle como ilícitos penales, la portación de arma de fuego con licencia vencida mayor a treinta días, situación que concuerda con el respeto del derecho constitucional en Guatemala y de los principios inspiradores del derecho penal.

5. ¿ Sabe usted que las sentencias condenatorias por analogía ya mencionadas, violan el Artículo 17 constitucional el cual establece que no hay delito ni pena sin ley anterior y el Artículo 175 que regula la jerarquía constitucional en cuanto a que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución Política, siendo nulas de pleno derecho?

ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	39	78%
NO	08	16%
NO CONTESTARON	03	06%
TOTALES	50	100%





Asimismo, se debe tener en cuenta que en el caso de que sean pronunciadas sentencias condenatorias por analogía, se violentaría el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que no hay delito ni pena sin ley anterior; y también el Artículo 175 de la misma, que regula la jerarquía constitucional, preceptuando que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, siendo nulas de pleno derecho. En base a lo anterior debe considerarse la necesidad de fortalecer la legislación a causa de este vacío legal ya establecido.



BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, Enrique. **Introducción del derecho**. 4ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1999.
- A.OLLERO. **Interpretación del derecho y positivismo legalista**. Madrid, España: Ed. EDESA, 1982.
- ARANGUREN SÁNCHEZ, Carlos y Esperanza Alarcón Navío. **El Código Penal francés, traducido y anotado**. Granada, España: Ed. Comares, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal. Parte general**. 5ª. ed. Madrid, España: Ed. Akulure, 1998.
- BETTI, Emilio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Madrid, España: Ed. De Derechos Reunidos, 1983.
- BEUCHOT PUENTE, M. **Posmodernidad, hermenéutica y analogía**. México: Ed. Miguel Ángel Porrúa – UIC, 1996.
- BEUCHOT PUENTE, M. **Tratado de hermenéutica analógica**. México: Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1989.
- CREUS, Carlos. **Derecho penal. Parte general**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal. Parte general**. Barcelona, España: Ed. Barcelona, 1975.



Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. **Revista Mensual. Guatemala: (s.e.), 2009.**

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. **Notas de teoría del derecho.** Madrid , España: Ed: Universitat Jaumet, 1991.

Editores Salvat. **La enciclopedia.** Madrid, España: Ed. Salvat, 2004.

Editores Santillana. **Diccionario Santillana del español.** España: Ed. Santillana, 1997.

ESER, Albin y Björn Burkhardt. **Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias.** Madrid, España: Ed. Colex, 1995.

Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa.** Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1999.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.

GARRONE, José Alberto. **Diccionario manual jurídico Abeledo-Perrot.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, S.R.L, 1987.

GILI, Pascual. **Sistema jurídico italiano.** Italia: Ed. Fidelichi, 2008.

G. GRANERIS. **Contribución tomista a la filosofía del derecho.** España: Ed. La Ley, 1990.

HELLÍN, J. **La analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez.** Madrid, España: Ed. Nacional, 1947.

HURTADO AGUILAR, Hernán. **Derecho penal compendiado.** Guatemala: Ed. Landívar, 1974.

J. BALLESTEROS. **Postmodernidad: decadencia o resistencia.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 1989.



J. BALLESTEROS. **Sobre el sentido del derecho**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1984.

JESHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Granada, España: Ed. Nacional, 1947.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Traducido por Enrique Gimbernat Orderig. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1966.

LASTRA LASTRA, José Manuel. **Fundamentos de derecho**. México: Ed. Porrúa, 2001.

MARTÍNEZ DORAL, J.M. **La estructura del conocimiento jurídico**. Pamplona, España: Ed. Universidad de Navarra, 1963.

MOUCHET, Carlos y Ricardo Zorraquin Becú. **Introducción al derecho**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1967.

M. VILLEY. **Compendio de filosofía del derecho**. Pamplona, España: Ed. EUNSA, 1978.

OLIVAN LÓPEZ, Fernando y Ma. Del Rosario Ezquerro Serrano. **Introducción al derecho**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Sol, 1991.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas, Jurídicas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L, 1974.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. **Manual de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Fenix, 1999.

PRUNOTTO LABORE, Adolfo. **Recepción de la Analogía en el derecho penal**. Argentina: Ed. Universidad Nacional del Rosario, 2003.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal. Parte general**. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.



REINHART, Maurach. **Derecho penal. Parte general: Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1994.

RECANSÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho.** México: Ed. Porrúa, 1978.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. **Derecho penal español. Parte general.** Madrid, España: Ed. Dykinson, 1991.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. **Derecho penal. Parte general.** Madrid, España: Ed. Dykinson, 1980.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. **Los principios clásicos del derecho.** Madrid, España: Ed. Unión, 1975.

SOPENA, Ramón. **Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena.** Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, S.A., 1982.

VERNENGO, Roberto José. **Curso de teoría general del derecho.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1972.

VÉSPOLA, Luciano. **Sentencias del Tribunal Supremo Español.** España: Ed. Barco, 1999.

WELZEL, Hans. **Derecho penal. Parte general.** Buenos Aires, Argentina; Ed. Roque Depalma, 1956.

ZANOTTI, Marco. **Principio di determinatezza e taxativita, en introduzione al sistema penale.** Torino, Italia: Ed. Giampichelli Editore, 2000.

Legislación:

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



Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1974.

Código de Trabajo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1441, 1947.

Código Tributario. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 6-91, 1991.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

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

Ley de Armas y Municiones. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 15- 2009, 2009.