

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

**ESTUDIO DOGMÁTICO, LEGAL Y JURÍDICO DE LA PENA EN LA DÉCADA DEL
SIGLO XX Y SU CRECIMIENTO DESMEDIDO EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA**

OLIVER ROVEL POLÁNCO MARTÍNEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**ESTUDIO DOGMÁTICO, LEGAL Y JURÍDICO DE LA PENA EN LA DÉCADA DEL
SIGLO XX Y SU CRECIMIENTO DESMEDIDO EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OLIVER ROVEL POLÁNCO MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

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: Lic. Carlos De León Velasco
Vocal: Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Secretario: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López
Vocal: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

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. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



Guatemala, 30 de mayo de 2011

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



Estimado Licenciado Castro Monroy:

Le informo que de conformidad con el nombramiento ~~empleado~~ ~~por el despacho~~ a su cargo de fecha tres de febrero del año dos mil once, procedí a la asesoría del trabajo de tesis del bachiller Oliver Rovel Polanco Martínez, con carné 9513033; que se denomina: **“LA DOGMÁTICA PENAL Y EL AUMENTO DESMEDIDO DE LAS PENAS EN LA ÚLTIMA DÉCADA DEL SIGLO XX EN GUATEMALA”**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además el ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se dio a conocer la dogmática penal; el sintético, indicó el aumento desmedido de las penas; el inductivo, estableció las características de la pena, y el deductivo señaló la problemática actual. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron la imposición de las penas de conformidad con la legislación penal guatemalteca. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer que en la última década del siglo XX, ha existido un aumento desmedido de las penas.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde el ponente señala un amplio contenido de la problemática existente.

**Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805**



5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer las penas que se imponen en la legislación actual.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

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

Atentamente.


Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3805
9ª. Ave. 13-39, zona 1 Guatemala, C. A.
Tel. 22384102

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ÁBOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

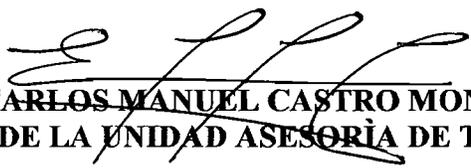
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, uno de junio de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **MARCO TULIO ESCOBAR HERRERA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **OLIVER ROVEL POLÁNCO MATÍNEZ**, Intitulado: **“LA DOGMÁTICA PENAL Y EL AUMENTO DESMEDIDO DE LAS PENAS EN LA ÚLTIMA DÉCADA DEL SIGLO XX EN GUATEMALA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y 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 ASESORIA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

Marco Tulio Escobar Herrera
Abogado y Notario



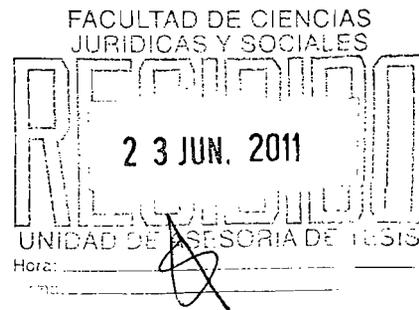
BUFETE PROFESIONAL:
10a. Avenida 7-06, Zona 1
2do. Nivel, Oficina No. 1

TELEFAX:
2238-2648
CEL. 5318-0033

Guatemala, 23 de junio del año 2011

Licenciado

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



Licenciado Castro Monroy:

Hago de su conocimiento que procedí a la revisión de tesis del bachiller Oliver Rovel Polánco Martínez, en base al nombramiento recaído en mi persona de fecha uno de junio del año dos mil once; intitulada: **“LA DOGMÁTICA PENAL Y EL AUMENTO DESMEDIDO DE LAS PENAS EN LA ÚLTIMA DÉCADA DEL SIGLO XX EN GUATEMALA”**. Después de la revisión prestada, le informo:

- 1) El contenido científico y técnico de la tesis, es de importancia ya que estudia jurídicamente la importancia de la correcta imposición de las penas y de una sentencia justa.
- 2) Durante el desarrollo de la tesis se emplearon los métodos y las técnicas de investigación acordes. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer el derecho penal; el sintético, estableció su importancia; el inductivo, señaló la pena; y el deductivo, indicó sus características. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información jurídica y doctrinaria.
- 3) La redacción de la tesis, se llevó a cabo empleando un lenguaje adecuado. Los objetivos, dieron a conocer que la actual imposición de penas no permite una adecuada consideración del derecho penal.

Marco Tulio Escobar Herrera
Abogado y Notario



BUFETE PROFESIONAL:
10a. Avenida 7-06, Zona 1
2do. Nivel, Oficina No. 1

TELEFAX:
2238-2648
CEL. 5318-0033

- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante es fundamental para la sociedad guatemalteca, debido a que señala la inexistencia de una lucha eficaz contra el delito.
- 5) Las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Al sustentante le sugerí modificar el título de tesis, quedando de la siguiente manera: **“ESTUDIO DOGMÁTICO, LEGAL Y JURÍDICO DE LA PENA EN LA DÉCADA DEL SIGLO XX Y SU CRECIMIENTO DESMEDIDO EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA”**.
- 6) Personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada, relativa a la importancia del análisis jurídico de la dogmática penal y del aumento desmedido de las penas.
- 7) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los capítulos desarrollados.

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

Muy atentamente.

Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

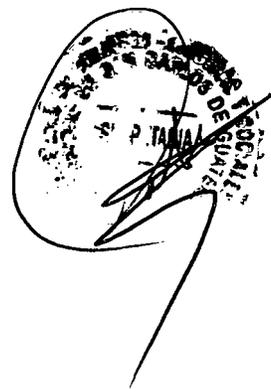
Abogado y Notario
Colegiado 5521
Revisor de Tesis

Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Abogado y Notario
Colegiado No. 5521



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de septiembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante OLIVER ROVEL POLÁNCO MARTÍNEZ, Titulado ESTUDIO DOGMÁTICO, LEGAL Y JURÍDICO DE LA PENA EN LA DÉCADA DEL SIGLO XX Y SU CRECIMIENTO DESMEDIDO EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA. 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:

Por ser nuestro creador y enseñarme el camino correcto en la vida, por brindarme el conocimiento y fortaleza que me permitió alcanzar la meta anhelada para convertirme en profesional.

A MIS PADRES:

Manfredo Polanco Gómez y Leticia Martínez de Polanco, por apoyarme incondicionalmente, demostrándome su amor y confianza para seguir adelante en mi formación personal y profesional, que mi triunfo alcanzado sea para ellos una pequeña recompensa a sus esfuerzos.

A MIS HERMANOS:

Selvin Manfredo, Hony Rubén y Mayber Leticia, en honor a los momentos de nuestra infancia y juventud, en los cuales compartimos tantas alegrías y tristezas. Que mi meta alcanzada sea una motivación para ellos.

A MI ESPOSA:

Vilma por ser una persona especial en mi vida, gracias por su apoyo incondicional, por su amor y comprensión.

A MIS HIJOS:

Oliver Steven y Jaylin Estefania, que este logro sientan como propio, que sirva de estímulo en su vida para continuar luchando por sus metas, aplicando los valores recibidos y que estén consientes que con dedicación y esfuerzo se pueden alcanzar los sueños anhelados.



A MIS SOBRINAS:

Pamela y Valentina, gracias por su cariño y por los momentos agradables que han compartido conmigo.

A MIS AMIGOS:

Por pertenecer al grupo de personas que nos unen lazos de amistad, gracias por su colaboración y apoyo.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala por abrirme las puertas para mi preparación académica y por ser la máxima casa de estudios superiores.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por contribuir a mi formación profesional y especialmente a los catedráticos por brindarme su ejemplo y sabiduría que serán aplicados en mi carrera profesional.

ÍNDICE



Introducción.....

CAPÍTULO I

1.	Derecho penal.....	1
1.1.	Conceptualización.....	4
1.2.	Características.....	9
1.3.	Extensión y límites del derecho penal.....	25
1.4.	Derecho penal y derecho procesal penal.....	26
1.5.	Derecho penal y derecho penal ejecutivo.....	27
1.6.	Autonomía.....	29
1.7.	Contenido.....	32
1.8.	Derecho penal objetivo y subjetivo.....	33

CAPÍTULO II

2.	Evolución del derecho penal.....	37
2.1.	Enciclopedia de la ciencias penales.....	40
2.2.	Naturaleza y contenido de las ciencias penales.....	40
2.3.	Ciencias auxiliares del derecho penal.....	54
2.4.	Disciplinas normativas y explicativas.....	57
2.5.	Validez de la criminología.....	59



CAPÍTULO III

3.	Principios informadores del derecho penal.....	61
3.1.	Principio de legalidad.....	63
3.2.	Principio de intervención mínima.....	66
3.3.	Principio de culpabilidad.....	74
3.4.	Principio de personalidad de las penas.....	75

CAPÍTULO IV

4.	La dogmática penal y el aumento desmedido de las penas.....	77
4.1.	Definición de pena.....	77
4.2.	Características de la pena.....	78
4.3.	Clasificación de las penas.....	80
4.4.	Análisis de la dogmática penal y del incremento de las penas en la última década del siglo XX.....	84

CONCLUSIONES.....	95
-------------------	----

RECOMENDACIONES.....	97
----------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	99
-------------------	----

INTRODUCCIÓN



El tema de la tesis se escogió, debido a que la pena tiene que cumplir una misión de regulación activa de la vida en sociedad, que se encargue de asegurar su funcionamiento satisfactorio a través de la protección de los bienes de los ciudadanos mediante la función de prevención, basándose en la necesidad de no dejar sin respuesta, sin retribución o sin la infracción.

La teoría del delito es constitutiva de la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena, y de respuestas a la pregunta de los elementos que tienen que concurrir para que algo sea punible.

Los objetivos de la tesis, determinaron, que la pena se encarga del establecimiento de la meta máxima consistente en la preservación de la sociedad en lo relacionado a los comportamientos que le son nocivos, así como también se tiene que encargar de brindar protección a los valores elementales de la vida comunitaria.

La idea de la protección de bienes jurídicos se aparta del hecho punible cometido y del bien jurídico ya lesionado, siendo esa idea la mira al futuro, al comportamiento futuro del delincuente o de otras personas.

Al hecho mismo se le vincula una sanción que encierra un mal para su autor, solamente que la reacción tiene que ser la adecuada, proporcional a la entidad del injusto y a la

culpabilidad. Solamente a partir de la idea de la reacción justa al obrar antijurídicamente para encontrar la justificación ética de la pena como ingerencia en la esfera de la persona.



La hipótesis comprobó que una retribución pura tiene que exigir siempre que exista el injusto y la culpabilidad. La pena se justifica como retribución con arreglo a la medida de la culpabilidad y el aseguramiento de los bienes jurídicos ha de alcanzarse mediante el apartamiento de aquellas personas que por disposición hereditaria y medio circundante son determinadas a quebrantar la ley. pero el determinismo no resuelve el problema.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, se refiere al derecho penal, características extensión, autonomía, contenido y derecho penal objetivo y subjetivo; el segundo capítulo, indica la evolución del derecho penal; el tercero, determina los principios informadores del derecho penal; y el cuarto, analiza la dogmática penal y el aumento desmedido de las penas.

La pena encuentra su legitimación como una compensación justa a la retribución, cuando es la pena adecuada a la culpabilidad. Además, el Estado no puede ni tampoco se encuentra bajo la obligación de establecer justicia en el curso general de la sociedad. El asunto de que si castiga se encuentra bajo la dependencia de que si la pena resulta ser necesaria para la existencia del orden jurídico.

CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Con frecuencia la ciencia del derecho encuentra interminables discusiones en relación al nombre que tiene que darse a alguna disciplina y el derecho penal no ha escapado de ese fenómeno. Para ello, se han propuesto una gran cantidad de términos para su designación.

Es de importancia señalar las siguientes denominaciones: derecho criminal, derecho de castigar, derecho penal, derecho represivo, derecho sancionador, derecho determinador, derecho de prevención, derecho reformador, derecho protector de los criminales, derecho protector de la sociedad, derecho de defensa social y derecho de lucha contra el delito.

Dentro de las denominaciones antes anotadas, han tenido aceptación las de derecho penal, derecho criminal, derecho protector de los criminales y la de derecho de defensa social. El resto de denominaciones en la actualidad han sido descartadas.

La expresión de derecho de castigar debido a que no responde a la concepción actual del derecho que denomina o busca denominar, ya que previo a castigar lo que se busca es reformar y reeducar al delincuente, o sea la superación del concepto expiatorio de la pena; la de derecho represivo, queda en el derecho vigente completamente desvanecida ante las finalidades regeneradoras y de reeducación que se asignan a la

pena y a las medidas de seguridad; la de derecho sancionador, debido a que la sanción entendida como sinónimo de pena y no constituye la única consecuencia que la norma jurídica asocia al delito.

La denominación derecho penal tiene en su abono, la utilización constante que de ella se ha llevado a cabo, si bien tiene que tomarse en consideración, que en el estado actual de la ciencia del derecho penal, la inclusión del término penal ya no se ajusta con exactitud al contenido que busca designar, si se toma en consideración la existencia de medidas de seguridad que, de forma paulatina, van restando campo de acción a la pena propiamente dicha.

“La expresión derecho penal es la expresión mayormente conocida y de mayor utilización. La adoptan los códigos relacionados con la materia. La utilización constante de la expresión derecho penal ha hecho que la mayoría de autores se inclinen por la misma, pero ese uso por sí solo, no es constitutivo de un argumento suficiente relativo a la propiedad de ese nombre para la designación de esa disciplina”.¹

Con la finalidad de superación de las críticas que se han llevado a cabo al nombre de derecho penal, determinados autores tienen preferencia por el nombre de derecho criminal, el cual es una expresión que ha tenido especial acogida.

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal**, pág. 20.

La expresión derecho protector de los criminales tiene como finalidad la obtención de la regeneración y la reeducación del sujeto activo del delito que puede tornar el seno social, como un elemento de utilidad que puede efectivamente convivir con sus semejantes, sin ocasionar nuevos daños, debido a que el criminal tiene que ser protegido; ya que al proteger al delincuente también se defiende a la sociedad.

Son más acertadas, y sobre todo más acordes las modernas tendencias científicas de las definiciones de derecho de defensa social y derecho de defensa contra el delito.

Ambas definiciones, si se adoptan por separado, son incompletas, la primera debido a que si bien es cierto, que el derecho penal es constitutivo de uno de los medios de defensa social, no es el único y, por otro lado, la sociedad no se defiende solamente contra el delito, y de ello deriva que esa denominación resulte demasiado extensa para el contenido del derecho que se busca designar; y la segunda, ya que puede provocar confusiones.

Efectivamente, la legítima defensa individual contra el delito, es también un derecho de defensa contra el delito, sin que con ello se olvide la distinción entre derecho objetivo como conjunto de normas jurídicas y del derecho subjetivo como una facultad. Para evitar cualquier tipo de confusión, es preferible denominar la disciplina del derecho de defensa social contra el delito.

Con esa denominación, se pueden efectivamente superar las críticas que se llevan a cabo al nombre derecho de defensa social y se precisa de mejor manera, el sentido exacto de la denominación derecho de defensa contra el delito.

1.1. Conceptualización

En la mayoría de ocasiones se ha repetido la inconveniencia de asentar una definición al principio de un estudio, determinándose que la enumeración teórica que la misma abarca aparece ausente de un contenido efectivo.

Todo aquel que emprende el estudio de una disciplina, si lo lleva a cabo a fondo, tiene que terminar por formar una definición acabada de la ciencia que trabaja.

La definición apriorística de nada le habrá servido para encaminar sus pasos. Además, toda definición es un silogismo que, si bien se encarga de plantear de forma adecuada la problemática; le otorga resolución de forma tautológica.

A pesar de lo anotado, la definición de derecho penal, al principio de su estudio, llena una finalidad de determinación y esclarecimiento de la problemática que busca el derecho de defensa social contra el delito y de su naturaleza peculiar.

“Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho, y una pena que es su legítima consecuencia”.²

La definición anotada es eminentemente objetiva y circunscribe el derecho penal a su aspecto puramente legal y deja por un lado la labor preventiva correspondiente al Estado, que se lleva a cabo mediante medidas de seguridad que no son propiamente penas.

“Derecho penal es la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y el delincuente como su sujeto activo, y por ende, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena, como reintegración de ese orden”.³

En la definición anotada, se le asigna a la pena el papel exhaustivo de consecuencia única del delito y su definición resulta defectuosa por la existencia de medidas asegurativas. Por otro lado, la existencia de una sanción no se logra reintegrar o restaurar debido al orden jurídico que ha sido violado.

“El derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas y doctrinas fundamentales por cuyo medio las sociedades buscan las mejores condiciones posibles para prevenir los delitos y reprimir, con medidas coercitivas y regeneradoras, los hechos antisociales que se producen en su seno”.⁴

² Crrus, Carlos. **Derecho Penal**, pág. 16.

³ Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal**, pág. 25.

⁴ **Ibid**, pág. 29.

La definición anotada es acertada, debido a que es justa la crítica relativa a las doctrinas fundamentales, unida a la mención amplia de hechos antisociales en su aspecto positivista.

Al explicar de forma detallada su definición, se reduce el campo de esas doctrinas fundamentales a la labor del juez que tiene que dar el verdadero valor de la legislación en su aplicación práctica, ya que se encarga de asignar a la jurisprudencia el poder de cambiar una institución. En efecto, no se puede negar ni tampoco desconocer el papel decisivo que desempeña la labor jurisdiccional en el desentrañamiento del sentido exacto de la ley penal, pero tampoco que esa labor de interpretación y aplicación puede convertirse en labor de creación.

Si el articulado de la legislación penal aparece calcado en un molde clásico, asentado sobre la concepción del delito como ente jurídico y de la pena como retribución al juez le será difícil, transformar de manera fundamental las instituciones para ponerlas al nivel de las nuevas corrientes científicas. Las normas jurídicas que integran el derecho penal positivo son coincidentes o tienen que coincidir con las propuestas de la ciencia penal, para de esa forma sistematizar la defensa contra el delito.

Por ende, en la definición del derecho penal tienen que encontrarse comprendidas las reglas jurídicas y las doctrinas fundamentales en que las mismas se inspiran, porque sin doctrinas no hay derecho penal.

En la definición de derecho penal, en toda la amplitud del concepto no se tiene que limitar su contenido a lo estrictamente jurídico. En relación a ello, la definición de derecho penal tiene que limitarse a lo jurídico, debido a que las consideraciones de otra índole tienen que quedar confiadas a otras ciencias causales explicativas.

El derecho penal queda delimitado dentro de lo jurídico y sin que el estado actual de la ciencia sea extraño, a pesar de que en la época positivista se le tomaron en cuenta sus elementos esenciales. Los datos antropológicos y sociológicos tienen que ser bien recibidos como aportes de otras ciencias del derecho, pero tienen que quedar definitivamente erradicados como parte integrante del derecho penal.

“Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder penal del Estado y que asocian al delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica”.⁵

La definición anotada es amplia debido a que admite que, al delito como presupuesto se le pueden asociar consecuencias jurídicas de índole diversa en comparación a la pena, y especialmente, medidas que tienen por objeto impedir futuros delitos.

La dogmática jurídico penal o ciencia del derecho penal en sentido estricto es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman, en el seno del ordenamiento jurídico-positivo, el derecho penal.

⁵ Bustos. **Ob. Cit**, pág. 40.

“Derecho penal es el conjunto de normas jurídico-estatales que, a la violación de sus propios preceptos unen como consecuencia una pena o sanción criminal”.⁶

En la actualidad se considera al delito, no como una violación de los preceptos propios del derecho penal, sino como un quebrantamiento de las normas de cultura que se encuentran amparadas y presupuestas por el ordenamiento jurídico-penal positivo. La pena se encuentra unida como consecuencia a la violación a los mismos preceptos del derecho penal.

Una adecuada definición de defensa social contra el delito tiene que contener: a) la enunciación de que, como rama del derecho tiene que encontrarse constituido por normas jurídicas; b) esas normas tienen que fijar la noción del delito y la responsabilidad del delincuente y condicionar el ejercicio del poder del Estado para la prevención y represión del mismo; c) tienen que fijar las penas y las medidas de seguridad que el Estado puede aplicar, con base en la producción del delito.

“El derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.⁷

⁶ Beristain, Antonio. **Derecho penal y criminología**, pág. 36.

⁷ **Ibid**, pág. 39.

1.2. Características

Los caracteres del derecho penal son los siguientes:

- a) El derecho penal es ciencia cultural: en atención al método que se utiliza en la investigación científica, el cual, simultáneamente, se encuentra condicionado por la naturaleza peculiar del objeto de estudio, en donde el campo del conocimiento humano aparece actualmente escindido entre las ciencias naturales y las ciencias culturales. El objeto de estudio de las primeras es perteneciente a la naturaleza psico-física y el proceso que utilizan para descubrir nuevos principios se encuentra asentado sobre tres conceptos que son esenciales, la substancia que es el primero y el mismo es consistente en descubrir la esencia de un hecho dentro de sus distintas manifestaciones.

El concebir lo permanente de distintos hechos, entre su variedad, lleva a descubrir la substancia del hecho. La segunda fase es la de causalidad, en virtud de la cual se descubre que un fenómeno determina de forma fatalmente a otro en donde la relación causal implica dos miembros que son la causa y el efecto.

La observación reiterada de fenómenos físicos ligados por la causalidad lleva al naturalista a la formación de la ley natural que encarna la tercera fase del proceso lógico de las ciencias naturales.

Las ciencias naturales, enfocan sus preocupaciones hacia el conocimiento de aquellos productos o elaboraciones de la actividad creadora del hombre que son constitutivas de bienes culturales. El método de las ciencias culturales o del espíritu, como también se le denomina difiere de manera esencial del de las ciencias naturales que emplean el método experimental.

La ciencia natural lo que busca es el descubrimiento y la elevación a las leyes naturales de los enlaces no convenientes que se dan entre los hechos, en tanto que en las ciencias culturales entran en juego elementos completamente distintos.

Aquí no se busca la relación causal de causa efecto, sino la relación teleológica de medio y finalidad, de forma que los acontecimientos de la naturaleza solamente pueden encontrar explicación si se investigan sus motivos o fines, y de ello deriva que en la base del fenómeno cultural; siempre se encontrará la idea de fin para cuya investigación tiene que utilizarse el método teleológico.

El derecho es una ciencia cultural por excelencia, debido a que en el mismo se estudian fenómenos naturales enlazados por nexos de causalidad y que regulan conductas en atención a un fin considerado como valioso.

La investigación de la realidad social, el estudio estadístico de los hechos sociales, el de las características psíquicas y orgánicas del hombre son de importancia para el derecho, debido a que el mundo de las normas tiene que asentarse firmemente en la realidad; tanto para que la ley sea justa como para que también sea eficaz.

Pero el momento estrictamente jurídico, se caracteriza no por la comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades, sino debido a la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados como valiosos o no valiosos y, como consecuencia, procurados o evitados.

La ley, por ende, regula la conducta que los hombres tienen que observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de los hechos.

El carácter cultural del derecho penal lo diferencia de manera fundamental del resto de disciplinas que integran las ciencias penales, las cuales tienen que encontrarse situadas en el campo propio de las ciencias naturales.

b) El derecho penal es normativo: el mismo, como parte del derecho en general contiene normas, o sea, reglas de conducta de observancia obligatoria, o sea, expresiones de lo que tiene que cumplirse. El derecho se encuentra formado de esa forma por el conjunto de derechos y deberes para los componentes de una sociedad y, además, por la determinación de las consecuencias que tienen que producirse en caso de inobservancia de estos deberes o de la vulneración de aquellos derechos.

Por ende, la norma consiste en una expresión de lo que debe ser, de forma independiente de la circunstancia de que ocurra o no. Establece, de forma definitiva, la exigencia de que una cosa sea basada en derecho.

El derecho es normativo, debido a que sus preceptos contienen mandatos encaminados a la conducta humana, pretendiendo condicionarla, y pertenece al mundo del deber ser y no al de ser.

Dentro de ese orden de ideas, las ciencias normativas se contraponen a las ciencias causal-explicativas que se ocupan del estudio de la causalidad.

Es esencial el análisis de la naturaleza normativa del derecho penal en la actualidad, la que se encuentra reconocida por la generalidad de los tratadistas, superando con ello la etapa de positivismo en la que se creyó que el derecho penal tiene que abandonar todo carácter jurídico para la adopción de una postura completamente naturalista.

El derecho penal reviste carácter jurídico, siendo indispensable que existan normas que lo constituyen. Además, es utópico el pensamiento de que en el futuro, asentado el derecho penal sobre altas bases y orientado hacia otros fines, aquellas normas dejarán de ser necesarias. “También, es riesgosa la idea de que llegará el día en que deje de ser jurídica la acción del Estado frente a los hechos delictuosos, debido a que la norma de derecho penal es constitutiva de una garantía de la libertad”.⁸

El derecho penal tiene siempre carácter jurídico y lo integran las normas elaboradas con los datos de la antropología criminal y la sociología criminal.

⁸ Díez Ripollés, Jose Luis. **Manual de derecho penal**, pág. 18.

c) El derecho penal es valorativo: la existencia de un ordenamiento jurídico presupone la existencia siempre de un sistema de valoraciones que sirven de guía para que la norma jurídica ordene una determinada conducta o bien para que disponga que se sancione la infracción de principios culturales que se tienen que considerar valiosos y, por ende, fundamentales para la convivencia pacífica social.

Dicho sistema de valoraciones, se encuentra determinado en todo sistema jurídico, y además está ordenado de conformidad con una jerarquía, dentro de la cual existe la posibilidad de distinguir valores de mayor o menor importancia.

Como consecuencia lógica de ello, la norma jurídica trata de dar una mayor protección a aquellos valores cuya realización tienen que aparecer como la ordenada convivencia del conglomerado social y como una protección eficaz a los valores cuya realización se encuentra estimada como de menor importancia.

Al derecho penal le queda encomendada la labor de resguardo de los valores que son tomados en consideración de mayor categoría dentro del conglomerado social. De ello deriva que su naturaleza sea eminentemente valorativa.

El derecho penal funciona como un sistema tutelar de los valores más elevados, ello significa, que interviene ante las transgresiones que lesionan los valores esenciales de una sociedad.

- d) El derecho penal es finalista: el derecho tiene que asentar sus normas sobre la realidad para hacerlas más justas y eficaces. Efectivamente, el derecho se ocupa de las conductas, y como tal se tiene que señalar su carácter finalista.

El obrar del hombre no tiene que buscarse en relación de causalidad, sino de medio a fin. A la conducta humana se le tiene que buscar el fin de que y no el por qué de la naturaleza y al aplicar sus concepciones de derecho penal, afirma que la ley penal tiene como finalidad, al igual que todas las leyes, la de asegurar las condiciones de vida de la sociedad y el establecimiento de la pena, solamente cuando la misma se hace necesaria por la inexistencia de buena fe y la probidad en la conducta humana.

La labor del Estado en la elaboración jurídico penal se encuentra siempre informada de dicha idea de finalidad. Efectivamente, el Estado para la formulación del precepto penal tiene que fundamentarse en la observación reiterada de las conductas que se producen en el conglomerado y en la forma en que el mismo tiene que obrar, así como también que sea incidente en la vida social en general.

Dicha consideración, unida de forma íntima con las finalidades que el Estado persigue realizar y que considera valiosas, establece y condiciona la necesidad de exigir ciertas conductas y de prohibir y sancionar con penas la producción de otras que causan daño a la sociedad, debido a que la atacan, en menoscabo de lo que ha considerado y consagrado en la ley, como valioso.

La ley regula la conducta que los hombres tienen que observar con relación a dichas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos.

La naturaleza finalista del derecho penal liga al derecho penal con la concepción del bien jurídico. El derecho penal protege los intereses de la vida humana, pero al mismo se le ha encomendado solamente la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, mediante la amenaza y ejecución de la pena, tomada en consideración como un mal contra el delincuente.

- e) El derecho penal es derecho público: el derecho público no solamente regula relaciones sino que también organiza instituciones, en las cuales el Estado no siempre interviene en su calidad de entidad soberana.

- f) De ello deriva que el derecho público es el que reglamenta la organización y actividad del Estado y del resto de organismos que se encuentran dotados de poder público y las relaciones en que participan con tal carácter: el derecho penal es indiscutiblemente derecho público interno, debido a que el establecimiento de sus normas y su aplicación, se encuentran confiados de manera exclusiva al Estado, que se encuentra investido de poder público. La represión privada solamente se puede tomar en consideración como una forma histórica superada.

“La creación de las figuras delictivas y la amenaza de imponer una pena al transgresor es una actividad típicamente pública del Estado, o sea, la expresión de su máximo poder interno”.⁹

f) El derecho penal es un derecho sancionador: en el contrato social se puede tomar en consideración una tercera clase de relación entre el hombre y la ley consistente en la desobediencia a la pena y la misma da lugar al establecimiento de leyes criminales que, en el fondo, más que una clase particular de leyes; son la sanción de todas las demás.

Dicha afirmación, atribuye al derecho penal un carácter complementario o sancionatorio, con relación a las leyes restantes y no es aceptada por todos los penalistas.

Por el contrario, el problema relativo a que si el derecho penal tiene que considerarse como un ordenamiento primario o complementario o sancionatorio, es objeto de larga discusión.

El problema se centra en si tienen que considerarse las figuras delictivas acuñadas por el Código Penal como creadoras de una licitud estrictamente penal o bien, si no existe una ilicitud propiamente penal, sino que el derecho se concreta a sancionar la violación de preceptos contenidos en toda la legislación.

⁹ **Ibid**, pág. 25.

El derecho penal es un derecho constitutivo de que la licitud penal es una especie autónoma de ilicitud. O sea, que dicha ilicitud es proveniente del hecho de que una determinada acción se encuentre descrita como delito dentro del ordenamiento penal positivo.

La tipicidad es constitutiva del punto central de la definición del delito alrededor del cual tienen que agruparse los elementos restantes. Por medio de la tipicidad, la ley penal escoge en la vida real de determinadas acciones, creando figuras legales o delitos, fuera de los cuales no pueden darse conductas delictivas ni sancionables.

Sin tipicidad, no puede darse delito y si bien es cierto que ella no es por sí sola suficiente para la calificación de una conducta como delictiva, debido a que hacen falta otros elementos también de lo que es, si una conducta no se adecúa al tipo acuñado por la ley, y ello no puede tomarse en consideración para que la conducta sea constitutiva de delito.

La norma crea lo antijurídico y la ley crea la acción punible. Sin embargo, dentro del sistema es por medio de la tipicidad que los actos que violan las normas adquieren la naturaleza de actos delictivos.

La tipicidad señala la presencia de la antijuridicidad pero ello no es su fundamento. No es posible concebir una tipicidad carente de valor y meramente descriptiva.

La consideración de la tipicidad como fundamento exclusivo de la antijuridicidad fue llevada hasta sus últimas consecuencias. La tipicidad es el fundamento real y de validez de la antijuridicidad.

La promulgación de una ley penal no siempre supone la creación de un nuevo tipo de lo injusto, pero siempre es nueva y en tales casos la creación de un tipo del injusto con significación desde el punto de vista penal. En algunos casos, el Código Penal crea el injusto y ello sucede cuando incrimina acciones sobre las cuales no existía anteriormente una norma legal.

El problema del carácter sancionatorio del derecho penal, se debe analizar desde el punto de vista de no tomar en cuenta a quienes consideran el carácter de la incompetencia.

El derecho penal tiene que ser considerado desde tres aspectos: el primero, que aparece como exclusivo creador de un determinado elemento del orden jurídico, en cuanto hace jurídicos, mediante sus normas, los intereses que en otro caso, tendrían carácter ético; el segundo aspecto, consiste en aquel que presenta como constitutivo el orden jurídico en concurrencia con otros ordenamientos jurídicos, en cuanto que sanciona preceptos que no son exclusivos propiamente de un ordenamiento jurídico sino de un ordenamiento jurídico general, al proporcionar su sanción a preceptos que son característicamente propios de otros ordenamientos jurídicos.

El derecho penal no es sencillamente sancionador, secundario, accesorio, derivado o complementario, en relación a otras normas jurídicas y ello no se limita a la determinación de las consecuencias jurídico-penales que nacen de la violación de normas jurídicas.

El precepto jurídico y la sanción jurídica son elementos esenciales e inseparables de la ley penal, como de toda otra ley. Las normas son presupuestos necesarios de la ley penal, pero no parte constitutiva de ésta y dichas normas son pertenecientes al derecho público, debido a que en las mismas aparece siempre el poder soberano, como tal, imperando sobre los súbditos, como tales. Negarle al derecho penal su carácter constitutivo es equivalente a negar su autonomía.

Quienes le asignan al derecho penal su carácter exclusivo sancionatorio, reconocen que el punto de partida filosófico de su tesis se encuentra en la gran influencia de la teoría de las normas formuladas. Pero, la aceptación de la naturaleza sancionatoria del derecho penal afecta las bases de criterios distintos.

El delincuente no infringe la ley del Estado, sino que adapta su conducta a ella, debido a que su acción se ajusta a la descripción que la ley contiene. La ley penal no contiene normas prohibitivas, sino, por el contrario se limita a la descripción de una conducta adversa a la norma jurídica.

La antijuridicidad de un hecho no deviene de la tipicidad sino de la producción de una conducta que viola la norma que se encuentra implícita tras el ordenamiento penal.

La sanción presupone sistemáticamente la existencia de un principio positivo lógicamente anterior a la ley penal. Con ello, se hace derivar la ilicitud de la tipicidad y se hace ver que es sencillamente una forma de descripción.

Ninguna de las disposiciones de la ley penal de carácter sancionatorio tiene una esencia propia, relativa a que no pertenezcan en el fondo, a las consecuencias que aparecen de la vida del hombre en el estado de la sociedad.

La escasa validez del argumento de quienes sostienen la naturaleza primaria del derecho penal señala que algunas leyes y algunos códigos han enunciado los tipos delictivos declarando delito o afirmando que se encuentra prohibida una determinada conducta, debido a que esa forma de enunciar las leyes penales es censurable y antitécnica puesto que la norma no tiene que declararse en la ley penal.

El carácter constitutivo del derecho penal parte del principio de que la determinación de la antijuridicidad se encuentra contenida en las leyes en general, de forma que existe una serie de actos antijurídicos, pero que únicamente algunos de ellos tienen relevancia penal, y que son aquéllos para los cuales la legislación penal determina las penas correspondientes, no solamente antijurídicos, sino típicamente antijurídicos.

Dichos actos resultan así por efecto de una doble valoración no solamente antijurídica sino penalmente relevante. Los actos que se encuentran tipificados en el Código Penal y han sido calificados previamente de antijurídicos y posteriormente, dentro de los actos antijurídicos para seleccionar adecuadamente a los conminados con una pena.

De forma que la presencia de la tipicidad denota la antijuridicidad del acto puesto que antes de haber pasado por el tamiz que retiene el primer disvalor, o sea, la antijuridicidad. El fundamento de la misma yace en la misma ley penal.

El derecho penal es ulteriormente sancionatorio. Con dicha expresión se señala que este derecho tiene como función dar mayor fuerza con su sanción propia a los preceptos y a las sanciones de las otras ramas del derecho.

Para demostrar el carácter del derecho penal se tiene que argumentar que todo precepto primario del derecho penal se encuentra expresamente o implícitamente contenido en los preceptos de otra norma jurídica, o sea que toda conducta humana reprimida como delito, siempre y en todos los casos, además de estar prohibida por el precepto penal, lo está también por otra norma de derecho público.

En consecuencia, el delito, además de ser un ilícito penal, es también siempre un ilícito jurídico. Todo delito se encuentra prohibido antes de que por el ordenamiento penal o por una norma extra-penal.

Dicha anterioridad solamente quiere indicar un estado lógico y sistemático y no necesariamente histórico. De esa forma, el derecho penal no hace sino reforzar con su sanción, la prohibición ya contenida en otra rama del derecho.

El derecho penal es un ordenamiento jurídico que se sobrepone al ya íntegramente formado por las otras ramas del derecho. La organización jurídica de la sociedad tiene

que asentarse sobre una concepción estimativa que se encargue de la designación de los valores cuya realización se considera fundamental para la convivencia ordenada y pacífica de los miembros del conglomerado.

De ello deriva que todo ordenamiento legal presupone la aceptación por parte del Estado, de todo un sistema de valoraciones.

Es evidente que la concepción valorativa tiene variaciones dependiendo de la naturaleza peculiar de cada Estado y con cada época. Por ello es distinto el ordenamiento destinado a un régimen-monárquico del que se destine a normar.

El sistema de valoraciones sujeto a una jerarquía se trasluce claramente al sistema positivo mediante el cual se establece implícita o expresamente una serie de bienes jurídicos cuya conservación es de importancia para la convivencia social y bienes jurídicos que también son importantes, pero menos vitales para el conglomerado.

Por dichos motivos, en las normas legales especialmente en las constitucionales es frecuente encontrar la enunciación de principios en los cuales se contiene de forma precisa la indicación de los bienes jurídicos fundamentales para ese ordenamiento.

Dichas normas se repiten y en la mayoría de los casos se amplían en las leyes no constitucionales. Es bien común encontrar normas que elevan al rango de bienes jurídicos fundamentales para la sociedad, como la conservación de la seguridad interna

y externa del Estado, la conservación de instituciones, la protección y preservación de la vida humana y protección y reconocimiento de la propiedad privada.

Todo ordenamiento jurídico dispone siempre implícita o expresamente cuáles son los bienes jurídicos a los que concede protección y, consecuente, contra los cuales no tiene que atentar la conducta humana. Pero, por otro lado, no se hallará en los ordenamientos jurídico-positivos.

El derecho penal no puede ser constitutivo debido a que la ilicitud no proviene de manera directa de sus normas sino de la lesión de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico no penal, a la cual se limita asociar una sanción.

Existen normas penales que sancionan conductas que lesionan bienes no mencionados antes por la legislación penal, pero, en esos casos, se tiene que tomar en consideración que, desde el momento en que la producción de una conducta es asociada con una pena, es debido a que dentro del ordenamiento jurídico general el bien lesionado por esa conducta se ha considerado tácitamente como valioso y digno de protección.

Si el bien jurídico lesionado no se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico desde el punto de vista real o histórico, sí lo está desde el punto de vista lógico y sistemático.

El Estado guatemalteco concede protección preferente a la existencia humana y se tiene que señalar que las autoridades se encuentran instituidas para el mantenimiento

de los habitantes en el goce de sus derechos, los cuales son de manera primordial la vida, la igualdad y la seguridad de la persona, la honra y los bienes.

Es evidente que las acciones que atentan contra esos derechos lesionan los bienes jurídicos protegidos por el derecho y en consecuencia, el precepto penal no hará sino más que describir esas conductas y las aunará con una sanción específica.

La prohibición de atentar contra la propiedad privada emana de manera implícita del reconocimiento que el régimen constitucional concede a la propiedad privada. El Código Penal se limita a la unión de conductas que atentan contra tal derecho con una pena.

De ello deriva que las figuras legales del hurto, robo, usurpación, quiebra fraudulenta, estafa, usura, incendio y daños aparezcan como un desconocimiento del derecho de propiedad, o bien, como una conducta injusta en menoscabo de tal derecho.

La persona humana goza con la protección del Estado, aún antes de su nacimiento, y desde los primeros momentos de su vida. La protección del derecho penal tiene que extenderse hasta esas limitaciones y de ello deriva la existencia de determinadas figuras legales.

El funcionario o empleado público que aparta su conducta del ordenamiento legal, tiene que quedar sujeto a una sanción penal. De esa forma lo evidencia la existencia de delitos.

El ordenamiento penal, se limita a sancionar a aquellas conductas que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el derecho en general, lo que le otorga un carácter típicamente sancionatorio y no constitutivo.

1.3. Extensión y límites del derecho penal

La evolución histórica del derecho penal ha hecho que sus límites y su extensión varíen, de acuerdo con las diferentes épocas y tendencias. Lo que en la actualidad constituye un campo de estudio totalmente autónomo como es el derecho procesal penal, formaba, entonces parte del derecho punitivo.

Las preocupaciones positivistas, ampliaron el campo del derecho penal, colocándolo dentro de un plano totalmente distinto. Efectivamente, los partidarios del positivismo hicieron notar que el estudio de esta disciplina no tenía que centrarse en el ente jurídico delictivo, sino que tenía que ocuparse, en primer plano, del estudio del hombre delincuente y considerar el delito no solamente como un ente jurídico, sino como una producción humana determinada por influencias biológicas y sociales.

A consecuencia de esa forma de pensar, el derecho penal dejó paulatinamente de ser una construcción jurídica para convertirse en una amalgama de conocimientos naturalistas acerca del delincuente.

El positivismo representa en la evolución del derecho penal, el cual tiene que seguir siendo, ante todo, el derecho que tiene que ocuparse del delincuente, como el delito y la pena.

Ello, tiene que hacerlo desde un punto de vista estrictamente jurídico, y tiene que quedar confiado a otras ciencias que integran las ciencias penales.

Por otra parte, el campo del derecho penal se amplía para incluir en su contenido las medidas de seguridad, no concebidas aún por el derecho penal de los clásicos.

Pero aún cuando el derecho penal quede reducido a los límites de lo estrictamente jurídico, tiene que deslindarse de su campo, especialmente con relación a dos ciencias cuyo contenido se acerca al derecho penal y, una de ellas, ha formado parte de él durante largo tiempo. Esas disciplinas son el derecho procesal penal y el derecho penal ejecutivo.

1.4. Derecho penal y derecho procesal penal

Si se habla de la existencia de derecho represivo en sentido amplio, la división es adecuada, pero si se considera al derecho penal en sentido estricto se tiene que convenir en que el derecho procesal penal se ha dejado definitivamente de ser parte integrante del primero.

La ciencia del derecho procesal penal, fecunda en sus orígenes propios y en nuevos campos de investigación, se asienta hoy sobre bases completamente autónomas y, si bien guarda íntima relación con el derecho penal, del cual constituye la vía de aplicación práctica, también tiene, respecto de él, indiscutible y plena independencia.

Las normas de derecho penal son normas sustantivas y referentes a la substancia de este derecho, debido a que el delito, la pena y la medida de seguridad son los elementos substanciales de la disciplina penal.

La aplicación de estas normas sustantivas tiene que encontrarse regulada por un procedimiento que condicione la actividad del Estado a través de normas jurídicas, de forma que esa aplicación no sea arbitraria.

Dichas normas son constitutivas del derecho procesal penal y constituyen el carácter adjetivo y formal relacionado con las normas materiales y sustantivas del derecho penal.

En el estado actual de las ciencias jurídicas no es conveniente discutir la separación de las disciplinas cuyo campo se encuentra definitivamente escindido, sin que valga como argumento el hecho de que, en determinadas ocasiones, dentro del ordenamiento penal sustantivo se encuentren preceptos procesales y que dentro del ordenamiento procesal penal se hallen incidentalmente normas materiales. El delito, el delincuente y la pena son el objeto de estudio del derecho procesal penal.

1.5. Derecho penal y derecho penal ejecutivo

La autonomía del derecho penal ejecutivo o penitenciario es bastante discutida. La separación del derecho penitenciario del derecho penal ha sido sostenida de forma insistente, debido a que se le considera como un conjunto de normas jurídicas

reguladoras de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución.

Los juristas se desinteresan cada vez más de las cuestiones relativas a la ejecución de las penas. Pero, la ejecución penal va quedando cada día más ligada al juez del crimen, debido a que en la actualidad se busca que la justicia penal no acabe con la sentencia sino que la vigilancia del funcionario judicial siga, a pesar de que la pena ya se esté cumpliendo, para juzgar por sí mismo los efectos de la sanción.

No se puede afirmar plenamente la existencia plena de la autonomía del derecho penitenciario, pero es evidente que las cuestiones relativas a la ejecución penal requieren cada día mayor atención, sobre todo porque en dichas cuestiones se centra de forma fundamental el éxito o el fracaso de todo sistema penal.

El derecho penitenciario, sigue siendo un derecho en formación, pero dentro de algún tiempo, cobrará mayores vuelos, englobando en su seno el estudio de los complejos problemas relativos a la ejecución en su seno del estudio de los complejos problemas relacionados con la ejecución de la pena y de las medidas de seguridad.

Por ello, se puede hablar con propiedad de su autonomía, quizá no tanto por su naturaleza sustancial para que difiera del derecho penal, como porque su campo de estudio habrá adquirido tal amplitud, que hará necesaria la preocupación del especialista.

También, tiene que reconocerse la conveniencia de reunir en un cuerpo legal autónomo las disposiciones relativas a la pena. Es recomendable la sistematización jurídica de la ejecución penal.

1.6. Autonomía

Se ha discutido y se discute la existencia autónoma de una serie de derechos penales particulares.

- a) Derecho penal administrativo: dentro de su órbita se incluye al conjunto de normas o disposiciones que determinan una sanción para los particulares que incumplen deberes para con la administración pública. Dentro de él se ha hecho aparecer como un sector de importancia que para algunos no es sino un sector del derecho penal propiamente dicho al derecho contravencional.

En general, se puede señalar que el derecho penal administrativo tiene de común con el derecho penal la asociación de sanciones a una conducta, pero se separan de forma radical las acciones que lesionan de alguna forma los intereses propiamente administrativos.

El derecho penal protege intereses administrativos y ello lo hace en el caso de que la afectación de esos intereses se reúna una alteración del orden público. El derecho penal administrativo no deja de ser derecho penal verdadero y propio, en la manera, en la sustancia y en la finalidad misma, debido a que el derecho heterogéneo que, en base

a criterios de oportunidad, se agrupa en torno a una rama de la administración no pierde por ello su naturaleza y no se aparta de los principios generales que le son inherentes.

No conviene atomizar la ciencia jurídica del derecho penal, y no importa el desconocimiento de la separación de sus diferentes ramas, cuando éstas se asientan sobre fundamentos diferentes y buscan realizar finalidades también distintas.

b) Derecho penal disciplinario: el mismo, encuentra su fundamento en la organización jerárquica de la administración pública y tiene por objetivo la tutela de la disciplina que tiene que existir en los órganos administrativos para el adecuado desenvolvimiento de sus funciones.

Su separación del derecho penal propiamente dicho es aceptada por casi todos los autores debido a que, si bien se encarga de asociar penas a la producción de determinadas conductas, una relación de dependencia de carácter administrativo, de dependencia jerárquica, y en cuanto que esas penas no tienen por finalidad ni la prevención ni tampoco la represión de la delincuencia sino la tutela de la disciplina de la función administrativa correspondiente.

En este derecho no tienen que incluirse las medidas que un órgano del Estado se encuentra facultado para tomar, en relación a los particulares que no se encuentran sometidos a la relación jerárquica.

“El derecho penal disciplinario se encuentra por lo general falto de suficientes garantías para su aplicación, al punto que se afirma que mientras en el derecho penal domina el principio *nullum crime, nulla poena sine lege*, el derecho disciplinario no se encuentra sujeto a tal reserva legal”.¹⁰

Una adecuada administración tiene que determinar la genérica previsión de las infracciones y sanciones y alguna garantía procesal de audiencia al interesado, por simple y sumario que sea el procedimiento y esos derechos se hacen efectivos por la vía de los recursos jerárquicos.

Es indispensable que las infracciones sancionadas por el derecho disciplinario sean definidas con mayor precisión y que sus destinatarios sean dotados de mejores garantías para el aseguramiento su justa aplicación.

- c) Derecho penal fiscal: al mismo se le considera como el conjunto de disposiciones que asocian la lesión de los intereses financieros del Estado con una sanción penal determinada. El derecho penal financiero es parte del derecho penal administrativo.

- d) Otros derechos penales particulares: se habla de un derecho penal económico, de un derecho penal corporativo, de un derecho penal de trabajo, de un derecho penal industrial e intelectual, pero es notorio que el radio de acción de tales disciplinas debe quedar incluido dentro del derecho penal común, debido a que el

¹⁰ González Cauhapé, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**, pág. 19.

sólo hecho de que sus preceptos sancionen la infracción de normas especiales, no es razón suficiente para concederles la autonomía que reclaman, ya que se tiene que recordar que el derecho penal, por su carácter sancionatorio se preocupa de asociar penas a aquellas conductas que lesionan intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico extra penal.

1.7. Contenido

El derecho penal de los clásicos descuidó la consideración del delincuente. Preocupados sus propulsores en fundamentar y perfeccionar la teoría del ente jurídico delictivo, como mera infracción legal, olvidaron por completo el estudio de la personalidad del delincuente.

Es fundamental que los positivistas hagan notar la necesidad del estudio de la personalidad del hombre que delinque para que el derecho penal se haga cargo de esos problemas.

Pero, la extrema posición positivista ha querido incluir en el derecho penal una serie de estudios que se relacionan con el delincuente, de carácter naturalista, reñidos con la naturaleza jurídica del derecho penal.

Hoy se admite por lo general que el derecho penal tiene que ocuparse no solamente del binomio de delito y pena, sino también del delincuente, pero se exige que la consideración de este nuevo elemento se tiene que llevar a cabo desde el punto de

vista jurídico, quedando para las restantes disciplinas penales su consideración desde otros puntos de vista.

De ello, deriva que no se admite que el derecho penal tiene que ocuparse del estudio de tres elementos: delito, delincuente y pena, desde el punto de vista jurídico y se admite también que tienen que quedar definitivamente fuera de su campo otras consideraciones naturalistas que deben integrarse al campo de las disciplinas causales y explicativas que se ocupan también del estudio del delincuente.

Por otro lado, el derecho penal de hoy ya no se limita a la consideración de la pena como única consecuencia del delito, sino que se preocupa del estudio y de la aplicación de medidas de tipo asegurativo y preventivo.

También, las consecuencias del delito tradicionalmente tomadas en consideración como civiles van tomando un marcado carácter público ya que con las mismas no solamente se busca la satisfacción del interés privado sino que sirvan como medio de prevención y como procedimiento general para la resolución del problema económico y social creado por el conjunto de los perjudicados por la delincuencia.

1.8. Derecho penal objetivo y subjetivo

El derecho penal se puede considerar desde dos puntos de vista: el primero, que puede ser considerado como conjunto de normas que regulan la conducta humana y el segundo, puede considerársele como la facultad derivada de la norma.

La consideración del derecho como norma coloca frente al derecho objetivo, la consideración del derecho como facultad y constituye el derecho como facultad constituyendo el derecho subjetivo.

Ambos derechos se complementan, debido a que no pueden concebirse derechos subjetivos o facultades que no se encuentren fundados en una norma jurídica.

Esa misma diferenciación se ha llevado a cabo en el campo del derecho penal en el cual se ha señalado un derecho penal objetivo y un derecho penal subjetivo.

El primero, se encuentra integrado por el conjunto de normas de carácter positivo que constituyen el derecho penal vigente en un Estado y que regulan la potestad punitiva del mismo.

El segundo, es constitutivo de la facultad reconocida al Estado para el establecimiento y para perseguir los delitos e imponer sanciones a los delincuentes.

En el derecho penal, la actividad del Estado no tiene que ser producida de manera arbitraria, sino que tiene que ajustarse totalmente a lo que señala el derecho objetivo.

De esa forma el Estado no puede perseguir sino las acciones que la norma objetiva ha delineado como delitos, ni tampoco imponer la pena a actos distintos de aquellos que encuadren en delitos, ni aplicar sanciones distintas que las que la propia norma objetiva determina.

“El principio liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es constitutivo del pilar fundamental de todo ordenamiento penal democrático y que solamente ha sido rechazado por aquellos códigos que sirven de instrumento a sistemas de carácter totalitario”.¹¹

Los sistemas democráticos, que aceptan el principio de legalidad tienen que ajustarse en su función jurisdiccional a las descripciones delictivas que se encuentran contenidas en la norma penal, sin que se pueda juzgar un hecho por analogía, si no encaja de forma exacta dentro de tales descripciones.

Se tiene que señalar que no todos los autores están de acuerdo con la distinción anotada entre el derecho penal objetivo y el derecho penal subjetivo. El poder punitivo del Estado no es sino un verdadero derecho subjetivo derivado de la norma objetiva a la cual se tiene que ajustar para la persecución de los delitos y para la imposición de sanciones.

De otra forma, se le concibe como una simple manifestación de la potestad soberana del Estado, que es contraria al derecho.

¹¹ **Ibid**, pág. 25.

CAPÍTULO II

2. Evolución del derecho penal

El derecho penal ha tenido que sufrir una larga evolución mediante diversas escuelas y doctrinas para llegar a determinar sus fronteras en el punto en el que hoy lo hace, ello es, en el estudio desde un punto de vista jurídico de los problemas relacionados con el delito; el delincuente y la pena.

El campo del derecho penal se ensanchó para llevar en su seno preocupaciones teórico jurídicas, superando en definitiva a los prácticos que se contentaban con la solución de asuntos de esa índole; sin plantearse problemas más profundos.

A consecuencia de esas ideas, el derecho penal se encuentra invadido por el jusnaturalismo y los juristas tienen la idea que deben distinguirse dos aspectos en el derecho penal: la primera, una idea fija e inmutable que constituía el derecho natural y la segunda, un contingente que constituía el derecho legislado, cambiante de conformidad con la época y el país.

Es esencial la distinción de la parte teórica y la parte práctica del derecho penal. La primera se ocupa del estudio de las cuestiones penales pero haciendo abstracción de las normas escritas, cambiantes y volubles, y la segunda, es la que trata de ser una guía para el jurista en la aplicación de la ley escrita, sirviéndose para ello de la

jurisprudencia y de la hermenéutica, con la cooperación de la razón teórica y de la crítica; para la proposición de mejoras en la legislación.

La labor sistemática de los cultores clásicos del derecho penal llevó al derecho penal a su límite jurídico, debido a que consideró al derecho penal como la disciplina única y general encargada del estudio de los delitos, del delincuente y de la pena. O sea, que desde el punto de vista de todos los problemas penales tenían que enfocarse dentro del derecho penal, al punto que se le aconsejaba a sus discípulos que dedicaran sus preocupaciones al conocimiento de los problemas procesales, debido a que la estructura del derecho penal había alcanzado ya su completa perfección y plenitud.

Pero poco más tarde aparece la concepción positiva del derecho penal, y en esa concepción el derecho tiene que desaparecer por completo como ciencia autónoma para pasar a constituir un capítulo de sociología criminal, utilizando el método positivo. Se le asignaba a la sociología criminal el carácter de ciencia de los delitos y de las penas y ello se encontraba bajo la reforma del método positivo y se basaba en datos científicos de la antropología y de la estadística criminal.

Los partidarios de la Escuela Positiva consideraron que la ciencia de los delitos y de las penas debía transformarse de una exposición doctrinaria de silogismos, por una fuerza única de una fantasía lógica, en una ciencia de observación positiva, que tomando en consideración tanto a la antropología, la psicología y la estadística criminal, como también al derecho penal y las disciplinas auxiliares permitieran convertir a la ciencia

sintética que se denomina derecho criminal. De esa forma y dentro de esa tendencia, el derecho penal queda reducido al carácter de rama jurídica de la sociología criminal.

De esa manera, aparece casi simultáneamente una tendencia distinta que, en vez de integrar el derecho penal a la sociología, sostiene que dentro del campo propio del derecho penal tienen que incluirse una serie de consideraciones y estudios de tipo naturalista que van quitando su carácter jurídico a este derecho y convirtiéndolo de manera paulatina en ciencia natural. Esta tendencia ha persistido aún en autores contemporáneos, en donde se encuentran bien marcados los rasgos del positivismo manifestados mediante diversas consideraciones de tipo naturalista.

“El derecho penal tiene que erradicar de su campo de estudio toda esa serie de problemas que lo transformaban de una disciplina cercana a las ciencias naturales. En la actualidad, se entiende que el mismo tiene también que tomar en consideración el análisis del delito, del delincuente y de la pena, pero desde el punto de vista estrictamente jurídico”.¹²

Algunos autores, circunscribiendo aún más su campo, se inclinan a tomar en cuenta que el derecho penal tiene que quedar circunscrito al aspecto de la dogmática jurídico penal, alejando del mismo hasta las consideraciones filosóficas y críticas.

El resultado de esta última tendencia consiste en la separación definitiva y clara de dos campos de estudio con relación a los problemas del delito, el delincuente y la pena.

¹² Jiménez de Asua, Luis. **Tratado de derecho penal**, pág. 39.

Uno de esos campos queda enmarcado dentro de los linderos de lo jurídico y su estudio queda confiado al derecho penal. El otro tiene que incluir toda aquella serie de cuestiones naturalistas relacionadas con el delincuente, que aportan valiosos conocimientos para el estudio del derecho penal.

2.1. Enciclopedia de las ciencias penales

El campo del derecho penal se separó de las ciencias penales. La palabra enciclopedia quiere decir el conjunto de todas las ciencias. Al calificar esta palabra con el adjetivo criminológica, quiere decir el conjunto de todas las ciencias que estudian el delito.

2.2. Naturaleza y contenido de las ciencias penales

Es de importancia el estudio y análisis de las ciencias penales, siendo las mismas las siguientes:

- a) Historia del derecho penal, filosofía del derecho penal y legislación penal comparada: estas tres ciencias colindan con el derecho penal pero tienen que encontrarse separadas de forma cuidadosa de él, debido a que si bien sus datos son de importancia no solamente para el jurista, sino, especialmente, para el juez penal, sus campos aparecen hoy bien delimitados con relación al derecho penal.

La historia del derecho penal no es sino una rama de la historia del derecho. Se ocupa del estudio de las cuestiones penales solamente desde el punto de vista de su

evolución en el tiempo. Por esos motivos, se insiste en que tiene que separarse de la dogmática jurídico penal debido a que la primera se ocupa del estudio de las normas penales desde el ámbito estático, en tanto que la historia las contempla desde un punto de vista dinámico y recuerda al mismo tiempo que la historia del derecho penal puede aportar al dogmático el conocimiento de la precedente evolución de las instituciones particulares.

“El conocimiento de la historia del derecho penal es especialmente interesante, debido a que el estudio de la evolución de las instituciones penales y sus resultados prácticos son de utilidad para evitar abstracciones que se encuentren alejadas de la realidad social concreta de la cual el derecho nace y toma vida”.¹³

La filosofía del derecho penal es una rama de una disciplina más amplia que se encuentra integrada por la filosofía del derecho. Esta disciplina se encarga de la consideración de los asuntos penales desde el punto de vista filosófico y por esa razón conecta las normas penales con el orden universal, indicando de esa forma, en qué medida, el fenómeno de la pena tiene carácter universal, buscando de esa forma su legitimación ética sobre la base, por un lado, de la naturaleza y de los fines del Estado y por el otro, el valor ético y jurídico de la personalidad del individuo.

En la actualidad se reconoce por la mayoría de autores, la necesidad de deslindar con precisión los campos de la filosofía del derecho penal de la dogmática penal, debido a que esta última, como ciencia que se ocupa exclusivamente del estudio de las normas,

¹³ **Ibid**, pág. 42.

excluyendo de su seno las consideraciones filosóficas que van más allá de su ámbito de estudio, pero ello no implica que tenga que desconocerse la importancia del estudio de las cuestiones filosóficas, dentro de su misma órbita, debido a que dentro de esas cuestiones se encuentran algunas tan importantes como la de encontrar la razón por la cual se sanciona.

La legislación penal comparada puede considerarse como un aspecto de la legislación comparada en general a la cual hoy no se considera propiamente como una ciencia sino más bien como un método encaminado a diferentes fines, entre los cuales debe mencionarse el de mejorar la propia legislación y el de buscar la unificación de legislaciones.

b) Antropología y biología criminal: para el conocimiento de la antropología criminal es preciso conocer la concepción lombrosiana, en donde el hombre delincuente tiene que considerarse como una especie particular de hombre, dotado de características peculiares somáticas, funcionales y psíquicas que constituyen el tipo delincuente. El tipo delincuente o delincuente nato es idéntico al inmoral, con base epiléptica, explicable principalmente por atavismo y con un tipo biológico y anatómico particular. Muchos de los caracteres que se encuentran en los salvajes pueden encontrarse asimismo en el delincuente nato.

Las teorías de Lombroso fueron objeto de violentas críticas y apasionadas disputas teóricas y hoy no se acepta ya la existencia del tipo criminal ni de características somáticas en el delincuente.

La antropología criminal es la ciencia que estudia los caracteres fisiopsíquicos del hombre delincuente, y sobre la base de los mismos, juntamente con las influencias del ambiente y de las circunstancias.

La antropología criminal es la ciencia que estudia los caracteres fisiopsíquicos del hombre delincuente y, sobre la base de éstos, juntamente con las influencias del ambiente y de las circunstancias. Así, como la antropología general consiste en el estudio del hombre en su unidad de espíritu y cuerpo, así, también la antropología criminal estudia los aspectos de la personalidad del delincuente en sus relaciones recíprocas. Considera que esta ciencia comprende tres partes: morfología, endocrinología y psicología criminal.

La antropología criminal en su evolución, ha englobado a la psicología y psiquiatría criminal hasta llegar a constituirse en la disciplina que estudia al delincuente en su totalidad psíquica y física.

No todos los autores reconocen la autonomía de la antropología criminal. Se le considera sencillamente como rama de la antropología general, que se dedica exclusivamente al estudio particular del delincuente.

La inclusión de la psicología y de la psiquiatría criminal dentro de la antropología criminal, si bien se justifica, en principio, se encuentra en la actualidad dejando de tener razón debido al notable enriquecimiento de aquellas ciencias que las constituye de

forma paulatina en disciplinas autónomas que necesitan las preocupaciones del especialista.

- c) Psicología criminal: la mayoría de autores continúan considerando a la psicología criminal como parte integrante de la antropología criminal y dentro de la misma, le asignan un papel preponderante debido a que el delito consiste por lo general en una actividad de tipo voluntario.

La psicología criminal es parte inseparable de la antropología criminal y de la biología criminal. Algunas tendencias han asignado un campo demasiado extenso a la psicología criminal, llegando algunos a identificarla con la criminología y otros a incluir en ella asuntos relativos a la psicología del acusado, de los peritos, del juez y de los testigos no obstante que este último estudio ha ganado hoy relativa independencia como ciencia auxiliar del derecho penal bajo la denominación de psicología judicial, dentro de la cual se destaca como un estudio de extraordinaria importancia el que se refiere a la psicología y crítica del testimonio.

“La psicología criminal es una rama de la psicología aplicada y, más exactamente de la psicología diferencial y, en cuanto se propone la explicación causal de la psicología causal de los hechos criminosos singulares, se encuentra comprendida también en aquella disciplina que, viene afirmándose cada vez más, o sea, la ciencia de la

conducta humana o sea, la ciencia del espíritu en acción o psicología dinámica, contrapuesta a la psicología descriptiva estática”.¹⁴

Dentro de los estudios de mayor importancia de que se ocupa la psicología criminal se tiene que mencionar a la psicología criminal. Se tiene que separar el estudio de la psicología social ya que esta última se ocupa del estudio de las asociaciones humanas permanentes y organizadas y en tanto que aquélla se ocupa del estudio de las agrupaciones incidentales, sin organización.

La psicología de actualidad deja fuera de su radio a los problemas filosóficos relacionados con la naturaleza del espíritu y el libre albedrío se limita a estudiar los hechos psíquicos con el método de la ciencia, que es el de observación y experimentación.

El estudio del proceso psíquico del cual se origina un delito, demuestra el estudio directo de los delincuentes y ello se confirma para producir un delito necesario en el que el agente se tiene que encontrar en condiciones psíquicas defectuosas e irregulares, que sean permanentes, transitorias y excepcionales.

El individuo psíquicamente normal o que se encuentre en condiciones normales no delinque, debido a que el ordenamiento jurídico eleva a delito solamente aquellos hechos que la mayoría de los componentes de una sociedad determinada, al

¹⁴ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, pág. 35.

encontrarse en iguales circunstancias internas en que se halla el delincuente, no lo cometerían.

“El defecto psíquico anotado puede ser incidente prevalectivamente tanto en la esfera intelectual como en la sentimental y en la volitiva y con frecuencia se puede influir en las tres a un mismo tiempo”.¹⁵

- d) Sociología criminal: esta ciencia tiene que absorber en su seno al derecho penal.

La ciencia de los delitos y de las penas tiene que dejar de ser una exposición doctrinaria de silogismos para convertirse en una ciencia de observación positiva que valiéndose tanto de la antropología, de la psicología y de la estadística criminal, así como del derecho penal y de las ciencias auxiliares, se convierte en la ciencia sintética que se denomina sociología criminal. De esa forma, la nueva ciencia penal tenía que utilizar el método positivo e inyectar la ciencia clásica del delito y la pena, verificando los descubrimientos últimos e irrefragables, hechos por la ciencia del hombre y de la sociedad renovada por las doctrinas evolucionistas.

El derecho penal como derecho que es, es una ciencia normativa, en tanto que la sociología criminal, es una ciencia causal explicativa. El primero no se propone describir hechos o relaciones ni estudiar relaciones de causalidad social, el mismo es una ciencia de normas imperativas que nada tienen en común con las normalidades naturales y sociales. La segunda examina, en cambio, la historia de la delincuencia. La

¹⁵ Malamud Goti, Jaime. **La estructura penal de la culpa**, pág. 9.

sociología no penetra en el ambiente jurídico del Estado, donde el derecho nace y vive. Se distingue de esa forma la doctrina social del delito y de la pena, de la doctrina jurídica del mismo.

La sociología criminal es la ciencia que estudia el fenómeno social de la criminalidad y explica que, por consiguiente, el objeto de esa disciplina es la criminalidad o delincuencia entendiéndose con esa expresión la totalidad, el conjunto unitario de las distintas manifestaciones criminosas que se producen en las sociedades humanas, consideradas como constituyendo un todo único.

La diferencia entre la antropología criminal y la sociología criminal radica en la diversidad del objeto de cada una de ellas debido a que mientras la primera estudia el delito particular refiriéndolo al individuo que es su autor, es decir, que estudia el hecho individual que es el delito particular, la segunda en cambio estudia la criminalidad total global, refiriéndola a la entera agrupación humana en que se produce y estudia el hecho social.

La antropología criminal es la ciencia del individuo, en tanto que la sociología criminal es una ciencia omnicomprensiva dentro de cuyo seno se incluye al derecho penal y rechaza asimismo la concepción de que la sociología criminal tiene que ocuparse del estudio de las causas sociales del delito.

Se encarga de deslindar al mismo tiempo su campo propio de la estadística, al cual se le reconoce el carácter de método apropiado para el estudio de los fenómenos de masa,

pero afirma que ello no implica que esos fenómenos de masa no puedan ser estudiados por otros métodos ni que la sociología criminal se limite a la aplicación de tal método estadístico, sino que se sirve también para los métodos de observación y experimentación.

La sociología criminal se ocupa de los fenómenos de repetición o de masa, de interacción individual y de los productos de esa interacción, y sin salirse de ese marco, que es el que delimita a la sociología, tiene que encargarse del estudio de la delincuencia como fenómeno total y, además con la actividad represiva, y por ende son temas relacionados los delitos cometidos, y el conjunto de ideas o creencias sociales que hacen nacer o evolucionar lo prohibido, las formas y las reglas de responsabilidad.

“En vez de ser la sociología criminal una ciencia que deriva de la sociología general, es integrante de ella, y de esa forma su método no puede confundirse con el de las ciencias biológicas”.¹⁶

La sociología criminal ha llevado al estudio de los factores sociales que influyen en la producción de los delitos. Dentro de la misma se ha estudiado también a la guerra como factor criminógeno, la delincuencia juvenil y la influencia del factor económico en la delincuencia.

e) Penología: la existencia de la penología como disciplina independiente del derecho penal se ha discutido. La paternidad de la expresión penología se

¹⁶ **Ibid**, pág. 16.

asigna de conformidad con la ciencia penitenciaria, pero el hecho de que sus estudios hayan abarcado no solamente las penas privativas de libertad, sino a las medidas asegurativas y preventivas, ha hecho aparecer un tanto estrecha esta última denominación, si bien la primera también resultaría inadecuada, debido a que las medidas preventivas y asegurativas ya no son propiamente penas.

“La penología se ocupa del estudio de las penas y de las medidas de seguridad, así como también de las instituciones postcarcelarias que constituyen el complemento de aquéllas”.¹⁷

Los estudios penitenciarios han tenido un respetable abolengo. Algunos autores sostienen la conviencia de llamar a esta ciencia derecho de ejecución penal y otros, insisten en que tiene que distinguirse el derecho penitenciario de la ciencia penitenciaria confiando al primero los problemas jurídicos derivados de la ejecución penal, en tanto que la segunda se ocupa de los problemas de esta misma ejecución, pero desde el punto de vista científico y objetivo.

El derecho penitenciario es una disciplina jurídica, en tanto que la ciencia penitenciaria es una ciencia causal y explicativa o naturalista. El estudio jurídico de la pena es correspondiente por su propia naturaleza al derecho penal, pero no puede desconocerse que la aplicación de las sanciones penales y lleva consigo no solamente problemas de tipo jurídico, sino que en ella se dan infinidad de problemas de orden

¹⁷ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**, pág. 36.

distinto, ya sea éste psicológico o moral. Por otro lado, los conocimientos y estudios sobre las cuestiones penitenciarias se han ampliado inmensamente, al punto de que en la actualidad, quien quiera dedicarse a su estudio, tiene que hacer del mismo una auténtica especialización. Estas razones llevan a pensar que es conveniente reconocerle autonomía, al menos por cuestiones prácticas y de división del trabajo.

f) Derecho penal: la evolución histórica del mismo ha producido sucesivas ampliaciones y reducciones de su campo de estudio. Partiendo, de que el derecho penal es esencialmente una ciencia jurídica, se tiene que señalar que es una ciencia del deber ser, o una ciencia normativa. El mundo de las normas puede también concebirse como fenómeno que pasa, como objeto que cambia en la cultura, y también puede encargarse del reclamo de la curiosidad de la filosofía que demanda el motivo del castigo. El científico, a su vez, puede hacer la crítica de las leyes y reclamar su reforma y contemplar relacionadamente las que rigen en distintos países. Pues bien, estas preocupaciones revelan que el derecho penal es susceptible de estudio filosófico, crítico y comparativo.

La dogmática jurídico penal tiene que ocuparse del estudio del contenido de las disposiciones que forman el seno del ordenamiento jurídico positivo, o sea, el derecho penal.

La actitud mental del dogmático tiene que ser precisamente la de aquél que no se preocupa de investigar, por lo menos provisionalmente, si los efectos concretos que la norma produce tienen que ser o no aprobados, de conformidad a un ideal de justicia, o

sea, que la actitud mental del jurista no tiene que ser crítica, y por el contrario la norma tiene que ser captada tal como es, como un dogma y por ello es que la disciplina se denomina dogmática jurídica y la única crítica que puede llevar a cabo el dogmático, sin salir de su propia labor, es aquella que se limita a mostrar la disparidad, las desarmonías y las antimonías que eventualmente existen en el seno mismo del derecho positivo y su imposibilidad práctica para alcanzar los fines buscados por el legislador.

Al tratar la dogmática jurídica en general se circunscribe la labor del dogmático del derecho, a las siguientes labores: indagación de la norma vigente; interpretación de la institución; construcción de la institución y sistematización del conjunto del ordenamiento.

La labor que el jurista tiene que llevar a cabo es para solucionar las contradicciones que se dan dentro del ordenamiento jurídico en vigor y para llenar las lagunas existentes.

Dentro de esta labor, el jurista tiene que partir de la aceptación dogmática de la norma, sin entrar a consideraciones sobre el ideal de justicia. La investigación de la esencia de lo jurídico, de los conceptos fundamentales del derecho y de las cuestiones estimativas, tiene que quedar confiada a la teoría fundamental del derecho o a la estimativa jurídica, pero rebasa el campo de la dogmática.

La dogmática no es sencillamente la interpretación de la ley, sin más bien, el derecho vigente. Los dogmáticos legalistas señalan que la ley tiene que ser interpretada de forma gramatical.

La dogmática tiene que abarcar el derecho inclusive en sus bases normativas de cultura y por otro lado, se engloba en su seno a la política criminal.

h) Política criminal: además del derecho penal, es necesario el conocimiento de la pena como uno de los medios que utiliza el Estado en su lucha contra el delito, tomando en consideración el fundamento jurídico y el fin de la potestad punitiva del Estado, así como también el origen y las características del delito. Esos son los problemas de la política criminal, que a su vez fundamentan la criminología y la penología. La lucha del orden jurídico contra la delincuencia se puede encaminar solamente con miras a sus efectos, cuando por un lado se conocen las causas del delito y, por el otro, los resultados que se pueden obtener mediante la pena.

La política criminal se encamina hacia su finalidad, que consiste en la lucha y la prevención consciente contra el delito, y la misma tiene que ser la guía del legislador en la lucha contra el delito. de esa forma es que la política criminal, por medio de la crítica al derecho vigente, se encamina a formar un nuevo derecho.

Consiste en una ciencia de posibilidades, existente entre dos formas estáticas del derecho penal, como lo son la filosofía y la legislación vigente. Entre esas dos líneas transversales marcha de forma pragmática y componedora el ideal filosófico y biológico que se estima posible de conformidad con las circunstancias de la época, construyendo un conjunto de doctrinas realizables y se esfuerza en verlas realizadas con la finalidad de alcanzarlo.

La política criminal es la doctrina que estudia la actividad que tiene que ser desarrollada por el Estado con la finalidad de prevención y represión de los delitos. La toma en consideración como una doctrina práctica, o sea, que busca no hacia el conocimiento puro sino hacia la acción, hacia una obra ulterior y es de naturaleza típicamente teleológica y precisamente por ese carácter valora de forma crítica al derecho vigente para la determinación si corresponde a una función social y eventualmente para proponer su reforma.

- i) Criminalística: se le tiene que tomar en consideración como una disciplina esencialmente práctica, cuya finalidad esencial estriba en la obtención de una mayor eficiencia en el descubrimiento del delincuente y en la investigación del delito.

La criminalística no tiene que circunscribirse a las finalidades señaladas, sino que debe contribuir a la formación profesional de los jueces del crimen, y en general de quienes participen en la administración de justicia.

La criminalística no tiene que circunscribirse a la mera pesquisa del delito y del delincuente, sino que tiene que abarcar, en su técnica, todas las esferas de la administración de justicia.

El conjunto de los conocimientos que tiene que comprender la criminalística tienen que aplicarse, en general, como un auxilio para la administración de justicia. Desde ese

punto de vista, resulta bien estrecha la denominación de criminalística y es preferible su designación por el nombre que hasta la actualidad se le ha dado a sus ramas auxiliares.

De esa forma, es de utilidad no solamente para la labor de investigación del delito y para la identificación del sujeto activo del delito, sino como un valioso auxiliar para la formación de medios de prueba en todas las ramas del derecho.

La criminalística reúne en su seno una serie de conocimientos científicos y prácticos, que se aplican al descubrimiento del delincuente. Es el conjunto de los conocimientos prácticos que son necesarios para la colección de distintas nociones.

Es de importancia el papel que tiene que desempeñar la policía científica como auxiliar de la administración de justicia, siendo su enseñanza la que tiene que implementarse de manera inmediata.

2.3. Ciencias auxiliares del derecho penal

Siendo las mismas las siguientes:

- a) Estadística criminal: al señalar la sociología criminal, algunos autores tomaban en consideración a la estadística criminal como el método único que debe emplear aquella ciencia. En la actualidad se toma en cuenta que la estadística no puede ser aceptada como método único para las investigaciones tanto sociológicas como criminales, pero se acepta que ello es su método fundamental.

La estadística criminal ha servido para revelar la influencia de los factores externos, físicos y sociales, en relación al aumento o a la disminución de la delincuencia. Pero, ese papel esencial de la estadística solamente puede alcanzarse si se le toma en consideración no como una sencilla recopilación de datos y de cifras, sino como el fundamento para que con un claro criterio, sean interpretados esos datos y cifras para la obtención de conclusiones generales que sean de utilidad para la existencia de una política criminal debidamente encaminada.

Además de la estadística propiamente criminal, tiene que mencionarse una estadística penitenciaria, de extraordinaria utilidad debido a que permite apreciar la influencia de las condenas en los tribunales en la disminución de la delincuencia.

- b) Medicina legal: permite la utilización de los principios de la ciencia médica para la solución de algunos problemas de derecho, especialmente en lo referente al derecho penal, y se auxilia en la investigación del delito y del delincuente.

La medicina legal pone al jurista en condiciones de aprovechar el contingente científico aportado por el experto, para interpretar o solucionar las cuestiones de esa índole que se le presentan.

Si la medicina legal constituye un poderoso auxiliar para el derecho en general, su papel se agranda frente al derecho penal al que presta importantísima ayuda para la solución de múltiples problemas. El juez penal que tiene que juzgar en muchas ocasiones tomando en consideración circunstancias cuyo verdadero alcance solamente

puede serle revelado por la ciencia médica, es constantemente necesario el fallo judicial respaldado por un veredicto emanado de fuente idónea.

Dentro de la medicina legal quedan comprendidos: la tanatología forense, para la investigación de las causas que han producido la muerte de una persona; la traumatología forense que se ocupa del estudio de las lesiones en general; la toxicología forense que se ocupa del estudio de las lesiones o muertes producidas por envenamamiento y la sexología forense que estudia los delitos sexuales.

La extraordinaria importancia que la medicina legal tiene para el penalista, para el criminólogo y para el juez penal ha permanecido hasta hoy en el olvido. Se carece de médicos especialistas y el servicio médico forense aún cuando se labore en él con la mayor voluntad, no puede llenar a entera satisfacción la alta y delicada misión que le está confiada como auxiliar de la administración de justicia.

c) **Psiquiatría forense:** al juez penal le interesa saber si el procesado a quien juzga es psíquicamente normal debido a que la declaratoria de su responsabilidad tiene que encontrarse en la premisa de que conocía y podía medir de manera normal el alcance de sus acciones. El tribunal en esos casos necesita saber si el procesado se encuentra en estado de salud o de enfermedad mental.

Los hechos psíquicos que le corresponde analizar al experto, se divide en tres grupos: la capacidad para conocer el valor de los actos, la capacidad para llegar a la acción o bien para inhibirla y la existencia de una concepción de la vida de manera errónea.

El enajenado y el que se encuentre en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que el mismo haya sido buscado de propósito, se encuentra exento de responsabilidad criminal.

Es de vital importancia, que en Guatemala se establezcan centros adecuados, para alcanzar que la justicia penal cumpla de forma satisfactoria su misión.

2.4. Disciplinas normativas y explicativas

Las disciplinas normativas se encargan del estudio del contenido de las normas jurídicas, ya sean estas normas jurídicas y morales. Las normas son reglas encaminadas a condicionar la conducta humana y, si son normas jurídicas, que pretenden condicionar esta conducta en sus manifestaciones externas para la regulación de la convivencia del hombre en sociedad.

Las normas jurídicas constituyen la expresión de lo que debe ser independientemente de que sea o no, al mismo tiempo que se tiene que señalar la conducta que tiene que observarse, indicando las consecuencias que tienen que producirse en el caso de que se falte a esa conducta.

Las disciplinas normativas se ocupan del estudio de estas normas, tratando de precisar el alcance de los derechos y de los deberes contenidos en ellas, las condiciones en que estos derechos y deberes nacen y se extinguen, los sujetos a quienes se aplican las normas, las consecuencias que tienen que derivarse del incumplimiento de los deberes

establecidos en ellas y la correcta interpretación de esas normas y los límites especiales y temporales a que se encuentra sujeta su observancia.

A diferencia de las disciplinas normativas, las disciplinas causal explicativas se ocupan del estudio de la realidad, del estudio de fenómenos naturales con miras al establecimiento de leyes uniformes que sean la expresión de lo que sucede en las sociedades. Las leyes no indican lo que debe ser sino enuncian lo que fatalmente es, lo que se produce con independencia de cualquier pretensión normativa. Tanto la regla de derecho como las leyes naturales se expresan en forma de un juicio hipotético.

La regla de derecho es referente a seres humanos y a su conducta, la cual pretenden normar, en tanto que las leyes naturales se refieren a las cosas y a sus reacciones, sin olvidar que la conducta del hombre puede también ser materia de leyes naturales en la medida en que tal conducta pertenece a la naturaleza.

Dentro de las disciplinas que constituyen la enciclopedia de las ciencias penales, solamente el derecho penal y el derecho penitenciario tienen que considerarse como disciplinas normativas, en tanto que caen en el campo de las ciencias causales y explicativas como lo son la antropología criminal, la psicología criminal y la sociología criminal.

2.5. Validez de la criminología

La tendencia que ha tenido especial fortuna de englobar las ciencias penales bajo una misma denominación no tiene aceptación por todos los autores. Aunque la antropología y la sociología criminal pueden unirse bajo una sola ciencia que se denomina criminología, ello no tiene un significado que sea preciso.

“La criminología engloba a todas las ciencias causales y explicativas de la enciclopedia penal y argumenta que la expresión anotada tiene cierta tradición para la sociedad”.¹⁸

El hecho delictivo contemplado naturalmente no escinde su realidad como fenómeno individual o como un acontecimiento que ocurre en la vida colectiva. En relación al método, se tienen que utilizar métodos distintos: el racional deductivo para aquellos objetos de la naturaleza y empírico dialéctico para conocer su objeto cultural, sin que dicha variedad metódica lleve a negar la existencia del derecho como ciencia.

La criminología es una ciencia llena de promesas, debido a que con el devenir del tiempo irá llenando su nombre con asuntos científicos numerosos. Le asigna a la criminología el carácter de una ciencia sintética y puede descomponerse en variados aspectos.

¹⁸ **Ibid**, pág. 45.

CAPÍTULO III

3. Principios informadores del derecho penal

Es fundamental el estudio y análisis de los principios básicos que informan el derecho penal y que tienen que tomarse en consideración al momento del estudio de esta materia.

Uno de los pilares sobre los que reposa la razón de ser del Estado guatemalteco, lo es su pretensión de monopolizar la utilización de la fuerza con el objetivo del aseguramiento de la paz social, evitando con ello la venganza privada y resguardando a la ciudadanía frente a lo que sería el abuso del poderoso frente al débil.

El monopolio de la utilización de la fuerza convierte al Estado en el único que se encuentra legitimado para dar respuesta con violencia frente a la comisión de delitos. La manifestación más evidente de esta violencia consiste en el poder estatal para la imposición de penas y de medidas de seguridad.

Pero, en un Estado democrático y de derecho, el poder sancionador tiene que tener limitaciones. En primer lugar, el poder sancionador no puede encontrarse bajo la dependencia del criterio arbitrario de quien en nombre del Estado toma la decisión de imponer sanciones. La decisión de qué conductas merecen sanción tiene que ser asumida por el Organismo Legislativo, quien es el encargado de representar a la ciudadanía. Esa decisión tiene que encontrarse plasmada en una norma escrita, que se

encargue de la definición de las conductas prohibidas, así como también de determinar la sanción que pueda ser aplicable debido a la infracción de esa prohibición. De esa forma, la prohibición tiene que ser previamente conocida por todos los ciudadanos, quienes solamente pueden ser sancionados si infringen las normas que hayan sido descritas en las leyes. Todo ello queda recogido en el principio de legalidad que se encarga de fijar la forma en que se tienen que establecer las prohibiciones de orden legal.

En segundo lugar, el poder sancionador implica una vulneración de los derechos fundamentales de la persona, como lo es la propiedad, la libertad, y en algunos casos, hasta la vida. Esa vulnerabilidad solamente se puede justificar como un mal necesario para poder asegurar la paz social y los derechos vitales del resto de los ciudadanos. De esa forma, el Estado solamente podrá sancionar cuando sea estrictamente esencial, tal y como se postula en el principio de intervención mínima.

En tercer lugar, la sanción solamente se puede imponer en la medida en la que el infractor cuente con la capacidad de ser culpable, entendido dicho concepto como la capacidad de haber elegido realizar una conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos fundamentales. De esa manera, no se puede responsabilizar a las personas por hechos que no hayan cometido, ni tampoco por aquellos que no hubiesen podido prever su comisión. De esa forma, se expresa el contenido del principio de culpabilidad.

“Conviene aclarar que existen otros principios que fijan límites a la potestad punitiva del Estado como el principio de inocencia, la humanidad de las penas y el juicio previo. Sin

embargo, los mismos influyen principalmente en el ámbito procesal o en la ejecución de las penas, y por ende para su estudio se tiene que remitir a cualquier buen manual de derecho penal”.¹⁹

3.1. Principio de legalidad

Se encarga del establecimiento que nadie puede ser penado por acciones u omisiones que no se encuentren expresamente calificadas como faltas en una ley anterior a su perpetración. Este principio, y sus consecuencias, se encuentran contemplados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en la Constitución, el Código Penal y en el Código Procesal Penal y es tomado en consideración como uno de los pilares de cualquier Estado democrático y de derecho.

Las garantías y consecuencias que emanan del principio de legalidad son bastantes. Pero son esenciales la reserva absoluta de ley, la exigencia de certeza en la ley y la prohibición de la analogía.

- a) Reserva absoluta de ley: la garantía de reserva absoluta de ley señala que solamente una ley emanada del Congreso de la República se puede encargar de la definición de tipos penales y del establecimiento de sanciones.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**, pág. 19.

De esa forma, se evita la creación de diversos tipos penales a través de disposiciones reglamentarias.

La reserva absoluta de ley se encuentra en contraposición con las normas penales en blanco consistentes en la remisión a una disposición reglamentaria de la descripción de una conducta que sea prohibida.

La doctrina no acepta el recurso a la técnica legislativa, a excepción de materias técnicas como el derecho penal ambiental o el derecho penal tributario. Inclusive, en esos casos, la norma penal tiene que describir de forma genérica la conducta prohibida, así como también especificar la sanción y dejar solamente a la vía reglamentaria el núcleo de la infracción para la remisión a la vía reglamentaria de los detalles correspondientes.

Pero, la reserva absoluta de ley no limita que se recurra a reglamentos, a la costumbre o a la jurisprudencia para la interpretación del sentido de la ley.

b) Exigencia de certeza en la ley: la razón de ser del principio de legalidad es evitar que el ciudadano pueda ser sorprendido y sancionado por incurrir en una conducta de la que no tenía conocimiento y que era prohibida. La autoridad por su lado, tiene que atenerse a lo estrictamente señalado en el texto legal y no puede imponer una sanción cuando la conducta llevada a cabo no se enmarque completamente en lo descrito en el tipo.

Consecuentemente, para que el principio de legalidad sea totalmente efectivo, es esencial que el legislador determine con certeza cuáles son las conductas que se encuentran prohibidas, evitando con ello al máximo el libre arbitrio del juez.

De esa forma tienen que proscribirse los tipos penales abiertos, en los que la descripción de la conducta es tan vaga que realmente es el juez quien decide qué es o no prohibido. En los Estados totalitarios eran comunes las normas que imponían sanciones a las conductas contrarias a los intereses de la patria y de la nación, sin especificarse de forma concreta cuáles eran esas conductas.

La exigencia de certeza de la ley limita recurrir en la definición de las conductas prohibidas a términos que son completamente valorativos, de gran vaguedad y que se encuentran bajo la dependencia en gran medida de los conceptos éticos o morales de cada persona. Es indudable la total eliminación de la amplitud de la definición de los tipos penales ni la subjetividad de su interpretación.

- c) Prohibición de la analogía: la misma se encuentra contemplada en el Artículo 7 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Exclusión de la analogía. Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”.

El Artículo citado no le permite a los jueces crear por esa vía figuras delictivas o aplicar sanciones. El derecho penal describe una serie de conductas punibles y bajo ningún

concepto un juez tiene que encontrarse autorizado a aumentar el alcance de esa punibilidad.

Pero, no se puede confundir la analogía con la interpretación amplia. La interpretación consiste en la búsqueda de un sentido del texto legal que se encuentre dentro de su sentido literal posible, mientras que la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero a su vez análogo a otros si comprendidos en el texto legal.

“La analogía sí se admite en beneficio del imputado. Ello, debido a que de esa forma no se crean ni mucho menos se amplían sanciones o delitos. De hecho, el Código Penal recurre a ésta figura a favor del reo”.²⁰

3.2. Principio de intervención mínima

El derecho penal consiste en la forma más violenta de la que dispone el Estado para dar respuesta a las actuaciones que sean contrarias a la ley de la ciudadanía.

La ley no tiene que establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias. Para que la pena no sea violencia de uno o muchos contra un particular ciudadano, debe ser pena pública, pronta, necesaria y la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.

²⁰ **Ibid**, pág. 40.

El principio de intervención mínima impide en un Estado democrático la expansión del derecho penal, teniendo que quedar reducido a su mínima expresión.

A continuación se explican las consecuencias de este principio limitador del poder de sanción estatal:

- a) Exclusiva protección a los bienes jurídicos: el principio de exclusiva protección a bienes jurídicos es consecuencia del desarrollo del postulado proclamado desde la ilustración de que solamente tienen que considerarse delito las conductas socialmente dañosas.

El derecho penal de un Estado social se tiene que justificar como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que debido a su importancia pueden merecer la protección del derecho y se denominan bienes jurídicos. De esa forma, la vida, que es un interés social digno de ser protegido por el derecho penal, se convierte en un bien jurídico a proteger.

De esa forma, se establece una primera limitación al poder sancionador del Estado. Solamente pueden calificarse como delito aquellas conductas que lesionen pongan en peligro bienes jurídicos. En dicho sentido, no tienen que sancionarse las conductas que no impliquen una lesión o un riesgo directo sobre el bien jurídico. Pero, en atención al principio de protección de bienes jurídicos, solamente se puede sancionar a alguien, si la infracción al reglamento generó al menos un peligro potencial de lesión al bien jurídico.

Ello obliga a la determinación de cuáles son los intereses sociales que tienen suficiente importancia para ser convertidos en bienes jurídicos penalmente protegidos. Un primer filtro viene dado por el texto constitucional. La Constitución de la República determina una serie de principios y de valores que rigen la vida en sociedad del país. Unido a ello, se tiene que considerar la finalidad del derecho penal que es asegurar los mínimos que permitan la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Por ende, el derecho penal solamente tiene que proteger aquellos valores que se encuentran contenidos en la normativa constitucional, y que al ser afectados, entorpecen los requisitos mínimos para el desarrollo de la vida en comunidad.

Por otro lado, el Estado no puede proteger por la vía penal los bienes jurídicos del individuo en contra de su misma voluntad. Cuando determinadas conductas solamente lesionen los bienes jurídicos del autor, no parece lógico que el Estado las sancione con una pena.

b) Subsidiariedad y utilidad del derecho penal: existe necesidad de que el tipo penal sea creado con la finalidad de proteger un bien jurídico, sancionando su lesión o puesta en peligro. Pero el derecho penal tiene que ser el último recurso, al que tiene que recurrir el Estado para brindar protección a un bien jurídico. De esa forma se explica el carácter subsidiario del derecho penal.

Es de importancia señalar que muy pocas veces el derecho penal puede resolver un problema social. Directamente vinculado a la idea de subsidiariedad se encuentra el principio de utilidad. El recurso a la vía penal tiene que ser efectivo para brindar

protección el bien jurídico tutelado. En caso contrario, no se justifica el recurso a esta vía.

Por ende, antes de la creación de cualquier tipo penal, es fundamental la determinación de que si la penalización es una manera útil para brindar protección a un bien jurídico. Si se quiere evitar, que una conducta, considerada lesiva para un bien jurídico se lleva a cabo, la prohibición penal no es siempre la vía más acertada. Se tienen que favorecer siempre las medidas preventivas y sociales antes que las represivas y las penales.

Es lamentable, que con excesiva frecuencia se recurre al carácter simbólico del derecho penal. Para las autoridades, resulta siempre más fácil demostrar que se toman medidas contra un problema, creando un tipo penal o aumentando las penas a los ya existentes.

Por ende, llama la atención observar cómo los diputados presentan propuestas de modificación al Código Penal de conformidad con las noticias del día. Dichas reformas, además de adolecer en general de graves errores técnicos en cuanto a la definición de los delitos y la proporción de penas, no suelen resolver ningún problema.

- c) Responsabilidad por los hechos: el principio de intervención mínima obliga al Estado a que solamente se encargue de la persecución de aquellas acciones concretan que limiten la convivencia social normas.

Por ende, se tiene que juzgar a las personas por hechos concretos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. El respeto a este principio lleva a lo que la doctrina ha denominado derecho penal de hecho.

Frente al derecho penal de hecho, durante mucho tiempo se apoyó un derecho penal de autor. En el mismo, se entendía que el derecho penal tenía que sancionar a las personas no tanto por lo que hacen, sino por lo que son.

La ley penal adquiriría de esa forma un elevado contenido moralizante, entrando a juzgar la forma de ser o el modo de vida de las personas. Se sancionaban, de esa forma, las maneras de vida tomadas en consideración como antisociales, perdiendo con ello la protección el bien jurídico su función de límite y garantía del derecho penal.

El derecho penal de autor favorece la imposición de medidas de seguridad predelictuales. Ello es, habiéndose detectado una personalidad peligrosa o desviada, y entonces se aplica una medida de seguridad.

El Código Penal contiene numerosas manifestaciones de un derecho penal de autor. Las manifestaciones más graves del derecho penal de autor no se reflejan en los textos legales, sino en la práctica forense.

d) Proporcionalidad de las penas: el principio de intervención mínima implica limitaciones en las sanciones que el Estado pueda imponer. Tiene que existir

algún tipo de proporción entre la lesión o el peligro al bien jurídico y la sanción impuesta.

Es fundamental determinar la sanción proporcionada, o sea determinar la pena que se le tiene que imponer por cada delito. No existe una respuesta cerrada, pero sí se pueden establecer una serie de criterios ilustrativos.

En primer lugar, en la determinación de la pena, se tiene que tomar en cuenta tanto el daño producido por el delito, como también la culpabilidad del autor. Las penas más graves tiene que ser reservadas para aquellos casos en los que se lesione gravemente los bienes jurídicos de importancia y en las que el nivel de culpabilidad sea más elevado.

En relación al límite mínimo de la pena, la indicación de mayor relieve es aquella conforme a la cual la ventaja del delito no tiene que superar la desventaja de la pena.

La pena no tiene sentido si, a pesar de su imposición, sigue compensando la comisión del delito. En relación al límite máximo, se tienen que rechazar las penas que produzcan un sufrimiento que sea mayor que el producido por el delito.

En la consideración de la pena de prisión se tiene que tomar en consideración su finalidad constitucional establecida en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala:

“La proporcionalidad de las penas también se mide comparando entre los delitos. La pena asociada a un delito es proporcionada, si es menor que la pena por los delitos más graves y mayor que la pena por los delitos más leves”.²¹

Por ende, el legislador lo que busca es unificar en un mismo cuerpo legal la mayoría de los delitos, debido a que de esa forma resulta más fácil el mantenimiento de la coherencia entre la gravedad de las penas y de los delitos.

De todas formas, la desproporción en las penas no siempre se debe a una técnica legislativa incorrecta. El derecho penal no se aséptico ni apolítico. Los distintos códigos penales dan a conocer una concepción de política criminal más o menos estructurada, que pueda apreciarse en función de los bienes jurídicos que se consideren merecedores de protección, así como del grado de protección que haya sido atribuido a los mismos.

En dicho sentido, el Código Penal de Guatemala defiende de forma especial los intereses de una clase dominante, política y económica, al resguardar de forma preferente el derecho a la propiedad privada frente a otros derechos.

De conformidad con lo señalado, en la modificación o elaboración de cualquier tipo penal, el legislador, tomando en consideración los principales aspectos del principio de intervención mínima tiene que respetar las siguientes reglas:

²¹ Straten Weth, Gustavo. **Derecho penal alemán**, pág. 19.

- La prohibición de cualquier conducta tiene que encontrarse encaminada a la protección de un bien jurídico que sea concreto y no de principios morales o éticos.
- Solamente tienen que protegerse por la vía penal los bienes jurídicos necesarios para permitir la convivencia en sociedad y no se tienen que prohibir penalmente las conductas que no lesionen a terceros.
- Sólo se debe recurrir a la vía penal, cuando los bienes jurídicos no deben ser protegidos por formas menos violentas.
- Se tiene que rechazar la vía penal si la misma genera mayor perjuicio que beneficio.
- No se tienen que imponer penas excesivamente altas ni desproporcionadas.
- Las conductas prohibidas tienen que describirse en forma concreta, evitándose los tipos penales abiertos.
- Nunca se tiene que creer que el derecho penal por sí solo resuelve problemas sociales.

3.3. Principio de culpabilidad

Una de las finalidades del derecho penal consiste en ilustrar a los ciudadanos en relación a las conductas prohibidas debido a que lesionan de forma grave la convivencia social. Se espera de esa forma que la persona respete esta normativa y tenga conocimiento de que si la incumple será sancionada. El derecho penal motiva a las personas para que eviten determinados comportamientos perjudiciales para la mayoría.

Por ende, la sanción penal no tiene razón de ser cuando la persona no tomó en consideración infringir la norma en donde el Estado tiene que admitir la dignidad humana y se le exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose de conformidad con el derecho.

Para que una persona sea culpable, primeramente tiene que haber cometido el ilícito. En segundo lugar, el resultado que haya sido prohibido tiene que haber sido querido por ella, o ser el fruto de una acción propia e imprudente. En tercer lugar, la persona tiene que tener la capacidad y el conocimiento para ser consciente que estaba efectivamente cometiendo un delito.

El concepto de culpabilidad se convierte en un límite a la capacidad sancionadora del Estado. El mismo solamente puede imponer una sanción penal cuando pruebe la culpabilidad de conformidad con la ley.

Del principio en estudio se extrae el principio de personalidad, al exigencia del dolo o imprudencia y la exigencia de comprensión.

3.4. Principio de personalidad de las penas

El principio de personalidad de las penas impide castigar a alguien por la comisión de hechos ajenos. No se puede admitir la imposición de sanciones por hechos que hayan sido cometidos por algún familiar.

Es lamentable, que en los Estados totalitarios así se ha actuado en numerosas ocasiones. Familias enteras eran detenidas y deportadas por ser alguno de sus miembros disidente político.

Pero, este principio no es común a todas las ramas del derecho. En varias ocasiones, ciertas personas que no cometieron los hechos, tienen que responder civilmente por los mismos.

CAPÍTULO IV

4. La dogmática penal y el aumento desmedido de las penas

La pena es uno de los instrumentos característicos con los que cuenta el Estado guatemalteco para la imposición de sus normas. La función que se le asigna a la pena se encuentra bajo la dependencia de la función que tenga asignado el Estado.

4.1. Definición de pena

“La pena es el mal que el juez inflinge al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social respecto al acto y al autor”.²²

“Pena es la consecuencia jurídica del delito que consiste en la privación o restricción de ciertos bienes jurídicos, que impone el órgano jurisdiccional, basado en la culpabilidad del agente y que tiene como objetivo la resocialización del mismo”.²³

“Pena es el mal que de conformidad con la ley del Estado, los magistrados inflingen a aquellos que son reconocidos culpables de un delito”.²⁴

²² Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal**, pág. 96

²³ Quinteros Olivares, Gonzalo. **Derecho penal**, pág. 86

²⁴ **Ibid**, pág. 85.

4.2. Características de la pena

Siendo las mismas las siguientes:

- a) Es de naturaleza pública: debido a que solamente al Estado le corresponde la imposición y la ejecución de la pena, y nadie más puede arrogarse ese derecho producto de la soberanía del Estado.
- b) Es un castigo: partiendo de la idea de que la pena se convierte en un sufrimiento para el condenado al sentir la privación o restricción de sus bienes jurídicos, sufrimiento éste que puede ser físico, moral o espiritual, aunque se diga que es un bien para él y la sociedad.
- c) Tiene que ser personal: solamente tiene que sufrirla un sujeto determinado, o sea que tiene que recaer sobre el condenado en el entendido que nadie puede ser castigado por hechos delictivos de otros, la responsabilidad penal no se hereda, es muy personal. Esta característica sintetiza el principio determinante en el derecho penal conocido como principio de la personalidad de las penas.
- d) Deber ser determinada: toda pena tiene que encontrarse determinada en la ley penal y el condenado no tiene que sufrir más de la pena impuesta que tiene que ser limitada.

- e) Deber ser proporcionada: si la pena es la reprobación a una conducta antijurídica, la misma tiene que ser en proporción a la naturaleza y a la gravedad del delito, tomando en consideración los caracteres de la personalidad del delincuente, valorados objetiva y subjetivamente por el juzgador en el momento de dictar la sentencia condenatoria. No se tiene que asignar a delitos del mismo nombre la misma clase de pena, olvidándose o no e investigándose las circunstancias particulares en que uno y otro pudieron haberse cometido, y las peculiares características del sujeto activo en cada caso.

- f) Debe ser flexible: en el entendido que tiene que ser proporcionada y poder graduarse entre un mínimo y un máximo como lo regula el Artículo 65 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala:

También, tiene que ser flexible en cuanto a su revocatoria o a la reparación de un error judicial. La pena es elaborada y aplicada por el hombre, por lo que supone siempre una posibilidad de equivocación y por ende, tiene que existir factibilidad de revocación o de reparación, a través de un acto posterior, en caso de determinación de error.

- g) Deber ser ética y moral: ello significa que la pena tiene que encontrarse encaminada a hacer el bien para el delincuente, si bien es cierto que tiene que causar el efecto de una retribución, no tiene que convertirse en una venganza del Estado en nombre de la sociedad.

4.3. Clasificación de las penas

Siendo la misma la siguiente:

- a) Atendiendo al fin que se proponen alcanzar: las mismas pueden ser intimidatorios, correccionales y eliminatorias.
- Intimidatorios: son aquellas que tienen por objetivo la prevención individual, influyendo de forma directa sobre el ánimo del delincuente con la finalidad de que no vuelva a delinquir. Son las de mayor indicación para los individuos aún no corrompidos, en los que todavía existe el resorte de la moralidad, que es fundamental reforzar con el miedo a la misma.
 - Correccionales: también se les llama reformatorias y son aquellas que tienen por objetivo la rehabilitación, la reforma, la reeducación del reo para que puede nuevamente reincorporarse a la vida social como un ser útil a ella, desintoxicado de todo tipo de manifestaciones antisociales. Son tendientes a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero aún considerados como corregibles.
 - Eliminatorias: son aquellas que tienen por objetivo la eliminación del delincuente considerado como incorregible y sumamente peligroso. Se entiende que su eliminación tiene por finalidad separarlo de la sociedad en consideración a su elevado grado de peligrosidad criminal.

b) Atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que privan o restringen: pena capital, pena privativa de libertad, pena restrictiva de libertad, pena restrictiva de derechos, pena pecuniaria, penas infamantes y penas aflictivas.

- Pena capital: es la condena a muerte y priva al delincuente condenado de la vida.

La pena capital o pena de muerte consiste en la eliminación física del delincuente, en atención a la gravedad del delito cometido y a la peligrosidad criminal del mismo. Ha dado lugar a debates entre abolicionistas que propugnan porque se mantenga la imposición de la misma.

- Pena privativa de libertad: consiste en la pena de prisión o de arresto que priva al reo de su libertad de movimiento, es decir limita o restringe el derecho de locomoción y movilidad del condenado, obligándolo a permanecer en una cárcel, centro penitenciario o centro de detención por un tiempo determinado. Científicamente, técnica y moralmente ejecutada la pena privativa de libertad, la misma tiene que influir positivamente en el condenado con la finalidad de retribuir la comisión del delito y ante todo rehabilitarlo, de lo contrario la cárcel puede convertirse en el centro de perversión y los reos en peligrosos criminales, lo que es totalmente contrario a los fines de la ejecución de la pena en el moderno derecho penitenciario.

- Pena restrictiva de libertad: son aquellas que limitan o restringen la libertad del condenado al destinarle un lugar específico de residencia, o sea que obligan y limitan al condenado a residir en un lugar determinado, tal es el caso de la detención.

- Pena restrictiva de derechos: son aquellas que restringen o limitan determinados derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la legislación penal guatemalteca.

- Pena pecuniaria: son penas de tipo patrimonial que recaen sobre la fortuna del condenado, tal es el caso de la multa y del comiso, así como también de la confiscación de bienes que consiste en la pérdida del patrimonio o parte del mismo a favor del Estado.

- Pena infamante y pena aflictiva: la pena infamante priva o lesiona el honor y la dignidad del condenado, tienen por objeto lesionar la dignidad del condenado, tal es el caso de la picota y la obligación de vestir de una determinada manera. Las penas aflictivas eran penas de tipo corporal que buscaban causar o sufrimiento físico al condenado sin privarlo de la vida, tal es el caso de los azotes y de las cadenas, la mutilación y la marca con hierro candente. Por fortuna este tipo de penas ya no existe en las legislaciones penales modernas, y tan sólo han quedado como un recuerdo histórico en la evolución de las ideas penales.

- c) Atendiendo a su magnitud: pueden ser penas fijas o rígidas, penas variables, flexibles o divisibles y penas mixtas.
- Penas fijas o rígidas: son aquellas que se encuentran determinadas en la forma precisa e invariable en la ley penal, de forma que el juzgador no tiene ninguna posibilidad legal de graduarlas en atención al delito o a la ley.
 - Penas variables, flexibles o divisibles: son aquellas que se encuentran determinadas en la ley penal, dentro de un máximo y un mínimo, de forma que tienen que ser graduadas por el juzgador en el momento de emitir el fallo atendiendo a las circunstancias que influyeron en la comisión del delito y a la personalidad del delincuente. Este tipo de penas es el que presenta actualmente el Código Penal guatemalteco, obligando prácticamente al juez al estudio técnico científico del proceso y del preso a fin de graduar la pena de la manera más justa y precisa en atención a la culpabilidad y a la personalidad del penado.
 - Pena mixta: se llama así a la aplicación combinada de dos clases de penas, pena de prisión y pena de multa.
- d) Atendiendo a su importancia y al modo de imponerlas: se dividen en penas principales y penas accesorias.

- Penas principales: son aquellas que gozan de autonomía en su imposición, de forma que pueden imponerse solas, prescindiendo de la imposición de otra u otras, por cuanto que tienen independencia propia.
- Penas accesorias: son aquellas que no gozan de autonomía en su imposición y para imponerlas necesariamente tienen que anexarse a una principal, es decir que su aplicación depende de que se imponga una pena principal, de lo contrario por sí solas no pueden imponerse.

4.4. Análisis de la dogmática penal y del incremento de las penas en la última década del siglo XX

La pena es la base de la teoría del delito y la misma no se encuentra desvinculada del fundamento y de la función de la pena, al contrario, es constitutiva de la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y dar respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que tienen que concurrir, como mínimos y con carácter general para que exista punibilidad.

El primer elemento que tiene que apreciarse, es el comportamiento humano. El mismo no es creado por el derecho sino que preexiste. La misión de la amenaza penal consiste en conseguir que la ley los definiera. La misión de la amenaza penal deriva en motivar al ciudadano para que deje de cometer delitos, esa misión solamente puede tener éxito en los comportamientos que el ciudadano conduzca finalmente y pueda controlar y dejar de llevar a cabo. Todos los tipos penales tienen como requisito la

realización de un comportamiento. La doctrina actual señala que los delitos omisivos contienen un comportamiento que los delitos de omisión contienen siempre un comportamiento humano y que en ningún caso una omisión puede ser un comportamiento totalmente negativo no puede existir.

“Todo delito se encuentra influenciado por un comportamiento externo además del proceso mental que lo origina, lo que es una conducta que tiende a prevenir la pena mediante la conminación general. El primer componente de la conducta, es la antijuricidad”.²⁵

La noción de antijuricidad descansa en el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. La perspectiva causalista parte del desvalor de la acción y de su resultado. El finalismo en cambio se traslada al punto de la anteposición mental de la finalidad que guía al acción y considera el centro del desvalor de la acción sin abandonar el desvalor del resultado. La función de prevención de la pena se tiene que analizar al contemplar el hecho antes de su realización, o sea, que la norma penal busca conminar a la ciudadanía para que lo lleve a cabo conductas constitutivas de delito.

Las normas penales motivan las conductas para evitar que se produzcan resultados dañosos.

La antijuridicidad tiene que entenderse como antinormativa, ello es, como una contradicción con la regulación deseable para el derecho penal.

²⁵ Bustos. **Ob. Cit**, pág. 45

Un derecho penal al servicio de la función de prevención tiene que inclinarse por el desvalor de la acción. El núcleo de lo injusto, es de conformidad con la posición que se tenga, un acto interior de desobediencia, consistente en la voluntad de llevar a cabo una acción prohibida o la realización voluntaria de la conducta antisocial que el derecho busca prevenir.

Otra consecuencia consiste en que la función preventiva de la norma penal conduce a la introducción del dolo y de la imprudencia en el tipo de injusto, como dos formas diferenciadas, ello es en razón de que un derecho penal preventivo impone mayores penas a las conductas que desea evitar con mayor intensidad, esto es, dolosas. Es claro que intentar de forma voluntaria la lesión consiste en un mayor peligro para el bien jurídico, que actuar frente a el en forma imprudente pero queriendo evitar su lesión.

El tema del error de prohibición también puede revisarse a la luz de la función preventiva de la norma penal en el sentido de que lo injusto de la acción se encuentra bajo la dependencia de que el sujeto sepa o pueda saber que actúa frente a un bien jurídico. Faltando esa conciencia esta acción deja de contar con el carácter de infracción consciente de la prohibición. También, el problema de la exclusión de la antijuridicidad se encuentra también vinculado a la función preventiva de la pena.

El problema relativo a si la ausencia de las causas de justificación es condición de la tipicidad de la acción se encuentra vinculado a la función preventiva y motivadora de la norma penal, o sea la ausencia de causas de justificación como condición del tipo de injusto, y más bien las causas de justificación limitan el supuesto del hecho en que se

fundamenta la tipicidad. De esa forma, la pena deja de tener sentido al conocerse la situación fáctica del autor, en donde la conducta se encuentra objetivamente permitida por desear el derecho que se evite. Cuando la antijuridicidad es el ámbito de los hechos que el hecho pueda desear prevenir, la culpabilidad consiste en la esfera en que se comprueba si el hecho injusto cometido pueda atribuirse a su autor concreto en condiciones psíquicas de motivabilidad normal.

La pena no recae sobre la conducta, sino sobre el autor de la conducta. Dicho autor, en el momento del hecho, puede resaltar psíquicamente un destinatario no susceptible de la motivación normal perseguida por la norma. La culpabilidad, resulta entonces, el ámbito donde se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento, la imputabilidad entonces fundamenta la culpabilidad. El planteamiento tradicional se encuentra fundamentado en la idea de libertad de voluntad, o sea, en la posibilidad de actuar de otro modo, que no puede ser demostrada de manera científica.

Un segundo fundamento consiste en la necesidad de la pena que existe ante los sujetos normales. No todos los inimputables delinquen, o sea que a ellos no llegan con tanta intensidad motivadora. Por ende, en un Estado democrático no cabe castigar al inculpable, debido a que el mismo no puede ser motivado por la norma. En el inculpable disminuyen las posibilidades del sujeto normal para que atienda la denominada normativa. El inculpable se encuentra en inferioridad de condiciones de resistir frente a la tentación criminal y ello vulneraría el principio de igualdad real ante la ley.

El Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula la libertad e igualdad de la ciudadanía guatemalteca.

Hay una parte de la delincuencia que obedece a factores de desigualdad socioeconómica, y por ende dejan de castigarse. Pero, esa desigualdad no llega a lesionar la capacidad de motivación. Ello no tiene que obviar a que en casos particulares dejen de tomarse en consideración las circunstancias de desigualdad mencionadas para la atenuación de la pena.

La primera condición para la resolución del problema de la función de la dogmática penal y de las funciones de la pena consiste en reconocer la vinculación entre la función de la pena y la función del Estado. La decisión de que la función se asigne a la pena, depende de dicha vinculación.

Un Estado social y democrático de derecho consiste en un modelo que se busca, mediante la superación de los modelos del Estado liberal y del Estado social, suponiendo el intento de destruir las barreras que en el Estado social y democrático suponen no solamente las tentativas de someter la actuación del Estado social a los límites del Estado de derecho impidiendo con ello su orientación a la democracia real, o sea, al servicio de todos los ciudadanos.

De esa forma, en el derecho penal liberal la pena contaba con una función de prevención y una de retribución por el mal. La discrepancia entre la prevención y la retribución respondía a una concepción diversa del hombre.

El derecho penal de un Estado social y democrático no puede renunciar a la misión de incidencia en la lucha contra la delincuencia sino que tiene que conducirse, de forma que tiene que ser tendiente a la prevención de delitos entendidos como comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos. La función preventiva tiene que orientarse con arreglo a la protección de los bienes jurídicos de proporcionalidad, también tiene que orientarse al principio de legalidad, debe respetar y atender a toda minoría y a todo ciudadano, obligando a ofrecer posibilidades para la resocialización.

La pena tiene que cumplir una misión política de regulación activa de la vida en sociedad, que se encargue de asegurar su funcionamiento satisfactorio a través de la protección de los bienes de los ciudadanos mediante la función de prevención, basándose en la necesidad de no dejar sin respuesta, sin retribución o sin la infracción.

La teoría del delito es constitutiva de la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena, y de respuestas a la pregunta de los elementos que tienen que concurrir para que algo sea punible.

Se encarga del establecimiento de la meta máxima de la pena consistente en la preservación de la sociedad en lo relacionado a los comportamientos que le son nocivos, así como también se tiene que encargar de brindar protección a los valores elementales de la vida comunitaria.

La idea de la protección de bienes jurídicos se aparta del hecho punible cometido y del bien jurídico ya lesionado, siendo esa idea la mira al futuro, al comportamiento futuro del delincuente o de otras personas.

Al hecho mismo se le vincula una sanción que encierra un mal para su autor, solamente que la reacción tiene que ser la adecuada, proporcional a la entidad del injusto y a la culpabilidad. Solamente a partir de la idea de la reacción justa al obrar antijurídicamente para encontrar la justificación ética de la pena como ingerencia en la esfera de la persona.

Una retribución pura tiene que exigir siempre que exista el injusto y la culpabilidad. La pena se justifica como retribución con arreglo a la medida de la culpabilidad. El aseguramiento de los bienes jurídicos ha de alcanzarse mediante el apartamiento de aquellas personas que por disposición hereditaria y medio circundante son determinadas a quebrantar la ley. pero el determinismo no resuelve el problema.

La pena encuentra su legitimación como una compensación justa a la retribución, cuando es la pena adecuada a la culpabilidad. Además, el Estado no puede ni tampoco se encuentra bajo la obligación de establecer justicia en el curso general de la sociedad. El asunto de que si castiga se encuentra bajo la dependencia de que si la pena resulta ser necesaria para la existencia del orden jurídico.

En la actualidad existe una vinculación valorativa entre la función que le es asignada a la pena y la función que se la asigna al Estado, de forma que la función de la pena

descansa en la Constitución Política de la República de Guatemala. Igual fundamento tiene la teoría del delito, debido a que contribuye al fundamento de la pena.

La formulación del Estado actual tendiente a un Estado social y democrático de derecho supone no solamente el sometimiento de la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real al servicio de todos los ciudadanos.

Cada una de las formas históricas del Estado, el liberal, el intervencionista y el democrático, tienen una fundamentación del derecho penal y de la pena. En el derecho liberal, derivado del Estado liberal, se atribuyó a la pena una doble función: la de prevención y la de retribución. Dichas orientaciones respondieron a la diferente concepción del hombre, unos el utilitarista, otros el idealista.

El planteamiento del Estado social intervenconista, atribuyó a la pena el cometido de lucha contra el delito, o sea, se trataba de una lucha contra la criminalidad en aumento en razón a las dificultades que determinaron el capitalismo, el maquinismo y la aparición del proletariado. Alguna intensificación del intervencionismo, lo llevó al derecho penal totalitario, en donde la pena se convirtió en un arma del Estado.

En contraposición, el Estado democrático de derecho tiene que ser ante todo un Estado que se encargue de convertir la aplicación de las garantías y derechos humanos de los ciudadanos en el principal sentido de su existencia.

Sin renunciar a la misión de incidir de forma activa en la lucha contra la delincuencia y su conducción, se tienen que respetar las garantías, especialmente el principio de legalidad, y en dicho sentido se debe orientar a la protección de los bienes jurídicos con sentido de proporcionalidad, con base en la culpabilidad y no solamente orientándose en la mayoría sino atendiendo a toda una minoría y a todo ciudadano, siendo ello lo que limita la imposición de las penas que son incompatibles no solamente con la sensibilidad del actual momento histórico sino con el desarrollo de las ciencias humanas.

Es esencial el derecho penal actual y la pena, las cuales se encaminan ante todo a la prevención de los delitos. Cuando la política social desarrollada por la constitución se encamina a encontrarse siempre al servicio de los ciudadanos, la función de prevención de la pena es básica.

El Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 2: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

El Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula el sistema penitenciario.

La función de prevención, es integradora de la norma que a través de su funcionamiento asegura la protección de los bienes jurídicos.

La prevención general es el efecto de la intimidación, de la conminación penal, del proceso penal y del cumplimiento de la pena sobre terceros y sobre la colectividad. Se tiene poco conocimiento en relación a su eficacia, siendo la mayor parte de los delitos aquellos que se deben a una resolución instantánea, debido a que aun los delincuentes que planifican se autoengañan por lo general, en cuanto a las posibilidades de ser detenidos. Por ello, es decisiva la intensidad de la persecución penal.

El derecho penal por el solo hecho de existir y funcionar incide en la vida social. El mismo, en la medida en que existe y es aplicado, crea y fortalece en la mayoría de los ciudadanos una permanente actitud interna de fidelidad al derecho.

La prevención general se transforma así en una socialización que se encuentra dirigida a una actitud fiel al derecho. El derecho penal no es el único poder que interviene en ese proceso de actuación de un actitud social de fidelidad al derecho. La prevención general consiste en la misión de todo el derecho penal material y formal.

El conflicto mayor puede aparecer entre la retribución que preside la medición de la pena y la resocialización a la que orienta la ejecución penal. Por ende, se tiene que excluir a la retribución como fin o esencia de la pena.

En relación a la retribución de la culpabilidad, la misma es inaceptable, debido a que la misma, entendida como reprochabilidad no se puede demostrar. No se trata que mediante un mal, la pena, se compense otro mal, en la intimidación general que evidentemente existe.

La prevención general se justifica desde un punto de vista político criminal debido a que la amenaza de la pena es un medio imprescindible de encauzar conductas y el control social en la última década del siglo XX en Guatemala.

CONCLUSIONES

1. No se confronta el derecho penal guatemalteco con la dogmática penal moderna, en lo relacionado al aumento desmedido de las penas en la última década del siglo XX y las consecuencias del delito generadoras de un impacto negativo para la ciencia del derecho penal y para la debida determinación de los preceptos jurídico penales.
2. La actual imposición de penas no permite una adecuada consideración del derecho penal y una debida aplicación del mismo, desde el punto de vista de una lucha eficaz contra el delito que constituya un medio indispensable para la investigación de la criminalidad y los motivos que influyen en la comisión del delito.
3. No existe una eficaz lucha contra el delito a través de la consideración del derecho penal y de su aplicación como medios indispensables para la investigación de la criminalidad y de la política criminal de prevención y lucha contra el delito y factores que no permiten la existencia de protección a los valores elementales de la vida comunitaria.
4. No se admite a la pena como el fundamento de la teoría del delito y no se le vincula como esencial, no permitiendo que constituya la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y respuesta de los

elementos necesarios que tienen que concurrir como mínimos para la existencia de la punibilidad.

5. No se respeta la dogmática penal cuando se decide el aumento o la disminución de las consecuencias del delito, ya que en Guatemala en la última década del siglo XX se ha aumentado desmedidamente la pena de prisión, irrespetando con ello los postulados de la dogmática penal moderna y ello no permite que se lleve a cabo la plena realización de los objetivos del derecho penal.

RECOMENDACIONES

1. La Corte Suprema de Justicia debe capacitar constantemente a los jueces de acuerdo a la dogmática penal moderna, para que la imposición de las penas regulen entre el mínimo y el máximo de la pena en la última década del siglo XX, para evitar que las consecuencias del delito generen impactos negativos y así determinar los preceptos jurídico fundamentales de la ciencia del derecho penal.
2. El gobierno de Guatemala mediante los Juzgados de Primera Instancia Penal, tienen que dar a conocer que la imposición de penas no permite considerar al derecho penal para que pueda existir una aplicación del mismo desde el punto de vista de una adecuada lucha contra el delito para constituir un medio necesario de investigación de la criminalidad y de los motivos que pueden influir cuando se comete un delito.
3. La Corte Suprema de Justicia debe proponer reformas ante el Congreso de la República de Guatemala al Código Penal, en el sentido que se regulen normas mas efectivas para la prevención del delito, mediante la consideración del derecho penal para llevar a cabo una investigación de la criminalidad y de políticas criminales que permitan prevenir la lucha contra el delito y la existencia de factores que velen y puedan proteger los valores esenciales de la vida en comunidad.

4. La Corte Suprema de Justicia debe instruir y orientar a los Jueces del ámbito penal, para señalar que no existe respeto a la dogmática penal moderna en aumentar o disminuir las penas, debido a que en el país en la última década del siglo XX se han aumentado de forma desmedida mismas, irrespetando de esa forma la dogmática penal moderna; no permitiendo con ello la total realización de los objetivos del derecho penal en Guatemala.

5. El Ministerio Público, en su actividad ante los órganos jurisdiccionales debe tomar en cuenta que la pena no es la base de la teoría del delito y, su vinculación con la esencia y función para que se permita la constitución de la determinación de las fronteras mínimas del objeto de misma, para poder responder a la presencia de los elementos fundamentales que deben concurrir para la existencia de la punibilidad de conformidad con el derecho penal guatemalteco.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1978.

BERISTAIN, Antonio. **Derecho penal y criminología.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1982.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1989.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico elemental.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Reus, 1989.

CREUS, Carlos. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1990.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Manual de derecho penal.** Guatemala: Ed. Artemio Edinter, 2001.

GONZÁLEZ CAUHAPÉ, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Myrna Mack, 2003.

JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada, 1964.

MALAMUD GOTI, Jaime. **La estructura penal de la culpa.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1986.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. PPU, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** Bogotá, Colombia; Ed. Temis, 1990.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Marcial Pon, 1992.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 1990.

STRATENWERTH, Gustavo. **Derecho penal alemán.** Madrid, España: Ed. Criminología y derecho penal, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** México, D.F.: Ed. Cárdenas, 1988.

Legislación

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

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

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