

propiedad de las mismas para el logro del bienestar económico y social".

- 175 Sin embargo, entre lo dispuesto en la ley y la realidad sigue existiendo una separación abismal. Como consecuencia se puede afirmar que para los indígenas, ser iguales ante la ley significa muchas veces ser reprimidos por el simple hecho de practicar algunas de sus costumbres, de reclamar que se respeten sus derechos humanos, perder sus propiedades y, sobre todo, su propia cultura por ser considerada como un obstáculo para el progreso e integración en los valores oficiales.
- 176 Con miras a mejorar esta situación, en los Acuerdos de paz entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional, se sugiere en el numeral 4, literal (A), definir al Estado de Guatemala como una unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe. Así mismo, en el Proyecto gubernamental de reformas constitucionales destinado a concretar dichos Acuerdos se propone que el art. 2, sea modificado de la siguiente manera: "Son deberes del Estado garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; así como reconocer el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de su población".

## Capítulo 4

### El principio de legalidad

#### § 1. Orígenes

- 177 Contra el irregular y arbitrario sistema represivo de las monarquías absolutas, a mediados del siglo XVIII, filósofos, juristas, magistrados, políticos, protestan y exigen su modificación. Sus objetivos eran someter a un control más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y limitar el poder punitivo. Para lograrlo propusieron,

entre otras medidas, que las disposiciones legales fueran más precisas. Los delitos deberían ser descritos y las penas deberían ser fijadas con mayor precisión. Así, se establecería claramente que cada crimen y las ventajas que se espera obtener del delincuente se hallan, fatalmente, vinculados con el castigo y los inconvenientes ciertos que éste acarrea. Se trató, como consecuencia, de una corriente política muy fuerte dirigida a establecer una nueva manera de ejercer el poder punitivo.

- 178 El fundamento ideológico de esta política fue la teoría del Contrato Social. El ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, aun aquellas de acuerdo con las cuales se le puede castigar. Si no respeta el pacto actúa como enemigo de toda la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone. La sanción penal constituye una función general, inherente al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. Para la justicia penal, la principal consecuencia que se deriva de tales principios es que, en las leyes penales, se debe establecer las conductas prohibidas y fijar las penas que les corresponden. El único titular de este poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida por el contrato social.

## § 2. Evolución legislativa

- 179 La consagración legislativa de tal principio se realizó en la Constitución Americana de 1787 y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el art. 8 de esta última se dice: "La ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada". Esta regla fue reproducida en el art. 4 del Código Penal de Napoleón.
- 180 El triunfo de las nuevas ideas políticas y sociales, así como su propagación determinaron que el principio de legalidad, como garantía

fundamental de la libertad civil, sea incorporado a las legislaciones de los demás países.

- 181 La Constitución Política de Guatemala prevé este principio en su art. 17. Según esta norma, "no hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración". Principio que es retomado, con redacción diferente, en el Código Penal. En el art. 1 de este Código, se dice "nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley". La diferencia está en la inclusión del término "expresamente" en relación con la calificación de las acciones; así mismo en el desarrollo de la parte referente a la pena. Esta diferencia no es fundamental en cuanto al fondo. Además, sin mayor necesidad, se repite parcialmente el principio de la legalidad en el art. 1 del Código Procesal Penal. Sólo se prevé la regla "no hay pena sin ley" (*nullum poena sine lege*): "No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado sin anterioridad". Como correspondía más a la ley procesal, se establece, en el art. 2, la dimensión procesal del principio de la legalidad: no hay proceso sin ley (*nullum proceso sine lege*); es decir "no podrá iniciarse ni tramitarse denuncia o querella, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal".
- 182 En la legislación penal extranjera, a nivel constitucional o de la ley, se reconoce el principio de legalidad y los especialistas están de acuerdo sobre su necesidad. Lo mismo sucede en los Convenios internacionales sobre derechos humanos. El artículo V de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone que "la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas a la Sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley, no puede ser impedido, y a nadie se puede obligar a hacer lo que la ley no ordena". A nivel latinoamericano, el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica establece que "nadie puede ser condenado por

acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...".

### **§ 3. No hay delito, no hay pena sin ley escrita**

#### **A. Ley fuente del derecho penal**

- 183 La primera exigencia del art. 1 del Código Penal consiste en que se califiquen las conductas como delitos o faltas y se fijen las sanciones en una ley. Es decir, que considera a la ley como única fuente del derecho penal.
- 184 Siendo el derecho penal guatemalteco, como todo sistema moderno, un derecho escrito, se puede decir "*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*"; lo que prohíbe al juez recurrir al derecho consuetudinario para determinar si una acción es delictuosa, para fundamentar la imposición o agravación de una sanción establecida en la ley.

#### **B. Gobiernos de facto y los decreto-leyes**

- 185 Por sus orígenes, el principio de legalidad constituye un elemento básico del Estado de Derecho. Este tipo de Estado supone que el poder estatal emana del pueblo, y que la división de poderes es la base de la organización estatal. El poder legislativo es el único facultado para dictar leyes, por ser el representante de la voluntad popular. Las diversas constituciones que han regido en Guatemala fueron elaboradas sobre la base de esta concepción.
- 186 De acuerdo con el art. 157 de la Constitución, "la potestad legislativa corresponde al Congreso de la República". De manera más concreta, el art. 171 dispone que "corresponde también al Congreso: a) Decretar, reformar y derogar las leyes".

- 
- 187 En países en que el régimen democrático parlamentario se ha hecho realidad en gran parte, se sostiene con razón que basta comprender el término "ley" en sentido material. Es decir, como norma de carácter general dictada por cualquier autoridad constitucionalmente competente y que tiene fuerza obligatoria.
- 188 En países en los que el Estado de Derecho no se ha consolidado y donde se suceden regímenes constitucionales y de facto, no puede sostenerse tal criterio. Su aceptación significaría limitarse a analizar, de una manera puramente formal, la vigencia y el carácter del sistema normativo. Así, se negaría el hecho tangible de que las normas generales dictadas por gobiernos no constitucionales han constituido y constituyen fuentes del derecho penal.
- 189 El poder de legislar de los gobiernos de facto ha sido siempre aceptado o soportado; lo que se ha discutido es la validez de los decretos mediante los cuales se ejerce ese poder. Para reconocerles valor de fuentes de derecho penal, no creemos que sea correcto recurrir a criterios como el de "situación de urgencia" o del "asentimiento expreso o tácito de los gobernados". Nos parece conveniente recordar con Kelsen que el principio de legitimidad ("las normas jurídicas permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine") únicamente vale en determinadas circunstancias. Deja de valer en el caso de una revolución, entendida esta palabra en su sentido más general; de tal manera que abarque el llamado "golpe de Estado". En una revolución, en este sentido amplio, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es anulado y substituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la substitución no se hace en forma prevista por el orden anterior. Esta substitución se da aun cuando el régimen legal reconozca vigencia a las normas anteriores, ya que por este hecho éstas no pueden seguir siendo consideradas como las mismas.

### C. Noción de delito

- 190 La técnica especial del derecho penal, tendiente a controlar la sociedad, consiste en establecer tipos de comportamiento con el fin de dirigir a los miembros de la comunidad. A estos tipos de comportamiento se refieren las fórmulas "acciones u omisiones" (art. 17 de la Constitución) y "hechos" (art. 1 del Código Penal) calificados como "delitos o faltas". Al hablar de tipo de comportamiento no nos referimos al tipo legal sistemático, que consiste en la descripción esquemática que el legislador hace de la acción delictuosa en el precepto de las normas penales. Sino más bien, de lo que los alemanes llaman "tipo legal de garantía" (*Garantietatbestand*); es decir, el conjunto de elementos que debe reunir una conducta para que su autor sea punible (adecuación a la descripción formal, el desvalor jurídico: antijuricidad, la reprochabilidad a su autor: culpabilidad) y también las condiciones procesales necesarias.
- 191 El principio de legalidad cubre todo el ámbito del Código Penal. Las normas de la parte general del Código Penal (donde se regulan los presupuestos antes mencionados) sólo están separadas de las normas de la parte especial por razones de técnica legislativa. Por esto, atenta contra el principio de legalidad tanto el juez que imponga una pena al agente que no ha actuado culpablemente, como el legislador que dicte una norma estableciendo un delito calificado por el simple resultado; es decir, imponiendo una pena por lo que ocurre y no por lo que se hace u omite. En estos casos, "se termina castigando como si fuera el mismo delito distintas clases de acciones, sólo porque han resultado vinculadas - a veces con bastante laxitud - con la misma consecuencia".
- 192 Teniendo en cuenta las concepciones penales predominantes en Guatemala en el época en que fue elaborado y promulgado el Código Penal de 1973, se desprende de la lectura de sus disposiciones que se admitió, implícitamente, el principio de culpabilidad ("no hay pena sin culpabilidad"). Sus autores regularon el delito doloso como el culposo presuponiendo el dolo y la culpa como especies de culpabilidad. Además, creyeron necesario regular el caso fortuito (art. 22),

declarando que "no incurre en responsabilidad penal quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas poniendo en ellas la debida diligencia produzca un resultado dañoso por mero accidente". El legislador se encuentra impedido de estatuir penas por la mera producción de un resultado. Cuando lo hace, viola, en última instancia, el principio de legalidad.

## § 4. No hay delito, no hay pena sin ley cierta

### A. Noción de certeza

- 193 El principio de legalidad implica, igualmente, exigencias en relación con la manera cómo deben ser redactadas las disposiciones legales. Se puede decir con corrección: *"hullum crimen nulla poena sine lege certa"*. En este sentido, el art. 1 del Código Penal dice "expresamente". El empleo de este término, dirigido a establecer una reserva de carácter absoluto; recuerda la concepción original del principio y la convicción predominante en esa época, sobre la necesidad y virtudes de la legislación.
- 194 Entonces se creía que las leyes podían ser escritas en el lenguaje propio del pueblo, para que constituyeran un "libro familiar". Consultándolo, todos podrían saber qué acciones son prohibidas y qué sanciones se imponen a sus autores. De esta manera aparece la ficción *"ignorantia juris criminalis nocet"*.
- 195 Exigir una total claridad y certeza de la ley significa no tener presente, en primer lugar, que el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla. En segundo lugar, no se tiene en cuenta la peculiar naturaleza de las normas jurídicas que no son sino fórmulas generales, elaboradas a través de un complicado proceso de abstracción y concreción. Estas normas permiten reconocer con relativa facilidad los casos concretos típicos, pero están circundadas por una considerable zona de penumbra en la que tienen cabida los casos dudosos.

- 196 La realidad misma obliga pues a reconocer un carácter relativo a la reserva que impone el principio de legalidad. El legislador mismo reconoce que las leyes pueden presentar "pasajes oscuros" (art. 10 de la Ley del Organismo Judicial) o que pueden ser oscuras, ambiguas o insuficientes (art. 15 de la misma ley).

### **B. Incertidumbre en que incurre el legislador: no descripción de la "infracción"**

- 197 A pesar de su declaración principista, el mismo legislador no ha podido respetar los límites que señaló a la actividad legislativa en materia penal. Así ocurre cuando no precisa los elementos de la infracción, limitándose a nombrarla, por ejemplo, "aborto" (art. 134), "incendio" (art. 282).

### **C. Empleo de cláusulas generales**

- 198 El empleo de términos o expresiones demasiado generales, extensas, da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al campo de aplicación de la norma. En doctrina se conoce a esta clase de normas con el nombre de cláusulas generales. Los especialistas las consideran, junto al excesivo empleo de elementos normativos en la elaboración de los tipos legales, como el peligro más importante para el principio de legalidad.
- 199 Como ejemplo, podríamos citar el art. 360 que regula el delito de atentados contra la integridad e independencia del Estado, de la manera siguiente: "el guatemalteco que ejecute actos que directamente tiendan a menoscabar la integridad del territorio de la República, someterla total o parcialmente al dominio extranjero, comprometer su soberanía o atentar contra la unidad nacional será sancionado con prisión de diez a veinte años". Así mismo, la definición del delito de violación de la Constitución, prevista en el art. 381. En su inciso 1, se dice "quien ejecutare actos que tiendan directamente a variar, reformar o sustituir, total o parcialmente, la



Constitución de la República por medios no autorizados por el ordenamiento Constitucional". Al decirse únicamente "actos que directamente tiendan a ..." no se individualizan suficientemente las acciones que pueden ser consideradas como formando parte de esta clase de delitos. Esta expresión es tan amplia que comprende incluso los actos preparatorios. Si se tiene en cuenta la pena prevista, se comprenderá aún más fácilmente la insuficiencia con que ha sido descrita la infracción.

- 200 Es igualmente vaga y general la disposición del art. 274, en la que se decía: "Quien violare los derechos de propiedad industrial o intelectual de otro, será sancionado ...", por lo que debió ser reformado mediante Decreto n. 48-95. En esta ocasión, se ha preferido enumerar una serie de actos en que consistiría la violación de los indicados derechos.

#### **D. Uso de términos vagos**

- 201 Como ejemplos de términos vagos utilizados por el legislador, podemos señalar: "despoblado" (art. 27, inc. 15 y 252 inc. 1), "actos distintos al acceso carnal" (art. 179 C.P.); "quien tomare, sin la debida autorización" (art. 246); [objeto] "destinado al culto" (art. 255 *bis*); "enfermedad peligrosa o contagiosa" (art. 301); "ejecutare actos encaminados a" (art. 391); "sitio público", "obsceno" (art. 195, 196); "perversidad brutal" (art. 132, inc. 6).
- 202 Estos ejemplos muestran que se está relativamente lejos de cumplir la exigencia establecida tanto en el art. 17 de la Constitución como en el artículo primero del Código penal. El lenguaje no constituye un instrumento "increíblemente delicado y preciso" que permite "retratar con exactitud la experiencia". Cada uno de los términos o conceptos empleados para hacer una descripción da lugar a dudas en cuanto a su significación. Para eliminarlas sería indispensable recurrir a otros términos y conceptos, los que a su vez deberían, nuevamente, ser explicados. Es el caso de las definiciones de "cuadrilla" (art. 27, inc.

14), "vago" (art. 87, inc. 5), "delitos políticos" (Ley de reconciliación nacional).

- 203 Es una pretensión excesiva el tratar de describir exhaustivamente los comportamientos incriminados. Lo más que se puede hacer es establecer modelos de acción (elaboración del tipo legal) mediante criterios de generalización y diferenciación, o establecer conceptos cuya claridad depende del acuerdo que existe en cuanto a su contenido y límites. Las disposiciones legales serán consideradas cada vez más precisas en la medida en que se disponga de un lenguaje ampliamente homogéneo. En este aspecto la dogmática penal tiene un papel importante.

### **E. Defectos de técnica legislativa**

- 204 Las deficiencias de comprensión de los textos legales están, muchas veces, relacionadas con el empleo de una técnica legislativa insuficiente. De modo que en la exigencia de una certeza de la ley penal, radica una limitación al poder del legislador y a la actividad del juez.
- 205 Las técnicas empleadas son diversas. Si la más frecuente es la de recurrir a fórmulas generales, también se emplea la de enumerar una serie de casos con la finalidad de individualizar la acción. En este segundo caso, se completa la disposición mediante la adición de una fórmula general que constituye una especie de correctivo de los inconvenientes propios a la fórmula casuística. Un ejemplo claro es la regulación del delito de estafa: primero, en el art. 263, se le describe de manera general; luego, en el art. 264, se enumeran 22 casos especiales de estafa. Enumeración que es clausurada con un inciso 23, en el que se establece "quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores". Surge entonces la cuestión de saber si esta disposición modifica, completa o sólo reitera lo establecido en la fórmula general del art. 263: "quien, induciendo a error a otro,

mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno".

## **F. Certeza en la determinación de la pena**

- 206 La segunda parte del principio de la legalidad establece que también la pena debe ser fijada con precisión, y el juez debe sólo imponer la pena fijada para el caso particular. En sus orígenes, se consideró a las penas absolutamente determinadas como el mejor sistema para cumplir esta exigencia. Sin embargo, este criterio predominó muy poco tiempo debido a la desmesurada injusticia que implicaba su aplicación. El predominio alcanzado por el criterio de la individualización de la pena ha determinado que en los códigos se adopte un sistema flexible.
- 207 En el código vigente se ha establecido un sistema de penas "relativamente indeterminadas": consistente en fijar un mínimo y un máximo de la pena, pudiendo el juez escoger libremente dentro de estos márgenes, la pena adecuada al delincuente individual. Así lo establece expresamente el art. 65, relativo a la fijación de la pena. La única pena fija prevista en la legislación penal es la de muerte (arts 43, 131, 132, 175, 201, 383).

## **§ 5. Medidas de seguridad y el principio de legalidad**

- 208 Aun cuando la Constitución se refiera sólo a las penas (art. 17), en el Código penal, art. 84, se ha establecido correctamente que "no se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos por la ley". Esta disposición no evita sin embargo el carácter bastante discutible de este tipo de sanciones. El problema principal radica en que su aplicación se basa en el denominado estado peligroso (art. 87). Noción imprecisa y factible de manipulaciones ideológicas que abre

las puertas a graves violaciones de los derechos de las personas involucradas. Además, como el art. 85 lo establece, estas medidas se "aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley".

- 209 El problema en países como Guatemala permanece a nivel teórico, debido a que las disposiciones del Código Penal que regulan las medidas de seguridad, no son generalmente aplicadas, sobre todo, por razones prácticas (por ejemplo, falta de condiciones materiales indispensables).
- 210 Del texto del art. 84 no se deduce claramente si la disposición relativas a las medidas de seguridad son de aplicación inmediata o si también están sometidas al criterio de la irretroactividad. En la doctrina se acepta, generalmente, que las medidas de seguridad son de aplicación inmediata, pues son establecidas o modificadas teniendo en cuenta el avance de las disciplinas que se ocupan de las circunstancias que causan el estado de peligrosidad personal. Además, se afirma, que las medidas de seguridad no tienen carácter retributivo y son, por el contrario, aplicadas siempre en favor del sometido a una de estas medidas. Este razonamiento debe ser rechazado porque se basa en una separación artificial entre penas y medidas de seguridad. Ambas constituyen privación o restricción de derechos fundamentales y son percibidas, por tanto, como sanciones por las personas a quienes se les aplica. Por esto debe sostenerse la no retroactividad de las disposiciones que prevén las medidas de seguridad.