

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

**LA NECESIDAD DE REGULAR LOS DELITOS DE FABRICACIÓN Y
PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO HECHIZAS O ARTESANALES,
PARA EVITAR QUE EN SENTENCIA SE APLIQUEN POR ANALOGÍA LOS
ARTÍCULOS 85 Y 97A DE LA LEY DE ARMAS Y
MUNICIONES DECRETO 39-89**

ANA PATRICIA CASTELLANOS RAMÍREZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2007.

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

**LA NECESIDAD DE REGULAR LOS DELITOS DE FABRICACIÓN Y
PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO HECHIZAS O ARTESANALES,
PARA EVITAR QUE EN SENTENCIA SE APLIQUEN POR ANALOGÍA LOS
ARTÍCULOS 85 Y 97A DE LA LEY DE ARMAS Y
MUNICIONES DECRETO 39-89**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANA PATRICIA CASTELLANOS RAMÍREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2007.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Yohana Carolina Granados Villatoro
Vocal:	Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus
Secretario:	Lic. Helder Ulises Gómez

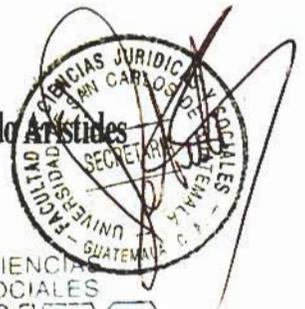
Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Luis Roberto Romero Rivera
Secretario:	Lic. Hugo Roberto Jáuregui

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículos 43 del Normativo para elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Guatemala, 05 de Enero del 2,007

Lic. Marvin Estuardo Bristides



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



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

De manera respetuosa me dirijo a usted, en cumplimiento de la providencia de fecha seis de noviembre del año dos mil seis, en la que se me nombro como Asesor de Tesis de la Bachiller **ANA PATRICIA CASTELLANOS RAMIREZ**, quien realizó el trabajo de tesis intitulado: **"LA NECESIDAD DE REGULAR LOS DELITOS DE FABRICACIÓN Y PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO HECHIZAS O ARTESANALES, PARA EVITAR QUE EN SENTENCIA SE APLIQUEN POR ANALOGÍA LOS ARTÍCULOS 85 Y 97ª DE LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES, DECRETO 39-89"**.

Después de revisar el trabajo ya indicado, se llega a la conclusión que el tema abordado, de por sí es importante y que la estudiante se preocupó por trabajarlo de la mejor manera, para informarnos sobre la necesidad de regular los delitos de fabricación y portación ilegal de armas de fuego hechizas o artesanales, lo que hace necesario que expresamente se encuentren regulados dichos ilícitos penales en el Decreto 39-89, haciéndole las observaciones que creí pertinentes, las cuales fueron bien aceptadas y cumplidas por la estudiante.

Por lo tanto se considera que el presente trabajo de tesis, puede ser objeto del examen público correspondiente; toda vez que el mismo lleva los requisitos establecidos en el reglamento de examen técnico profesional y público de tesis.

Además, el tema objeto de estudio por parte de la bachiller **ANA PATRICIA CASTELLANOS RAMIREZ**, se adecuó a las técnicas de investigación y a las normas reglamentarias exigidas por esa facultad.

Sin otro particular me suscribo de usted, con las muestras de la más alta consideración y estima.

Colegiado 4682

Boulevard Los Proceres, 18 Calle 5-56, Zona 10 Edificio Unicentro 9o. Nivel, Oficina 904 Guatemala, C.A. 01010
Tel.: 366 9988 al.97 - Telefax 366 9990



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, doce de febrero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) VICTOR MANUEL CASTRO NAVAS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **ANA PATRICIA CASTELLANOS RAMIREZ**, Intitulado: **"LA NECESIDAD DE REGULAR LOS DELITOS DE FABRICACIÓN Y PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO HECHIZAS O ARTESANALES, PARA EVITAR QUE EN SENTENCIA SE APLIQUEN POR ANALOGÍA LOS ARTÍCULOS 85 Y 97º DE LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES, DECRETO 39-89"**.

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.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Lic. Víctor Manuel Castro Navas
Abogado y Notario
17 Calle 12-29 Zona 1 Ciudad de Guatemala
Teléfonos: 2221-3544 y 2253-9743



Guatemala, 22 de Febrero del 2,007.

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTIN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CIUDAD UNIVERSITARIA

Licenciado Castillo Lutín:

Cumpliendo con la resolución dictada por la Unidad Asesoría de Tesis de fecha doce de febrero del año dos mil siete, procedí a REVISAR el trabajo de Tesis de la Bachiller **ANA PATRICIA CASTELLANOS RAMIREZ**, con carnet No. 93-15494 consistente en una monografía denominada **“LA NECESIDAD DE REGULAR LOS DELITOS DE FABRICACION Y PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO HECHIZAS O ARTESANALES, PARA EVITAR QUE EN SENTENCIA SE APLIQUEN POR ANALOGIA LOS ARTICULOS 85 Y 97ª DE LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES, DECRETO 39-89”**.

Al respecto puedo indicar que el trabajo se revisó, se recomendaron ampliaciones y modificaciones al mismo, los cuales fueron realizados y sobre todo se adecuó a los aspectos legales que se regulan en materia penal y constitucional, respetando en todo momento el criterio de la sustentante, además se realizó un análisis al trabajo de campo y la concordancia de la investigación con las conclusiones y recomendaciones a las que arribo su autora.

Dado que el trabajo de Tesis, cumple con los requisitos exigidos, al emitir dictamen el mismo es en sentido FAVORABLE, para que en su oportunidad pueda ser discutido por la sustentante en Examen Público.

Se suscribe de usted, atentamente,


LIC. VICTOR MANUEL CASTRO NAVAS
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 4,871





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES - Guatemala, treinta y siete del año noventa y siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ANA PATRICIA CASTELLANOS RAMÍREZ, Tímulo "LA NECESIDAD DE REGULAR LOS DELITOS DE FABRICACION Y PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO HECHIZAS O ARTESANALES, PARA EVITAR QUE EN SENTENCIA SE APLIQUEN POR ANALOGÍA LOS ARTICULOS 85 Y 97 DE LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES, DECRETO 39-89" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/slh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que me ha guiado y protegido en todo momento, concediéndome alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES:** Por haberme educado y ser apoyo incondicional en mi vida, que con su ejemplo me enseñaron que la virtud más grande en la vida es el amor a Dios; gracias por todo el apoyo brindado, este triunfo es también de ustedes.
- A MIS ABUELITOS:** (Q.E.P.D) eterna gratitud por su amor, abnegación y cuidado; por enseñarme siempre cuál era el mejor de los caminos, vivirán por siempre en mi corazón.
- A MI ESPOSO:** Franklin René, por su amor y apoyo, en tantos momentos de flaqueza, por ser parte de mi vida y de mi triunfo.
- A MIS HIJOS:** Gabriel y María Fernanda, quienes son fuente de amor para vivir con ánimo de superación, que esto sirva de ejemplo en su vida; los amo.
- A MI FAMILIA EN GENERAL:** Por ser parte fundamental en mi formación, por su comprensión y apoyo; cada uno ocupa un lugar especial en mi corazón, desde que tengo aliento de vida; especialmente a mi tía, licenciada Rosa María Ramírez Soto, por compartir sus experiencias profesionales y sabias enseñanzas.
- A LOS PROFESIONALES:** Lic. Marvin Estuardo Arístides, Lic. Hugo Roberto Jáuregui, Licda. Elizabeth Mercedes García Escobar, Licda. Marisol Morales Chew, con respeto y admiración.
- A MIS AMIGOS:** Leonora Córdón, Ramiro Carrascosa, Licda. Cristina De León Régil, Beatriz de Soto, Lic. José Soto, Licda. Lojana López, Paola Mansilla, Rina Peláez, Nancy de León, Licda. Argentina

Tay, Elio Oliva, Marvin Poza-Reyes y, con especial agradecimiento y cariño al Lic. Víctor Manuel Castro Navas, quien me apoyó durante toda mi carrera; gracias por su amistad y sus enseñanzas.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme cobijado en sus aulas y por brindarme la oportunidad de forjarme como profesional.

ÍNDICE		Pág.
Introducción.....		i
CAPÍTULO I		
1. La ley.....		1
1.1. Características.....		3
1.2. Interpretación de la ley penal.....		4
1.3. La ley procesal.....		5
1.3.1. Interpretación.....		6
1.3.2. Objeto de la interpretación de la ley.....		7
1.3.3. Integración de la ley procesal.....		8
1.3.4. Aplicación de la ley procesal en el espacio.....		10
1.3.5. Aplicación de la ley procesal en el tiempo.....		10
1.4. Ley penal.....		11
1.4.1. Definición.....		12
1.4.2. Características.....		13
CAPÍTULO II		
2. Delito.....		17
2.1. Antecedentes.....		17
2.2. Definición.....		17
2.3. Elementos.....		22
2.3.1. Tipicidad.....		22
2.3.2. Antijuricidad.....		25

	Pág.
2.3.3. Culpabilidad.....	31
2.3.3.1. Elementos de la culpabilidad.....	33
2.3.4. Punibilidad.....	39
2.4. La acción.....	42

CAPÍTULO III

3. Legislación nacional relacionada con las armas de fuego.....	47
3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	47
3.2. Código Penal.....	48
3.3. Ley de Armas y Municiones.....	49
3.4. Reglamento de la Ley de Armas y Municiones.....	49
3.5. Instructivo DECAM 0-60.....	50
3.6. Instrumentos internacionales en materia de armas y municiones.....	51
3.6.1. Tratado marco de seguridad democrática en Centro América.....	52
3.6.2. Convención Interamericana contra la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.....	53
3.6.3. Reglamento modelo para el control del tráfico internacional de armas de fuego, sus partes, componentes y municiones.....	55

	Pág.
3.6.4. Programa de acción de Naciones Unidas para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos.....	56
3.6.5. Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.....	57
3.6.6. Carta de la Organización de los Estados Americanos.	59
3.6.7. Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.....	59
3.6.8. Tratado marco de seguridad democrática en Centroamérica.....	59
3.6.9. Convención interamericana sobre transparencia en las adquisiciones de armas convencionales.....	60
3.7. Armas de fuego.....	60
3.7.1. Antecedentes.....	62
3.7.2. Definición de armas de fuego.....	65
3.7.3. Clasificación de las armas de fuego.....	66
3.7.3.1. Armas de hombro.....	66
3.7.4. Armas de fuego defensivas.....	68

	Pág.
3.7.5. Armas ofensivas.....	68
3.7.6. Armas deportivas.....	69
3.8. Armas de acción por gases comprimidos.....	69
3.9. Fabricación, tenencia y tráfico de armas de fuego.....	70
3.9.1. Antecedentes.....	70
3.9.2. Definición.....	71

CAPÍTULO IV

4. Delitos regulados en la Ley de Armas y Municiones.....	73
4.1. Delito de fabricación ilegal de armas de fuego.....	77
4.2. Delito de portación ilegal de armas de fuego.....	78
4.3. Instrumentos internacionales adoptados por Guatemala.....	78

CAPÍTULO V

5. Necesidad de regular el delito de fabricación y portación de las armas de fuego denominadas hechizas, para evitar que en sentencia se apliquen por analogía los Artículos 85 y 97A de la Ley de Armas y Municiones.....	81
5.1. Derecho comparado de las armas de fuego hechizas en Centroamérica.....	82
5.2. Presupuestos de la analogía.....	85

	Pág.
5.3. Legislación nacional que contiene normas relacionadas con la analogía.....	86
5.3.1. Ley del Organismo Judicial.....	86
5.3.2. Código Penal.....	87
5.3.3. Código Procesal Penal.....	87
5.3.4. Código de Trabajo.....	87
5.3.5. Código Procesal Civil y Mercantil.....	88
5.4. Interpretación de la analogía jurídica en la legislación guatemalteca.....	88
5.5. Aplicación por analogía, en sentencias condenatorias de las figuras de fabricación y portación ilegal de armas de fuego a casos de fabricación y portación de instrumentos fabricados ilegalmente con funciones ofensivas de un arma de fuego.....	89
5.6. Comentario personal.....	92
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
ANEXOS.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	117



INTRODUCCIÓN

Con la presente investigación se pretende adicionar en la Ley de Armas y Municiones, los ilícitos penales de fabricación y portación ilegal de armas de fuego hechas o artesanales, a efecto que los juzgadores no apliquen por analogía los delitos de fabricación y portación ilegal de armas de fuego.

El primer capítulo se conformó con la temática relacionada con la ley, características, interpretación, la ley procesal, interpretación, objeto, integración, aplicación en el espacio, aplicación en el tiempo, la ley penal, definición y características.

El segundo capítulo contiene los temas relacionados con el delito, definición, elementos, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad y la acción.

El tercer capítulo está integrado por la legislación nacional relacionada con las armas de fuego, los instrumentos internacionales en materia de armas y municiones, armas de fuego, antecedentes, armas de fuego defensivas, armas de fuego ofensivas, armas deportivas, armas de acción por gases comprimidos, fabricación, tenencia y tráfico de armas de fuego.

El cuarto capítulo trata los delitos regulados en la Ley de Armas y Municiones, así como un resumen de los convenios internacionales adoptados por Guatemala.



El quinto capítulo se integra por la necesidad de regular el delito de fabricación y portación de armas de fuego denominadas hechizas, para evitar que en sentencia se apliquen por analogía los Artículos 85 y 97 A de la Ley de Armas y Municiones, definición de arma de fuego hechiza, analogía, presupuestos de la analogía, legislación que contiene normas relacionadas con la analogía, interpretación de la analogía jurídica en la legislación guatemalteca, comentario personal, aplicación por analogía en sentencias condenatorias de las figuras de fabricación y portación ilegal de armas de fuego a casos de fabricación y portación de instrumentos fabricados ilegalmente con funciones ofensivas de un arma de fuego.

La hipótesis planteada en el plan de investigación se describió de la manera siguiente: "Ante la falta de regulación de las conductas de las personas que fabrican y/o portan armas de fuego hechizas o artesanales con fines ofensivos, los jueces aplican por analogía los Artículos 85 y 97 A de la Ley de Armas y Municiones, Decreto 39-89"

Se plantearon los objetivos siguientes:

Como general: "Determinar la necesidad de regular en la Ley de Armas y Municiones, Decreto 39-89, lo relacionado a armas hechizas o de uso artesanal clasificándolas como armas de fuego ofensivas y defensivas".

(ii)



Entre los objetivos específicos: Realizar un estudio jurídico en cuanto a las sentencias emitidas por tribunales de sentencia que han conocido casos concretos en los cuales están involucrados instrumentos aplicados como armas hechizas, las cuales han sido condenatorias por el delito de portación ilegal de armas, utilizadas la analogía, dentro del derecho penal, lo que por ley es inaplicable y prohibido. Proponer la adición a la Ley de Armas y Municiones, Decreto 39-89 en cuanto a la regulación del delito de fabricación y portación de armas hechizas. Determinar que al regularse como delito la fabricación y portación de armas hechizas o artesanales se evite que los jueces tengan que acudir a la analogía al dictar sentencia.

Los métodos deductivo e inductivo-analítico, se utilizaron en el bosquejo de temas y subtemas, también el método estadístico.

Se emplearon las técnicas bibliográficas, documentales, de análisis y de contenido.

CAPÍTULO I

1. La ley

Constituye la ley, una de las fuentes, tal vez más importantes del derecho. "En sentido amplio, se entiende por ley, toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicables en determinado tiempo y lugar. En ese sentido, sería ley, todo precepto dictado por autoridad competente, mandando o prohibiendo una cosa en consonancia con la justicia, para el bien de los gobernados. Así entrarían dentro del concepto, no solo la ley en sentido restringido o propio, como norma jurídica elaborada por los órganos estatales con potestad legislativa, que en los regímenes constitucionales, es el Congreso de la República quien las sanciona y el jefe de Estado quien las promulga, sino también, los reglamentos, ordenanzas, órdenes decretos, dictados por una autoridad en ejercicio de sus funciones".¹

La ley, tanto en el sentido amplio, como en el sentido restringido, es necesaria para la convivencia social creando reglas de convivencia y conducta entre los humanos, ya que no se concibe la subsistencia de una sociedad organizada carente de normas jurídicas, cualquiera que sea la institución que la establezca, es decir que el punto a desarrollar estaría basado en denominar la ley, como la mera imposición que busca evitar una conducta determinada

¹ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 547.

contraria a los principios y reglas de convivencia entre los integrantes de una sociedad, esto por la voluntad de quienes ostentan la fuerza pública (jus puniendi del Estado) en contra de la de quienes la padecen (los administrados) citando como ejemplo el aforismo latino que dice: “Lex non obligat nisi promulgata (no obliga la ley sino una vez promulgada)”.

La ley, en la teoría general del derecho, desde el punto de vista moderno, puede ser tomada desde dos aspectos, el formal, que se refiere propiamente dicho a la que ha sido dictada y regulada por el Organismo Legislativo, conforme a las facultades y procedimientos específicos preestablecidos en una norma de carácter supremo, y el material, que alude a toda norma jurídica, cuyo contenido regula una multiplicidad de casos, la cual pudo haber sido dictada o no por el Organismo Legislativo o por otro ente. Esta división coincide con lo antes expuesto, relacionado con los conceptos amplios y restringidos de la ley.

La ley es susceptible de sufrir las mismas divisiones que el derecho, objetivamente considerado en forma amplia, y a manera de comentario personal, pueden ser estas de carácter constitucional (como ley suprema), y/o civil, mercantil, laboral, penal, etc. En otro aspecto, las leyes pueden ser imperativas y prohibitivas, según el campo de aplicación de las mismas, ya sea que impongan ó prohíban hacer alguna cosa, algunos tratadistas consideran que las leyes permisivas existen, pero otros niegan su existencia, pues hay diversos criterios en cuanto ha autorizar o permitir algo, o por el contrario, permiten su abuso en el aprovechamiento de lo que esta permitido ó autorizado.

1.1. Características

Según el tratadista, Manuel Ossorio, en su obra Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, manifiesta que “entre los caracteres que suelen atribuirse a la ley están los siguientes:

- **Justa.** Que vaya encaminada al bien público considerado en el momento histórico en que se dicta.
- **Auténtica.** Que haya sido dictada por autoridad legítima y competente;
- **General.** Equivale a su establecimiento en beneficio de todos y para observancia de todos los miembros sociales, con independencia de la calidad y condición de cada uno de ellos, a fin de que considere no a los individuos, sino las acciones en sí mismas;
- **Obligatoria.** Se hace para su cumplimiento, que debe ser coactivamente impuesto por el Estado. En ese sentido, la discusión establecida respecto a si la coactividad es o no requisito esencial del derecho no es aplicable a la ley, o sea, al derecho en su aspecto positivo.
- **Imperatividad.** Contrario a otras leyes, la ley penal se establece sin la anuencia de las personas a quienes va dirigida y que simplemente deben limitarse a acatarla.

- **Exclusividad.** Es la exclusividad de la ley penal para hacer el derecho penal. Nadie puede ser penado por delitos o faltas que no estén contenidos en la ley, y a nadie se le puede aplicar penas que no sean previamente establecidas por la ley.
- **Permanencia e ineludibilidad.** Una ley lo es hasta que no es abrogada, una ley lo es, hasta que no es derogada y mientras continúe vigente también es ineludible.
- **Es sancionadora.** Porque impone una pena o inclusive una medida de seguridad.
- **Es constitucional.** Está basada y responde a los postulados y lineamientos políticos de la Constitución Política de la República”²

1.2. Interpretación de la ley penal

"La interpretación de la ley aunque a veces parezca evidente, es siempre necesaria, ya que la fórmula que expresa la voluntad de la ley tiene necesariamente carácter general y abstracto. La interpretación de la ley penal, es

² Ossorio, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales**, pág. 424.

un proceso mental que tiene por objeto descubrir el verdadero pensamiento del legislador, o bien explicar el verdadero sentido de una disposición legal."³

Considero que la interpretación de la ley se refiere estrictamente al sentido que el legislador quiso dar a una norma en particular desde su concepción y enfoque como naturaleza jurídica, debiéndose utilizar los principios generales del derecho y como consecuencia de ello, se deriva su correcta aplicación a un caso concreto.

1.3. La ley procesal

"El estudio de la ley procesal señala la necesidad de precisar si es de orden público o privado y concretar la naturaleza de los intereses por resolver al aplicar el derecho objetivo. Desde ese punto de vista, las leyes procesales creadas por el Estado para tutelar los derechos de los habitantes y resolver las controversias de relevancia jurídica, instalan una situación de orden público que, es resulta por el órgano público creado, por el Estado y por ello, las leyes procesales preparan las reglas de conducta para la actuación del juez, las partes y los terceros ligados al proceso".⁴

³ Carrancá, Raúl, citado por De León Velasco y De Mata Vela, **Ob. Cit**; pág. 90.

⁴ Ruiz Castillo de Juárez, Crista, **Teoría general del proceso**, pág. 37.

1.3.1. Interpretación

Interpretar la ley procesal es reconstruir el pensamiento del legislador, del creador de la ley. La interpretación y su carácter principal de saber qué es lo que quiso el legislador al crear la ley, precisan el sentido y alcances que se le introdujo y cuáles fueron las situaciones a las cuales habría de aplicarse.

La ley debe aplicarse y, por lo mismo, tiene que ser interpretada para buscar y encontrar en su texto el sentido y los alcances impresos por el legislador; es decir, buscar la intención y el espíritu que se le quiso insertar, la finalidad y el contenido social.

Para aplicar la ley procesal se consideran tres posibilidades:

- Cuando la ley es clara e inequívoca, no hay controversia o dificultad en su sentido. La ley debe aplicarse por dura que sea, existe una ley aplicable al hecho o caso controvertido y debe atenderse a su sentido literal y no pretender interpretar bajo el pretexto de buscar en su espíritu otro sentido o querer darle otro sentido;
- Cuando la ley sea dudosa. En el supuesto que la ley sea obscura, ambigua o insuficiente, el juez debe resolver el asunto litigioso y, una vez resuelto, informar a la Corte Suprema de Justicia del suceso para que, ejerza la iniciativa de ley que tiene y sea resuelto adecuadamente. Para este objeto, la

Ley del Organismo Judicial en los Artículos 10, 11 y 15, establece los medios por emplear.

- Cuando no exista ley que aplicar.

1.3.2. Objeto de la interpretación de la ley

"El objeto de la interpretación de la ley es ajustar su contenido al modo en que el legislador la creó, deslindando su sentido y alcances. Se presenta, dependiendo del órgano o autoridad que la creó, de la siguiente forma:"⁵

- Como interpretación auténtica. Este tipo lo realiza el mismo órgano o autoridad creadora de la ley. Existe identidad en el órgano o autoridad que emitió la ley. Su finalidad estriba en despejar la obscuridad, ambigüedad o deficiencia que contiene la ley.
- Como interpretación judicial. Este tipo lo realizan los tribunales de justicia cuando ejercen la función jurisdiccional o cuando existe reiteración de cómo se entiende y aplica una ley para los usos y prácticas del foro, lo que le confiere, además, la denominación de interpretación usual. El sistema jurídico guatemalteco emplea la interpretación judicial o usual, basado en la constancia y uniformidad de fallos que se concretan en una doctrina legal,

⁵ **Ibid**, pág. 40.

llamada jurisprudencia. La doctrina creada por los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad;

- Como interpretación doctrinaria. Esta interpretación la hacen realidad los doctos y entendidos en la ciencia del derecho y aparece plasmada en las obras que escriben en las cuales examinan lo que es la norma y la describen en contenido y espíritu. Debe entenderse como interpretación doctrinaria, las consultas hechas a la Corte de Constitucionalidad en materia de asuntos constitucionales, toda vez que revelan y aclaran los conceptos motivo de las consultas y las posibilidades de contravención a la ley suprema.

1.3.3. Integración de la ley procesal

Debe admitirse que las leyes no son perfectas ni completas. El ordenamiento jurídico presenta lagunas o vacíos legislativos que deben llenarse y resolverse adecuadamente.

"El sistema jurídico guatemalteco acoge en el Artículo 1 de la Ley del Organismo Judicial, la integración de las leyes y éste, según las disposiciones citadas, permite que el juez integre la ley con otras, empleando los métodos siguientes:"⁶

⁶ **Ibid**, pág. 44.

- **Analógico.** Es un procedimiento o sistema inductivo deductivo, que facilita llegar de un hecho a otro, aplicando un principio común. Para que dos situaciones jurídicas se consideren análogas, se precisa tengan elementos comunes y cuando más existe, mayor será la analogía de las leyes. El procedimiento supone que si el legislador no contempló o resolvió en el texto de la ley, un determinado sentido, el juez puede utilizar una situación análoga para resolver el asunto bajo su potestad de decisión;
- **Equidad:** La equidad consiste en el atemperamiento del rigor de la ley al aplicarla. Se toma en cuenta con este método, las circunstancias excepcionales del caso concreto que el legislador no pudo haber previsto contemplado al crearla. El vocablo equidad tiene dos sentidos: Como moderación del rigor de la ley. Como rectitud del juez a quien, al faltarle una ley o derecho consuetudinario que aplicar, toma decisiones con el máximo buen sentido y razón;
- **Principios generales del derecho.** La legislación guatemalteca comprende los principios generales del derecho en la ley constitucional, de lo cual derivan las demás leyes, ya como normas ordinarias o como reglamentarias. A lo mismo que la interpretación de la ley, la integración se rige por las mismas disposiciones de la Ley del Organismo Judicial.

1.3.4. Aplicación de la ley procesal en el espacio

Consecuencia de la soberanía del pueblo, la aplicación de la ley surte efectos dentro del territorio ocupado por el Estado; cualesquiera situaciones que se produzcan o realicen fuera de esos límites carecen de eficacia jurídica, salvo que sean refrendadas o ratificadas por leyes nacionales o internacionales o convenidos por las partes.

La libre relación jurídica y contractual del hombre, tanto en su país de origen como en el extranjero, se someten a la legislación propia o extraña cuando se encuentra en conflicto de intereses e incluso, para resolverlo, existe un sistema procesal internacional como es el Código de Derecho Internacional Privado.

1.3.5. Aplicación de la ley procesal en el tiempo

"Para que la ley procesal se aplique en el tiempo, el juez cuenta con los siguientes principios:"⁷

- **Vigencia.** Se entiende por vigencia de la ley el tiempo de duración que tiene; el tiempo establecido en la ley para que comience a regir y termine de regir, ambas referidos a un cierto y determinado aspecto jurídico.

⁷ **Ibid**, pág. 47.

- **Abrogación y derogación.** Abrogar significa que la nueva ley se aplica con exclusión de la anterior; derogar, es la exclusión parcial de la ley, por supresión de un título, capítulo o artículo total o parcialmente. Por una u otra forma, la ley deja de tener vigencia. En nuestro país se acostumbra indicar que las leyes se derogan, o sea dejan de surtir efectos jurídicos en general;
- **Retroactividad.** El principio informa que la ley anterior continúa vigente y rigiendo las situaciones señaladas en ella, excluyendo la aplicación de la ley posterior.

La Constitución Política de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial y Código Penal, establecen la retroactividad de la ley exclusivamente en materia penal, cuando favorece al reo. Artículos 15; 7 y 2 y 3 respectivamente.

1.4. Ley penal

"La facultad de castigar que corresponde con exclusividad al Estado, se manifiesta para su aplicación a través de un conjunto de normas jurídico penales que tienden a regular la conducta humana en una sociedad jurídicamente organizada, ese conjunto de normas penales que tienen un doble contenido; la descripción de una conducta antijurídica y la descripción de consecuencias penales, constituyen lo que denominamos la ley penal del Estado, y decimos del

Estado porque es patrimonio únicamente del poder público representado por el Estado y a diferencia de otros derechos, sólo el Estado produce derecho penal".⁸

En Guatemala, la ley penal del Estado se manifiesta ordinariamente en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, y en otras leyes.

1.4.1. Definición

La definición de la ley penal se identifica con la de derecho penal, sin embargo, desde un punto de vista meramente estricto, mientras el derecho penal es el género, la ley penal es la especie, de tal manera que la teoría de la ley penal es, al igual que la teoría del delito, y las medidas de seguridad, objeto de estudio del derecho penal como ciencia. De tal manera, que aunque conceptualmente se identifiquen sustancialmente se diferencian. "La ley penal es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea derecho con carácter de generalidad, estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define."⁹

Palacios Mota, la entiende como "el conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y las faltas, determinan las responsabilidades o las exenciones y establecen las penas o medidas de seguridad, que corresponden a las figuras delictivas."¹⁰

⁸ De Matta Vela y De León Velasco, **Ob. Cit**; pág. 77.

⁹ Puig Peña, Federico, **Derecho penal**, pág. 139.

¹⁰ Palacios Mota, Jorge Alfonso, **Apuntes de derecho penal**, pág. 99.

Desde el punto de vista strictu sensu, la ley penal es una norma de carácter general que asocia una sanción (pena o medida de seguridad), a una conducta prohibida por ella (delito o falta)

1.4.2. Características

Los tratadistas Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela, exponen en su obra Curso de Derecho Penal guatemalteco, que la ley penal, tiene las siguientes características:

- **“Generalidad, obligatoriedad e igualdad.** Se refiere a que la ley penal se dirige a todas las personas naturales o jurídicas que habitan en un país, y por supuesto todos tienen la obligación de acatarla; la ley penal entonces, resulta ser general y obligatoria, sin discriminación de raza, color, sexo, religión, nacimiento, posición económica, social o política y esto nos lleva a la igualdad de todas las personas frente a la ley penal, con excepción de manera parcial de las personas que por disposición de la ley y por razón del cargo que desempeñan gozan de ciertos privilegios como la inmunidad y el antejuicio. Esto no quiere decir que dichas personas, estén fuera del alcance de la ley pena, también tienen absoluta obligación de acatarla, porque como persona son iguales que cualquier ciudadano y como funcionarios del gobierno son depositarios de la ley y nunca superiores a ella. Respecto a esta

característica, ver el principio de territorialidad de la ley penal, que presenta en el Artículo 4 del Código Penal.

- **Exclusividad de la ley penal.** Se refiere a la exclusividad de la ley en la creación de derecho penal, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa o de reserva, que contiene el Artículo 1 del Código Penal, expresa: "Nadie podrá ser penado por hechos que no están expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley", es decir, que sólo la ley penal puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos. En ese sentido, la exclusividad de la ley penal se convierte en advertencia y al mismo tiempo en garantía; advierte que será sancionado o castigado, quien comete cualquiera de los ilícitos penales que abstractamente describe la ley penal, y simultáneamente garantiza que nadie puede ser castigado o sancionado por un hecho que no esté previamente establecido como delito o falta. Artículos 1 y 7 del Código Penal.
- **Permanencia e ineludibilidad de la ley penal.** Se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que otra ley la abroge, y mientras esta permanezca debe ser ineludible para todos los que habitan el territorio nacional, salvo las limitaciones de inmunidad y antejuicio. Resulta no sólo necesario, sino también importante aclarar que cuando se habla de

abrogar, nos referimos a la abolición total de una ley, mientras que al hablar de derogar, nos referimos a la abolición parcial de una ley. El tratadista Luis Jiménez de Asúa, manifiesta que: "Las leyes sólo se derogan por otras leyes". Incisos 3 y 4 del Artículo único de las disposiciones finales del Código Penal.

- **Imperatividad de la ley penal.** Se refiere a que las normas penales, a contrario sensu de otro tipo de normas, contiene generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben mandar hacer o prohíbe hacer, sin contar con la anuencia de la persona que solo debe acatarla, y en caso contrario, la amenaza con la imposición de una pena. Parte especial del Código Penal.
- **Es sancionadora.** A pesar de que actualmente se habla de un derecho penal preventivo, reeducador, reformador y rehabilitador a través de las medidas de seguridad; lo que realmente distingue a la norma penal es la "sanción" que bien puede ser una pena o una medida de seguridad, en ese sentido, se dice que la ley penal es siempre sancionadora, de lo contrario estarías frente a una ley penal sin pena y obviamente dejaría de ser ley penal.
- **Es constitucional.** Se refiere a que indiscutiblemente, la ley penal, como cualquier otra, no sólo debe tener su fundamento en la Constitución Política de la República, sino debe responder a sus postulados y lineamientos políticos. Cuando una ley penal contradice preceptos constitucionales,

estamos frente a una ley penal inconstitucional y como tal se invalida ante todos los hombres, es decir, se excluye su aplicación *erga omnes*"¹¹

¹¹ De Mata Vela y De León Velasco, **Ob. Cit**; Págs. 78-81

CAPÍTULO II

2. Delito

2.1. Antecedentes

"El delito como parte fundamental del derecho penal, y como consecuencia de la actividad punitiva del Estado, a través de la historia ha recibido diversas denominaciones, atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica sujeta a las mutaciones que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad. El derecho más antiguo, principalmente proveniente de la Roma primitiva, se consideró primeramente la valoración objetiva del delito, castigándolo con relación al daño causado, tomando en cuenta el resultado dañoso producido, juzgando ingenuamente hasta las cosas inanimadas como las piedras. Fue en Roma donde aparece por primera vez la valoración subjetiva del delito, juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención dolosa o culposa del agente, como se regula actualmente en las legislaciones penales modernas".¹²

2.2. Definición

Recogiendo la definición de Jiménez Asúa, "se entiende por delito el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de

¹² Jiménez de Asúa, **Ob. Cit;** pág. 251.

penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".¹³ Soler lo define como: "Una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta".¹⁴ Para Carrara, "es la infracción de la ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"¹⁵

El Código Penal guatemalteco, al igual que muchos Códigos de otros países, no contienen una definición de delito. Sin embargo, la doctrina ha generado numerosas definiciones. REYES ECHANDIA las clasifica en tres grupos:

- **Definición formal:** "Es aquel delito en que la ley no exige, para considerarlo consumado, los resultados buscados por el agente; Basta el cumplimiento de hechos conducentes a esos resultados y el peligro de que éstos se produzcan."¹⁶ Esta definición, aun siendo cierta, no aclara el concepto por cuanto no deja de ser una fórmula vacía y tautológica.
- **Definición sustancial:** Delito es el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y

¹³ **Ibid**, pág. 275.

¹⁴ **Ibid**, pág. 277.

¹⁵ Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, pág. 212

¹⁶ **Ibid**, pág. 216.

desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal. Esta definición explica el fundamento del delito y los motivos que impulsan al legislador a sancionar unas conductas. Sin embargo, no responde a la naturaleza concreta del delito.

- **Definición dogmática:** "Delito es la acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable"¹⁷ Algunos autores añaden el requisito de "punible". Esta definición sirve para determinar en concreto si una conducta es delictiva.

En todas esas definiciones se encuentran comprendidas de modo genérico las infracciones punibles cualquiera que sea su gravedad. El delito tiene en algunos Códigos y en algunos autores un sentido restringido, porque emplean ese nombre para designar las infracciones de menor gravedad que el crimen y de mayor que la falta o contravención. Se trata de una cuestión relacionada con la división bipartita o tripartita de las infracciones penales.

"De los elementos constitutivos del delito se ha ocupado la teoría jurídica del delito, una fina elaboración conceptual que ha ido depurando los elementos que integran un comportamiento delictivo, teoría que en la actualidad tiene una aceptación general"¹⁸

¹⁷ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit;** pág. 251

¹⁸ Novoa Montreal, Eduardo. Causalismo y finalismo en derecho penal, pág. 11.

Dado que nuestra ley no contiene una definición expresa de lo que debe entenderse por delito, deben tomarse en cuenta los elementos puestos de manifiesto por esa teoría jurídica, la cual puede utilizarse por el analista con toda confianza, pues es fruto de una larga elaboración científica que se renueva constantemente.

"El derecho penal puede estar orgulloso de haber proporcionado a la ciencia jurídica un grado tan eminente de avance teórico mediante la utilización racional de la especulación abstracta y la aplicación rigurosa de la lógica jurídica; la profundidad que ha alcanzado la teoría del delito, la sistematización tan acabada que se procura para ella y el nivel de versar jurídicamente que es necesario para su dominio, la convierten en un verdadero paradigma de las construcciones nacionales que es capaz de producir el derecho".¹⁹

Se debe aplicar el criterio lógico que proporciona la teoría del delito, pues ella enseña que para que exista el delito se deben concurrir una serie de elementos (elementos de tipificación del tipo penal), en forma lógica y concatenada, que demuestran su existencia y nacimiento a la vida jurídica para ser considerados antijurídicos y culpables, esto con fundamento en lo que nuestro Código Penal regula en su artículo 10, lo que se le denomina "la relación de causalidad". Es por ello que la teoría del delito, crea y expone los presupuestos que deben de concurrir para determinar la existencia de un delito, y así poder ingresar al campo del análisis jurídico-doctrinario de esta institución.

¹⁹ **Ibid**, pág. 12.

Dentro de los elementos que la teoría del delito establece: La acción (u omisión), la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, elementos que, analizados desde los criterios que han manifestado los tratadistas, le han enfocado desde distintas perspectivas, como concepto analítico del delito. A los elementos que la teoría del delito a denominado así, porque proceden de una acumulación de componentes aislados que se encuentran en una relación lógica necesaria, de modo que cada uno de sus elementos presupone los anteriores, y que por ende la ausencia de uno de ellos, elimina la posibilidad de no tener por acreditado el hecho que debe de suponerse con ilícito. Cada una de estos elementos ò categorías pretende resolver un problema, aplicado a un caso concreto.

De los elementos del concepto analítico del delito, se desprende que la misma deviene de un comportamiento previamente establecido por el legislador, tratando con ello crear normas de carácter preventivo y de advertencia sancionadora, para buscar el buen el comportamiento humano, por lo cual el administrado debe de cuestionarse que sucedería si su comportamiento o conducta activa ú omitiva fuera contraria a esa norma previsoras. El concepto de acción (como conducta humana) juega así una función básica en la teoría del delito. A partir de esta función y mediante diversas elaboraciones lógicas y teóricas, se han ido introduciendo los restantes elementos del delito.

2.3. Elementos

2.3.1. Tipicidad

Es un concepto muy discutido en el derecho penal moderno, entre otras razones porque guarda relación con el derecho penal liberal, del cual es garantía, que vincula con el principio del *nullum crimen sine praevia lege*. Jiménez de Asúa, refiriéndose a Beling, creador de la teoría, dice "que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidos por las leyes para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Añade que en la tipicidad no hay tipos de hechos, sino solamente tipos legales, porque se trata de la conducta del hombre que se subsume en el tipo legal".²⁰

"Es la especial característica de hallarse el hecho descrito en la ley como delito. Es una consecuencia del principio de legalidad, pues sólo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como

²⁰ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 946.

tales. El tipo penal llega a ser entonces, la abstracta descripción de la conducta y tiene tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora".²¹

En cuanto a la "Tipicidad" como función concurrente del tipo penal, ésta se refiere a que hay una selección del legislador entre todas las conductas humanas (siempre contrarias a la ley), por medio de la cual determina finalmente como delitos, aquéllos socialmente insoportables y vulneradoras de bienes jurídicamente tutelados por el orden jurídico. A su vez, la función de garantía, reflejo directo del principio de legalidad, expresa que sólo los comportamientos descritos como delitos en la ley respectiva pueden ser sancionados. La función motivadora del tipo se refiere a que, mediante la amenaza de una sanción establecida en él, los ciudadanos se ven conminados o motivados a actuar de acuerdo al orden establecido, pues conocen el resultado de obra de diferente manera.

Los tipos penales tienen dos componentes básicos: El aspecto objetivo, que se refiere a lo externo de la conducta (como acción ú omisión) y el aspecto subjetivo, que alude al elemento psicológico del comportamiento (la prevención y su sanción); por lo que se refiere al aspecto objetivo, podemos distinguir entre tipos de acción o simple actividad, constituidos únicamente por un comportamiento y tipos de resultado, en los que además forma parte de ellos un efecto separado de la conducta el resultado y la correspondiente relación de

²¹ Díez Ripollés, José Luis, **Manual de derecho penal guatemalteco**, pág. 144.

causalidad entre la acción y el resultado. Ese es el caso del resultado de muerte en el tipo del Artículo 123 del Código Penal.

El aspecto subjetivo del tipo, se distingue entre tipos dolosos e imprudentes (culposos). De los primeros forma parte la voluntad consciente del sujeto encaminada a realizar el comportamiento delictivo, manifestado a través de una conducta materializada. Y en los segundos no existe tal voluntad y en su lugar se exige que el sujeto actúe de forma descuidada (negligencia, imprudencia e impericia), sin tener en cuenta el peligro que se deriva de su comportamiento (lo cual no ha previsto). En ocasiones en los delitos dolosos se exigen otros elementos subjetivos además del dolo, que se han denominado elementos subjetivos del tipo.

El conjunto de actos internos y externos que constituyen la acción o la omisión tiene una secuencia lógica que se le denomina *iter criminis*. No todo ese camino interno y externo puede ser sancionado penalmente, en atención a la seguridad jurídica. Por ejemplo, presente una actitud interna encaminada a realizar el delito, no puede estarse seguro de que éste efectivamente se vaya a realizar. Por lo que se refiere a actos de preparación externa del delito, éstos pueden confundirse con actividades que no son delictivas, por lo que se penan únicamente determinados actos preparatorios. Al margen de esto último el Artículo 14 del Código Penal exige como norma general, que para poder hablar de tipicidad, debe de existir cierto grado de desarrollo del comportamiento como

el comienzo de la ejecución del hecho mediante actos exteriores idóneos, pero en caso de concurrir causas independientes a la voluntad de sujeto activo, esta ya no pueda darse.

Hay acciones humanas, que a pesar de ser típicas, no pueden ser objeto de sanción, como lo es, la competencia desleal, acción que ciertamente podría incluirse en algún precepto de los delitos contra la actividad comercial lícita, pero que en realidad son comportamientos adecuados a la vida social ordinaria que presupone la acción particular del agraviado, por lo que se aceptan como lícitos, siempre y cuando no se haga valer el derecho que le asiste, como reitero al agraviado.

2.3.2. Antijuricidad

Según Muñoz Conde, “La antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuricidad es un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico...”²² de tal forma que lo que es antijurídico para el derecho penal lo es también para el civil, pero de manera diferente, pues lo antijurídico en lo penal se refiere a la transgresión de reglas de conducta, mientras que en lo civil se refiere al incumplimiento de un contrato como acuerdo de partes. Sin embargo no todo lo antijurídico es

²² **Muñoz Conde, Francisco.** Teoría General del Delito. Pág. 32.

penalmente relevante y que deba de tratarse ante el juez penal. Tan sólo los comportamientos antijurídicos descritos en el tipo penal serán relevantes y susceptibles de ser sujetos a una persecución penal. El incumplimiento de un contrato es antijurídico, pero no es típico, pero su es susceptible de ser reclamado judicialmente, por lo tanto no es delito.

La realización del tipo no es suficiente, como se ha podido establecer, ya que todos los comportamientos antijurídicos, no son penados por la ley, la ley penal se encamina a prevenir y sancionar cierto tipo de conducta que por su naturaleza y gravedad considera que son necesarios regular. Al analizar, si una conducta es penalmente antijurídica, en primero momento habrá que determinar si se enmarca dentro de alguno de los tipos penales de la parte especial del código penal o de otras leyes que han regulado las conductas antijurídicas. Y segundo momento, se afirmará la antijuricidad al no concurrir ninguna causa de justificación. Por ello se dice que la determinación de la antijuricidad es negativa: una conducta será antijurídica si no concurren causas de justificación que permitan cambiar el pensamiento inicialmente aplicado al caso, es decir, no hay una definición positiva de la antijuricidad, pero esas causas de justificación permiten en primer lugar, al legislador determinar si son antijurídicas o no y en segundo lugar permitir al juzgador para analizar, adecuar y sancionar, por lo que una conducta es típica sino esta justificada por una causa de justificación.

Para englobar a la tipicidad y la antijuricidad se utiliza la expresión "tipo de injusto". El tipo de injusto es la acción típica y antijurídica, que no esta solamente integrada por elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa, descriptiva se refiere a los aspectos generalmente tratados por el legislador como cuestión previa ha agruparlos en un texto o cuerpo, y normativa cuando, ya han sido promulgados y sancionados y, que son de carácter de ley positiva y aplicación inmediata.

Sin embargo, existe división en la doctrina respecto a la relación entre el tipo y la antijuricidad. Las dos principales corrientes son conocidas como la "función indiciaria del tipo" y la "teoría de los elementos negativos del tipo", aspectos que ha tratado Francisco Muñoz Conde:

- *Función indiciaria del tipo.* La tipicidad es un indicio de antijuricidad. Actúa de igual manera que el humo y el fuego. Si vemos humo, posiblemente exista el fuego; si se determina que una acción es típica, posiblemente sea antijurídica, aunque no siempre sea así. Por ejemplo, si alguien mata en legítima defensa estará actuando típicamente pero no antijurídicamente, por esa causa de justificación.
- *Teoría de los elementos negativos del tipo.* La teoría de los elementos negativos del tipo entiende que la antijuricidad es parte de la tipicidad. El Código Penal guatemalteco lo ha interpretado en ese conjunto. Si existen en

la parte general de dicho cuerpo normativo, causas de justificación es por simple economía legislativa. En realidad, cuando el artículo 123 del Código Penal indica que "Comete homicidio quien diere muerte a una persona", debe leerse "Comete homicidio quien diere muerte a una persona sin que concurra causa alguna de justificación". De esta manera, para determinar la tipicidad hay que analizar en primer lugar sus elementos positivos (que exista el tipo objetivo y el tipo subjetivo) y posteriormente sus elementos negativos (que no exista una causa de justificación). Por todo ello, los autores afines a esta teoría definen el delito como "la acción típicamente antijurídica y culpable", que ha sido debidamente legislada en nuestro Código Penal en su artículo 10. Si alguien mata en legítima defensa no comete ninguna acción típica; no comete homicidio. En este caso, tal y como señalan los detractores de esta teoría, matar a una persona es tan irrelevante, penalmente hablando, como matar a una mosca, pero debemos de considerar que el bien jurídico tutelado protegido por la ley penal, "es la vida humana".

"La definición es fácil, pues debe entenderse por tal lo que es contra derecho. Determinar su contenido ya resulta más complicado, porque saber cuándo una acción humana es opuesta al derecho requiere, una apreciación de índole subjetiva. Así, matar a una persona constituye un acto claramente antijurídico, sin embargo, pueden darse circunstancias en que matar a una persona represente un derecho y hasta una acción elogiada. Lo mismo en todos los aspectos del derecho. Por eso, en el examen de cada caso concreto, sólo a

los jueces está reservada la facultad de establecer la juricidad o la antijuricidad de los actos."²³

En términos generales se entiende la antijuricidad como una relación de contradicción con el orden jurídico preestablecido en observancia del principio "nulla poena, sine lege" principio regulado en el artículo 1º., del Código Penal, que como principio de legalidad establece nuestra Constitución Política de la República en materia penal. Sin embargo, algunas acciones en principio contrarias al orden jurídico pueden en determinados casos considerarse finalmente lícitas; ello sucede cuando procede la aplicación de una causa de justificación, la cual convertirá en lícita una conducta que, sin tal causa, sería antijurídica. "Las causas de justificación lo que hacen es permitir excepcionalmente la infracción de los mandatos o prohibiciones contenidos en los tipos, cuando concurren ciertas circunstancias que al legislador parecen más importantes que la protección del bien jurídico protegido en el tipo".²⁴

Una de esas causas de justificación es la legítima defensa regulada por el artículo 24 del Código Penal. Su fundamento reside en la necesidad en la que se pueda encontrar un individuo de defender en forma inmediata sus bienes jurídicos tutelados, unido al hecho de que ellos están siendo agredidos a través de una acción que es injusta, encaminada a lesionarlos y que, por ello, no tiene

²³ Ossorio, Manuel **Ob. Cit**; pág. 76.

²⁴ Díez Ripollés, **Ob. Cit**; pág. 146.

por qué sopórtala, pero que si puede validamente repeler aún en forma directa o indirecta. El legislador ha previsto para estos casos, un precepto permisivo que autoriza realizar el tipo delictivo que sea preciso para neutralizar la agresión ilegítima, como lo es la causa de justificación.

El estado de necesidad, es otra situación que legitima un comportamiento típico. De acuerdo a lo que establece el Artículo 24 inciso 2 del Código Penal, esta situación concurre, cuando se comete un hecho en principio delictivo, obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Se trata de una situación de conflicto de intereses, en la que el peligro actual e inminente para legítimos intereses únicamente puede ser conjurado mediante la lesión de otros intereses o bienes jurídicos.

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

Una tercera causa de justificación mencionada en el Artículo 24 del Código Penal es la denominada de "legítimo ejercicio de un derecho". En este caso la ley alude al cumplimiento de un deber jurídico o al ejercicio de un derecho concretamente establecidos, que posibilitarán convertir la conducta típica, desarrollada a través de su ejercicio en una conducta lícita, que en muchas ocasiones puede ser en cumplimiento del ejercicio de un derecho legítimo, por lo que no existe reclamación real por dicho ejercicio, ante tal situación es una causa de justificación reconocida por la ley.

2.3.3. Culpabilidad

La culpabilidad puede definirse como el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho delictivo por haber realizado la conducta antijurídica, previamente legislada y agregada en un cuerpo legal. Una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico es culpable cuando sea un adulto con todas sus facultades y en el ejercicio pleno de los mismos, además de que conoce la norma prohibida y sin que exista una circunstancia que haga inexigible otra conducta. Como se verá más adelante, la culpabilidad se confirmará cuando no existan causas que la excluyan o la justifique.

Existen distintas teorías que tratan de explicar cuál es el fundamento de ese juicio de reproche que se realiza a la persona a través de la declaración de

culpabilidad, o visto desde el punto de contrario, el por qué ciertas personas que realizan un injusto no son culpables. Éstas pueden agruparse en dos grandes grupos:

- ***El fundamento de la culpabilidad es la libertad del individuo.*** El autor es culpable porque siendo libre para elegir, optó por cometer una acción típica y antijurídica, manifestó su voluntad a través de una actividad idónea. El autor pudo actuar de otra manera pero escogió la conducta prohibida, es decir tomo la decisión la cual surgió desde su mente y materializo a través de su conducta externa. Así, el incapaz no será culpable porque no tiene capacidad para elegir, por su falta de elección y determinación del bien y el mal. La principal crítica que se le hace a esta tesis es que es imposible demostrar que una persona es totalmente libre en su elección, pero si es válidamente cuestionable su conducta, siempre que aporte elementos idóneos concurrentes de un tipo penal. Sin llegar a posturas deterministas, es indudable que existen acondicionamientos sociales, culturales, económicos o de educación que limitan esa capacidad de elección, que deben de tomar en cuenta.
- ***El fundamento de la culpabilidad es la motivación por la norma.*** Deben considerarse no culpables aquellas personas que no pueden ser motivados o compelidos por las normas penales, es decir que están exentos de culpabilidad, aspectos que regula el Código Penal en su artículo 25, entre los cuales esta, el miedo invencible, fuerza exterior, error, obediencia debida y la

omisión justificada. En realidad la norma penal busca motivar a la persona mediante sus mandatos normativos. Por ejemplo, mediante el artículo 123 del Código Penal se quiere evitar que el hombre mate a sus semejantes. Por ello no será culpable aquel que no sea motivable mediante los mandatos normativos. Sin embargo, esta postura no resuelve la objeción que se le puede hacer a la tesis anterior: ¿cómo sabremos si una persona es o no motivable por la norma?

Como comentario personal, me parecen más claras las tesis que parten del libre albedrío. La culpabilidad es la reprochabilidad que se dará, si el sujeto pudo entender lo antijurídico de la conducta y si su ámbito de autodeterminación ha tenido cierta amplitud, pues piensa, evalúa y ejecuta el hecho sujeto a normativa penal, entonces se reprocha dicha conducta y es culpable. La persona será culpable porque eligió realizar un comportamiento que sabía que era típico y antijurídico, que por supuesto estaba integrado en un cuerpo normativo que le es aplicable y que regula esos comportamientos y la sanción que merece, quien se aparta de dicha regulación.

2.3.3.1. Elementos de la culpabilidad

Para que exista culpabilidad es necesario que se den una serie de elementos, sin los cuales desaparece la situación de culpabilidad del sujeto:

- La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Para poder elegir entre distintas opciones, es necesario tener un cierto grado de madurez psíquica, así como capacidad para entender lo que se está haciendo y comprender la ilicitud de una norma. Por ello, no podrá ser culpable un niño o un loco, lógicamente será culpable quien tiene la capacidad de goce y ejercicio de sus derechos.
- El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido. Sólo tiene sentido reprochar a una persona por un comportamiento antijurídico, si conocía a grandes rasgos que era prohibido, se derivaba el riesgo a ser sancionado o penado al manifestar su conducta contraria a la prohibición o norma penal aplicable. Por lo tanto no se podrá decir que alguien eligió libremente cometer un delito cuando ignoraba que dicha conducta era prohibida, pues dentro de las instituciones jurídicas que como fuentes del derecho se aplican en Guatemala, esta la de no alegarse ignorancia de la ley.
- La exigibilidad de comportamiento distinto. El derecho puede exigir comportamientos incómodos pero nunca heroicos o imposibles. Por ello no se hará un juicio de reproche al sujeto que eligió una conducta antijurídica, cuando cualquier otra opción hubiese supuesto un grave perjuicio para su persona, es decir no puede reprocharse cierta conducta a una persona, cuando de por medio esta su seguridad e integridad física, la de sus familiares ó de sus bienes.

La ausencia de cualquiera de estos elementos, tal y como se verá en el próximo capítulo, elimina la culpabilidad. Estos elementos son graduables, por lo que si existe alguna causa que los desnaturaliza pero sin eliminarlos, se atenuará la culpabilidad.

El Artículo 12 del Código Penal, indica que el delito es culposo “cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.

Los autores y tratadista del derecho penal, suelen atribuir a esta palabra dos acepciones distintas: en sentido lato significa la posibilidad de imputar a una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil, siempre que la figura se encuentra preestablecida en un código o cuerpo normativo. En sentido estricto, representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad penal o de responsabilidad civil, es decir que a manifestado su conducta contraria a esa norma jurídica, ya sea esta a través de un hecho reprochable penalmente o su reclamación en cuanto a su cumplimiento.

La culpabilidad es definida por Jiménez de Asúa "como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".²⁵ Esa definición viene a coincidir con la acepción que se ha venido analizando en el presente título, en la cual no se difiere de una gradación de la falta cometida, ni tampoco de la voluntariedad graduada del responsable. Claro

²⁵ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 246.

es que, el concepto primeramente señalado es el que encuadra científicamente dentro de la órbita del derecho penal; en tanto que el segundo es de un contenido vulgar, jurídicamente discutible, porque puede haber culpa sin voluntariedad en cuanto al resultado del acto delictivo.

La coincidencia precitada no va más allá de la determinación de que en toda conducta antijurídica reprochable interviene en el agente una culpabilidad. Ahora bien, esa culpabilidad genérica representa diversos aspectos, entre los cuales son los principales lo que la dividen en dos: la dolosa y la culposa y de ahí que los delitos se distinguen en dolosos y culposos y que nuestro Código Penal, los diferencia en su parte general, en los artículos 11 y 12.

En cuanto a la culpa, referida al delito culposo, es también definida por Jiménez de Asúa al decir que ella existe "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".²⁶

En términos generales, puede decirse que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente

²⁶ **Ibid**, pág. 244.

o, pudiera añadirse, con infracción de reglamentos. Es un concepto contrapuesto al dolo, porque, mientras en la culpa la intención está referida a la acción u omisión que causa el daño sin propósito de hacerlo, ya sea por negligencia, impericia o imprudencia, en el dolo la intención recae sobre el daño mismo que se ocasiona, pues su resultado ha sido previsto y lo ejecuta. Uno de los muchos ejemplos de delito culposo es el del automovilista que comete la imprudencia de marchar a excesiva velocidad, o la negligencia de no haber hecho arreglar los frenos y atropellar a una persona.

Conforme a lo ya indicado, quien ha actuado antijurídicamente ha realizado un comportamiento típico, lesivo de un bien jurídico penalmente protegido, sin que pueda ampararse en una causa de justificación que haga su conducta finalmente lícita. La culpabilidad aporta un elemento más, en cuya virtud se hace un juicio de reproche a quien ha optado por comportarse antijurídicamente, siendo así que ha estado en condiciones de actuar lícitamente esto es, tal como le prescribe el derecho. El reproche se fundamenta en que ha tenido la posibilidad de escoger o si se quiere formular de otro modo, de ser motivado por la norma a abstenerse del comportamiento delictivo.

"Para que una persona sea culpable son necesarios los siguientes requisitos:

- Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas;
- Conocimiento de la antijuricidad, pues el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley, pues sólo así este individuo puede motivarse conforme a la norma;
- Exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en que al sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas.”²⁷

El Código Penal guatemalteco contempla, de acuerdo con los elementos de la culpabilidad señalados, ciertas causas de exención de la responsabilidad cuando no concurren algunos de estos elementos, causas que habrán de llamarse, causas de inculpabilidad. Así, faltará la imputabilidad cuando se den las existentes en el Artículo 23; asimismo faltará el conocimiento de la

²⁷Díez Ripollés, **Ob. Cit**; pág. 147.

antijuricidad en el caso de error de prohibición contenido en el Artículo 25 inciso 3; por último, no se dará la exigibilidad de obediencia al derecho si concurre el Artículo 25 inciso 1.

2.3.4. Punibilidad

"La punibilidad se define como la situación en que se encuentra quien, por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo. Sin embargo, hay circunstancias que, aun existiendo la infracción penal y su autor, éste no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador".²⁸

La punibilidad se configura como el último requisito que debe cumplirse para poder afirmar que se ha dado un delito en todos sus elementos. Con ella nos aseguramos que, no concurren razones de oportunidad o conveniencia favorable a no imponer la pena, aun cuando ya estemos ante un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

En ocasiones existen argumentos político criminales que aconsejan prescindir de la pena, y así lo prevé nuestro legislador. Ese es el caso, por ejemplo de la exención de responsabilidad penal de que gozan determinados

²⁸ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 796.

parientes, en virtud del Artículo 280 del Código Penal, respecto a ciertos delitos contra la propiedad cometidos respecto a otros parientes.

La punibilidad es una categoría del delito que existe excepcionalmente, por razones de política criminal, para fundamentar o excluir la imposición de una sanción, sin embargo, la mayoría de la doctrina latinoamericana no incluye la punibilidad como elemento del delito. Ello por entender que el hecho de que efectivamente se sancione o no el delito no supone que deje de serlo. Si un delito es perdonado no por ello deja de serlo. Por lo tanto se entiende que delito será sólo la acción típica, antijurídica y culpable. Personalmente comparto la opinión de la doctrina latinoamericana y considero que la punibilidad no es un elemento del delito.

No obstante, se van a explicar circunstancias que excluyen la punibilidad en el presente capítulo, con el objeto de que el lector pueda formar su propio criterio. Son circunstancias que excluyen la punibilidad las condiciones objetivas de penalidad y las excusas absolutorias.

Las condiciones objetivas de penalidad, son circunstancias que, sin pertenecer a lo injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Ejemplo de este supuesto es la necesaria declaración de quiebra en el delito del artículo 348 del Código Penal, o la previa calificación

de calumniosa de la acusación o denuncia en el delito de acusación y denuncia falsas (Artículo 453 del Código Penal).

Asimismo se incluyen en este apartado las condiciones objetivas de perseguibilidad, que condicionan no la existencia del delito sino su persecución procesal. En este supuesto estaría la querrela en las injurias o calumnias o la denuncia de los legitimados para ello en los delitos dependientes de instancia particular (Artículo 24 ter del Código Procesal Penal).

Con relación a las excusas absolutorias, la penalidad puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente, por razones de política criminal, no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica antijurídica y culpable. Se trata de causas ligadas a la persona del autor y por lo tanto sólo le afectan a él y no a los demás partícipes.

Ejemplo de ello es el matrimonio de la ofendida con el ofensor en los delitos contra la libertad y seguridad sexuales (Artículo 200 del Código Penal), la exención de pena en delitos patrimoniales (Artículo 280 del Código Penal) o a sediciosos cuando se disuelvan o sometán (Artículo 388 del Código Penal).

2.4. La acción

La academia de la lengua, tomando esta voz en su acepción jurídica la define como derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe. "Para Capitant, es el remedio jurídico por el cual una persona o el Ministerio Público piden a un tribunal la aplicación de la ley a un caso determinado" y "para Couture, es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos jurisdiccionales, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho."²⁹

La acción o conducta es el primer elemento de la teoría del delito y durante muchos años fue el centro de una viva polémica en la doctrina en torno a su concepto. La división entre causalistas y finalistas magnificó una discusión que hipervaloró la importancia de este elemento. Actualmente, la mayoría de la doctrina ha relegado la discusión a un segundo plano, limitándose a estudiar las causas en las que desaparece el delito por no existir acción.

La teoría del delito parte del comportamiento humano. El comportamiento humano es "prejurídico" por cuanto es previo a la norma. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una

²⁹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 21.

parte que valora negativamente y le señala una pena.

Tan sólo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada como delito y motivar una reacción penal. Por todo ello, no podrán constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la intención de delinquir, si éstos no se traducen en actos externos, el cual conocemos como el “*iter criminis*”. Ello es así por cuanto el derecho penal juzga a las personas por lo que hacen y no por lo que son.

Asimismo tampoco serán delictivos los actos cometidos por animales, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza. No obstante, estos podrán ser relevantes en cuanto sean usados como instrumentos para cometer un delito. Por ejemplo, William, dueño de un perro peligroso le ordena que ataque a Alfonso. En este caso, la acción es realizada por William y el perro es simplemente un instrumento, como podría ser una pistola.

Es conveniente aclarar que el término más frecuentemente utilizado por la doctrina es el de acción, aunque otros autores usan conducta, hecho, acto, entre otros... En esta obra, se usan indistintamente dichas expresiones pero todas se refieren al mismo concepto.

Tradicionalmente, las distintas concepciones sobre la acción han dividido la doctrina penal en torno a dos grandes grupos: las posturas causalistas y las finalistas. A continuación, analizaremos los principales aspectos de cada una y el

estado actual de la discusión.

"Los tipos penales se refieren a conductas en general, donde se abarcan tanto los comportamientos activos como omisivos. La conducta o acción en sentido amplio, es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre, y la voluntad implica siempre finalidad; la acción es, ejercicio de una voluntad final. La dirección final de la acción se realiza en dos fases, una interna que ocurre siempre en la esfera del pensamiento, en donde el autor se impone la realización del fin y selecciona los medios, y otra externa u objetiva, en la que realiza lo planeado en el mundo externo."³⁰

Siguiendo el esquema anterior, cuando en un comportamiento humano falta el componente de la voluntad no puede decirse que exista acción, por ejemplo, en los casos de fuerza material irresistible (fuerza exterior los llama el Código Penal en el Artículo 25, inciso 2). En tales casos, como se explicará más adelante, falta la voluntad y en consecuencia, el que actúa violentando por fuerza material irresistible no realiza una acción penalmente relevante. Lo mismo ocurre con los casos de movimientos reflejos, que son ingobernables por la voluntad y aquellos otros que se realizan en estado de inconsciencia no deliberada.

Al realizarse la acción se produce una mutación en el mundo circundante, un resultado. Entre la conducta y el cambio que se produce en el mundo fáctico

³⁰ Díez Ripollés, **Ob. Cit**; pág. 143.

como efecto de esa conducta, debe existir una conexión o relación, que se denomina relación de causalidad. Cuando el resultado no se produce, pese a la ejecución de los actos del delito y a la voluntad en ese sentido manifestada, aparece la figura de la tentativa. Acción y resultado son dos aspectos distintos del delito, que se enlazan precisamente por la relación de causalidad.

CAPÍTULO III

3. Legislación nacional relacionada con las armas de fuego

3.1. Constitución Política de la República de Guatemala

"La Constitución Política de la República reconoce en el Artículo 38, los derechos de tenencia y portación de armas de fuego de uso personal no prohibidas por la ley."³¹

La ley constitucional reconoce a los particulares la portación de armas, remite la regulación de ese derecho a normas con jerarquía de ley, es decir, la portación de cualquier tipo de arma debe estar sujeta a las condiciones que para el efecto imponga la ley respectiva. Esta garantía de legalidad obliga a que solamente el Congreso de la República de Guatemala, puede determinar esas condiciones para el ejercicio de tal derecho, que, como todos los demás, no tiene carácter absoluto e ilimitado sino que se relativiza en orden a valores superiores del ordenamiento constitucional, que consisten en el respeto a la libertad y la seguridad ajena y cuya protección se encuentra en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que dispone que el interés social prevalece sobre el interés particular. "El derecho de portación de armas que se concede a los individuos por la Constitución, únicamente se entiende en razón directa del interés social para que el uso de tales instrumentos se concrete a la defensa persona, que es parte de la seguridad del sujeto, por lo que

³¹ Opinión consultiva, **Gaceta Corte de Constitucionalidad** No. 40, expediente 682-96.

lógicamente se debe permitir la autorización únicamente al tipo de armas que no tengan una potencialidad ofensiva o excesiva para los fines de la propia seguridad de los individuos."³²

El derecho a portar armas se debe considerar dentro del contexto social, como un hecho que la ley reconoce por estrictas causas de necesidad de la persona individual, obligada por razones de peso a sentirse autoprotégida, y no como una universalidad, ya que el supuesto normal es que los particulares no necesitan de armas para su desenvolvimiento social.

3.2. Código Penal

El Código Penal contemplaba una serie de tipos penales relacionados con armas y municiones, los cuales fueron derogados por la actual ley de Armas y Municiones. Sin embargo, quedaron vigentes algunas disposiciones tales como: el delito de disparo de arma de fuego en el Artículo 142, así como incluye dentro de las faltas el disparo de arma de fuego en sitios públicos o frecuentados, y el depósito no autorizado y entrega indebida de arma.

3.3. Ley de Armas y Municiones

³² **Ibid.**

La Ley de Armas y Municiones, Decreto 39-89 del Congreso de la República, es la ley específica y ordinaria que regula las actividades relacionadas con las armas y municiones, así como los controles sobre su circulación. Según el Artículo 2 de la citada ley, "el objeto de la misma es la regulación de la importación, fabricación, enajenación, portación, exportación, almacenaje, desalmacenaje, transporte y servicios relativos a las armas y municiones."

La Ley de Armas y Municiones clasifica las armas de fuego, estableciendo las que están permitidas y las prohibidas; crea el Departamento de Control de Armas y Municiones DECAM, como la institución encargada del control de las armas y municiones, su registro y autorizaciones correspondientes; regula la tenencia y portación de armas de fuego; se enumeran los requisitos para la emisión de las licencias de portación de armas, así como lo relacionado al traspaso de la propiedad de las mismas; los delitos y sanciones correspondientes.

3.4. Reglamento de la Ley de Armas y Municiones

Este reglamento, contenido en Acuerdo Gubernativo 424-91, tiene por objeto regular y establecer los procedimientos relacionados con la autorización, control y supervisión sobre la fabricación, importación, enajenación, tenencia, portación, exportación, almacenaje, desalmacenaje, transporte y servicios

relativos a armas y municiones y polígonos. Asimismo establece la organización y funcionamiento del Departamento de Control de Armas y Municiones.

El reglamento complementa y aclara algunos procedimientos, trámites y requisitos para los temas relacionados con las armas de fuego, desarrollando, como es la función de los reglamentos, la Ley de Armas y Municiones.

3.5. Instructivo DECAM 0-60

Su propósito es informar y comunicar avisos o normas de contenidos en la Ley de Armas y Municiones y su reglamento. Fue emitido el 13 de agosto de 1999 por el Jefe del Departamento de Control de Armas y Municiones.

El instructivo relacionado, establece asuntos de procedimiento y trámite. Algunos de sus artículos fueron declarados inconstitucionales de conformidad a la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 5 de julio del año dos mil, por lo que su articulado se redujo, sin embargo, el reto de dicha normativa continúa vigente y forma parte del marco que regula las actividades relacionadas con las armas.

3.6. Instrumentos internacionales en materia de armas y municiones

"Los Estados empezaron a observar con preocupación las consecuencias e impacto de la proliferación, circulación y tráfico de las armas de fuego en sus territorios y poblaciones así como en los territorios y poblaciones vecinas, es así como se crearon varios instrumentos internacionales que priorizan acciones legislativas, políticas y el involucramiento de la sociedad en la solución del problema."³³

Existen varios documentos en el ámbito centroamericano, regional y universal que abordan el tema de la circulación de armas, y de los cuales Guatemala forma parte. Existen declaraciones políticas, tales como el Programa de Acción de Naciones Unidas para prevenir, combatir y erradicar el tráfico ilícito de armas de fuego y municiones en todos sus aspectos; también instrumentos jurídicamente vinculantes, tales como la Convención Interamericana contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.

Una característica esencial de estos instrumentos, es que representan la profunda preocupación de los Estados partes en la proliferación y tráfico ilícitos de armas de fuego, y son en algunos de los casos, códigos de acción para los Estados, así como legislación vigente entre los mismos.

³³ Instituto de Enseñanza para el Desarrollo Sostenible, **Compilación de legislación guatemalteca e instrumentos internacionales en materia de armas y municiones**, pág. 27.

3.6.1. Tratado marco de seguridad democrática en Centro América

En el ámbito centroamericano se han dado una serie de declaraciones presidenciales sobre el tema del tráfico y control de armas, así como otras declaraciones que involucran sociedad civil, gobiernos, parlamentarios. "Con eficacia jurídica se encuentra el Tratado marco de seguridad democrática en Centroamérica, el cual entró en vigencia en 1997. Este instrumento tiene por objeto servir de marco jurídico que permita el desarrollo del modelo de seguridad democrática."³⁴

En el tema del control de armas, el instrumento relacionado establece el compromiso de los Estados parte de establecer ordenamientos jurídicos nacionales, regulaciones específicas, modernas y armonizadas sobre la materia, así como resolver cualquier situación de tráfico ilegal que no pueda resolverse en el marco de los procedimientos jurídicos nacionales, por medio de la comunicación y cooperación entre las autoridades competentes y establece que el modelo centroamericano de seguridad democrática, se sustenta en la erradicación de la violencia, la corrupción, la impunidad, el terrorismo, la narcoactividad y el tráfico de armas.

³⁴ **Ibid.** pág. 27.

Un compromiso esencial del tratado en la materia del combate al tráfico ilícito de armas, es el establecimiento de regulación específica y armonizada sobre la materia, incorporando el tema de la cooperación regional de las autoridades involucradas y competentes.

3.6.2. Convención Interamericana contra la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados

"Esta convención, conocida también como CIFTA, es un instrumento jurídicamente vinculante para Guatemala. La convención fue ratificada por Guatemala el 5 de febrero del 2003 y se aprobó por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos el 13 de noviembre de 1997."³⁵

Según el Artículo II de la convención, su propósito es "impedir, combatir y erradicar la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados; promover y facilitar entre los Estados parte la cooperación y el intercambio de información y de experiencias para impedir, combatir y erradicar la fabricación y tráfico ilícitos, municiones, explosivos y otros materiales relacionados".

³⁵ **Ibid**, pág. 28.

La convención establece varias definiciones tales como armas de fuego, municiones, fabricación ilícita, tráfico ilícito entre otros. Sirvió de base para la elaboración del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

La convención regula ampliamente lo relacionado a las armas de fuego, y también se refiere a los componentes para su fabricación o partes que puedan ser acoplados a las mismas, a las municiones y explosivos, penalizando el tráfico y la fabricación ilícita de armas, municiones, explosivos y materiales relacionados.

Es oportuno recordar que la convención proporciona la definición de armas de fuego que permite clasificar como tal a *las armas hechas o de fabricación casera*, lo cual es uno de los principales logros y novedades de la misma. Siendo que la convención ya forma parte de la ley guatemalteca, deberá aplicarse este concepto a los casos en los que se involucren armas de este tipo, con el objeto de poder aplicar las sanciones correspondientes, dado que las armas de esta clase son ilícitas desde el momento de su fabricación.

3.6.3. Reglamento modelo para el control del tráfico internacional de armas de fuego, sus partes, componentes y municiones

El Reglamento Modelo para el Control del Tráfico Internacional de Armas de Fuego, sus Partes y Componentes y Municiones, fue elaborado por un grupo de Expertos designados por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas -CICAD-.

El propósito del reglamento está definido por el mismo de la siguiente forma: "establecer, para su uso en forma multilateral, una serie de medidas y procedimientos armonizados para vigilar y controlar el comercio internacional de armas de fuego, sus partes y componentes y municiones para evitar el tráfico ilícito de las mismas, así como su desviación para usos y propósitos ilegales".

El reglamento fue modificado en el 2003 para adicionar el tema de los intermediarios, y se aplica en el caso de la circulación comercial de armas de fuego, municiones y componentes, y no a las transacciones y transferencias entre Estados. Se establece una serie de certificados, de importación, exportación, tránsito, que debe cumplir y llenar cada uno de los Estados involucrados en una transferencia internacional de armas, sin los cuales una transferencia no podría efectuarse.

Se pretende que el Reglamento Modelo sea aprobado por los Estados miembros de OEA, con lo cual se proveerá de nuevos instrumentos de control a los involucrados en la autorización, monitoreo y control de transferencias internacionales de armas.

3.6.4. Programa de acción de Naciones Unidas para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos

El Programa de Acción de Naciones Unidas para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos, fue aprobado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos de la cual surgió el Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en todos sus Aspectos de julio del 2001.

Es un documento de tipo político que contiene una serie de medidas en el ámbito nacional, regional y mundial para combatir el tráfico ilícito de armas, basado en la profunda preocupación en las consecuencias del tráfico.

En el 2003 se realizó la primera reunión bianual de Estados para examinar su aplicación por los Estados Parte, debiendo realizarse la segunda en julio del 2005 y una conferencia para examinar su aplicación en el 2006. Guatemala

aprobó el Programa de Acción y en el 2003 presentó su informe acerca de los avances en la materia.

Debe recalcar que el Programa de Acción hace énfasis en las medidas de tipo nacional, relacionadas con decisiones y prácticas políticas y jurídicas. Entre estas medidas, se encuentran la tipificación de los delitos de fabricación, posesión, almacenamiento y comercio ilícito (en consonancia con la CIFTA); el mareaje; la realización de programas de sensibilización.

Entre las medidas de tipo regional, entre otros, se promueven las negociaciones regionales con el objeto de lograr instrumentos jurídicamente vinculantes. Entre las medidas en el plano mundial, se promueve el reforzamiento de las capacidades estatales para la investigación y detección de armas ilegales.

3.6.5. Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

El Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones, se elaboró tomando como modelo la Convención Interamericana contra la fabricación y tráfico ilícitos de armas de

fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, y es por ello que guardan total consonancia entre sí. Sin embargo, la Convención Interamericana rige regionalmente y el protocolo universalmente.

El protocolo es uno de los tres que complementan la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Esta Convención es el único documento universal jurídicamente vinculante para los Estados parte en el tema.

Según el Artículo 2 del Protocolo, su finalidad es "promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones."³⁶

Ya que para el Protocolo se atendió a los contenidos de la CIFTA, el mismo se aplica a la prevención de la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y a la investigación y enjuiciamiento de los delitos de fabricación ilícita, tráfico ilícito y falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la marca de un arma de fuego (ésta última figura penal no se encuentra en la CIFTA). También incorpora los temas de la incautación y

³⁶ *Ibid*, pág. 31.

destrucción de armas, el mareaje, la necesidad de un sistema eficaz de licencias de armas de fuego y corretaje, entre otros.

3.6.6. Carta de la Organización de los Estados Americanos

Uno de sus propósitos es alcanzar una limitación de armamentos convencionales que permitan dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los estos miembros.

3.6.7. Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados

Su propósitos es impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, promover y facilitar entre los estados parte, la cooperación y el intercambio de información y de experiencias para los fines antes descritos.

3.6.8. Tratado marco de seguridad democrática en Centroamérica

Su función se sustenta en la supremacía y el fortalecimiento del poder civil y también en el tráfico ilícito de armas. Uno de los aspectos más importantes es

que las partes se comprometen a continuar los esfuerzos para la limitación y control de armamentos, por medio de un balance razonable de fuerzas, de acuerdo a la situación de cada Estado.

3.6.9. Convención interamericana sobre transparencia en las adquisiciones de armas convencionales

Su objeto es contribuir a la transparencia en la adquisición de armas convencionales. Los Estados parte se comprometen a informar cada año acerca de las importaciones y exportaciones de armas, incluyendo el tipo y la cantidad de armas.

3.7. Armas de fuego

En la actualidad, diputados del Congreso de la República, presentaron la iniciativa de ley de armas y municiones, que sustituirá a la actualmente vigente, es la primera del paquete de seguridad, que los legisladores ofrecen aprobar. La Comisión de Gobernación del Congreso ya dio dictamen favorable a la iniciativa, y sólo es cuestión de que los legisladores se pongan de acuerdo en el pleno, para que sea aprobada de urgencia nacional.

El principal objetivo de la ley será evitar la proliferación de armas y tener mayor control. Además, busca castigar con penas que van de los 5 a los 12 años a quien sea sorprendido con algún arma sin permiso.

Con relación al contenido de este proyecto de ley, se incluyen las normas más importantes:

- Se crea la Dirección General de Control de Armas y Municiones (DIGECAM), la cual será administrada por el Ministerio de Gobernación.
- Se elimina el Departamento de Control de Armas y Municiones (DECAM).
- Todo traspaso de un arma de fuego entre particulares deberá constar en escritura pública o documento privado, y deberá ser autorizada por el DIGECAM.

Estas son las sanciones que se aplicarían a quienes violen la normativa:

- Las penas por portación ilegal de armas de fuego no tienen medida sustitutiva ni son conmutables.
- Quien incurra en transporte ilegal de armas de fuego será sancionado con prisión de dos a seis años. La pena se incrementará de ocho a 10 años si fueren ofensivas, químicas, biológicas, atómicas y explosivos.

- La portación ilegal de armas de fuego contempla penas de la siguiente forma: si son ofensivas, de ocho a 15 años; defensivas y/o deportivas, de seis a ocho años, y explosivos, de 10 a 15 años.
- Quien porte armas hechizas o de fabricación artesanal será castigado con prisión de tres a cinco años.

3.7.1. Antecedentes

Las **armas** ligeras son **armas** de **fuego** que pueden ser transportadas y descargadas por una persona, al contrario que las **armas** de artillería. Por extensión, también se incluyen en esta categoría las **armas** automáticas que se desarrollaron a partir de las portátiles como las ametralladoras, que usan la misma munición que los fusiles militares o como las ametralladoras de mayor calibre. Dado que la frontera entre las **armas** cortas y la artillería es tan difusa, cada uno de los cuerpos militares define un calibre arbitrario a partir del cual se habla de artillería. Los límites cambian con el tiempo. Estas **armas** no tienen una definición estricta pero por lo general incluyen rifles, pistolas, revólveres, fusiles, ametralladores ligeros y ametralladoras.

Las primeras **armas** cortas que aparecieron fueron modelos en miniatura de **armas** de artillería. En un principio se las llamaba cañones de mano.

Durante el primer cuarto del siglo XIV apareció el cañón de mano, que no era más que un simple tubo de hierro pulido cerrado en un extremo. En éste sólo había un pequeño agujero. El tubo se incrustaba en una pieza de madera redondeada para sujetarla bajo el brazo, se cargaba con pólvora y con una bola de metal y se disparaba metiendo un alambre caliente por el agujero de atrás. Modelos posteriores tenían una pequeña depresión en forma de plato, llamada cazoleta, cerca del agujero de encendido. Ahí se colocaba una pequeña cantidad de pólvora que se encendía con una mecha, que era un trozo de cuerda mojado en una solución de nitrato potásico, secado con posterioridad. Esto hacía que se consumiese sin llama y sin que llegara a apagarse. Pero la pólvora de la cazoleta era difícil de encender, se humedecía con frecuencia y exigía precauciones para evitar los disparos no deseados.

"Las armas de fuego están históricamente relacionadas con luchas, combates y guerras; son y fueron factores determinantes en los conflictos, considerándose pieza clave y fundamental en los niveles de poder de los combatientes. Su surgimiento lo marca el descubrimiento de la pólvora y la tecnología ha propiciado su evolución. Es así como de un arma de mecha se llega a las armas portátiles y livianas de hoy en día."³⁷

³⁷ IEPADES, **Compilación de legislación nacional guatemalteca e instrumentos internacionales en materia de armas y municiones**, pág. 11.

Las armas de fuego son consideradas como instrumentos de defensa personal, por otros como instrumentos de destrucción y muerte, y alrededor de su tenencia, portación y uso, se generan los debates más acalorados, constituyendo uno de los temas más polémicos de discusión. Básicamente existen tres posturas al respecto:

- Los que están de acuerdo con su utilización por suponerlas una extensión del derecho a la vida e integridad personal, considerándolas vitales para su protección y defensa;
- Los que están en contra, en virtud que las mismas son instrumentos letales que ponen en peligro la seguridad del resto de la sociedad; y,
- La posición ecléctica, en la que se acepta la portación civil de conformidad a la ley pero con restricciones, con el fin de asegurar el derecho individual ya su vez el de la sociedad.

Es así como existen sociedades en las que las armas de fuego son parte del diario vivir, como la guatemalteca; y otras como la japonesa, en las que las mismas están vedadas a los particulares.

Algunos estudios establecen que en Guatemala circulan alrededor de 2 millones de armas de fuego ilegales, otros indican que este es el número de armas ilegales en Centroamérica. Las armas registradas en el Departamento de

Control de Armas y Municiones, oscilan en 250,000. En el año 2004, se registraron 22,419 y se incautaron más de 3400 por la Policía Nacional Civil, además el 80% de homicidios se cometieron con arma de fuego.

"Fuera de toda postura ideológica acerca de las armas de fuego, se afirma que en Guatemala existe una circulación legal e ilegal de las mismas, y que se encuentran tanto en manos del Ejército, de la Policía Nacional Civil, de los ciudadanos que las registran de los deportistas de caza y tiro, y de las personas que cometen delitos valiéndose de las mismas."³⁸

3.7.2. Definición de armas de fuego

"Arma se define como todo instrumento destinado al ataque o a la defensa. Se clasifican en ofensivas o defensivas, suelen ensombrecer a la humanidad desde el delito hasta la guerra, sin excluir empleos del bien y de lo justo."³⁹

Se aplica esta denominación a las **armas** o materiales portátiles, ligeros o pesados, que utilizan proyectiles, pólvora y explosivos. La denominación de "**armas** de **fuego**" se debe a que las primeramente inventadas echaban una llamarada por la boca del arma.

³⁸ **Ibid**

³⁹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 85.

El Código Penal, en las disposiciones generales, en el Artículo 1, inciso 3) expresa que: "Arma es todo objeto o instrumento destinado a ofender o defenderse; las sustancias explosivas o corrosivas, y todo instrumento apto para dañar cuando se lleve en forma de infundir temor"

3.7.3. Clasificación de las armas de fuego

3.7.3.1. Armas de hombro

Las **armas** de **fuego** llamadas de hombro o también largas, son aquellas que para su empleo normal requieren estar apoyadas en el hombro del tirador y el uso de ambas manos. Se diferencian primariamente según tengan su cañón:

- Estriado (Estrías son los surcos grabados en el interior del cañón de un arma de **fuego**. Las que presentan su cañón estriado se clasifican a su vez en: Carabinas, cuando el largo del cañón no sobrepasa los 560 mm de longitud. Fusiles, cuando se supera esta medida. Desde el punto de vista legal el régimen jurídico al que están sometidos los fusiles y las carabinas es idéntico.
- Liso, cuando carecen totalmente de estrías. Las que tienen su cañón liso son las "Escopetas", que pueden ser de uno o dos caños y que se cargan normalmente con cartuchos que contienen perdigones.

Carabinas y fusiles, de carga tiro a tiro, repetición o semiautomáticos:

escopetas de carga tiro a tiro, repetición o semiautomáticas:

Puño: pistolas, revólveres y pistolones.

Las **armas** de puño, también llamadas cortas, son aquellas que han sido diseñadas para ser empleadas normalmente utilizando una sola mano sin ser apoyada en otra parte del cuerpo. Dentro de las **armas** de puño se distinguen básicamente tres:

- Pistolas: Son las **armas** cortas de uno o dos cañones de ánima rayada, con su recámara alineada permanentemente con el cañón. Pueden ser tiro a tiro, de repetición o semiautomáticas. Los modelos actuales y más comunes corresponden a las semiautomáticas: COLT.45, BROWNING 9 MM, BERSA .380, etc.
- Revólveres: Son las **armas** de puño de ánima estriada que poseen una serie de recámaras en un cilindro o tambor giratorio montado coaxialmente con el cañón. Un mecanismo hace girar el tambor de modo tal que las recámaras son sucesivamente alineadas con el ánima del cañón. Pueden ser de acción simple o doble. Los más modernos son de doble acción: Colt, Smith & Wesson, Ruger, Taurus, Rubi, Doberman, etc.

- Pistolones: Es un arma de caza, de puño y tiro a tiro, de uno o dos cañones de ánima lisa, que se carga normalmente con cartuchos conteniendo perdigones.

3.7.4. Armas de fuego defensivas

El Artículo 5 de la Ley de Armas y Municiones establece: "Arma de fuego defensiva. Para los efectos de la presente ley se entiende por arma defensiva, los revólveres y pistolas semiautomáticos de cualquier calibre, así como las escopetas de bombeo, semiautomáticas de retrocarga, siempre que su largo de cañón no exceda de cincuenta centímetros o veintidós pulgadas".

3.7.5. Armas ofensivas

El Artículo 6 de la citada ley regula: "Arma ofensiva. Se entiende por arma de fuego ofensivas, todas las que han sido fabricadas para tal propósito, ya sea de uso individual o manejo colectivo. Las de uso individual comprenden: pistolas de ráfagas indeterminante, múltiple o manejo colectivo y/o continuo, subametralladoras ligeras y pesadas, cañones, ametralladoras, aparatos de lanzamiento y puntería de granadas y proyectiles impulsados o propulsados. Se incluye también, cualquier tipo de granadas, explosivos no industriales y/o

elementos necesarios para su lanzamiento, así como las armas de fuego y sus municiones diseñadas con propósitos bélicos".

3.7.6. Armas deportivas

Según el Artículo 7 de la citada ley, "Las armas deportivas son armas de fuego cortas, armas de fuego largas y armas de fuego de caza. Son armas de fuego deportivas cortas, las pistolas y revólveres utilizados en eventos internacionales olímpicos y otros organizados por la Federación Nacional de tiro y entidades deportivas reconocidas por la ley. Son armas de fuego deportivas de caza, revólveres, pistolas, rifles, carabinas, escopetas u otras características, cuyo alcance y/o poder haya sido diseñado para tal propósito. Se entiende por carabina deportiva o de caza, aquellas cuyo funcionamiento sea mecánico o semiautomático".

3.8. Armas de acción por gases comprimidos

El Artículo 8 de la misma ley establece: "Armas de acción por gases comprimidos. Las armas de acción por gases comprimidos, son pistolas y rifles que para impulsar un proyectil necesiten liberar cualquier tipo de gas previamente comprimido, ya sean accionados por émbolo o gas envasado y que utilicen municiones hasta de 5.5 milímetros".

3.9. Fabricación, tenencia y tráfico de armas de fuego

3.9.1. Antecedentes

Lo que motiva la mayoría de inventos humanos, es la búsqueda de satisfactores de necesidades y esto ha sido lo que ha llevado a la invención de las armas, ya sea defensiva u ofensivas. Primitivamente la utilidad de las armas fue un medio de sobrevivencia en un medio hostil como debió ser la selva y los animales salvajes, por la necesidad de defenderse, así como los instrumentos de cacería utilizados como medios de llevar el alimento al grupo o a la familia, más adelante, a estas armas primitivas que sólo eran utilizadas para la cacería y en defensa de la propia integridad se les encontró otra utilidad tal como el dominar a otros seres iguales, lo que originó la esclavitud, así surgió la comunidad donde ya existían esclavos y esclavistas, donde el poder quedó manifiesto por la posesión de las armas de guerra.

El apareamiento de las armas defensivas es consecuencia lógica de las ofensivas, tal como los medicamentos a las enfermedades. El arma antigua que se tiene conocimiento como defensiva es el escudo, que primitivamente se redujo a una piel animal arrojada en el brazo que podía aliviar los golpes del adversario. En la edad de bronce aparece el casco como protector de la cabeza.

Como forma de multiplicar el desastre que se le podría ocasionar al enemigo, aparece la pólvora y las armas portátiles, tales como la pistola y el revólver, el fusil y la ametralladora.

Considero que actualmente, el significado de armas de fuego tiene mucha importancia porque ya estamos en una época en la cual la delincuencia se ha apropiado de diversas armas de fuego y no existen mecanismos especializados para evitar su proliferación, ante todos aquellos que las ingresan en forma ilegal y que las venden en el mercado negro.

3.9.2. Definición

Por fabricación se entiende al establecimiento dotado de maquinaria, herramienta e instalaciones necesarias para la realización de objetos, obtenidos de determinados productos, aumentar o mejorar la transformación de una fuente de energía.

"En Guatemala, ingresan 64 millones de municiones y que el número de armas registradas legalmente es de cien mil, de lo que se determina que se precisa de un promedio de ciento sesenta y cinco mil disparos diarios para agotar la existencia de las municiones mencionadas."⁴⁰

⁴⁰ Siglo XXI, edición 2223 del 27 de junio de 1997, pág. 3.

"Se tiene información, que se solicitaron 169 millones de municiones y 56 mil armas en 1997 entre las 85 empresas dedicadas al negocio de la venta de armas y municiones, de ese total han ingresado 5 millones 136 mil cartuchos y en la siguiente mitad del citado año, el ingreso de este equipo bélico aumentó considerablemente, debido a que lejos de disminuir, la proporción va en aumento hasta la presente fecha".⁴¹

También se tiene certeza que por cada arma vendida legalmente, se negocian entre 10 y 15 ilícitas en el mercado negro, es decir, de armas totalmente ilícitas, lo que se prueba con el hecho de que sólo las armas decomisadas son tantas como las registradas.

⁴¹ **ibid.**

CAPÍTULO IV

4. Delitos regulados en la Ley de Armas y Municiones

La Ley de Armas y Municiones, Decreto número 39-89 del Congreso de la República, regula los ilícitos penales que a continuación se describen:

- Delito de importación ilegal de armas lo comete quien ingrese al territorio nacional sin declarar en la aduana respectiva, armas de las clasificadas en esta ley, como defensivas y/o deportivas. Artículo 83.
- Delito de importación ilegal de municiones para armas de fuego, lo comete quien ingrese al territorio nacional sin declarar en la aduana respectiva, municiones para armas de fuego de cualquier clase. Artículo 84.
- Delito de fabricación ilegal de armas, lo comete quien sin contar con la licencia respectiva del DECAM, fabrique armas de fuego. Artículo 85.
- Delito de fabricación ilegal de municiones para armas de fuego, lo comete quien sin contar con la licencia respectiva, fabrique munición para armas de fuego de cualquier tipo. Artículo 86.

- Delito de posesión ilegal de máquinas reacondicionadoras de munición para armas de fuego, lo comete quien sin contar con licencia del DECAM, tenga en su poder cualquier tipo de las mismas. Artículo 87.
- Delito de posesión ilegal de materiales de fabricación y/o reacondicionamiento de municiones para armas de fuego, lo comete quien tenga en su poder pólvora especial y fulminantes para tal fin sin haber obtenido licencia del DECAM. Artículo 88.
- Delito de exportación ilegal de armas de fuego, lo comete quien sin haber notificado previamente al DECAM, exportare armas del territorio nacional. Artículo 89.
- Delito de exportación ilegal de municiones para armas de fuego, quien sin haber notificado previamente al DECAM, exportare municiones de este tipo del territorio nacional, para trasladarlas a cualquier otro país. Artículo 90.
- Delito de transporte y/o traslado ilegal de armas de fuego, lo comete quien sin contar con licencia del DECAM, transporte o traslade armas de fuego en el territorio nacional. Artículo 91.
- Delito de transporte y/o traslado ilegal de municiones para armas de fuego, lo comete quien sin contar con licencia del DECAM, transporte y/o traslade más

de 500 municiones para armas de fuego defensivas y/o deportivas. También comete este delito quien transporte y/o traslade dentro del territorio nacional, cualquier cantidad de municiones para armas de fuego ofensivas. Artículo 92.

- Delito de tenencia ilegal de armas de fuego ofensivas, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas y armas experimentales, lo comete quien tuviere una o más armas de esta clase, sin estar autorizado. Artículo 93.
- Delito de depósito ilegal de armas defensivas y/o deportivas, lo comete quien sin haberlas registrado en el DECAM, tuviere en su poder 5 o más armas de esta clase. Artículo 94.
- Delito de tenencia de depósito ilegal de armas de fuego ofensivas, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas y armas experimentales, lo comete quien las tuviere en su poder, sin estar autorizado por el DECAM. Artículo 95.
- Delito de tenencia ilegal de munición para armas de fuego, lo comete quien tuviere en su poder munición exclusiva para armas de fuego ofensivas, antiblindaje, explosiva, incendiaria o envenenada con productos químicos o naturales. Artículo 96.

- Delito de portación de armas blancas ofensivas, lo comete quien portare armas de esta clase. Artículo 97.
- Delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, lo comete quien sin licencia del DECAM o sin estar autorizado legalmente, portare armas de fuego de las clasificadas como defensivas, deportivas o de ambas clases. Artículo 97 A.
- Delito de portación ilegal de armas de fuego ofensivas, lo comete quien sin autorización, portare armas de esta clase. Artículo 97 B.
- Delito de portación ilegal de explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales, lo comete quien sin autorización, portare armas bélicas de esta clase. Artículo 97 C.
- Delito de tenencia de armería ilegal, lo comete quien sin contar con licencia del DECAM, de manera permanente o habitual le dé mantenimiento o reparación a armas de fuego que no sean de su propiedad. Artículo 98.
- Delito de construcción clandestina de polígonos para tiro con armas de fuego, lo comete quien sin autorización del DECAM, instale o acondicione lugares para la práctica de tiro con armas de fuego. Artículo 99.

- Delito de uso de armas de fuego en polígonos clandestinos para tiro, lo comete quien haga práctica de tiro en un polígono que carezca de autorización legal. Artículo 100.
- Delito de modificación ilegal de armas de fuego, lo comete quien emplace, modifique o transforme los mecanismos de las armas de fuego, para que puedan accionar de una manera diferente a la que fueron diseñadas. Artículo 101.

4.1. Delito de fabricación ilegal de armas de fuego

Este delito lo comete quien sin contar con la licencia respectiva, fabrica armas de fuego, Si la fabricación es de armas defensivas y/o deportivas, la pena es de uno a tres años de prisión y como pena accesoria ordena el comiso de las armas. En el caso que las armas sean de fuego y blancas ofensivas, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas y armas experimentales, la pena es de cuatro a seis años.

Tanto en el presente delito como en los demás casos, es de hacerse notar que el legislador incurre en el error de denominar incorrectamente el nombre de la pena.

4.2. Delito de portación ilegal de armas de fuego

Como anteriormente se mencionó, el delito de portación ilegal de armas de fuego, se encuentra regulado en la Ley de Armas y Municiones, norma guatemalteca vigente positiva.

4.3. Instrumentos internacionales adoptados por Guatemala

Los instrumentos internacionales adoptado por Guatemala, vienen a reforzar los contenidos de la ley interna y otras disposiciones sobre el control. Algunos instrumentos internacionales son declaraciones políticas y otros tienen efectos jurídicamente vinculantes para el Estado de Guatemala. Sin embargo, todos ellos guardan conexión entre sí, proponiendo medidas jurídicas, políticas, de comunicación y otras para erradicar el tráfico ilícito de armas, municiones y otros materiales.

El Tratado Marco de Seguridad Democrática y la Convención Interamericana contra la Fabricación y Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, explosivos y otros materiales relacionados, poseen efectos jurídicamente vinculantes para Guatemala y forman parte de su ordenamiento jurídico.

El Programa de Acción de Naciones Unidas y el Protocolo adicional son dos documentos de tipo universal; el Programa de Acción es de carácter político, y el Protocolo es jurídicamente vinculante, en concordancia con la Convención Interamericana. El reglamento modelo, proporciona las herramientas para el control de los procedimientos de importación, exportación y tránsito de los embarques de armas, municiones y componentes y permite una estandarización de los procesos aduanales, de registro y control, lo cual reforzara las legislaciones nacionales de los Estados que los adopte e implemente.

En el ámbito internacional, el Estado de Guatemala, ha adquirido compromisos políticos y otros jurídicamente vinculantes que determinan el marco en el cual el Estado debe actuar con relación a las armas y municiones y sus relaciones con los demás Estados. A continuación se presentan dos cuadros con el fin de clarificar tales contenidos:

INSTRUMENTO	TIPO	CONTENIDO	VIGENCIA
Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica	Centro Americano	Seguridad democrática, armonización de la legislación centroamericana sobre tráfico de armas. Cooperación regional en la materia.	1997
Convención Interamericana CIFTA	Interamericano	Incorporación de definiciones sobre armas, tráfico ilícito, municiones, otros. Establece una cláusula de extradición. Obligación de tipificar el tráfico y fabricación ilícita en los ordenamientos nacionales.	2003
Protocolo que complementa la Convención contra la delincuencia organizada transnacional	Universal	Definiciones de conformidad a la CIFTA y agrega el tema de la localización. Incorporación del delito de obliteración, supresión o alteración ilícitas de la marca de un arma.	2005
Programa de acción de Naciones Unidas para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos	Universal	Medidas de tipo nacional, regional y universal sobre control de armas y municiones.	2001
Reglamento modelo para el control del tráfico internacional de armas de fuego, sus partes, componentes y municiones	Inter Americana	Estandarización de procedimientos sobre transferencias de armas de fuego y la incorporación del tema de los intermediarios.	2004

CAPÍTULO V

5. Necesidad de regular el delito de fabricación y portación de las armas de fuego denominadas hechizas, para evitar que en sentencia se apliquen por analogía los Artículos 85 y 97A de la Ley de Armas y Municiones

La Constitución Política de la República de Guatemala regula que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penados por ley anterior a su perpetración.

En el orden penal, este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen, nullum poena sine lege* como una lucha por el derecho. Opera como opuesto al *ius incertum*, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional. De ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos.

En parecidos términos se expresa en el Artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivos según el derecho aplicable".

El principio postula que solamente la ley es fuente formal del derecho penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado.

La ley penal guatemalteca con claridad y en forma expresa establece que por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones, esta norma es congruente con el principio constitucional que preceptúa que no hay delito ni pena sin ley anterior.

Asimismo, los jueces tienen la obligación de resolver los conflictos jurídicos sometidos a su jurisdicción, sin crear o modificar la ley penal o aplicarla por analogía.

5.1. Derecho comparado de las armas de fuego hechas en Centroamérica

Es alarmante el impacto de las armas pequeñas y armamento ligero en Centroamérica en los años que siguieron al fin de las hostilidades armadas de las décadas de 1980 y los comienzos de 1990. Centroamérica alude a los países hispano parlantes del istmo, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Panamá.

La definición de armas pequeñas y armamento ligero usada en Guatemala, también es la establecida por las Naciones Unidas (1997), que cubre un amplio rango de armamentos incluyendo armas de fuego y armas militares que pueden ser usadas por un soldado o un pequeño equipo.

"Armas pequeñas, armas de fuego y armamento son usadas más o menos de manera intercambiable en el documento. Las armas de fuego militares y civiles son el foco principal, pero por el tipo de violencia que afecta en el presente a Centroamérica, se discute también sobre otras armas tales como granadas de mano y pistolas hechizas. Las tasas de homicidio, y más específicamente las tasas relacionadas con homicidios por armas de fuego, son los indicadores primarios usados para medir el impacto de las armas en las sociedades centroamericanas. Otros indicadores a los que se han dado aquí consideraciones más anecdóticas incluyen el crimen armado y las tasas de lesiones, el crecimiento en la industria de la seguridad privada, los costos de la violencia vinculada a las armas de fuego en el sistema público de salud, el impacto de tales crímenes en la economía y los efectos de la violencia armada en la gobernanza de áreas rurales remotas." ⁴²

El armamento de tipo militar, armas de fuego comerciales y armas hechizas se han difundido en buena parte de los países previamente afectados por el

⁴² **"Derecho comparado de armas de fuego en Centroamérica"**, enero de 2007. www.smallarmssurvey.org. (18 de enero de 2007).

conflicto como Guatemala, El Salvador y Nicaragua, hacia países relativamente pacíficos como Honduras, Costa Rica, Panamá y México.

"En el Salvador se refieren a las armas hechizas o armas hechas en casa. Este tipo de armas con frecuencia son señaladas por las autoridades como un problema asociado con las pandillas juveniles. Las chimbas son la principal escogencia de las maras porque son baratas, fáciles de usar y fáciles de descartar. En Santa Ana, en la parte norte de El Salvador, talleres artesanales producen imitaciones de pistolas .22, .38 y 9mm. conocidas como tacos. Entre los meses de enero y agosto 2000, más de 200 de esas armas fueron confiscadas por la policía en Santa Ana. Talleres clandestinos de pequeña escala están siendo descubiertos a través del país. Si bien estas armas—que a menudo usan partes y materiales de otras armas como componentes—son probablemente más caros que las chimbas, aún así son baratas, fáciles de usar y de descartar y difícil de seguir por las autoridades."⁴³

La ya excesiva circulación de armas pequeñas en Centroamérica parece exacerbar la necesidad de producir aún más armamento para segmentos de la sociedad que quieren, necesitan o perciben la necesidad de adquirir poder de fuego a bajo costo.

⁴³ **Ibid.**

En Guatemala las confiscaciones siguen aumentando. La mayoría de las armas confiscadas son pistolas y revólveres, mientras que los rifles y las escopetas solo constituyen una pequeña proporción. Hay también un notable aumento en confiscaciones de armas hechizas o armas caseras.

5.2. Presupuestos de la analogía

El jurista Nicolás Coviello, manifiesta que los presupuestos de la analogía jurídica son los siguientes:

- Es necesario que se trate de un caso en el que el legislador no ha previsto norma si hubiere sido prevista, aunque aparezca claramente comprendido en la letra de la ley, tiene lugar la interpretación extensiva.
- La relación no contemplada, aunque diversa de las previstas, debe tener semejanza con alguna de ellas; debe tener un elemento de identidad.
- Tal elemento de identidad no debe ser uno cualquiera, sino aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista.

5.3. Legislación nacional que contiene normas relacionadas con la analogía

5.3.1. Ley del Organismo Judicial

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

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

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

5.3.2. Código Penal

En materia penal se encuentra prohibida la analogía jurídica, el Artículo 7 del Código Penal, que norma: "Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones", esta norma es congruente con el principio de legalidad que informa el derecho penal: *nullum crimen, nulla pena sine lege*, es decir no existe crimen, no existe pena, si no existe ley. Este principio de legalidad contenido en el Artículo 1 del Código Penal, excluye definitivamente, el procedimiento analógico, en materia penal, lo cual es concreción del Artículo 17 de la Constitución Política de la República, que norma "no hay delito, ni pena sin ley anterior".

5.3.3. Código Procesal Penal

El Artículo 14 segundo párrafo establece que las disposiciones de esa ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente, en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.

5.3.4. Código de Trabajo

El Artículo 326 regula que en cuanto no contraríen el texto y los principios procesales que contiene la citada normativa, se aplicarán supletoriamente las

disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil. Si hubiere omisión de procedimientos, los tribunales de trabajo y Previsión social, están autorizados para aplicar las normas de las referidas leyes por analogía, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución que decida imparcialmente las pretensiones de las partes.

5.3.5. Código Procesal Civil y Mercantil

El Artículo 200 regula que son aplicables al juicio oral todas las disposiciones del juicio ordinario en cuanto no se opongan a lo preceptuado a esa normativa.

El Artículo 230 regula que son aplicables al juicio sumario, todas las disposiciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a lo preceptuado en éste título.

5.4. Interpretación de la analogía jurídica en la legislación guatemalteca

Como autora del presente trabajo de investigación, en cuanto a la interpretación de la analogía en la legislación guatemalteca, considero lo siguiente:

- La Ley del Organismo Judicial, contempla la analogía como un método de interpretación y no como método de integración. Ello significa que la analogía debe de utilizarse para interpretar el sentido de la ley y si puede aplicarse a un caso con características iguales o similares.
- Que no se encuentra en el derecho sustantivo guatemalteco algún caso que nos remita a la analogía, salvo en materia procesal.
- La Ley respectiva regula que los jueces no pueden suspender, ni denegar la administración de justicia, sin incurrir en responsabilidad; en ningún momento se está autorizando a la creación de la norma jurídica para el caso concreto. Por el contrario, se refiere a que obligadamente debe de conocer el planteamiento de todo conflicto, derivado de la inobservancia de la norma, al conocer de los conflictos se puede denegar la pretensión de quien acciona y con ello se cumple con lo establecido por ésta norma.

5.5. Aplicación por analogía, en sentencias condenatorias de las figuras de fabricación y portación ilegal de armas de fuego a casos de fabricación y portación de instrumentos fabricados ilegalmente con funciones ofensivas de un arma de fuego

A continuación se agrega la hipótesis planteada en el plan de investigación respectivo: "Ante la falta de regulación de las conductas de las personas que

fabrican y/o portan armas hechizas o artesanales con fines ofensivos, los jueces aplican por analogía los Artículos 85 y 97 A de la Ley de Armas y Municiones, Decreto 39-89 del Congreso de la República"

Para confirmar la hipótesis planteada, se transcribe en forma conducente, la parte resolutive de la sentencia número C43-2003 Oficial 1º. del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco, departamento de Guatemala:

II. DE LA ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS. El Ministerio Público solicitó la apertura a juicio y formuló el siguiente hecho de acusación: "Que el día treinta y uno de diciembre del año dos mil dos, fue detenido a las veintitrés horas sobre la quinta calle uno guión cuarentisiete, Colonia Belencito, zona siete del municipio de Mixco, por los elementos de la Policía Nacional Civil, Juan Luis González Rosa, Ovidio Waldemar Santa Cruz Che y el Subinspector Roberto Turcios Morales, al haberlo sorprendido portando en la mano derecha una bolsa de nylon color blanco, con una escopeta hechiza, formada por dos tubos galvanizados color negro, en cuyo interior se encontraba un cartucho calibre doce milímetros, marca águila, color verde". El Juez Segundo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de Mixco, del departamento de Guatemala, quien fungió como contralor de la investigación dictó apertura a juicio en los mismos términos.

V. DE LAS RESPONSABILIDADES CIVILES Y DE LAS COSTAS

PROCESALES. En virtud de no haberse ejercitado la acción civil derivada del delito, no se hace pronunciamiento alguno respecto a las mismas. Por mandato legal, siendo la parte vencida dentro del presente juicio, se condena a Jorge Daniel Pérez Godoy, al pago de las costas procesales causadas en el diligenciamiento del presente proceso.-----

VI. PARTE RESOLUTIVA CON MENCIÓN DE LAS DISPOSICIONES

LEGALES APLICABLES: Este Tribunal, con fundamento en lo considerado en lo que para el efecto regulan los artículos 1, 5, 6, 12, 14, 16, 22, 256, 29, 203, 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8 y 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos; 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5, 7, 11 bis, 14, 19, 20, 24 bis, 40,, 43, 48, ,70, 71, 91, 92, 102, 108, 129, 142, 160, 169, 181, 182, 185, 186, 207, 211, 219, 225, 317, 354, 355, 356, 358, 360, 362, 363, 364, 365, 368, 369, 370, 371, 372, 375, 376, 377, 378, 380, 382, 383, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 395, 396, 397, 507, 508, 511 del Código Procesal Civil y Mercantil; 1, 2, 4, 10, 11, 14, 20, 36, 41, 44, 51, 56, 60, 65, 68, 72, del Código Penal; 5, 6, 7, 97 A, de la Ley de Armas y Municiones, 141, 142, 143, 144, 147, 153, 154 de la Ley del Organismo Judicial, al resolver POR UNANIMIDAD, DECLARA: I. Que el procesado Jorge Daniel Pérez Godoy, es autor responsable del delito de PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DEFENSIVA Y/O DEPORTIVA. II. Que Por tal infracción penal se le impone la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN

conmutables a razón de cincuenta quetzales diarios, la que en caso de no hacer efectiva, deberá purgar con abono de la efectivamente padecida en el centro de detención que determine el Juez de Ejecución que corresponda. III. Que suspende al acusado en el ejercicio de sus derechos políticos por el tiempo que dure la condena. IV. Condena al acusado al pago de las costas procesales causadas. V. No se hace pronunciamiento alguno en cuanto a las responsabilidades civiles, por las razones consideradas. VI. Se ordena el comiso del arma de fuego tipo artesanal, consistente en dos tubos, ordenando su destrucción. VII. Certifíquese lo conducente en contra de Patrocina Evangelina Roca Escobar, por el delito de falso testimonio. VIII. Encontrándose el sindicado guardando prisión preventiva, lo deja en la misma situación hasta que el presente fallo cause firmeza. IV. Dése lectura a la presente sentencia, hágase entrega de las copias correspondientes a las partes del presente juicio, lo que equivale a su notificación. Háganse las comunicaciones correspondientes y al encontrarse firme la presente sentencia, remítase las actuaciones al juez de ejecución correspondiente para los efectos de ley. XI. NOTIFÍQUESE.

5.6. Comentario personal

Para el caso de la legislación penal guatemalteca, el Código Penal excluye la analogía y regula que los jueces no pueden crear figuras delictivas ni aplicar sanciones. El fundamento de esa disposición se respalda con el principio de

legalidad, por lo que se deduce que utilizar la analogía para integrar la ley penal frente a una laguna legal, se considera prohibido porque lesiona el principio de defensa constitucional, es decir, que no puede juzgarse si no hay delito ni pena sin una ley anterior que los haya establecido. Es oportuno indicar que en la ley penal no debe haber ninguna laguna legal, sino que hay inexistencia de delito y en ese caso, el juez debe absolver o sobreseer al imputado de un delito inexistente que no puede juzgarse por analogía.

Derivado de la regulación legal mencionada anteriormente, los jueces no pueden dejar de resolver un caso concreto designado a su conocimiento y resolución con el pretexto de oscuridad, insuficiencia de la ley o laguna legal, con la finalidad de juzgarlo de la misma manera, tratando de integrar la ley penal. Cuando se da alguno de estos presupuestos, los juzgadores se obligan a aplicar la analogía por considerar que esta figura es la semejanza para resolver un caso no previsto en la ley, siendo ilegal y prohibido por la Constitución Política de la República y particularmente por el Código Penal.

Es importante mencionar que la analogía está permitida en otras ramas del derecho como el civil, mercantil y administrativo, para resolver algún caso no contemplado en la ley, no así para el área penal que se encuentra prohibida en forma expresa e indubitable.

Considero que la analogía no debe aplicarse cuando existe ausencia completa de una regulación legal que establezca el caso que se está resolviendo en un órgano jurisdiccional. La opinión anterior se deriva porque tanto la ley constitucional como el Código Penal, establecen que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. De ello deviene que legalmente no es procedente emitir una sentencia condenatoria por analogía, porque no hay una figura delictiva en la ley respectiva que encuadre con el hecho cometido en el caso específico de los Artículos 85 y 97 A de la Ley de Armas y Municiones.

CONCLUSIONES

1. La ley penal guatemalteca, con claridad y en forma expresa establece que por analogía los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones; esta norma es congruente con el principio de legalidad que regula que si no hay crimen, no existe pena, no existe ley, respaldado por la Constitución Política de la República que preceptúa que no hay delito ni pena sin ley anterior.
2. El Código Penal no tipifica la figura de fabricación y/o portación ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas como un delito objeto de sanción penal.
3. En la actualidad, los tribunales de sentencia penal emiten sentencias por analogía, condenando por el delito de portación ilegal de armas de fuego, por considerar que existe similitud de este delito con el de fabricación y/o portación ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas, que en la ley penal vigente no está tipificado.
4. Los jueces están obligados a resolver los conflictos jurídicos sometidos a su jurisdicción, ello no implica que cualquier método de interpretación debe conducir a descubrir el sentido de la ley, pero nunca a crearla, modificarla o aplicarla por analogía.

RECOMENDACIONES

1. De acuerdo con el Artículo 7 del Código Penal, los jueces no emitan sentencias condenatorias por analogía, para no lesionar el principio de legalidad constitucional y el principio que regula no hay delito ni pena sin ley anterior.
2. No se es conveniente emitir sentencias por analogía porque el Código Penal no tipifica la figura de fabricación y/o portación ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas como un delito objeto de sanción penal.
3. Si los jueces están obligados a resolver los conflictos jurídicos sometidos a su jurisdicción, ello implica que utilicen cualquier método de interpretación debe conducir a descubrir el sentido de la ley, pero nunca a crearla, modificarla o aplicarla por analogía.
4. Es necesario reformar la Ley de Armas y Municiones, Decreto número 39-89 del Congreso de la República, adicionando la figura delictiva de fabricación y/o portación ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas, con la finalidad de proporcionarles a los juzgados y tribunales de sentencia penal, la herramienta indispensable para la aplicación de la justicia sin recurrir a la analogía en forma inadecuada.

ANEXOS

PROPUESTA DE LA REFORMA DE LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO...

CONSIDERANDO:

Que el Congreso de la República conoce y apoya el Plan de Modernización y actualización que ha emprendido el Organismo Judicial, a fin de modernizar los procedimientos que tienen a su cargo los operadores de justicia para resolver los conflictos que son sometidos a su conocimiento.

CONSIDERANDO:

Que el Código Penal establece en forma expresa que por analogía los jueces no pueden crear figuras delictivas, ni aplicar sanciones, tal normativa es congruente con el principio constitucional que no hay delito ni pena sin ley anterior, puesto que no son punibles las acciones y omisiones que no estén calificadas como delitos o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.

POR TANTO:

En ejercicio de las funciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente reforma a la Ley de Armas y Municiones, Decreto número 39-89 del Congreso de la República.

Artículo 1. Se adicionan los Artículos 85 A Y 97 D de la Ley de Armas y Municiones, Decreto número 39-89 del Congreso de la República, los cuales quedan así:

Artículo 85 A. Fabricación ilegal de armas de fuego hechizas, artesanales o caseras. Comete el delito de fabricación ilegal de armas fuego hechizas, artesanales o caseras, quien sin contar con la licencia respectiva del DECAM, las fabrique. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres a cinco años de prisión y comiso de las armas.

Artículo 97 D. Portación ilegal de armas de fuego hechizas, artesanales o caseras. Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego hechizas, artesanales o caseras, quien sin autorización, portare armas de esta clase. El responsable de este delito será sancionado con seis a ocho años de prisión y comiso de las armas.

Artículo 2. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario de Centro América, órgano oficial del Estado.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala, a los _____ días del mes de _____ del año dos mil _____

f) Presidente del Congreso

f) Secretario

Cuestionario de investigación de campo

Encuesta de investigación de trabajo de tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

El presente cuestionario está dirigido a Jueces de los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Jueces de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente y Abogados litigantes.

DATOS GENERALES:

1. Profesión u oficio: _____

2. Fecha: _____

INSTRUCCIONES:

Conteste la pregunta colocando una X en el cuadro correspondiente.

1. ¿Tiene conocimiento de la legislación nacional relacionada con las armas de fuego?

SÍ

NO

2. ¿Conoce el contenido de la Ley de Armas y Municiones y su reglamento?

SÍ

NO

3. ¿Considera usted que existen instrumentos internacionales en materia de armas y municiones aceptados y ratificados por Guatemala?

SÍ

NO

4. ¿Conoce los diferentes tipos de armas de fuego que regula la Ley de Armas y Municiones?

SÍ

NO

5. ¿Tiene conocimiento que la Ley de Armas y Municiones no regula como figura delictiva la portación y fabricación ilegal de armas artesanales o hechizas?

SÍ

NO

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

SÍ

NO

7. ¿Tiene conocimiento que los tribunales respectivos, emiten sentencias condenatorias por portación y fabricación ilegal de armas artesanales o hechizas, aplicando por analogía los delitos de portación y fabricación ilegal de armas de fuego?

SÍ

NO

8. ¿Considera que las sentencias condenatorias por analogía ya mencionadas, violan el Artículo 17 constitucional el cual establece que no

hay delito ni pena sin ley anterior y el Artículo 175 que regula la jerarquía constitucional en cuanto a que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, siendo nulas de pleno derecho?

SÍ

NO

9. ¿Considera que son inconstitucionales las sentencias condenatorias por analogía, por portación y fabricación ilegal de armas artesanales o hechizas?

SÍ

NO

10. ¿Considera que debe ser reformada la Ley de Armas y Municiones y adicionarle como ilícitos penales, la portación y fabricación ilegal de armas artesanales o hechizas?

SÍ

NO

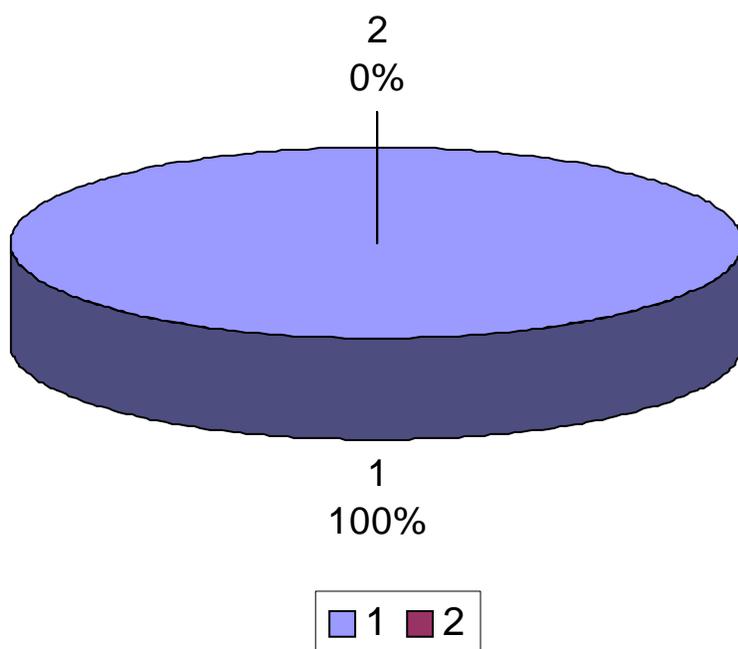
Tabulación porcentual de la muestra

Número de Pregunta	SÍ	Porcentaje	NO	Porcentaje
1	25	100%	00	00%
2	25	100%	00	00%
3	25	100%	00	00%
4	20	86%	05	14%
5	19	76%	06	24%
6	25	100%	00	00%
7	18	72%	07	28%
8	25	100%	00	00%
9	25	100%	00	00%
10	25	100%	00	00%

Elaboración de gráficas e interpretación de resultados de la encuesta practicada en septiembre de 2006

Pregunta No. 1

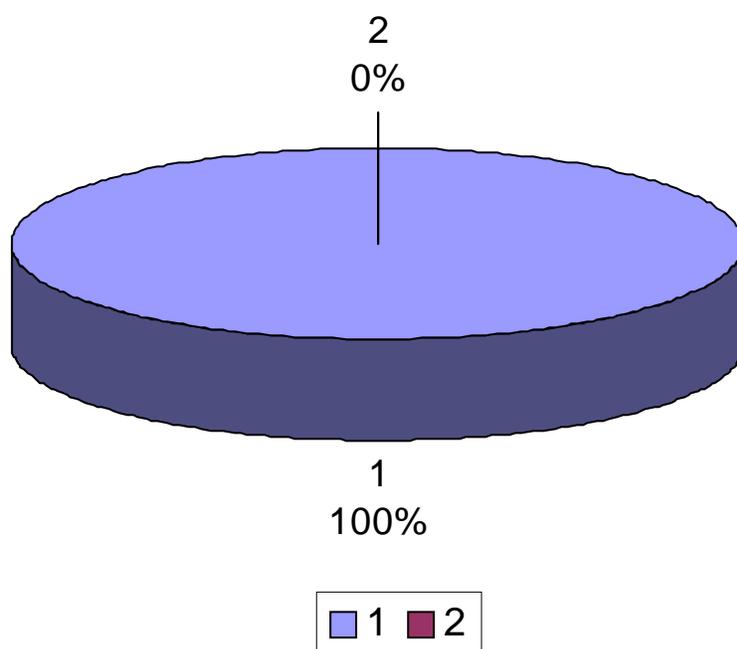
¿Tiene conocimiento de la legislación nacional relacionada con las armas de fuego?



Interpretación: El 100% de la muestra investigada sí tiene conocimiento.

Pregunta No. 2

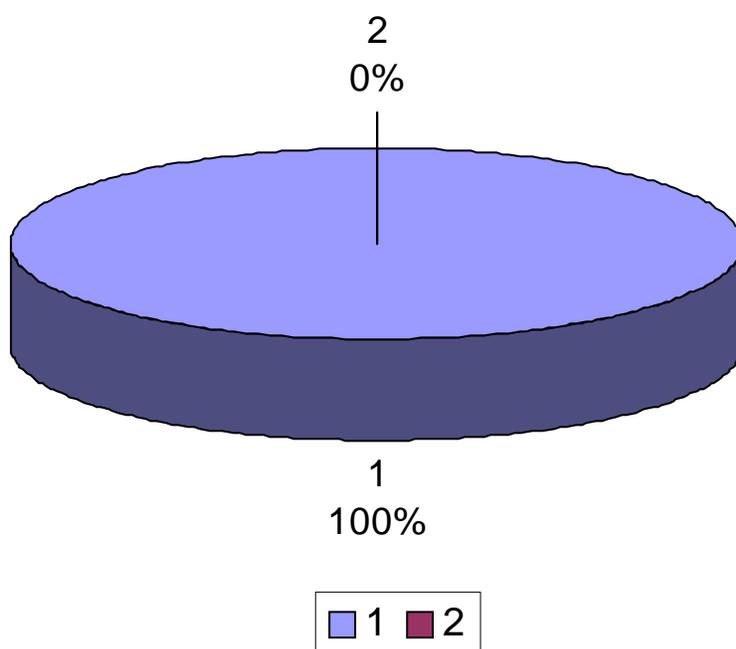
¿Conoce el contenido de la Ley de Armas y Municiones y su reglamento?



Interpretación: El 100% de la muestra investigada manifestó que sí tiene conocimiento.

Pregunta No. 3

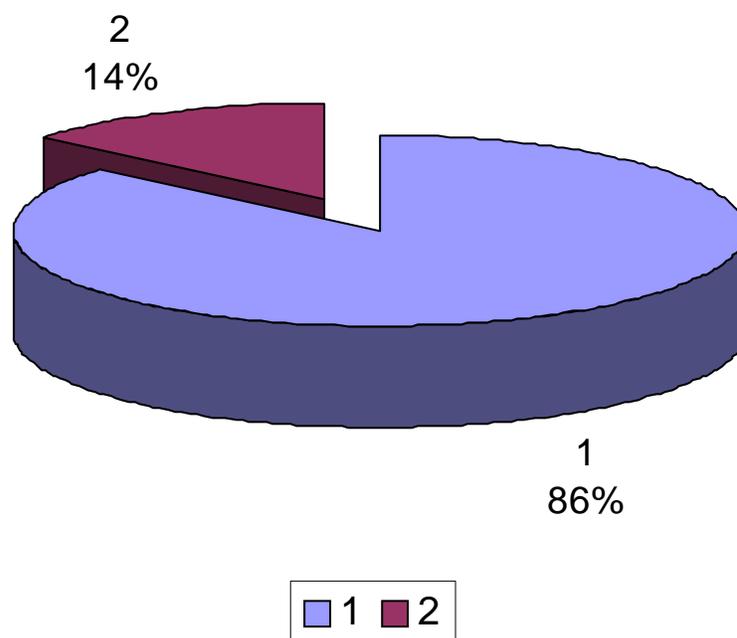
¿Considera usted que existen instrumentos internacionales en materia de armas y municiones aceptados y ratificados por Guatemala?



Interpretación: El 100% de la muestra investigada indicó que sí existen.

Pregunta No. 4

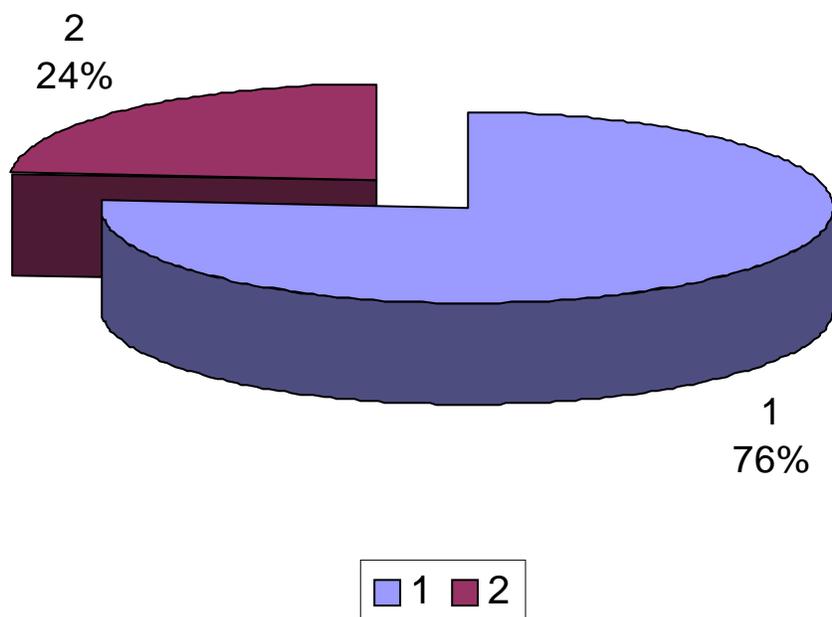
¿Conoce los diferentes tipos de armas de fuego que regula la Ley de Armas y Municiones?



Interpretación: El 86% de la muestra investigada señaló que sí las conoce.

Pregunta No. 5

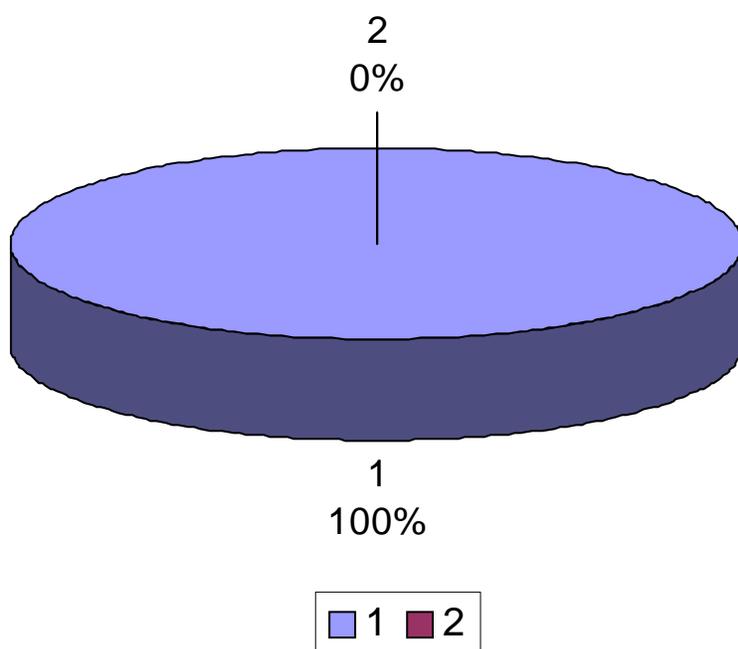
¿Tiene conocimiento que la Ley de Armas y Municiones no regula como figura delictiva la portación y fabricación de armas artesanales o hechizas?



Interpretación: El 76% de la muestra investigada sí tiene conocimiento.

Pregunta No. 6

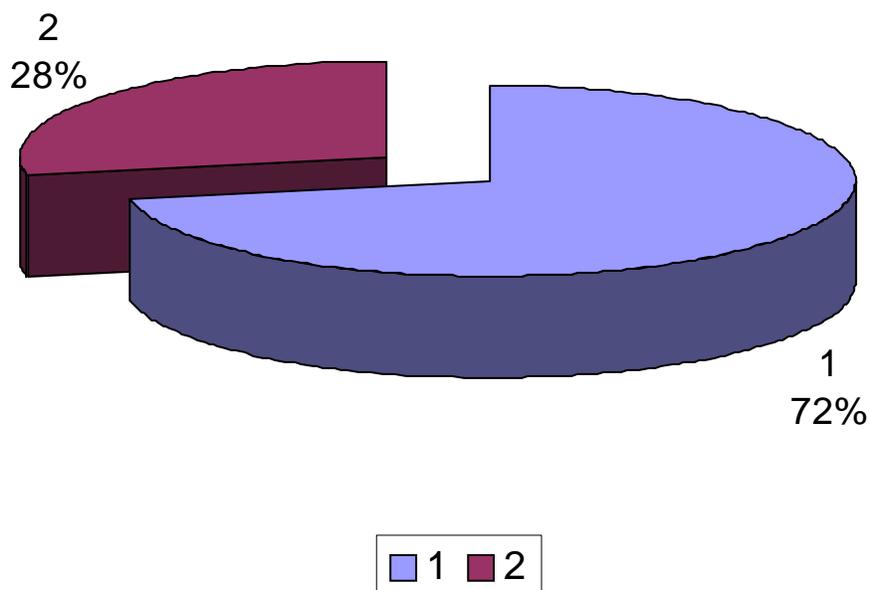
¿Conoce usted que la ley penal guatemalteca establece en forma expresa que por analogía los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones?



Interpretación: El 100% de la muestra investigada que sí tiene conocimiento.

Pregunta No. 7

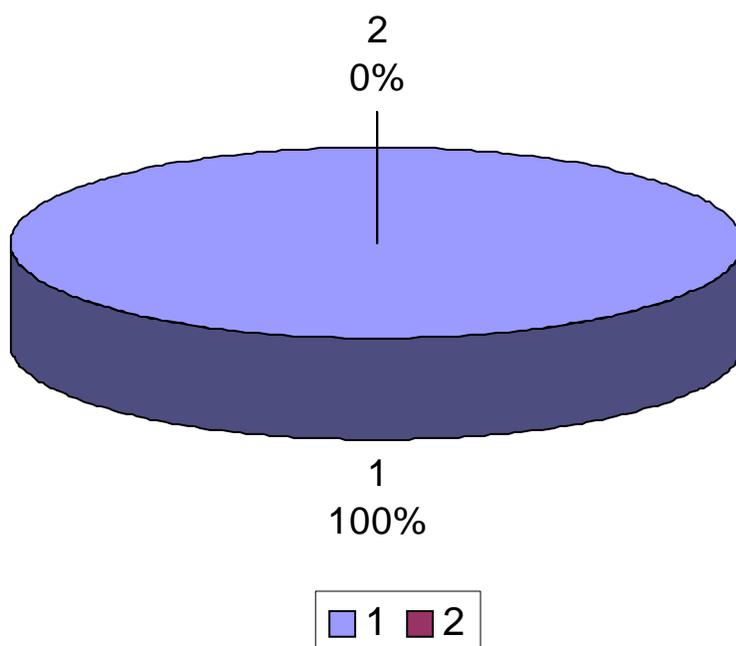
¿Tiene conocimiento que los tribunales respectivos, emiten sentencias condenatorias por portación y fabricación ilegal de armas artesanales o hechizas, aplicando por analogía los delitos de portación y fabricación de armas de fuego?



Interpretación: El 72% de la muestra investigada manifestó que sí tiene conocimiento.

Pregunta No. 8

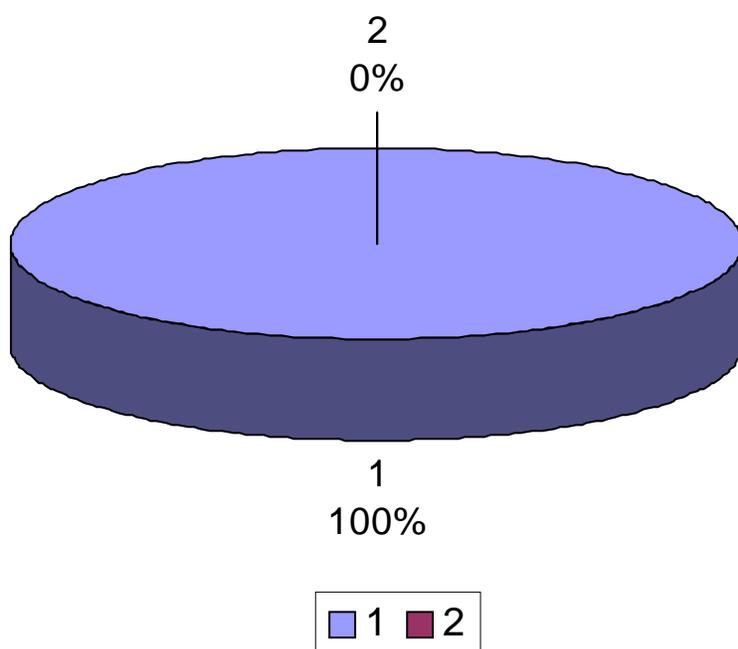
¿Considera que las sentencias condenatorias por analogía, ya mencionadas, violan el Artículo 17 constitucional el cual establece que no hay delito ni pena sin ley anterior y el Artículo 175 que regula la jerarquía constitucional en cuanto a que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución,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



Interpretación: El 100% de la muestra investigada indicó que sí violan ambos principios constitucionales.

Pregunta No. 9

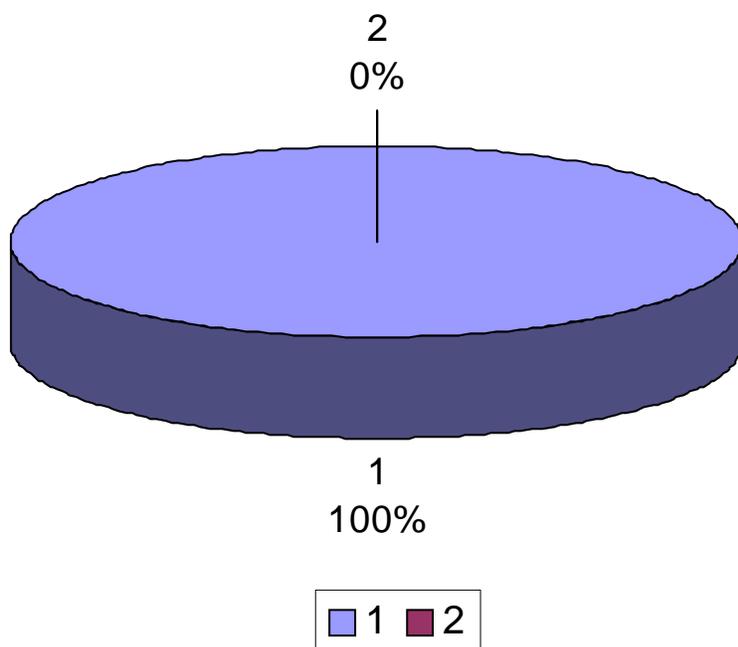
¿Considera que son inconstitucionales las sentencias por analogía, por portación y fabricación ilegal de armas artesanales o hechizas?



Interpretación: El 100% de la muestra investigada señaló que sí son inconstitucionales.

Pregunta No. 10

¿Considera que debe ser reformada la Ley de Armas y Municiones, adicionando como ilícitos penales la portación y fabricación ilegal de armas artesanales o hechizas?



Interpretación: El 100% de la muestra investigada dio a conocer que sí debe ser reformada la citada ley.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. 1979.
- CARNELUTTI, Francisco. **Derecho procesal civil y penal.** Editorial Vile, 1995.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. **Derecho procesal.** Buenos Aires: Ed. Depalma, 1982.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco.** Edi-Art. Guatemala. 1987.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Manual de derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Impresos Industriales, S.A. 2001.
- FUNDACIÓN MIRNA MACK., **La teoría del delito, conceptos básicos.** Guatemala: primera edición, 1998.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada, 1969.
- KAISER, Gunther. **Una introducción a sus fundamentos científicos.** Criminología. Volumen XVII.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** Santa Fe, Bogotá: Ed. Temis, S.A., 1999.
- NOVOA MONTREAL, Eduardo. **Causalismo y finalismo en derecho penal.** San José, Costa Rica: Ed. Juricentro, 1980.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1981.
- PELAEZ, Michelángelo. **Introducción al estudio de la criminología.** Buenos Aires: Ed. Depalma, 1966.
- PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal, parte general.** Barcelona: Ed. Nauta, 1959.
- REYES E. Alfonso. **Criminología.** Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1979.

Electrónicos:

www.smallarmssurvey.org. Derecho comparado de armas de fuego en Centro América. Enero 2007.

Legislación:

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

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

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

Convención Interamericana Contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados. Aprobada en la primera sesión plenaria 13 de noviembre de 1997. Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos.

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

Ley de Armas y Municiones. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 39-89, 1989.

Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra delincuencia organizada transnacional. Asamblea General Resolución 53/11 9 de diciembre de 1998. Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de Norte América.

