

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"DUALIDAD EXISTENTE EN EL DELITO DE PLAGIO O SECUESTRO A PARTIR DE LA ENTRADA  
EN VIGENCIA DEL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO 17-2009 LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA  
PERSECUCIÓN PENAL CON EL ARTÍCULO 203 DEL CÓDIGO PENAL DECRETO 17-73 QUE  
REGULA LA DETENCIÓN ILEGAL"  
TESIS DE GRADO

**MARÍA ALEJANDRA FRANCO MARCHENA**  
CARNET 11680-02

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2015  
CAMPUS CENTRAL

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"DUALIDAD EXISTENTE EN EL DELITO DE PLAGIO O SECUESTRO A PARTIR DE LA ENTRADA  
EN VIGENCIA DEL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO 17-2009 LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA  
PERSECUCIÓN PENAL CON EL ARTÍCULO 203 DEL CÓDIGO PENAL DECRETO 17-73 QUE  
REGULA LA DETENCIÓN ILEGAL"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

**MARÍA ALEJANDRA FRANCO MARCHENA**

PREVIO A CONFERÍRSELE

EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2015  
CAMPUS CENTRAL

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.  
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO  
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO  
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS  
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO  
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO  
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN  
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS  
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA  
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

## **NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN**

MGTR. GABRIEL ESTUARDO GARCIA LUNA

## **TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN**

MGTR. AXEL OTTONIEL MAAS JACOME

Guatemala, 16 de julio de 2015

Honorable Consejo de Facultad  
Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Rafael Landívar

Respetuosamente me dirijo a ustedes, con el objeto de rendir dictamen en mi calidad de asesor de la tesis titulada "***Dualidad existente en el delito de plagio o secuestro a partir de la entrada en vigencia del artículo 24 del decreto 17-2009 Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal con el artículo 203 del Código Penal decreto 17-73 que regula la detención ilegal***", elaborada por la estudiante **Maria Alejandra Franco Marchena**. Luego de haber finalizado el trabajo final de tesis, considero que se realizó de acuerdo con los principios, procedimientos, métodos y técnicas de la investigación científica, por lo que el trabajo elaborado es satisfactorio. La bibliografía consultada fue adecuada a los requerimientos del tema investigado.

Por lo que me complace informarles que para el suscrito la tesis que se presenta cumple con los requerimientos del Instructivo Para Elaboración de Tesis de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo que mi dictamen es favorable, encontrándose a mi criterio lista para la revisión final.

Agradeciendo su atención a la presente, sin otro particular atentamente.



**GABRIEL ESTUARDO GARCÍA LUNA**  
**ASESOR**



Guatemala, 12 de octubre de 2015

**Señores**  
**Consejo de Facultad**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad Rafael Landívar**  
Presente.

Estimados señores Consejo de Facultad:

En seguimiento a la designación como revisor de fondo y forma que se me hiciera, del trabajo de graduación desarrollado por el estudiante **MARÍA ALEJANDRA FRANCO MARCHENA**, con número de carné 11680-02, titulado **"DUALIDAD EXISTENTE EN EL DELITO DE PLAGIO O SECUESTRO A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO 17-2009 LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA PERSECUCION PENAL CON EL ARTÍCULO 203 DEL CÓDIGO PENAL DECRETO 17-73 QUE REGULA LA DETENCION ILEGAL"**; me permito manifestarle que dicho trabajo fue revisado detenidamente y posterior al cumplimiento por parte del estudiante de los cambios y observaciones sugeridas, considero que este se encuentra ajustado a los requerimientos de todo trabajo de grado.

En virtud de lo anterior, emito **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de tesis relacionado, ya que cumple con los requisitos exigidos por esta casa de estudios, recomendando para el efecto se proceda a la autorización de la orden de impresión correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo con muestras de consideración y estima.

Atentamente,



**Axel Ottoniel Maas Jácome**  
**Abogado y Notario**



Universidad  
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
No. 07701-2015


### Orden de Impresión

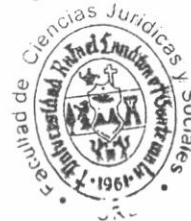
De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante MARÍA ALEJANDRA FRANCO MARCHENA, Carnet 11680-02 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07731-2015 de fecha 12 de octubre de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"DUALIDAD EXISTENTE EN EL DELITO DE PLAGIO O SECUESTRO A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO 17-2009 LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA PERSECUCIÓN PENAL CON EL ARTÍCULO 203 DEL CÓDIGO PENAL DECRETO 17-73 QUE REGULA LA DETENCIÓN ILEGAL"

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 16 días del mes de noviembre del año 2015.

  
MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
Universidad Rafael Landívar



## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	i
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>LA POLÍTICA CRIMINAL DESDE LA POLÍTICA PÚBLICA</b>	
1.1 Definición de política criminal	1
1.2 Proceso de definición de la política criminal	6
1.3 Fines de la política criminal	11
1.4 Manifestaciones de la política criminal	14
1.4.1 La organización	14
1.4.2 Las estrategias, métodos o mecanismos del ejercicio del poder penal	16
1.5 Requisitos para accionar penalmente	16
1.5.1 Excepciones al principio de oficialidad de la acción	18
1.6 Las estrategias de prevención como expresión de Política Criminal	21
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DESVIADAS TRANSPUESTA A LA PREVENCIÓN GENERAL DE LA NORMA</b>	
2.1 Definición de criminalización	27
2.2 La Teoría del <i>Labelling Approach</i> como génesis del proceso de criminalización según el paradigma del control	30
2.3 Criminología Crítica y Derecho Penal	32
2.4 Factores sustanciales en el proceso de criminalización	34
2.5 Del proceso de criminalización a la construcción jurídico-social de la prevención general positiva o negativa	37
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD</b>	
3.1 Implicaciones generales	45

3.1.1 No hay delito sin ley	45
3.1.2 No hay pena sin ley	47
3.2 Las cuatro consecuencias del principio de legalidad	48
3.2.1 La prohibición de analogía ( <i>nuttum crimen, nulla poena sine lege stricta</i> )	49
3.2.2 La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena ( <i>nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i> )	49
3.2.3 La prohibición de retroactividad ( <i>nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i> )	49
3.2.4 La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas ( <i>nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i> )	50
3.3 Historia y vigencia internacional del principio de legalidad	50
3.3.1 Las raíces de teoría del Estado y penales aún vigentes del principio de legalidad	51
3.3.1. a El liberalismo político	52
3.3.1. b Democracia y división de poderes	53
3.3.1. c Prevención general	53
3.3.1.d El principio de culpabilidad	55
3.4 Interpretación y prohibición de analogía	55
3.4.1 Los límites de la interpretación en Derecho Penal	56
a) El sentido literal posible en el lenguaje corriente como límite de la interpretación	56
3.4.2 El ámbito de vigencia de la prohibición de analogía	57
a) Su vigencia en la parte especial y en las conminaciones de pena	57
b) Su vigencia en la parte general	58
3.5 La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena	60
3.6 La prohibición de retroactividad y la vigencia temporal de las leyes penales	61
36.1 La fundamentación de la prohibición de retroactividad	62
3.6.2 La ley vigente	62
3.6.3 La prohibición de retroactividad en cuanto a los presupuestos de la punibilidad y su no vigencia en principio en las medidas de seguridad	63
3.6.4 La retroactividad favorable al reo	64



3.6.5 Leyes temporales	64
------------------------	----

## **CAPÍTULO 4**

### **ANÁLISIS DE LA COLISIÓN EN LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO Y EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO**

4.1 El Delito de secuestro	67
4.1.1 Aspectos históricos	68
4.1.2 Definición	71
4.2 Aspectos relevantes en materia penal sustantiva	72
4.2.1 Dolo y culpa	72
4.2.2 Elementos normativos	72
4.2.3 Tentativa	73
4.2.4 Delito permanente	73
4.2.5 La punibilidad	74
4.3 Concurso aparente de normas penales	74
4.3.1 La relación de especialidad	76
4.3.2 La relación de consunción	77
4.4 Regulación legal	78
4.5 Propuesta de reforma del art. 24 de la Ley para el Fortalecimiento de la Persecución Penal	81

## **CAPITULO 5**

### **PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANALISIS DE RESULTADOS**

5.1 Presentación	82
5.2 Discusión y análisis de resultados	83

<b>CONCLUSIONES</b>	93
---------------------	----

<b>RECOMENDACIONES</b>	95
------------------------	----

<b>REFERENCIAS</b>	96
--------------------	----

<b>ANEXO: FORMATO DE ENTREVISTA</b>	101
-------------------------------------	-----

## RESUMEN EJECUTIVO DE LA TESIS

El trabajo de tesis que se presenta lleva como título “*Dualidad existente en el delito de plagio o secuestro a partir de la entrada en vigencia del artículo 24 del decreto 17-2009 Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal con el artículo 203 del Código Penal decreto 17-73 que regula la detención ilegal*”, en el cual sobre la base de la problemática identificada se desarrollan cuatro capítulos, y se parte de profundizar en la institución de la política criminal, como expresión de la voluntad del Estado de mantener la actividad delictiva en términos tolerables, demostrándose que uno de sus ejes primordiales resulta la persecución penal, la que en tanto incrimina a una persona de haber cometido un acto delictivo debe proyectarse de conformidad con el principio de legalidad, principio que tiene una dimensión constitucional, procesal y también en el derecho penal, lo que obliga a los legisladores a la redacción de normas penales de forma clara y precisa, de manera que todos y cada uno de los elementos normativos de la conducta tipificada como delito no de lugar a dudas al momento de su aplicación. Cuando ello sucede, se produce un concurso aparente de normas penales que debe resolverse conforme a la relación de especialidad, donde la ley especial predomina ante la general, y en este sentido, se sugiere como resultado final de la investigación que la regulación penal del delito de secuestro que regula la Ley contra la delincuencia organizada, modificada por la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal en el artículo 201 debe incluir también a la detención ilegal que regula el Código Penal, pues se trata de figuras penales similares que entre otros aspectos privan de la libertad a las personas, lo que atenta contra un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, como el derecho a la libertad.

## INTRODUCCIÓN

El aumento desmedido de la criminalidad en Guatemala, no solo genera sensación de inseguridad entre la ciudadanía, sino que el gobierno y sus legisladores en respuesta y como expresión de la Política Criminal de Estado ante el florecimiento de una nueva y cada vez más fuerte criminalidad organizada no convencional, hace uso del Derecho Penal y aprueba normas especiales, para su enfrentamiento, lo que provoca una superinflación normativa y con esta, un concurso aparente de normas penales al coexistir en la normativa penal, figuras delictivas con similares elementos del tipo.

La existencia de tipos penales con similares elementos normativos, o forma de realización de la conducta, no es un fenómeno exclusivo del legislador guatemalteco, ya que en ocasiones razones de utilidad político criminal hacen que se redacten normas de emergencia que carezcan de una depurada técnica jurídica, que llegue a atentar contra criterios asentados en la dogmática penal.

Tal es el caso en Guatemala de los ilícitos penales de plagio y secuestro, incluidos como tipos penales que puede cometer el crimen organizado, en la ley que legaliza su enfrentamiento, con el delito de detención ilegal que mantiene aun intacto el Código Penal guatemalteco desde 1973.

El concurso aparente de normas penales, tiene una directa relación también con el uso adecuado del principio de legalidad, ya que la ley tiene que ser clara y precisa y cuando ello se logra se proporciona seguridad jurídica al acusado de la comisión de un delito determinado, el que debe resistir la persecución penal sobre la base del respeto de sus derechos individuales refrendados constitucionalmente.

Para desarrollar la investigación se plantea el siguiente problema científico: ¿Existe concurso aparente de normas penales entre los delitos de secuestro y detención ilegal en la normativa penal de Guatemala y sus consecuencias jurídicas?

El trabajo de tesis que se presenta es propiamente una monografía, que tiene por objetivo general, analizar el artículo 201 del Código Penal y el posible conflicto de leyes que genera con la adición del artículo 24 de la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, decreto número 17-2009 y el artículo 203 del Código Penal decreto 17-73 y como objetivos específicos, fundamentar teóricamente la solución doctrinal ante el concurso aparente de normas penales, ante la duplicidad de tipos penales y precisar las características de tipicidad del delito de plagio y secuestro, así como el de detención ilegal, sus características esenciales y elementos a los efectos de sugerir modificaciones al artículo 24 de la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal en Guatemala.

La monografía se estructura en cuatro capítulos, el primero aborda el tema de la política criminal desde la política pública, su definición, fines y manifestaciones, el capítulo dos aborda el tema de la criminalización de las conductas desviadas transpuesta a la prevención general de la norma, se aborda la teoría del *Labelling Approach* como génesis del proceso de criminalización según el paradigma del control, así como la posición que asume la criminología crítica frente al Derecho Penal, entre otros aspectos.

El capítulo tres desarrolla lo relacionado con el principio de legalidad y sus implicaciones generales, sus consecuencias, historia y vigencia internacional; en el capítulo cuarto, se profundiza en el análisis técnico jurídico de la tipificación del delito de secuestro y el delito de detención ilegal en el ordenamiento jurídico guatemalteco, haciendo especial énfasis en el concurso aparente de normas penales, ofreciendo a su vez una propuesta de reforma del artículo 24 de la Ley para el Fortalecimiento de la Persecución Penal.

Para desarrollar el trabajo se hizo uso de los métodos de investigación científica: método analítico, sintético, inductivo y deductivo, partiendo de la revisión de una amplia bibliografía en la materia en estudio, lo que permitió arribar a conclusiones y recomendaciones que dan respuesta a los objetivos planteados.

# CAPÍTULO 1

## LA POLÍTICA CRIMINAL DESDE LA POLÍTICA PÚBLICA

### 1.1 Definición de política criminal

El concepto de política criminal parte de la persecución penal, ya que es una visión integral del sistema penal, teniendo en cuenta que el poder coercitivo o punitivo pertenece al Estado, fragmentado en una serie de instituciones u órganos que realizan funciones estratégicas para llevar a vías de hecho una buena persecución penal, y al decir de Roxin<sup>1</sup> a ella tributan a su vez todos los esfuerzos del Estado por minimizar la realización de actividades delictivas.

Al respecto, expresa Roxin, que, *“La criminalidad es un problema de las sociedades. Ello explica la internacionalización de la ciencia penal. Sin embargo, pese a la larga experiencia con ese fenómeno, en ninguna parte se ha conseguido llegar a eliminar a la criminalidad y ni siquiera alcanzar su marginación; tampoco existe acuerdo sobre el camino razonable para reducirla. Las tendencias de la política criminal cambian como la moda. Por una parte existe en un primer plano el esfuerzo por la reintegración social del autor; por otra, se busca hacer frente a la criminalidad mediante la firmeza y la disuasión.”*<sup>2</sup>

A partir de la posición teórica de Roxin, se deduce la gran contradicción existente en el diseño de toda Política Criminal, al querer prevenir la criminalidad, a través, de la represión encubierta por la firmeza y la disuasión, no obstante a que el mismo Roxin plantea en su teoría unificadora dialéctica los tres momentos del fin de la pena, con lo que deja de ser contradicción.

La persecución penal es una forma de expresión de la política criminal y constituye un eslabón en el ciclo determinado por el Estado para la usanza del

---

<sup>1</sup> Roxin, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina. Trad. e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2ª. ed., 1ª, reimp. Hammurabi. 2002. Pág. 31.

<sup>2</sup> Roxin, C. y otros. *Problemas fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. D.F. 2000. Pág. 87.

poder penal que le ha sido delegado, de ahí que se encuentre influido y al unísono ejerza evidente influencia sobre el resto de los eslabones que complementan dicho ciclo, que en sentido general, constituyen la política criminal del Estado.

La política criminal, debe ser concebida parte de la política general del Estado, a los fines de enfrentar el delito, es el instrumento de acción que el Estado adecua en el ámbito de la prevención del delito y de la aplicación de la justicia penal.

Este modelo de fragmentación en las funciones del ejercicio del poder punitivo del Estado conforme al criterio del autor guatemalteco Luís Ramírez<sup>3</sup>, se fundamenta principalmente en la necesidad de no subordinar ninguna función esencial frente a otra, de tal manera que se mantenga un equilibrio de fuerzas internas y al mismo tiempo que el sistema penal cumpla con la finalidad externa prevista, es decir, disminuir los niveles de conflictividad y violencia social.

Al decir de Roxín<sup>4</sup>, la política criminal, puede concebirse como el conjunto de principios y decisiones adoptadas por el Estados, a fin de dilucidar los conflictos de la realidad que adopten la categoría de delitos o faltas penales, entiéndase (política criminal en sentido estricto), y a su vez determinar que respuestas penales han de procurarse a dichos conflictos, o sea, (política penal en sentido estricto), y se compone de diversos ejes fundamentales, entre los que se destacan la política de persecución penal, la política de investigación criminal, la política judicial y la política penitenciaria.

Respecto a la política de persecución penal, según Ramirez<sup>5</sup> se define como el conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el Estado, a fin de precisar los criterios generales sobre los cuales se sustentará el Estado

---

<sup>3</sup> Ramírez, Luis. *Manual de derecho procesal penal*. Guatemala . Tomo I. Artemis Edinter S.A. 2004. Pág. 6.

<sup>4</sup> Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. *Op. cit.*, Pág. 88.

<sup>5</sup> Ramírez, Luis. *Op. cit.*, Pág. 6.

para perseguir legítimamente los delitos cometidos dentro de un delimitado contexto social.

La política de investigación criminal, por su parte, resulta el conjunto de principios, métodos, estrategias y decisiones que adopta el Estado para organizar y desarrollar eficientemente la actividad de investigación criminal para lograr efectividad en la persecución penal, y la política judicial, encierra el conjunto de principios, estrategias y decisiones adoptadas por el estado para instaurar y desplegar los componentes básicos de justicia criminal establecidos por el Estado en el marco legal, a través del conocimiento y juzgamiento penal de los casos sometidos a la jurisdicción penal.

La política penitenciaria, enmarca el conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el Estado, a fin de organizar y materializar las actividades inherentes a la ejecución de la sentencia penal como colofón de cumplimentar el objetivo político formulado por el Estado para tales fines punitivos y lograr los fines de prevención especial y general de la pena con la resocialización del sancionado y su admisión en el seno social.

La política de persecución penal, como bien puede apreciarse de todo lo expuesto, es uno de los pilares esenciales que integra el marco de la política criminal del Estado y, en tal sentido debe existir estrecha relación y coherencia con los restantes ejes que en su totalidad conforman la política criminal del Estado.

A todo lo expuesto, se puede agregar como expresión de política criminal, el desarrollo de políticas públicas que redunden en la mejora de las condiciones de vida los ciudadanos, políticas sociales, laborales, de salud y educacionales, todo lo que facilita la disminución de conductas prohibidas.

Al profundizar en el análisis y examen exhaustivo de la política criminal se advierten obstáculos propios de la materia, atendiendo a la pluralidad de opiniones sobre lo que en sí comprende dicha institución, ofreciendo a continuación algunas

de ellas, entre las que se destacan las de Feuerbach, Delmas, Marty; Marc Ancel, y Claudia Paz y Paz, y la expuesta por Zúñiga Rodríguez.

En el año 1803, Feuerbach<sup>6</sup> definió por primera vez la política criminal como “*el conjunto de métodos represivos con los que el estado reacciona contra el crimen*”, hasta los presentes días, existen disímiles interpretaciones sobre la extensión de este término. Definición que limita la política criminal al ejercicio represivo del derecho penal.

En sentido amplio, se encuentran por un lado, Delmas, Marty; Marc Ancel, y Claudia Paz y Paz<sup>7</sup>, quienes en su obra conjunta definen la política criminal como “*el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal.*” Atendiendo a este enfoque, la política criminal constituye, las decisiones adoptadas por el Estado para responder al crimen, como las respuestas de la sociedad en general, tales como las que se brindan desde la familia, el vecindario, la comunidad, los medios de comunicación y otros, pero sobre todo las políticas desarrolladas por el Estado que de manera integrada tributan a al control del crimen.

Por otro lado, está Zúñiga Rodríguez quien define la política criminal como “*Las decisiones y métodos con los que el estado se organiza para ejercitar la justicia criminal.*”<sup>8</sup> Sobre este último enfoque se delimita el contenido de la política criminal exclusivamente a las decisiones o estrategias adoptadas por el Estado y no por la sociedad, subordinándola de igual manera al derecho penal.

Es valedero esclarecer que desde una definición amplia, podría entenderse que los linchamientos o la venganza privada, forman parte de la política criminal; pero no, dichos actos son “respuestas aisladas de un estrato social al fenómeno criminal”, es decir, cuando la población toma la justicia por propia mano en el

---

<sup>6</sup> Feuerbach, Ludwig. *Principios de la filosofía del futuro y otros escritos*. Barcelona, España. José María Quintana Cabanas (trad., intr.). PPU. 1989. Pág.34.

<sup>7</sup> Delmas, Marty; Marc Ancel, y Claudia Paz y Paz. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Guatemala. Tomo I. Ediciones Jurídicas y Sociales. 2005. Pág. 38.

<sup>8</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura. *Política Criminal*. Guatemala. Editorial Universitaria Fénix. 2001. Pág. 22.



primero de los casos; o da respuestas al fenómeno criminal, en el segundo, es decir, cuando el Estado en respuesta a su compromiso de garante del bienestar común, acciona a través de la política criminal, creando los tipos penales que sancionan las conductas que necesariamente deben ser criminalizadas. En todo caso, son delitos tal cual, podrían serlo el hurto o la violación sexual.

Queda evidenciado, de esta forma que, las respuestas violentas ejercidas por la sociedad, fuera del contorno de la decisión del Estado, formen parte de la política criminal. En tal sentido las respuestas violentas que pueda ejercer la sociedad, entre ellas la venganza privada, linchamientos, coacciones, protestas violentas y/o cualquier otra que se manifieste, no pueden ser consideradas como respuestas constitutivas de la política criminal, sino por el contrario, resulta un fenómeno criminal más al que el Estado debe brindar especial atención y acertada respuesta, pues el poder de penar o *ius puniendi*, resulta un derecho subjetivo del Estado como representante de los intereses sociales y no de una persona o grupo de personas en particular.

También debe tenerse en cuenta, el sentido restringido de la definición, adoptada en este caso, que admite diferenciar entre la política criminal y los métodos de organización utilizados por la sociedad en respuesta al fenómeno criminal emanado de la deficiencia de los métodos establecidos por el Estado dentro de su política criminal; evidenciándose con mera claridad mediante el siguiente ejemplo: La postura adoptada por una comunidad determinada, donde los vecinos se organizan para salir a patrullar su vecindario y capturar a los “delincuentes”, no puede considerarse procedimiento alguno de la política criminal del Estado, sino como manifestación expresa del actuar deficiente de la política criminal del Estado, para satisfacer sus necesidades de seguridad frente al fenómeno criminal.

Por lo tanto, es importante esclarecer que la política criminal, no es una competencia exclusiva de determinada institución, sino que cada uno de los órganos del Estado colaboran en la construcción de la política criminal, mediante

la definición de estrategias y decisiones que permitirán brindar cierta clase de respuestas al fenómeno criminal; pero en suma, la efectividad de la política criminal del Estado es una responsabilidad de la totalidad de sus órganos que intervienen en el tratamiento del fenómeno criminal.

## 1.2 Proceso de definición de la política criminal

El proceso de definición de la política criminal ha tenido su desarrollo lógico como cualquier institución dogmática del derecho, al respecto, Binder<sup>9</sup> define el poder penal como “*la fuerza de que dispone el Estado para imponer sus decisiones al ciudadano en materias que afectan derechos fundamentales*”; poder que constituye un elemento básico de la política criminal, ya que a través del sistema penal se concreta el *ius puniendi*, concibiendo a éste como el conjunto de instituciones que ejecutan la respuesta del estado hacia el fenómeno criminal.<sup>10</sup>

Conforme al criterio de Prored<sup>11</sup>, estas instituciones se organizan en tres subsistemas: subsistema penal, encargado de determinar los delitos y las penas; subsistema procesal penal, el que indica el procedimiento, o la vía legalizada para establecer si se cometió un delito e imponer una respuesta; y subsistema penitenciario, responsable de la ejecución directa de la respuesta estatal. Cada uno de ellos genera doctrina, leyes procedimientos respecto a su ámbito particular de acción.

Es necesario que los subsistemas que conforman el sistema penal guarden coherencia entre sí, para lograr que éste funcione, es preciso que el derecho que los regula, así como la estructura y funcionamiento se encuentren bajo una determinada orientación respecto al fenómeno criminal. Dicha orientación constituye lo que se conoce como política criminal.

---

<sup>9</sup> Binder, Alberto. *Política Criminal: De la Formulación a la Praxis*. Buenos Aires, Argentina, 1ª. Edición. Editora Gráfica Laft. 1997. Pág. 13.

<sup>10</sup> Roxin, Claus. *Política Criminal y sistema del derecho penal*. *Op. cit.* Pág. 33.

<sup>11</sup> Prored. *Enfoque político criminal del conflicto*. Pág. 2.

Toda sociedad organizada sobre un orden jurídico de un Estado, tiene presente el conflicto como un componente natural, siendo precisamente el Estado al que le compete el poder de regular la conflictividad y violencia social, posibilitándole dicho poder ejercer de manera imperativa, a través, de la fuerza sus decisiones frente al conflicto, sustentadas las mismas en virtud de la política criminal que se formule, estableciendo y ordenando estas decisiones los mecanismos de la realidad, a partir de definir el fenómeno criminal y las respuestas al mismo. A criterio de Roxin<sup>12</sup>, estos dos aspectos se trabajan en dos niveles: formulación y configuración.

La formulación se describe como la definición racional y política de lo que se entiende como fenómeno criminal y las respuestas al mismo, teniendo su concreción más clara en la promulgación de leyes. La configuración, conforme a Roxin<sup>13</sup>, consiste en la ejecución o puesta en práctica de lo formulado, o sea el plano de lo real.

Sintetizando, se puede decir que el poder penal del Estado es regulado por la política criminal en su intervención frente al conflicto y violencia social, a raíz de la formulación y configuración del fenómeno criminal y la respuesta proporcionada por el Estado, en aras de mantener el orden legal previamente establecido y proteger los derechos que alcanzan la categoría de esenciales y primordiales dentro del contorno social.

Es necesario e imprescindible para arribar a una amplia y esclarecedora definición de lo que hoy en día es una política criminal, el análisis del surgimiento de un derecho criminal, como rama del derecho penal que con sus principios y doctrinas trata de estudiar todo lo relativo al fenómeno criminal.

La Criminología como ciencia muestra especial interés en dos aspectos fundamentales; la criminalidad y la criminalización; en cambio el derecho penal, se centra en la imputabilidad del individuo, a efecto de hacerlo responsable, conforme

---

<sup>12</sup> Roxin, Claus y otros. Problemas fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal. *Op. cit.* Pág. 90.

<sup>13</sup> *Loc. cit.*

a un esquema o estructura de responsabilidad, cuyos postulados se encuentran previamente establecidos en la ley penal positiva. La política criminal, de acuerdo al criterio de Muñoz Conde<sup>14</sup>, tiene en cuenta los razonamientos del derecho penal, y le corresponde la elaboración de los criterios a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones en el ámbito del derecho penal.

El legislador para adoptar una decisión en torno a la determinación de pena de una conducta delictiva, de acuerdo a lo concebido por Silva Sánchez<sup>15</sup> se sustenta en diversos factores, entre ellos nos encontramos con; los normativos o de justicia, y los empíricos o de utilidad, que suministran las diversas teorías criminológicas que pueden servir para perfilar el criterio de utilidad a la hora de decidir qué conductas, de todas las que aparecen como desviadas, merecen el calificativo de punibles; lo que permite afirmar entonces, que la unión de todos estos aspectos constituye lo que conocemos como política criminal.

De acuerdo a los postulados de la Escuela Clásica, los rasgos que caracterizan a la política criminal, se sustentan en; la Escuela Positivista y la Escuela de Von Liszt, tal y como lo define Jiménez de Asúa<sup>16</sup>, se pueden resumir en que; la política criminal emplea un método jurídico para conocer el derecho positivo y el método experimental para el trabajo criminológico, requiere de la existencia de un nexo subjetivo en la responsabilidad, independizándolo de la libertad moral, para ésta el delito es un concepto jurídico y también un fenómeno natural, que surge a la vida por factores de diversa índole, y demanda que la pena se aplique a delincuentes imputables con fines de prevención especial y general.

Se puede afirmar, que para la política criminal, lo importante es esclarecer el arte de legislar, previa una crítica científica de las leyes y la indagación causal de la delincuencia, a los efectos de mantener la actividad delictiva en límites

---

<sup>14</sup> Muñoz Conde, Francisco. *La Política Criminal. (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)* Polít. crim. N° 7, 2009, R1-7, [http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/r\\_1\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/r_1_7.pdf) accesible el 12/04/2014. Pág. 30.

<sup>15</sup> Silva Sánchez, Jesús M.(ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona. Libro Homenaje a Claus Roxin. J. M. Bosch Editor. 1997. Pág. 24.

<sup>16</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *Principios del Derecho Penal*. Argentina. Abeledo-Perrot. Editorial Sudamericana. 1997. Pág. 23.

razonables, a partir, del criterio y consideraciones emitidas al respecto por Jiménez de Asúa.

Von Liszt<sup>17</sup>, en cuanto a la política criminal afirma que *“la idea fundamental es la de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena y medidas análogas.”*

Existe gran desconcierto en el presente, en cuanto a la delimitación de los campos en la política criminal, para algunos autores como Estrada Arispe<sup>18</sup> es una disciplina separada, mientras que para la inmensa mayoría de autores, la política criminal está unida al derecho penal y a la dogmática. Lo indudable es que, si la política criminal se basa en el estudio de las condiciones que pueden hacer eficaz la actuación del derecho penal, propondrá reformas del derecho penal vigente, tanto partiendo del conocimiento y adecuación de las normas, como de los posibles resultados de su aplicación.

Las tesis argumentadas por Roxin<sup>19</sup>, quien estima que *“las penas rigurosas –sobre todo las privativas de libertad– son en verdad imprescindibles para los delitos capitales; pero no son un medio de reacción adecuado en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante.”*, han servido de sustento para contribuir al esclarecimiento de la diversa panorámica existente en cuanto a las diferentes posturas que existen sobre la función de la política criminal en un Estado.

Basado en el pensamiento del citado autor, se reconoce la presencia de tres tesis, cuyo imperativo es el de la racionalidad que debe existir desde la política criminal para la obtención de resultados eficientes para el orden social.

---

<sup>17</sup> Von Liszt, Franz. *La idea del fin en el Derecho Penal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1994. Pág. 12.

<sup>18</sup> Estrada Arispe, Carlos Enrique. *Manual de derecho penal guatemalteco*. Guatemala, 3ªed. Editorial Universitaria Fénix. 2001. Pág. 34.

<sup>19</sup> Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. *Op. cit.* Pág. 88.

La primera tesis de Roxin<sup>20</sup> plantea que *“las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad.”* Implica con esta postura la ineficiencia de la pena ya que la criminalidad sigue su rumbo de incremento, y por el mismo camino, se determina la reincidencia. Debe tomarse en cuenta también que *“en extremas situaciones, caracterizadas por fuertes afectos o gran miedo, las normas pierden su fuerza de motivación.”*<sup>21</sup>

La segunda tesis formulada por Roxin<sup>22</sup> es que *“las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad.”*

Expone, que la privación de libertad no solamente implica reprimir la libertad ambulatoria en la persona a quien se le aplica, que de por sí ya resulta dolorosa; sino que se pretende educar a las personas bajo estas limitaciones para que vivan, en su momento, con responsabilidad en la sociedad, pero a la vez, se les está ofreciendo dicha educación bajo condiciones de vida radicalmente diferentes a las que tendría en libertad.

Desde la perspectiva de Roxin<sup>23</sup> se aprecia que *“la pena privativa de libertad tiene realmente un efecto múltiple desocializador, ya que durante su aplicación el delincuente es sustraído de su vínculo familiar y de su relación laboral y de este modo se detiene el curso normal de su vida”*, se entenderán, las razones por las cuales fracasa cualquier plan o programa rehabilitador, pues la integridad de la persona se ve afectada por el simple hecho de sentirse atado a una jaula, habiendo perdido todos los ideales o sueños surgidos de su vida dentro de la sociedad.

Una tercera tesis se refiere a que *“la prevención es más efectiva que la pena”*<sup>24</sup>. Si la política criminal desde su concepción ha tenido como finalidad la

---

<sup>20</sup>*Ibíd.*, Pág. 89.

<sup>21</sup>*Ibíd.*, Pág. 90.

<sup>22</sup>*Ibíd.*, Pág. 92.

<sup>23</sup> *Loc. cit.*

<sup>24</sup>*Ibíd.*, Pág. 94.

prevención y combate de la criminalidad, habrá que otorgarle a la primera, el mayor porcentaje de esfuerzos estatales en función de evitar la aplicación de la pena de prisión por delitos que pueden ser sancionados con medidas alternativas a la privación de libertad y que resultarían más efectivas y restaurativas, tanto para las víctimas, la sociedad, como para el propio autor del ilícito, pues se le estaría otorgando el derecho a reivindicarse socialmente.

Con los fundamentos enunciados por Roxin<sup>25</sup> se coincide, en cuanto a que este autor expresa que *“aunados a los medios de política social ya expuestos, la mejor estrategia para la batalla preventiva del delito radica en un buen control policial[...] la dureza de la amenaza penal casi no tiene efecto de intimidación; porque la regla es que el autor en realidad sólo perpetra su acto cuando piensa que no será detenido [...] cuando el riesgo de ser descubierto se eleva, el potencial del delincuente abandona el delito en su propio interés.”*

En tiempos de dictadura se ha recurrido a los extremos, no necesariamente se debe recurrir a ellos, teniendo en cuenta que la acción policial puede, además ejercerse como servicio social, en beneficio de la comunidad por su estrecha relación con la misma. El objetivo primordial está dado en pretender prevenir la criminalidad con estrategias policiales, como por ejemplo, ser un medio de servicio que ofrezca al pueblo protección y ayuda.

### **1.3 Fines de la política criminal**

Los fines u objetivos de la política criminal están determinados y condicionados por el modo en que se percibe el fenómeno de la criminalidad, el sistema penal y la conexión que hay entre éste último y los demás medios de control social.

Roxin<sup>26</sup>, literalmente expresa que; *“El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica [...] Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-*

---

<sup>25</sup> *Ibíd.*, Pág. 96.

<sup>26</sup> Roxin, Claus. Política criminal y sistemas del derecho penal. *Op. cit.* Pág. 102.

*criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo.”*

En el transcurso de la historia se puede observar que, en un primer momento, el fin de la política criminal era la mera represión del delito. Bajo esta concepción antigua o clásica, tal y como precisan Delmas Marty, Marc Ancel<sup>27</sup> en su obra, se concebía que la única finalidad del conjunto de decisiones o métodos que adoptaba el Estado estaba dirigida a reprimir el delito.

A posteriori, con el surgimiento del positivismo y más adelante con el refuerzo de las escuelas de la defensa social, se mantuvo como fin de la política criminal la prevención de la delincuencia. Atemperado en esta concepción positivista, según Zúñiga Rodríguez<sup>28</sup> el fin primordial de la política criminal se transformó de reprimir el delito a la prevención del mismo, llegando incluso a admitirse la intervención del estado sobre la persona individual, sin que ésta hubiera cometido alguna infracción penal.

Apuntan las tendencias modernas a una concepción más amplia de la política criminal, tal y como expresa Baratta<sup>29</sup>, considerando no sólo la respuesta al delito, sino también controlar todas las consecuencias. Sobre la base de esta perspectiva se propugna que las decisiones y estrategias del Estado contengan la neutralización de las consecuencias que el delito genera, como por ejemplo, los costos sociales y económicos del delito y de la sanción, las consecuencias personales respecto a la víctima, el autor, la sociedad y a los propios aparatos sociales que intervienen.

---

<sup>27</sup> Delmas Marty, Marc Ancel. *Modelos actuales de política criminal*. Guatemala. 1ª.ed. 1986. Pág. 35.

<sup>28</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura. *Op. cit.*, Pág. 38

<sup>29</sup> Baratta, Alessandro. “La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto. 2000. Pág. 1.



La finalidad que persigue la política criminal, con esta tendencia moderna se evidencia claramente en las decisiones, estrategias y métodos que adopta el Estado en materia de justicia criminal, es decir, la realización de los derechos fundamentales de las personas, incluyendo los de la víctima, los autores o presuntos autores del delito y, la sociedad en general. De tal manera que, conforme a lo expuesto en el Plan de política de persecución penal del Ministerio Público en Guatemala<sup>30</sup> la actuación de la política criminal no puede descuidar o mucho menos violentar alguno de los derechos fundamentales de éstos pues su fin último es la realización de tales derechos.

No obstante, a que varios estudiosos como Delmas Marty<sup>31</sup>, han incluido las estrategias del Estado para prevenir el delito como materia o competencia de la política criminal, la tendencia más fuerte es la de separar claramente el campo de la prevención del delito (*predictum*) del campo del tratamiento del delito y sus consecuencias, dejando el primer ámbito a la política de seguridad y, el segundo a la política criminal.

Permite diferenciar este punto de vista, los roles y responsabilidades de cada uno de los órganos del Estado en el tratamiento del fenómeno criminal y, a la vez, diferenciar los objetivos específicos de las estrategias y métodos que cada uno de los órganos del Estado implementa para afrontar el mismo.

De todo lo cual, se colige que los métodos de prevención del delito (*predelectuales*) deben ser claramente distintos de los métodos que reaccionan ante el delito ya cometido y no deben confundirse o involucrarse

Indudablemente que la celeridad y eficacia de la respuesta penal o alternativa, según la ley lo permita, conforme a la opinión de Beccaria<sup>32</sup>, inciden en alguna forma en la prevención secundaria del delito, lo cual no significa que este propósito se superponga a la finalidad de realización de los derechos de la

---

<sup>30</sup> *Plan de política de persecución penal del Ministerio Público*, Guatemala, 2005. Pág. 6.

<sup>31</sup> Delmas Marty, Marc Ancel. *Op. cit.*, Pág. 50.

<sup>32</sup> Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Barcelona. Bruguera (trad. J. Jordá). 1983. Pág. 104.

víctima, del autor del delito y de la sociedad en general, vulnerados o en riesgo, a raíz de la comisión de un delito; pues la prevención secundaria que genera la aplicación pronta y certera de la ley penal no debe ni puede suplir la utilización de estrategias y métodos de prevención primaria para la efectiva prevención del delito en nuestro país.

En el ámbito de definición de la política implementada por el Estado de Guatemala, resulta evidente indicar a modo de síntesis, la necesidad de centrarse en la adopción de decisiones, estrategias y métodos para materializar acciones preventivas de la delincuencia, así como responder ante la comisión de actos delictivos, con el fin de lograr la efectiva realización de los derechos fundamentales que se han vulnerado o estén en riesgo, tanto de la víctima, del autor del delito, como de la sociedad en general; y no así, a la prevención de la delincuencia, situación que debe ser abordada específicamente dentro de otros ámbitos de la actuación estatal.

#### **1.4 Manifestaciones de la política criminal**

La política criminal, conforme a la opinión de Silva Sánchez<sup>33</sup> constituye expresión del poder punitivo del Estado, es decir, que el poder penal constituye una vía fundamental a través de la cual se concreta la política criminal dentro de una sociedad.

De igual modo Silva Sánchez<sup>34</sup> estima que el poder penal del Estado requiere de dos grandes niveles de decisión: la organización de las instituciones a través de las que ejercerá el poder penal y, la definición de las estrategias, métodos o mecanismos de ejercicio del poder penal.

##### **1.4.1 La organización**

---

<sup>33</sup>Silva Sánchez, Jesús M. *Op. cit.*, Pág. 26.

<sup>34</sup>*Ibíd.*, Pág. 27.

Este nivel de decisiones que integra la política criminal del Estado está referido al conforme al criterio de Silva Sánchez<sup>35</sup>, al establecimiento de la institucionalidad del ejercicio del poder penal. Así, el Estado adopta decisiones político-criminales, cuando decide crear un órgano encargado de la prevención policial del delito, otro que se encarga de la persecución penal pública, otro que se encarga de ejecutar la investigación criminal; otro que se encarga de verificar la legalidad del proceso de investigación criminal; otro que se encarga de verificar la procedencia de sometimiento de una persona acusada a un juicio penal; otros que se encargan de conocer los agravios alegados por los actores del juicio penal, otro órgano que se encarga de verificar la ejecución de lo decidido en juicio; otro que se encarga de aplicar el régimen de sanción impuesta en un juicio penal, etc.

Se entiende entonces que la forma en que se define la institucionalidad para el ejercicio del poder penal es muy importante para medir el modelo de política criminal del Estado. Por ejemplo, el hecho de decidir que un órgano distinto al judicial se encargue de dirigir la investigación criminal refleja un modelo de política criminal democrático y respetuosos de los derechos de las personas, como lo es también el hecho de decidir que un órgano judicial distinto al que controló la legalidad del proceso de investigación criminal sea quien conozca del juicio. Siempre va a depender de qué tipo de sistema de justicia penal se aplique. Hay que recordar que en la actualidad se pueden nombrar dos sumamente arraigados tales como el Continental y el anglosajón (Gran Bretaña) o angloamericano (Estados Unidos), y, el que específicamente se utiliza en los países totalitarios.

En el plano específico, cada uno de los órganos que el Estado ha creado para el ejercicio del poder penal, contribuyen a la manifestación de la política criminal al definir, bajo lineamientos formulados en el marco legal propio, los niveles organizativos de su institución, lo cual incidirá positiva o negativamente en la efectividad que le ha sido asignado por el Estado dentro de la lógica del sistema penal.

---

<sup>35</sup>*Ibid.*, Pág. 40.

#### **1.4.2 Las estrategias, métodos o mecanismos del ejercicio del poder penal**

Constituyen el segundo nivel de decisiones a través de las cuales se manifestará el poder penal del Estado, y por ende la política criminal de éste, relativas a cómo se enfrenta, desde el rol asignado a cada órgano del sistema penal, la respuesta al fenómeno criminal.

Este nivel de decisiones no ocupa una línea jerárquica con relación al nivel anteriormente abordado, sino que ambos están o deben estar claramente vinculados. Así, no puede sostenerse un nivel organizativo que sea insuficiente para desarrollar estrategias o métodos de trabajo que se requieran implementar para mejorar el desarrollo de la persecución penal pública, ni tampoco pueden diseñarse estrategias o métodos de trabajo a partir de lo que el nivel organizativo ha definido. Ambos niveles requieren de una vinculación específica y se influyen mutuamente.

La definición de estrategias, métodos o mecanismos de ejercicio de la persecución penal, constituye un reto importante que no puede agotarse en una propuesta inicial, más bien, de acuerdo con Silva Sánchez<sup>36</sup> es un reto que debe asumirse mediante una actividad constante de investigación, observación, análisis y reflexión de la realidad.

#### **1.5 Requisitos para accionar penalmente**

Existen diferentes clases de acciones derivadas del interés del Estado por la efectividad de la sanción, y aun cuando la regla es que la pretensión punitiva no admite consideraciones de oportunidad, sino que, salvo los impedimentos o retardos constitucionales, ésta debe hacerse efectiva siempre; es por ello necesario distinguir ciertas situaciones en las cuales la ley, además de ese principio de obligatoriedad, considera otros intereses.

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*, Pág. 40.

Estos requisitos, conforme a Von Liszt y Schmidt<sup>37</sup> son condicionantes para el ejercicio de la acción, no condiciones de punibilidad; de manera que el eventual defecto de aquéllos no determina la absolución, sino la nulidad del proceso.

Esas condiciones para el ejercicio de ciertas acciones consisten, en general, en la manifestación de voluntad de un particular, expresada, según el caso, mediante denuncia o querrela.

Afirma Zaffaroni<sup>38</sup>, que *“La acción penal no persigue sólo la imposición de una pena y que, en consecuencia, el establecimiento de la verdad -por lo menos en algunos- no es un mero medio para ese fin, sino que asume cierta independencia o sustancia propia como objetivo de la acción penal. Resulta de ello que la acción penal también tiene como objetivo el establecimiento de la verdad, pero no sólo como paso previo indispensable para el ejercicio del poder punitivo, sino como objetivo en sí mismo, que algunas veces permanece, aunque no haya posibilidad alguna de ejercer ese poder.”*

Es acción pública, entonces, aquella que debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado, con o sin la cooperación del particular damnificado o de otro particular. Esta forma de acción constituye la regla. Tal es el principio de la oficialidad de la acción. Las formas en que éste se garantiza son materia de las leyes procesales.

De oficio, por ende, deben iniciarse todas las acciones penales, salvo las excepciones expresamente prefijadas. Al establecer la ley el ejercicio obligatorio y oficial de esa acción, sanciona implícitamente los principios de *legalidad* e *indivisibilidad* de la acción penal pública.

---

<sup>37</sup> Von Liszt, Franz y Schmidt, E. “Lehrbuch des Deutschen Strafrechts”, ed. 25, 1927, citado por Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 10ª reimp. T. III. Pág. 528.

<sup>38</sup> Zaffaroni, Eugenio R., y otros. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina, 2ª ed., EDIAR, 2002, Pág. 892.

Advierte Stoppato<sup>39</sup> que el principio de legalidad por oposición al de oportunidad, significa que el órgano encargado del ejercicio de la acción penal pública no puede dejar de ejercerla, toda vez que concurren los presupuestos sustantivos de ella; mientras que el principio de oportunidad se basa en la admisión de un juicio apreciativo, de parte del órgano acusatorio, acerca de la conveniencia o pertinencia de la acción.

El principio de indivisibilidad, conforme al criterio de Von Liszt, citado por Soler<sup>40</sup>, hace referencia a los distintos partícipes de un mismo hecho, en el sentido de que la acción no puede ejercerse contra algunos y reservarse respecto de otros. En este sentido, podría decirse que la pretensión punitiva es objetiva que parte del hecho, para alcanzar todas las responsabilidades personales.

La forma en que esos principios se realizan es materia procesal. Para distinguir las dos zonas de confluencia, se podría decir que la única ley que puede establecer excepciones a los principios de legalidad e indivisibilidad es la ley de fondo; que, en consecuencia, cuando una acción aparece expedita de acuerdo con ella, la ley procesal no puede ponerle *nuevos* obstáculos.

### **1.5.1 Excepciones al principio de oficialidad de la acción**

Para Soler<sup>41</sup>, se presentan casos en que más allá de la prevalencia del interés por la represión por parte de la ley, se toman en cuenta otros intereses y situaciones, y por ello distingue dos casos, porque aun cuando ambos forman excepción al principio de la acción obligatoria, su sentido no es coincidente. Plantea el autor estos tres panoramas:

*“a) A veces el delito cometido afecta hondamente la esfera íntima y secreta de un sujeto, que la ley ha considerado conveniente, no obstante la gravedad de aquél, respetar la voluntad de la víctima o de quienes legalmente la representan, a*

---

<sup>39</sup> Stoppato. *Comento al Código de Proceso Penal. de P. P.*, vol., IV ,1918, págs.10 y ss., citado por Soler, *Op. cit.*, Pág. 529.

<sup>40</sup> Soler, Sebastian. *Op. cit.*, Pág. 529.

<sup>41</sup> Soler, Sebastian. *Op. cit.*, Pág. 530.

*objeto de que la intimidad herida por el delito no lo sea de nuevo [...] Advierte Frank, en estos casos, un conflicto de intereses entre la necesidad de represión y el respeto a la intimidad personal; he ahí que el Estado requiera, para que la acción se ejercite, una manifestación de voluntad del damnificado o de sus legítimos representantes. Por eso se llama a esta clase de acciones dependientes de instancia privada.*

*b) Otras veces, sin que esté comprometida la esfera de intimidad, el hecho se halla estrechamente vinculado con un interés privado y limitado por éste, que bien puede tenerse como indispensable la manifestación de voluntad del interesado para que la acción deba considerarse promovida. También estas son acciones dependientes de instancia privada.*

*c) Finalmente, otras veces el interés que la incriminación protege tiene un carácter tan señaladamente particular, que podría decirse que cuando éste no se manifiesta lesionado, en realidad no existe lesión. Estas, son las acciones privadas”<sup>42</sup>*

Para ubicar cada una de estas aristas y procurar una mayor comprensión, se entiende que en el primer estadio connotado por el autor, se hace referencia a aquellos delitos que, generalmente, involucran la violencia sexual, ya sea la víctima menor de edad o adulta, pero por el mismo derecho de ésta a su intimidad, precisa de la secretividad del accionar; razón por la cual se depende de la instancia privada.

En el segundo estadio, independientemente, de que no se comprometa la intimidad de la persona agraviada, si se requiere de la anuencia de ésta para que proceda la acción pública, por eso también se les denomina acciones dependientes de instancia privada. Al respecto cabe mencionar a manera de ejemplo, cuando se ha producido un secuestro de los denominados “*express*” – aunque no exista como tipo penal- sólo nominalmente por la forma de actuar de

---

<sup>42</sup> *Loc. cit.*

los responsables, en que las familias optan por no propiciar una acción legal pública sino sólo responder al llamado del rescate, por temor a las represalias que puedan devenir o porque la víctima, posterior a su rescate no tiene la menor intención de iniciar ningún tipo de acción en contra de sus secuestradores.

Por último, se encuentran aquellas incriminaciones tan particulares, en las cuales no existen lesiones algunas, y que habiendo cierta discordia entre las partes, no procede acción penal pública sino que, por el contrario, puede existir la posibilidad de una mediación recurriendo a mecanismos alternativos de conciliación.

Como se observa, entre la acción dependiente de instancia privada y acción privada, existe un trecho de diferencia bastante considerable. Para Soler<sup>43</sup>, la primeras se refieren a hecho muchas veces graves, en los cuales, para proceder, se requiere solamente la denuncia o querrela del damnificado/a o sus representantes, de tal manera que, iniciada la acción, ésta continúa de oficio, es irrevocable, como toda acción pública, y a su respecto rigen los principios de legalidad e indivisibilidad.

De este modo, aun cuando en un caso de violación se acusara a un solo sujeto, el Ministerio Público podría dirigir la acción contra otro, que se tenga por cierta su participación, de la forma que sea, porque lo que la ley tutela es el derecho a guardar secreta la ofensa. Descubierta ésta por voluntad de quien sufrió el agravio, la ley no ampara otra clase de secretos o deseos de la víctima. El secreto respetado se refiere al hecho, no al autor o autores de él, tal y como precisa Soler.<sup>44</sup>

Consecuentemente, el principio de indivisibilidad de la acción es aplicable, pero siempre tomando en cuenta que puede existir la diferencia entre indivisibilidad real y personal, para señalar que solamente en este último sentido es aplicable. Por ejemplo, ya interpuesta la denuncia por rapto, debe castigarse a

---

<sup>43</sup>*Ibíd.*, Pág. 531.

<sup>44</sup>*Loc. cit.*



todos los partícipes de este delito, aun los no denunciados; pero no puede investigarse la existencia de violación.

La denuncia es personalmente indivisible y se extiende contra todos los partícipes; pero realmente divisible, en el sentido de que el denunciante no está obligado a confesar todo su agravio.

El anterior panorama, de acuerdo al criterio de Soler<sup>45</sup>, el cual se comparte, se trata innegablemente, de una acción penal pública, en la cual la instancia de partes es una condición procesal. Producida la instancia, la acción continúa de oficio.

Muy diferente, tal y como precisa Soler<sup>46</sup>, se presenta la situación en cuanto a la acción privada, ya que ésta es referida a hechos de poca gravedad, y está tan estrechamente vinculada la protección pública a la voluntad del damnificado, que éste no solamente debe promoverla, como se planteó con anterioridad, sino también perseguirla. Es necesario tener presente que el interés del Estado no va más allá del interés del particular ofendido. El interés público está allí limitado.

## **1.6 Las estrategias de prevención como expresión de política criminal**

La violencia común es una de las experiencias más claras de la inseguridad ciudadana. Sin embargo, los gobiernos locales y nacionales de la región y la propia sociedad aún no la han asumido con la debida propiedad, al extremo que el enfrentamiento al hecho delictivo arroja resultados más bien preocupantes.

Instituciones fundamentales como la policía y la justicia se desacreditan a pasos gigantescos y los habitantes se recluyen en un mundo privado cada vez más complejo. El Estado no tiene legitimidad porque ha dado un trato represivo a los conflictos y porque sus agentes han incorporado la lógica privada (limpieza social, violación de derechos humanos, corrupción) a la función pública más

---

<sup>45</sup>*Loc. cit.*

<sup>46</sup>*Ibid.*, Pág. 532.

esencial a la sociedad: la seguridad ciudadana y la justicia. Esta realidad da lugar a que se multipliquen diversas formas de “justicia privada” y a que se generalice una mentalidad autodefensiva de la población.

Si se intenta sistematizar las principales concepciones que rigen en el enfrentamiento de la violencia, se pueden encontrar dos vertientes fundamentales expuestas por Carrión<sup>47</sup>: una, inscrita en una política de Estado –hoy dominante– que propugna el control de la violencia vía represión y privatización y, la otra, como seguridad ciudadana que se inscribe en una relación de sociedad-Estado que, a la par que enfrenta el hecho delictivo busca construir ciudadanía e instituciones que procesen los conflictos democráticamente.

El Estado en este contexto se convierte en un depositario de la seguridad demandada por las clases propietarias contra las clases peligrosas. Estos sectores conciben al Estado (policía, ejército, justicia) como el garante de la protección colectiva de la población y exigen mano dura a la fuerza pública y al conjunto de los aparatos estatales para que se protejan sus bienes y vidas.

En estos casos las acciones fundamentales se dirigen hacia el control de la violencia bajo una óptica represiva, tal y como expone Carrión<sup>48</sup>, como por ejemplo, ante el desbordamiento de los sistemas judiciales y penitenciarios, por la magnitud de la violencia y sus nuevas formas, siempre se va a plantear una reforma a los códigos penales tanto para adultos como para adolescentes dirigida a modificar la tipificación del delito y a incrementar las penas.

Es interesante ver como el concepto de delito y por tanto de delincuencia van cambiando en la visión de Estado, que es, en última instancia, el que crea y define la figura del delito y las penas correspondientes. Se aumentan las penas a ciertos tipos de delitos, pero lo más grave es la impunidad y la saturación tanto de cárceles como de centros para menores.

---

<sup>47</sup> Carrión, Fernando, y otros. *Ciudad y Violencia en América Latina*. PNUD. Centro de Información de las Naciones Unidas. El Salvador, Centro América. Pág. 16.

<sup>48</sup> *Ibid.*, Pág. 20.

El enfrentamiento al hecho delictivo mediante el uso de la fuerza. Allí se inscriben, por ejemplo, los operativos que periódicamente realizan el ejército y la policía para controlar la delincuencia común en las poblaciones de bajos ingresos. En general se caracterizan por ser parte de una estrategia de represión, amedrentamiento y seguridad inscritas en una concepción antisubversiva. Son operaciones tipo rastrillo que se desarrollan con gran despliegue informativo y de fuerzas, como expresa Carrión<sup>49</sup>.

Se considera dentro de esta misma reacción, la privatización de ciertos segmentos de la actividad, sobre la base de empresas de seguridad que contratan policías jubilados y personal con poca formación. Pero también, con la venta de servicios y mercaderías que paralelamente se van desarrollando: armas, alarmas, clases de defensa personal, etc., tal y como sostiene el autor antes citado<sup>50</sup>.

En contrapartida a esta concepción dominante, no se puede negar que poco a poco toma existencia una visión minoritaria y alternativa a la anterior, que ve con preocupación la renuncia del Estado a su papel corrector de las desigualdades, a su condición de árbitro en la resolución de los conflictos y a su cualidad de garante del interés colectivo.

Cuando el Estado se retira de sus obligaciones constitucionales garantistas, se produce un proceso contradictorio de acoplamiento de ciertos segmentos de la sociedad civil, a través del, por ejemplo, peligroso camino sin retorno de la justicia por su propios medios o de la privatización de la seguridad. Pero también de la búsqueda del justo empate de la sociedad civil y del Estado en la construcción de la ciudadanía. En este contexto, la seguridad ciudadana se desarrollaría en un espacio social en construcción, donde la participación permitiría enfrentar todos los eventos sociales y naturales que tiendan a socavar lo social, lo público, las bases materiales de la convivencia, las instituciones de intermediación social, etc.

---

<sup>49</sup>*Ibíd.*, Pág. 269.

<sup>50</sup>*Ibíd.*, Pág. 267.

El tema de la delincuencia y por oposición, el de la seguridad ciudadana, sin ser homogéneo en el conjunto de las ciudades de cualquier región, amerita ser asumido de manera inmediata. Sin lugar a dudas es un problema nacional, de interés colectivo y público, que compromete al conjunto de la sociedad y sus instituciones. Se puede observar cómo la cooperación de todos los ciudadanos, ayuda a dinamizar la prevención de la delincuencia, especialmente el deporte que es un mecanismo muy útil, ya que los menores de edad son los más susceptibles a la delincuencia, por lo que hay que crear mecanismos y condiciones para mejorar su calidad de vida, esto incluye diversos programas para lograr dicha prevención e inserción social. Así como no es un problema de exclusiva responsabilidad de la policía y la justicia, ni tampoco es sólo del gobierno, la población no puede ser excluida y quedar pasiva porque el paternalismo estatal no conduce a la formación de ciudadanía.

Sin embargo, siendo la ciudadanía la fuente y fin de la violencia se requiere su participación en la solución del problema (por ejemplo, en vez de privatizar la policía, dotarla de ciudadanía). Pero también una nueva institucionalidad que la asuma, en la que bien podría participar la municipalidad por ser el órgano estatal más cercano a la sociedad civil y la vida cotidiana. En esta perspectiva puede ser interesante que las municipalidades jueguen un papel importante y se creen comisiones especiales de seguridad ciudadana en las que participen concejales, policía, justicia, comisiones de derechos humanos, etc.

Pero no será suficiente si no se controla la apología de la violencia que realizan algunos medios de comunicación y en especial la televisión, si no se modifican los factores de la cultura lúdica basada en el alcohol, el control de armas de fuego, el desarme de la población y su monopolio por el ejercicio y la policía. En el campo penal se debe avanzar más en la búsqueda de una racionalidad jurídica fundada en el derecho ciudadano, en la desburocratización y agilidad de la justicia, más que el incremento de las penas; pues como se afirma en el informe

del PNUD<sup>51</sup>, *“Hay que diseñar mecanismos que tiendan a resolver pacíficamente los conflictos y espacios donde la ciudadanía pueda conciliar y hacer justicia. En suma, se requiere de una institucionalidad que procese los conflictos, sobre la base de una pedagogía de la convivencia ciudadana inscrita en una estrategia de orden público democrático.”*

El debilitamiento de lo público como instancia de socialización y de mediación de lo individual-privado con lo colectivo, se encuentra en franco proceso de deterioro. Por ello, tal y como estima Silva Sánchez<sup>52</sup> los problemas de las identidades, como base de la articulación social y del sentido de pertenencia, tienden a redefinirse en ciertos grupos de la sociedad (como la juventud) o en algunos de los ámbitos sociales más tradicionales como la escuela, la familia, el trabajo, la ciudad.

Hasta ahora se ha enfrentado el problema de manera policial y con resultados no muy positivos. Se trata de un problema nacional de interés colectivo y público, se compromete al conjunto de la sociedad y sus instituciones (no solo la policía).

Esta institucionalidad debería elaborar un plan de acción y una propuesta de concertación con distintas entidades públicas, privadas y comunitarias para que, por ejemplo, controlen la defensa y exaltación de la violencia, modifiquen los factores de la cultura basada en el alcohol, controlen las armas de fuego, desarmen a la población, aumenten la iluminación y transporte barrial, y desarrollen campañas de seguridad ciudadanas y defensa civil.

Las estrategias y los enfoques preventivos tienen dimensiones y actores diversos. En un sentido muy amplio, las políticas económicas, demográficas, migratorias, urbanísticas y educativas por ejemplo, podrían tener significativos impactos estructurales de la mitigación de fenómenos sociales de violencia y

---

<sup>51</sup> PNUD. *Informe sobre desarrollo humano. Guatemala 2007-2008*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Pág. 270.

<sup>52</sup> Silva Sánchez, Jesús M. *Op. cit.*, Pág. 30.

delincuencia. En igual sentido, el sistema de justicia penal, además de producir efectos correctivos o punitivos, tiene un evidente impacto preventivo o disuasivo, cuando goza de credibilidad en amplios sectores de la población.

Las instituciones policiales, por su parte, además de ejercer la fuerza coercitiva o represiva del Estado ante hechos delictivos consumados, también podría desarrollar estrategias y acciones de carácter preventivo a través de patrullajes, retenes, procesamientos de información, postas de protección, operaciones de desarme y otras modalidades de trabajo cotidiano orientadas a desalentar, obstaculizar o evitar la consumación de hechos delictivos, tal y como refiere el informe del PNUD<sup>53</sup>.

Entendida de esa manera, en opinión de Carrión<sup>54</sup>, *“la prevención de la delincuencia es una responsabilidad institucional que deben compartir diversas instancias del Estado, aunque la responsabilidad más directa recaiga normalmente en el sector de seguridad pública del gobierno”*, criterio que se comparte.

Pero la prevención de la delincuencia, en su dimensión institucional, debe ser complementada con el compromiso y la acción de los ciudadanos. Esta es la dimensión social de cualquier enfoque preventivo de la seguridad pública, promovido por grupos organizados, en ámbitos comunales y vecinales, con apoyo de instituciones públicas y privadas, así como de la iglesia.

---

<sup>53</sup> PNUD. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Aportes para la convivencia y seguridad ciudadana*. San Salvador, 1ª. Ed. Talleres Gráficos, UCA, 2004. Pág. 77.

<sup>54</sup> Carrión, Fernando y otros. *Op. cit.*, Pág. 35.

## CAPÍTULO 2

### LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DESVIADAS TRANSPUESTA A LA PREVENCIÓN GENERAL DE LA NORMA

#### 2.1 Definición de criminalización

La criminalización es el acto o conjunto de actos que el legislador realiza dirigidos a convertir una conducta que antes era lícita en ilícita mediante la creación de una norma. Es la conducta que se considera antisocial, según los parámetros legales y sociales. Lo antisocial, de acuerdo al criterio de Zaffaroni<sup>55</sup>, está dado por aquellas actividades o inactividades que intencionalmente o por descuido y no existiendo necesidad atacan bienes, individuales o colectivos, de origen social que son necesarios para conservar la existencia de la sociedad.

Al decir de Zaffaroni<sup>56</sup>, el Estado debe criminalizar conforme al requisito rector que es la exclusiva protección de bienes jurídicos. Debe enfrentar esta tarea seleccionando rigurosamente esos bienes jurídicos e intereses estatales que exija la demanda social y que son condiciones esenciales para el progreso personal y social, a veces intereses colectivos, como la seguridad interior o exterior del Estado, la recta administración de la justicia, la fe pública, la salud pública, etc., y en otros intereses individuales tales como la vida, la integridad corporal, el honor, la libertad, la seguridad, la propiedad. etc.

Esta función del Estado no se sostiene en la elaboración de códigos éticos sino en la elaboración de una efectiva política criminal que al criminalizar se dirija exclusivamente a conductas socialmente dañosas, pues, mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar libre de amenaza penal.

---

<sup>55</sup> Zaffaroni, Eugenio R. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina, EDIAR. 2009. Pág. 12.

<sup>56</sup> *Ibid.*, Pág. 15.

La criminalización debe realizarse a través de un múltiple proceso social de selección de comportamientos que se desvalorizan como criminales y se sancionan en un número limitado porque la forma de abordar la criminalización simbólica se da cuando se consideran las influencias del sistema social en el sistema penal intentando organizar el sistema penal cuestionando sus intenciones últimas que, finalmente, se convierten en una decisión política.

Es este un concepto criminológico extraído de la sociología que describe el proceso de construcción social del criminal o delincuente. Pertenece a la corriente criminológica llamada *labelling approach* (enfoque del etiquetamiento) y tiene especial importancia en la criminología latinoamericana, tal y como reconoce Zaffaroni<sup>57</sup>.

Para Zaffaroni<sup>58</sup>, el proceso de criminalización es el conjunto de elementos sociales facilitantes que operan en la base de las conductas calificadas como nocivas. De esta forma, nos referimos a la consideración del proceso de criminalización como la tabla de cálculo capaz de definir penalmente ciertos tipos de conducta reflejadas en la protección concreta de un bien jurídico específico.

Según los presupuestos de esta corriente no existe ningún acto delictivo o desviado en sí mismo, sino que es la sociedad (la comunidad, el poder legislativo, la administración de justicia, la policía) la que construye su propio concepto de criminal (lo que se denomina desviación primaria). Al mismo tiempo, supone que al individuo clasificado dentro de un grupo delictivo, al ser tratado y definido socialmente como tal, asume su condición de criminal y por tanto se comportará como tal (lo que se denomina desviación secundaria)

Al respecto opina Zaffaroni<sup>59</sup>, que *“los legisladores proyectan la punición en abstracto, lo que se llama criminalización primaria (...) es un proyecto legal tan enorme que en sentido estricto abarcaría a casi toda la población. Es un*

---

<sup>57</sup>*Ibíd.*, Pág. 16.

<sup>58</sup>*Ibíd.*, Pág. 20.

<sup>59</sup>*Ibíd.*, Pág. 22.



*programa irrealizable que se cumple en muy escasa medida...sólo en un pequeño número de casos las agencias ejecutivas seleccionan a personas sobre las que ejercen el poder punitivo...esta selección sería la criminalización secundaria.”*

Para este autor existe una enorme desproporción entre lo planificado por la criminalización primaria y lo que verdaderamente realiza la secundaria; desproporción que inevitablemente le permite a ésta última un amplio espacio de arbitrio selectivo. Opina, el expresado autor, que *“este arbitrio se ejerce siguiendo las reglas de todas las burocracias: se hace lo más sencillo y lo que ocasiona menos conflicto”*<sup>60</sup>. De esta laxitud arbitraria resulta una selección basada en estereotipos que no es otra cosa más que estigmatizaciones, basados en la teoría de la reacción social.

Asimismo afirma Zaffaroni<sup>61</sup> que *“los estereotipos son prefiguraciones negativas (prejuicios) de determinada categoría de personas, que por apariencia o conducta se tienen por sospechosos.”* Es entendible entonces, que el portador de caracteres estereotipados (estigmatizados) corre mayor riesgo de selección criminalizante que las otras personas. *“Al estereotipo -dice Zaffaroni<sup>62</sup>- no lo inventan las agencias ejecutivas, sino que lo construye la comunicación montada sobre prejuicios sociales...como cada uno de nosotros es más o menos lo que los otros esperan que sea y de las personas estereotipadas se esperan delitos...el ladrón termina andando por la calle casi con uniforme de ladrón.”*

Cabe concluir entonces, que si la interacción de los fenómenos sociales se acompaña de un ámbito de relaciones nocivas de tipo criminológico, mediante los cuales se criminalizan estas formas delictivas por las diferentes vías de control social o prejuicios sociales, es lógico que su análisis se derive de la consideración de que son conductas interrelacionadas

---

<sup>60</sup>*Loc. cit.*

<sup>61</sup>Zaffaroni, Eugenio R. Estructura Básica del Derecho Penal *Op. cit.* Pág. 23.

<sup>62</sup>*Ibid.*, Pág. 24.

## 2.2 La Teoría del *Labelling Approach* como génesis del proceso de criminalización según el paradigma del control

Se retoma aquí la definición plasmada anteriormente sobre que la criminalización es un concepto criminológico extraído de la Sociología que describe el proceso de construcción social del criminal o delincuente. Pertenece a la corriente criminológica llamada *labelling approach* y tiene especial importancia en la criminología latinoamericana y española.<sup>63</sup>

Al *labelling approach* también se le denomina criminología interaccionista de la reacción social. Asume un criterio relativista del conocimiento. Es decir, que la realidad existe en la medida en que se la identifica y se la define. La realidad es una construcción social que determina a través de las relaciones interpersonales y grupales. Para esta escuela no interesa tanto determinar por qué razón una persona se convierte en delincuente. Al respecto, y conforme al criterio de De Armas Fonticoba<sup>64</sup>, lo que interesa es saber quién define y cómo se define la delincuencia, así como el procedimiento mediante el que una persona adquiere la condición de delincuente.

Según afirma Alessandro Baratta<sup>65</sup>, “*se ha planteado con razón que la teoría del labelling approach constituye ‘una revolución en la sociología criminal’ pues parte de presupuestos metodológicos diferentes y se despoja del substrato etiológico de las teorías anteriores...El concepto de conducta desviada comienza a tener una valoración política, pues se relaciona con los procesos políticos.*”

Implica, por lo tanto que, siguiendo los postulados en torno a que la política criminal de cualquier Estado tiene la tendencia –generalmente- del poder hegemónico, el *labelling approach* o enfoque de la reacción social, es producto de la política predominante al momento de criminalizar conductas, y que a partir de las consideraciones que políticamente se le den a ciertos comportamientos, de

---

<sup>63</sup>*Ibíd.*, Pág. 30.

<sup>64</sup>De Armas Fonticoba, Tania. *Criminología*. Cuba. Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Editorial Félix Varela. 2004. Pág. 14.

<sup>65</sup>Baratta, Alessandro. *Criminología Crítica del Derecho Penal*. México, Ed. Siglo XXI. 1993, Pág. 83.

esa misma manera será la criminalización de la diversidad de conductas, que al pasar por el tamiz político serán consideradas desviadas o no, según la conveniencia del mínimo conglomerado gobernante.

Según los presupuestos de la corriente antes nombrada no existe acto delictivo o desviado en sí mismo, sino que es la sociedad (la comunidad, el poder legislativo, la administración de justicia o la policía) la que construye su propio concepto de criminal (lo que se denomina *desviación primaria*). Al mismo tiempo, supone que el individuo clasificado dentro de un grupo colectivo, al ser tratado y definido socialmente como tal, asume su condición de criminal y por lo tanto se comportará de acuerdo a la forma en que ha sido etiquetado (lo que se denomina *desviación secundaria*); criterio que es sostenido por De Armas Fonticoba.<sup>66</sup>

De ello se puede derivar que *criminalización primaria* sería la producida por las medidas legislativas que tipifican el delito (las *leyes penales*) o de manera más sutil (alejamiento del delincuente del mercado laboral, pérdida de relaciones familiares o de amistades). Si la *criminalización primaria* es aquella producida por las medidas legislativas que tipifican el delito, la *criminalización secundaria* es la que lleva a cabo la policía y los tribunales

Esta misma corriente criminológica, señala que muchos delitos (especialmente los menos graves) resultan impunes en la mayoría de los casos, y al decir de Serrano Maillo<sup>67</sup> “*que es entonces cuando el etiquetamiento resulta perturbador, pues se dirige hacia aquellos sectores más vulnerables, con alto deterioro económico y social, por lo que les resulta difícil evitar ese encasillamiento, y como consecuencia, son los grupos que sufren mayor persecución*”.

Este enfoque tiene en cuenta la reacción social, es decir, cuando se definen comportamientos y personas como criminales en el proceso social, donde interactúan los pares: conducta desviada y reacción social. En su momento,

---

<sup>66</sup> De Armas Fonticoba, Tania. *Op. cit.*, Pág. 15.

<sup>67</sup> Serrano Maillo, A. *Introducción a la Criminología*. Madrid, España. 6ª. ed. Dykinson, 2009, Pág. 646.

Antonio García-Pablos de Molina<sup>68</sup> afirmó que “*La desviación no es una cualidad de la conducta, sino atribuida a la misma, a través de complejos procesos de interacción social. Como la belleza se halla en los ojos del observador, en las definiciones oficiales*”, por lo tanto, su naturaleza no es ontológica.

El etiquetamiento que se produce sobre algunas personas consideradas como desviadas constituye un sello negativo que las acompaña durante mucho tiempo, a veces toda la vida. De esta manera, se termina por construir un estereotipo de delincuente socialmente confirmado por los hechos. A este respecto se hace necesario recordar la teoría de Sutherland con respecto a la criminalización de la clase desposeída por las características que presentaban.

La teoría del *Labelling Approach* considera que el control social construye la criminalidad, por lo que los centros de atención abandonan al desviado para atender a los que lo definen como tal, provocando un cuestionamiento sobre su carácter selectivo y discriminatorio. Ha evidenciado muy claramente la distribución desigual del estatus de delincuente.

Por ello, y conforme con Serrano Maillo<sup>69</sup>, “*La posibilidad de ser seleccionado como delincuente se concentra en los estratos sociales más bajos, por esta razón resulta muy difícil que en el proceso de criminalización primaria (creación de la norma) y en el de criminalización secundaria (persecución policial y judicial), se definan las acciones realizadas por la criminalidad económica como un hecho delictivo que amerite la intervención del Estado.*”

### **2.3 Criminología Crítica y Derecho Penal.**

La Criminología Crítica surge en los años sesenta y constituye un movimiento heterogéneo del pensamiento criminológico que nace en Inglaterra, los Estados Unidos y se afianza en un sector de pensadores de izquierda en América Latina.

---

<sup>68</sup> García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia, España. Ed. Tirant Lo Blanch. 3ª. ed. 2003, Pág. 583.

<sup>69</sup> Serrano Maillo, A. *Op. cit.*, Pág. 647.

Surge con la publicación de la obra “La Nueva Criminología” de Taylor, Walton y Young.<sup>70</sup>

A partir de conceptos del marxismo tratan de construir una teoría materialista de la desviación y de la criminalización derrumbando con sus postulados teóricos ciertos mitos positivistas e inician en el análisis de las condiciones objetivas, estructurales y funcionales que originan la desviación.

Examinan también, los mecanismos mediante los que se crean las definiciones de la criminalidad y se desarrollan los procesos de criminalización. Es así, como retomaron el concepto de “delito de cuello blanco”, acuñado por Sutherland<sup>71</sup> y lo desarrollaron desde sus perspectivas teóricas.

Esta nueva teoría pasa del campo ontológico hacia la valoración (función axiológica) del basamento sobre el cual se realiza la asignación del estatus a ciertos individuos a través de la selección de los bienes protegidos penalmente y de los comportamientos ofensivos a estos bienes. Valora además, según Zaffaroni<sup>72</sup> el mecanismo de selección entre todos los individuos que cometen infracciones a normas penalmente previstas en la ley y sancionadas.

A pesar del apogeo que en su momento obtuviera la criminología crítica que le produjo una amplia aceptación y divulgación, en la década de los años ochenta del siglo pasado, sufre del “agotamiento teórico” producto del surgimiento de nuevos postulados y, tal como afirma Tania de Armas Fonticoba<sup>73</sup>, que: *“En la actualidad se reorienta el discurso criminológico afianzando el rechazo del modelo positivista, se amplía el objeto de estudio de esta ciencia desde una perspectiva transdisciplinaria, incluyéndose cuestiones tales como la víctima, la reacción social, los mecanismos de control social, la política criminal(...). De esta forma se independiza cada vez más del Derecho Penal, al que considera como importante*

---

<sup>70</sup> Taylor, I.; Walton, P; Young, J. *La Nueva Criminología*. Buenos. Aires. Argentina. Amorrortu. 1990, Pág. 60.

<sup>71</sup> Sutherland, Edwin. *Delitos de cuello blanco*. Chicago, Trad. Rosa del Olmo. American Sociologica 1, Review. 1939.

<sup>72</sup> Zaffaroni, Eugenio R. Estructura Básica del Derecho Penal. *Op. cit.* Pág. 35.

<sup>73</sup> De Armas Fonticoba, Tania. *Op. cit.*, Pág. 29.

*referente, pero se incluyen también otros comportamientos previos o concomitantes al crimen, lo que enriquece el panorama de esta ciencia.”*

Las investigaciones científicas modernas han enseñado que las condiciones del medio influyen de una manera indudable en la determinación del fenómeno delictivo. Demostraron que las condiciones del medio social impulsan, en muchos casos, a ciertas personas hacia el delito. Han evidenciado que no existen personas de constituciones físicopsíquicas idénticas y que esas desigualdades hacen que la acción de causas análogas se traduzca en reacciones distintas en cada una de ellas, con independencia absoluta de su libre albedrío, a tal punto de que un sujeto de acuerdo a criterios de Taylor, Walton y Young<sup>74</sup> reaccionará en sentido delictivo mientras que otro en iguales circunstancias optará por actuar de acuerdo a la norma.

#### **2.4 Factores sustanciales en el proceso de criminalización**

Los factores que convergen en la determinación del fenómeno delictivo han sido divididos en dos categorías por Taylor, Walton y Young<sup>75</sup>: los factores endógenos, biológicos, propios de la constitución físico-psíquica de los delincuentes y los factores exógenos, mesológicos, propios del medio en que actúa el delincuente. Los primeros se manifiestan por modalidades especiales de la conformación morfológica y del funcionamiento psíquico de los delincuentes; los segundos, son relativos a las condiciones del ambiente físico o del ambiente social.

Ninguno de estos factores basta por sí solo para explicar la etiología del delito. Opinan Nelvys Mendoza Guardián y coautores<sup>76</sup> que: *“El delito no se produce sin que exista una perturbación de la actividad psicológica respecto del ambiente social; esa perturbación puede ser estable, transitoria o simplemente accidental; esa anormalidad, que implica la predisposición al delito o constituye el*

---

<sup>74</sup> Taylor, Walton y Young, *Op. cit.*, Pág.65.

<sup>75</sup> *Ibid.*, Pág. 70.

<sup>76</sup> Mendoza Guardián, N., Portillos Márquez, K., Santos Quian, I. *El Proceso de Criminalización del Delito de Cuello Blanco*. Cuba, Taller de Criminología. Coordinadora Dra. Iracema Gálvez Puebla. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. (s.n.p.)

*carácter criminoso, se manifiesta en algunos como deficiencia del sentido moral (amoralidad); en otros como trastorno intelectual que impide juzgar y valorar el acto criminoso en relación a la ética propia del ambiente en que viven (locura congénita o adquirida, total o parcial); y finalmente, en otros consiste en una insuficiente resistencia al impulso que tiende a ejecutar el acto delictuoso (anormalidades de la inhibición volitiva).*

Ya se ha hecho énfasis en que el proceso de criminalización considera que el comportamiento de las personas se rige por la interpretación que el actor (legisladores, jueces, policía) realiza de determinadas situaciones y actuaciones de los demás, por lo que esta teoría establece que debe de estudiarse el cómo se construye la interpretación de una situación en base a la cual se va a actuar. Todos los grupos sociales crean sus propias normas (jurídicas o informales), pero en las sociedades modernas las reglas son producto de la actuación de grupos sociales específicos que detentan el poder político y económico necesario para crearlas y aplicarlas al resto de los grupos sociales.

Estos grupos sociales específicos que logran imponer sus valores, intereses y visión del mundo utilizan los órganos e instrumentos del Control social (entre los que se encuentra el Sistema Penal) para aplicar las normas y las definiciones de desviados a determinados sujetos. Dice H. Becker<sup>77</sup> que “...*El grado en el cual un acto será desviado dependen también de quién lo comete y quién se ha sentido ofendido por el mismo...*”. Implicaría lo anterior, que una persona puede ser señalada como desviada sin haber quebrantado regla alguna; y al contrario, puede haber quebrantado reglas pero no ser objeto de reacción social, dependiendo del ojo de quien lo vea, como afirmara García-Pablos de Molina.<sup>78</sup>

A partir de lo expresado por H. Becker se realizará un enfoque en torno a la reacción social o proceso de criminalización mundial que ciertas conductas han despertado en el concierto político de las naciones del mundo. Es bien sabido que

---

<sup>77</sup>Becker, H. *Los extraños. Sociología de la desviación*. Buenos Aires, Argentina, Ed. Tiempo contemporáneo. 1971, Pág. 22.

<sup>78</sup> Pablos-De Molina, Antonio. *Op. cit.*, Pág. 114.

el pensamiento y el sentir de la mayoría de las sociedades se ven expresados en la plataforma discusional de las Naciones Unidas. A partir de esta realidad es que tratará de dilucidar en torno a las decisiones tomadas en el concierto de las Naciones Unidas con respecto a las nuevas formas de criminalidad o criminalidad no convencional que parten de una sola definición y que es la asociación ilícita para delinquir, que para los efectos del presente trabajo, se trata del secuestro y la colisión normativa surgida de este panorama gramatical en que se envuelve la redacción de leyes para criminalizar conductas, pero que no se tiene a bien realizar una revisión que evite dicha colisión.

Bien es sabido que el proceso de criminalización se constituye de dos factores importantes que son los factores endógenos y los factores exógenos<sup>79</sup>; en este caso dichos factores fueron desligados de su individuación para convertirlos en factores colectivos propiciadores de una conducta punitiva mundial, que ha tomado en cuenta las consecuencias transnacionales que conllevan las organizaciones delincuenciales surgidas en la mecánica de la globalización de la economía mundial. Indefectiblemente, la respuesta de las Naciones Unidas representa la coalición del sentir de las sociedades que procedieron a la criminalización de este tipo de conductas.

Las conductas criminales varían según el tiempo y la época en la que se desarrollan las sociedades con sus respectivas culturas. En este sentido somos testigos de esa notable evolución donde arrojan los conceptos que se ajustan a los tiempos, debido a los cambios sociales y culturales. El concepto de delito enmarca las conductas consideradas especialmente dañinas para el conjunto de la sociedad, las distingue y se hacen más visibles.

Sin embargo, una conducta criminal identificada y estigmatizada está propensa a sufrir cambios, al punto de considerarse en algunas sociedades como un delito y para otras no, así como dejar de serlo y aparecer en unas u otras en un

---

<sup>79</sup> Taylor, I y otros, *Op. cit.*, Pág. 70.



momento dado. Ya Mezger<sup>80</sup> lo apuntó en su momento cuando afirmó que “*lo que hoy y aquí es delito, quizás mañana y allí no lo sea, y al contrario.*”

Puede acotarse entonces, que la distinción entre criminalidad (conjunto de todas las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y espacial) y delito (comportamiento punible de una determinada persona) es razonable desde un punto de vista conceptual pero de limitado valor práctico.

Asimismo, se estima que tanto criminalidad (fenómeno social) como delito (fenómeno individual) son componentes de la conducta criminal que es el objeto del Derecho Penal; sin embargo hay que hacer énfasis que a pesar que la criminalidad es la suma estadísticamente hablando, de todos los delitos, en su génesis y evolución influyen diferentes factores: históricos, culturales, sociológicos, económicos, etc., que en el delito, el cual es entendido como una conducta individual.

## **2.5 Del proceso de criminalización a la construcción jurídico-social de la prevención general positiva o negativa**

Al decir de Lüderssen, citado por Roxin<sup>81</sup>, con la palabra prevención quiere designarse la prevención general (la posible influencia sobre el autor) y la prevención especial (la corrección y el aseguramiento de los eventuales autores). La investigación de las condiciones bajo las cuales la prevención puede ser alcanzada conduce a que sean considerados de modo distinto el significado de la prevención general y el de la especial en la legislación, en los procesos de aplicación y ejecución de la pena. Mediante la amenaza penal, junto al inicio de un proceso penal –según reza la opinión actual– se logra tanto más la prevención general, como más la prevención especial mediante la aplicación y la ejecución de la pena.

---

<sup>80</sup> Mezger, Edmond. *Criminología*. Madrid, España. 1951. Pág. 4.

<sup>81</sup> Roxin, Claus. y otros. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 90.

En los últimos años se comprobó una predisposición favorable en los procedimientos legislativos y en algunos sectores del proceso penal hacia la prevención general, incluso en general como finalidad de la prevención especial de la pena.

El presente epígrafe estará inmerso en todo ese entramado discursivo surgido de las diferentes corrientes que ven tanto en la prevención general como en la prevención especial, simples intentos de contener un fenómeno que siempre ha estado y estará presente en todas las sociedades del mundo: la criminalidad y su eterna pareja, el criminal.

El derecho penal, como expresa Naucke<sup>82</sup>, protege los bienes a través de la intimidación de eventuales autores: a los que son educables, los educa; y a los reales autores que no son, les impide la posibilidad de seguir cometiendo hechos punibles.

Es decir, que la prevención desde sus dos vertientes, general y especial, siempre va a pretender intimidar a los que no han cometido ningún tipo de infracción, so pena de privación de libertad; y, a los que ya tuvieron la experiencia de la comisión delictiva, también los amenaza aunque sea a través de la resocialización, que siempre estarán bajo el control de un ente mayor con la finalidad de evitar su reincidencia, criterio que sostiene Lüderssen<sup>83</sup>.

Kant<sup>84</sup>, formula a finales del siglo XVIII el problema general de la relación entre el derecho penal de la prevención y los derechos humanos de las personas para los siglos XIX y XX, al expresar, que la *“pena judicial [...] no puede ser jamás el medio para proteger otro bien, para el mismo delincuente o para la sociedad civil, sino que debe ser impuesta en cada momento a él, por haber delinquido, puesto que el ser humanos no puede ser utilizado como un medio para las*

---

<sup>82</sup>Naucke, Wolfgang. “Prevención General y Derechos Fundamentales de la Persona”, en Naucke-Hassemmer-Lüderssen. *Principales Problemas de la Prevención General*. Buenos Aires, Argentina. Traducción Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Editorial B de F, 2004. Pág. 21.

<sup>83</sup>Lüderssen, Klaus. *Op. cit.*, Pág. 92.

<sup>84</sup>Kant, Emmanuel. *Metaphysik der Sitten*, 1797, citado por Naucke, *Op. cit.*, Pág. 24.

*intenciones de otro y ser mezclado entre los objetos del derecho objetivo, su personalidad natural lo protege de esto [...]. Él [el delincuente] tiene que haber sido hallado culpable antes de que se piense en obtener algunos beneficios de esta pena para él o para sus conciudadanos.”*

En estas frases es extraordinariamente importante no sólo el hecho de que Kant hace referencia a las penas, sino también al derecho en general (a las disposiciones sancionadoras y a las consecuencias jurídicas). Ellas brindan una completa fundamentación del derecho penal libre de fines (no solo de las penas). Desde el punto de vista de la utilidad, el proyecto de derecho penal está desacreditado; desde el punto de vista político, esto se comprende como consecuencia de que la lógica y la clara limitación de un derecho penal de fines en las disposiciones y en las consecuencias han fracasado y siempre habrá de fracasar. El optimismo de la Ilustración, basado en el derecho penal fundado en su utilidad, lo que no podría traer aparejado otra cosa que beneficiosos progresos, se ha desvanecido.

Como se puede entender, Kant consigue que el derecho penal de fines no pueda ser proyectado como un derecho penal justo. Políticamente es posible únicamente un derecho penal preventivo, el que tiene posibilidades de sancionar a quien infringió la ley para que la sanción que se le imponga le sirva de ejemplo a éste y no como advertencia a la demás ciudadanía.

Esta tendencia ha tenido éxito al mantenerse de modo fáctico, porque ello se corresponde a una larga e influyente línea de desarrollo político que se inició en la Ilustración. Pero, desde Kant<sup>85</sup>, se subordina semejante derecho penal, en todos sus aspectos, a la objeción de la dignidad de la persona y pasa a ser, de esta forma, un derecho penal de fines (pero no justo).

---

<sup>85</sup> Naucke, Wolfgang. *Op. cit.*, Pág. 27.

Manifiesta Hassemer<sup>86</sup> que tanto la prevención especial como la general se corresponden con teorías de la pena relativamente sin contradicción al actual *common sense* sobre el sentido y la justificación de la punición, como lo certifica ante todo la más moderna investigación de la atribución.

La prevención general expresada como teoría de la pena y su imposición, a criterio de Naucke<sup>87</sup> significan que cada intervención a costa del individuo desviado normativamente habrá de conducir, al mismo tiempo, al bienestar general –en el derecho penal del Estado como instrumento de la política social en el sentido más amplio y dentro de la praxis penal de la vida cotidiana, como estabilizador de las normas de los grupos a los que se hace referencia–.

Cuanto más intensa sea la idea de la prevención general como teoría de la pena y de su ejecución, tanto más aparentemente surge la interrogante de si puede satisfacer las esperanzas de política criminal que hizo despertar y bajo cuáles condiciones. Una oportunidad de poder responder esta interrogante de forma correcta, sería sólo si existe acuerdo previamente sobre las diferenciaciones y las diferencias; la discusión por la utilidad de las estrategias preventivo-generales en el derecho penal sufre ahora cuestionamientos globales.

Como bien apunta Zaffaroni<sup>88</sup>, la prevención general negativa, tomada en su versión pura, aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados a hacerlo. Con este discurso, la criminalización asumiría una función utilitaria, libre de toda consideración ética y, por tanto, su medida debiera ser la necesaria para intimidar a los que puedan sentir la tentación de cometer delitos, aunque la doctrina ha puesto límites más o menos arbitrarios a esta medida. Se parte de una idea del humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios.

---

<sup>86</sup> Hassemer, Winfried. “Prevención General y Aplicación de la Pena”, en Naucke-Hassemer- Lüderssen, *Ob. cit.*, Pág. 51.

<sup>87</sup> Naucke, Wolfgang. *Op. cit.*, Pág. 30.

<sup>88</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Op. cit.*, Pág. 57.

Desde la realidad social, puede observarse que la criminalización pretendidamente ejemplarizante que persigue este discurso, al menos respecto del grueso de delincuencia criminalizada, esto es, de delitos con finalidad lucrativa como sostiene Hassemer<sup>89</sup>, seguiría la regla selectiva de la estructura punitiva: siempre recaería sobre los vulnerables. Por ende, la disuasión estaría destinada a algunas personas vulnerables y respecto de los delitos que éstas suelen cometer.

No obstante, tampoco esto sería verdadero, porque, como de igual manera precisa Hassemer<sup>90</sup>, incluso entre las personas vulnerables y par sus propios delitos específicos, también la criminalización secundaria es selectiva, jugando en modo inverso a la habilidad. Una criminalización que selecciona las obras toscas no ejemplariza disuadiendo del delito sino de la torpeza en su ejecución, pues impulsa el perfeccionamiento criminal del delincuente al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva como regla de supervivencia para quien delinque. No tiene efecto disuasivo sino estimulante de mayor elaboración delictiva.

En el plano político y teórico esta teoría permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca se logra la disuasión, como lo prueba la circunstancia de que los crímenes se siguen cometiendo. De este modo, el destino final de este sendero es la pena de muerte para todos los delitos, pero no porque con ella se logra la disuasión, sino porque agota el catálogo de males crecientes con que se puede amenazar a una persona.

El discurso intimidatorio ejemplarizador, coherentemente desarrollado hasta sus últimas consecuencias, desemboca en el privilegio de valores tales como el orden y la disciplina sociales, o en un general derecho del estado a la obediencia de sus súbditos.

En un esquema disuasivo llevado hasta sus límites, el delito pierde su esencia de conflicto en el que se lesionan los derechos de una persona, para reducirse a una infracción formal o lesiva de un único derecho subjetivo del Estado

---

<sup>89</sup> Hassemer, Winfried. *Op. cit.*, Pág. 60.

<sup>90</sup> *Ibid*, Pág. 59.

de exigir obediencia, con total olvido de que el estado es un instrumento de vida, y no un carcelero o verdugo.<sup>91</sup>

Ante lo insostenible de la tesis anterior frente a los datos sociales y a las consecuencias incompatibles con el Estado de Derecho, en las últimas décadas ha tomado cuerpo la legitimación discursiva que pretende asignarle al poder punitivo la función manifiesta de prevención general positiva, tal y como lo expone Naucke<sup>92</sup>, a criterio del cual, la criminalización se fundaría en su efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico productor de consenso y, por ende, reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular).

Así, se afirma que el poder punitivo se ejerce porque existe un conflicto que, al momento de su ejercicio, aún no está superado; por lo cual, si bien éste no cura las heridas de la víctima, ni siquiera atribuye la retribución del daño, sino que hace mal al autor. Este mal debe entenderse como parte de un proceso comunicativo. De este modo, se tiende un puente entre esta teoría preventista y Hegel, al mostrar a la pena como la ratificación de que el autor no puede configurar de esa manera su mundo.

Por ello, se afirma por Nozick, citado por Zaffaroni<sup>93</sup>, que el poder punitivo supera la perturbación producida por el aspecto comunicativo del hecho, que es lo único que interesa, y que es la perturbación de la vigencia de la norma, imprescindible para la existencia de una sociedad. En definitiva, el delito sería una mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace publicidad neutralizante.

Desde la realidad social esta teoría se sustenta en mayores datos reales que la anterior. Para ella, una persona sería criminalizada porque de ese modo se normaliza o renormaliza la opinión pública, dado que lo importante es el consenso

---

<sup>91</sup> *Loc. cit.*

<sup>92</sup> Naucke, Wolfgang. *Op. cit.*, Pág. 35.

<sup>93</sup> Zaffaroni, Eugenio R. Estructura Básica del Derecho Penal. *Op. cit.* Pág. 62.

que sostiene al sistema social. Como los crímenes de cuello blanco no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictos delictivos, su criminalización no tendría sentido. En la práctica, se trataría de una ilusión que se mantiene porque la opinión pública la sustenta, y que conviene seguir sosteniendo y reforzando porque con ella se sostiene el sistema social; éste, es decir, el poder, la alimenta para sostenerse.

No es posible afirmar que la criminalización del más torpe, mostrada como tutela de los derechos de todos, refuerce los valores jurídicos, porque como bien concibe Zaffaroni<sup>94</sup>: *“es verdad que provoca consenso (en la medida en que el público lo crea), pero no porque refuerce los valores de quienes siguen cometiendo ilícitos, sino porque les garantiza que pueden seguir haciéndolo, porque el poder seguirá cayendo sobre los menos dotados”*.

El consenso, en opinión de Zaffaroni<sup>95</sup>, respecto de quienes ejercen poder dentro de una sociedad no se produce porque les refuerce valores que niegan, sino porque les refuerza su inmunidad ante el poder punitivo. En la práctica, esta teoría conduce a la legitimación de los operadores políticos que falsean la realidad y de los de comunicación que los asisten (relación de cooperación por coincidencia de intereses entre operadores de diferentes agencias del sistema penal), a condición de que la población crea en esa falsa realidad y no requiera otras decisiones que desequilibrarían el sistema.

Es por ello que no debe resultar extraño que constantemente los legisladores incurran en graves desaciertos en el diseño y creación de normas, cuyo resultado es un constante concurso de leyes, sobre todo entre las leyes especiales y las ordinarias; y, se ha llegado al colmo que cuando se le hacen reformas a las leyes especiales, colisionan entre sí artículos del mismo cuerpo normativo.

---

<sup>94</sup>Zaffaroni, Eugenio R. Estructura Básica del Derecho Penal. *Op. cit.* Pág. 70.

<sup>95</sup>*Ibid.*, p. 66.

El haber desarrollado en el primer capítulo la temática sobre la política criminal y, en este segundo, la forma en que se criminalizan conductas que se considera afectan bienes jurídicos, ha servido para allanar el camino hacia el principio regente en todo proceso penal y que rige constitucionalmente, a la política criminal en la producción de normas. Se hace referencia exclusivamente al principio de legalidad y los otros principios que se encuentran subsumidos en éste.

Toda política criminal, toda criminalización de conductas desviadas, tiene el principio fundante de *nulla poena sine lege*, que ya en la doctrina se traduce de una forma más completa que no hay pena sin una ley previa, escrita y estricta. Ello implica que una conducta merece ser sancionada penalmente si existe una ley previa a la comisión de dicha conducta; pero además, tiene que estar escrita con toda la claridad posible y, aunado a esta parte escritural debe de existir la estricta aplicación de la sanción establecida para esa conducta transformada en delito por el bien jurídico que ha lesionado y que se encuentra prescrito en la norma.



## CAPÍTULO 3

### EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

#### 3.1 Implicaciones generales

Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que aunque parezca un desconcierto, en este caso el Derecho penal protege al individuo a través de principios procesales y constitucionales, así como estos principios sirven de muro de contención para que el propio Derecho penal no sobrepase su propia potestad de proteger a unos ciudadanos de la lesividad de otros.

Se entiende por tanto, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención el delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”, el cual según apunta Hobbes<sup>96</sup> es aquel en el cual el “el hombre es el lobo del hombre”. Entendido de otra forma, el hombre es el único detractor del hombre.

Como instrumento de protección que brinda el Estado de Derecho al sujeto amenazado por las sanciones públicas tanto el principio de culpabilidad como el principio de proporcionalidad, son principio que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras. Frente a esto, el principio de legalidad, como afirma Roxin<sup>97</sup> sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.

#### 3.1.1 No hay delito sin ley

---

<sup>96</sup> Hobbes, Thomas. *Leviatán*. México, 3ª. ed. Fondo de Cultura Económica. 2000. Pág.23.

<sup>97</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Civitas. 1995. Pág. 137.

El principio “no hay crimen o delito sin ley”, implicado en *nullum crimen sine lege* es un postulado básico del Estado de Derecho, que se ha plasmado en el art. 1 del Código Penal guatemalteco (Decreto Ley 17-73) expresado así “*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.*”

Y, por su especial importancia, en el art. 2 del Código Procesal Penal guatemalteco, expresado así: “*No hay proceso sin ley. (Nullum proceso sine lege). No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, 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.* Asimismo, en el art. 17 constitucional se da el imperativo: *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.*”

Tomando como referentes los artículos citados, se está implicando que, por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Cuando surgen nuevas conductas consideradas lesivas por la política criminal, los legisladores se ven obligados a introducir nuevos preceptos penales que abarquen dichas conductas ya como lesivas a bienes jurídicos que por ende, tienen que ser tutelados penalmente. Pero sólo se puede castigar conforme a estos nuevos preceptos a los sujetos que manifestaron dichas conductas lesivas posteriores a la entrada en vigencia de los nuevos tipos penales.

Por consiguiente, el principio “no hay delito sin ley” permite escaparse colándose entre las mallas de la ley penal. Por eso Von Liszt<sup>98</sup> denominó al Código Penal, que realmente debería servir para combatir el delito, con una

---

<sup>98</sup> Informe del año 1893 para la IKV (Unión Internacional de Derecho Penal) impreso en: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 (reimpr. 1970), t. 2, Pag.75 ss. (80).

fórmula exagerada pero pegadiza, “La carta magna del delincuente”. Esta acotación aparece en 1893.

La frase no sólo suena "paradójica", como escribió el propio Liszt, citado por Roxin, sino que también es incorrecta desde el punto de vista lógico, porque quien se comporta de modo impune precisamente no es un "delincuente".<sup>99</sup> Pero el sentido de esa ingeniosa formulación es no obstante inequívoco.

Ello significa que así como en su momento la *Magna Charta Libertatum británica* (1215)<sup>100</sup> protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado).

### 3.1.2 No hay pena sin ley

El principio “no hay delito sin ley” se completa con la fórmula “no hay pena sin ley”, es decir, *nulla poena sine lege*. Ello quiere decir que no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho.

Se utiliza aquí el ejemplo propuesto por Roxin<sup>101</sup> en cuanto a que “*por una determinada razón el legislador se podrá sentir motivado a aumentar la pena prevista para la formación de organizaciones terroristas (...) pero en tal caso los propios sujetos que han dado motivo para ello habrán de ser juzgados siempre conforme al antiguo marco penal más benigno. Y ello aún no se deriva del principio “no hay delito sin ley” (...) pero en tal caso los propios sujetos que han*

---

<sup>99</sup> Roxin, Claus. Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal.. *Op. cit.* Pág. 70.

<sup>100</sup> Más conocida como la de “Juan Sin Miedo”

<sup>101</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 139.

*dado motivo para ello habrán de ser juzgados siempre conforme el antiguo marco penal más benigno. Y ello aún no se deriva del principio “no hay delito sin ley”, pues ya había un delito (“crimen”) en el momento de la comisión del hecho; es sólo el principio “no hay pena sin ley” el que da seguridad al autor también en este punto.”*

Aquí resulta un punto preciso en cuanto a que no es totalmente pacífica la cuestión de si también posee rango constitucional el principio “*nulla poena sine lege*”, sin embargo, la opinión absolutamente dominante, como manifiesta Roxin<sup>102</sup>, sostiene que la constitución también garantiza el principio *nulla poena*; y con razón, porque el concepto “punibilidad” se puede interpretar sin forzarlo en el sentido de que abarca tanto el “sí” cuanto el “cómo” de la punibilidad. Y con esta interpretación, la “punibilidad” tampoco estaría determinada o fijada antes del hecho si posteriormente se agravara la previsión legal de pena.

Es de afirmar por tanto, que la garantía constitucional del principio de legalidad tendría poco valor si no pudiera impedir también la posterior transformación de una previsión de pena muy benigna en una muy dura; en tal caso siempre sería posible la arbitrariedad estatal, que la Constitución pretende excluir. Consecuentemente, se da una prohibición de una agravación retroactiva de la pena, una concreción clarificante en relación con la vigencia temporal de las leyes penales.

### **3.2 Las cuatro consecuencias del principio de legalidad**

Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Para comprender el principio de legalidad, valga

---

<sup>102</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 139.

aclarar, es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas.

### **3.2.1 La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)**

Analogía, es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica), criterio que sostiene Donna.<sup>103</sup>

Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derechos es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho Penal y para proteger al reo está prohibida en la medida en que opere en perjuicio de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad.

### **3.2.2 La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)**

En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar legalmente.

### **3.2.3 La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)**

Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o

---

<sup>103</sup>Donna, Edgardo A. *Teoría del delito y la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Buenos Aires, Argentina. 2.ª ed. actualizada y ampliada. ASTRE. 1996, Pág. 12.

respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada o determinada legalmente antes del hecho.

#### **3.2.4 La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)**

Un precepto penal que tuviera que castigar sin dejar claramente determinadas las características de la conducta a ser reprochable, resulta en un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría “legalmente determinada” antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable.

Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas, ya que sería anticonstitucional y nulo, pues quedaría sin determinarse legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer.

### **3.3 Historia y vigencia internacional del principio de legalidad**

A criterio de Roxin<sup>104</sup>, el principio de legalidad se encuentra por primera vez en 1776 en las Constituciones de algunos Estados federados americanos (Virginia, Maryland); posterior, en el Código Penal austríaco de José II, de 1787, en la célebre Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y poco después también en el Derecho General del Territorio Prusiano de 1794. A partir de entonces, penetra en las leyes de los Länder alemanes del siglo XIX, y en primer lugar en el Código Penal bávaro de 1813, redactado por

---

<sup>104</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.*, Pág. 142.

Feuerbach, en el que la rígida vinculación del juez a la ley aún se completaba a continuación con una prohibición expresa de los comentarios científicos.

En el Código Penal prusiano de 1851, que fue antecesor del de 1871, se contiene el principio, en una traducción literal del artículo 4 del Código Penal francés (1810), en el artículo 2 “*Ningún delito grave, ningún delito menos grave y ninguna falta pueden ser sancionados con una pena que no estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho.*” El Código Penal de la Federación Nordalemana y finalmente el Código Penal del Reich de 1871 asumieron (en el artículo 2) esa versión con pequeñas modificaciones, “*Una acción sólo puede ser sancionada con una pena si esa pena estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho.*”

En el artículo 116 de la Constitución del Reich Alemán, conocida como la Constitución del Reich Weimar (WRV), sin pretender una modificación del contenido, se sustituyó el concepto de “pena” por el de “punibilidad”, que también se vuelve a encontrar en la Constitución alemana; sólo ese cambio ha hecho posible la polémica sobre si junto al principio de *nullum crimen* en la Constitución también se contiene el principio *nulla poena*.

Actualmente, el principio de legalidad también tiene en el ámbito internacional una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho. Vale la pena citar a través de Roxin<sup>105</sup>, que la Unión Soviética abolió en 1917 el principio *nullum crimen*, pero en 1958 retornó al principio de legalidad, siendo seguida por todos los Estados socialistas de entonces. El principio ha sido también acogido en numerosas regulaciones supranacionales.

### **3.3.1 Las raíces de teoría del Estado y el principio de Legalidad**

El principio de legalidad en su forma actual hunde sus raíces en el pensamiento de la época de la Ilustración. En concreto se pueden distinguir cuatro puntos de

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*, Pág.144.

partida distintos, aunque conexos, en cuanto a su fundamentación, cuyo conocimiento es necesario también para una interpretación actual del principio. Para una primera división en grandes bloques, conforme al criterio de Donna<sup>106</sup>, se puede distinguir entre una justificación jurídico-política y una jurídico-penal, pudiéndose dividir ambas a su vez en dos componentes de legitimación distintos.

### **3.3.1. a El liberalismo político**

Un fundamento en el que aún hoy se basa el principio de legalidad, al decir de Roxin<sup>107</sup>, reside en un postulado central del liberalismo político: la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto. La burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (a menudo dependientes de aquéllos) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio (y en su caso arbitrariamente), sino sólo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla. Y a pesar del cambio de las circunstancias jurídico-políticas, muchas fundamentaciones modernas del principio de legalidad se remontan a ese punto de vista.

Así cuando en las constituciones, desde las diferentes redacciones, se protege la persecución penal a personas que no hayan cometido delitos previamente incluidos en el Código Penal o en Leyes Especiales, es porque se transmite la idea de la protección de la confianza, de la previsibilidad y de la calculabilidad del Derecho Penal, o la evitación de decisiones empañadas emocionalmente, o cuando se considera la protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial, como misión de la prohibición de analogía o de indeterminación. Todo ello no son sino manifestaciones de una misma concepción del objetivo de asegurar, mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad.

---

<sup>106</sup> Donna, Edgardo A. *Op. cit.*, Pág. 25.

<sup>107</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 145.



### **3.3.1. b Democracia y división de poderes**

La segunda fundamentación, que estima Roxin<sup>108</sup>, igualmente importante en cuanto a su alcance, radica en el principio de la democracia basada en la división de poderes. La aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo.

En este sentido Schünemann, citado por Roxin<sup>109</sup>, estima que la legitimación de las decisiones en materia jurídico-penal tomadas por el legislador sigue teniendo hoy una importancia fundamental tanto a efectos de teoría del Estado como de psicología social. Sólo que no se puede tomar aisladamente esta línea de fundamentación, sino que hay que contemplarla siempre en conexión con la idea de la garantía de la libertad mediante la vinculación a la ley; por una parte, porque el principio de la división de poderes, desarrollado por primera vez por Montesquieu (1689-1755) en su célebre libro "*Del espíritu de las leyes*", no es sino una consecuencia constructiva del principio liberal del dominio de la ley, y por otra parte, porque la democracia y la división de poderes podrían fundamentar por sí solas las otras tres prohibiciones, pero no la prohibición de retroactividad, ya que la retroactividad no afectaría para nada a la vinculación del juez a la ley ni a la preeminencia del legislativo; por consiguiente, su inadmisibilidad sólo se puede derivar de los puntos de vista ya expuestos.

### **3.3.1. c Prevención general**

---

<sup>108</sup> *Ibid*, Pág. 146.

<sup>109</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.*, Pág. 147.

Una tercera fundamentación del principio de legalidad es de naturaleza jurídico-penal y originariamente se basa en la “teoría de la coacción psicológica” de Feuerbach. Es cierto que, como pone de relieve la evolución histórica, Feuerbach no es en absoluto el creador de dicho principio, desarrollado y muchas veces también codificado bastante antes de él, y cuya fundamentación jurídico-política también consideraba decisiva él mismo.

Pero Feuerbach, citado por Roxin<sup>110</sup>, no sólo ideó la formulación, que sigue siendo usual aún hoy, “*nulla poena sine lege*”, sino que le añadió una fundamentación autónoma partiendo de la teoría de la pena, a saber, si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida; pues si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no.

Actualmente es frecuente considerar superada la teoría de la coacción psicológica y por tanto también la fundamentación del principio de legalidad derivada de ella. Pero con ello se desconoce que, si se complementa la idea de la intimidación con el “aspecto positivo” de la prevención general, la fundamentación del principio *nullum crimen* desde la teoría de la pena resulta más actual que nunca. Perspectiva elaborada sobre todo por Schünemann, citado por Roxin<sup>111</sup>. En efecto, si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible, pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respecto a sus preceptos.

---

<sup>110</sup> Hoy se formula mayoritariamente como: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, distinguiendo entre conducta punible (*crimen*) y pena (*poena*); en cambio, Feuerbach agrupaba ambas cosas en el término *poena*, como también se hace actualmente con cierta frecuencia. Bohnert, P. J. A. Roxin, C. Derecho Penal. Parte General. *Op. Cit.* Pág 147.

<sup>111</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.*, Pág.121.

### **3.3.1. d El principio de culpabilidad**

Otra fundamentación jurídico-penal se deriva del principio de culpabilidad. Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho. Esta fundamentación del principio de legalidad o de algunos de sus elementos tampoco es nueva en absoluto, sino que tiene una larga tradición histórica.

Actualmente, en la mayoría de los casos se le objeta a esta fundamentación que no concuerda por completo con la regulación legal de la culpabilidad. En ciertos casos sólo se considera como presupuesto de la culpabilidad la posibilidad de conocer el injusto, no la punibilidad de una conducta; y por tanto, el principio *nullum crimen*, al requerir la previa fijación de la punibilidad, va más lejos que las exigencias del principio de culpabilidad.

Esto es indiscutible, pero por otra parte, también hay que tener en cuenta que la posibilidad de llegar a tener una conciencia del injusto referida al tipo, que presupone para toda punición, en la práctica y por regla absolutamente general sólo se dará si el autor hubiera podido conocer el precepto penal. En esa medida, por tanto, la idea de culpabilidad sí que se debe incluir entre los fundamentos del principio de legalidad.

### **3.4 Interpretación y prohibición de analogía**

En Derecho Penal, los jueces en el momento de administrar justicia deben obediencia solo a la Ley, pero también tienen el deber de interpretarla de conformidad con su sentido común y con la racionalidad que debe caracterizar a toda resolución judicial, de conformidad con los lineamientos políticos criminales dispuestos por el Estado a los efectos de mantener un control del delito en términos aceptables.

### 3.4.1 Los límites de la interpretación en Derecho Penal

También toda interpretación judicial, debe tener límites que se concretan en:

#### a) El sentido literal posible en el lenguaje corriente como límite de la interpretación

La prohibición de analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida. Los que idearon el principio de legalidad en la época de la Ilustración aún no habían visto ese problema, puesto que partían de la base de que el juez no tiene nada que interpretar, sino que sólo tiene que aplicar el inequívoco tenor literal de la ley.

Es célebre el aforismo de Montesquieu, que afirma que los jueces no son sino la “boca” que pronuncia las palabras de la ley. Beccaria, citado por Roxin<sup>112</sup> (1738-1794), el penalista seguramente más influyente de la Ilustración, derivaba de esa concepción del juez como un impersonal “autómata de la subsunción” la prohibición de interpretación. Dicho autor afirma, *“ni siquiera la facultad de interpretar la ley penal puede atribuirse a los jueces penales, por la sencilla razón de que éstos no son legisladores”*, por tanto en su opinión, el juez sólo tiene que llevar a cabo un silogismo completo (“procedimiento de deducción lógica), y no hay nada más peligroso que ese extendido axioma que sostiene que hay que consultar el espíritu de la ley.

Actualmente hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual,

---

<sup>112</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 150.

como lo sería la injuria, sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de “hombre (ser humano)”.

Así, la cuestión de si alguien sigue siendo un ser humano, o es ya un cadáver, cuando se ha extinguido su cerebro pero aún funciona el aparato circulatorio, o la de si al comenzar los dolores del parto, en un determinado momento alguien sigue siendo un feto o es ya un humano, es algo que no está exactamente prefigurado por el tenor literal de la ley. Por el contrario, el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y es actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación.

Por consiguiente, la verdad es que siempre sucede que el contenido de un precepto penal sólo es “determinado”, en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial; pero, surge la interrogante en cuanto a cómo la punibilidad puede estar “determinada legalmente” antes del hecho. Pues bien, la doctrina dominante no extrae de ahí la consecuencia de que el principio de legalidad esté superado por el cambio en la forma de entender la aplicación judicial del Derecho, sino que parte de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez.

Por lo demás, según el fin de la ley la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Por el contrario, una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal (*praeterlegem*), o sea una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido posible de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y por tanto es inadmisibile.

### **3.4.2 El ámbito de vigencia de la prohibición de analogía**

#### **a) Su vigencia en la parte especial y en las conminaciones de pena**

La prohibición de analogía comprende en primer lugar los tipos penales de la parte especial y las conminaciones de pena o penas abstractas previstas, aunque éstas se encuentren excepcionalmente en la parte general; así sería inadmisibles, por supuesto, aplicar por analogía la pena prevista para la tentativa de inducción al delito a la complicidad intentada, que no está penada. Aparte de ello, como afirma Roxin<sup>113</sup>, tal prohibición rige también respecto de las leyes penales en blanco.

Estas consisten en conminaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho penal accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad; y en ellas rige también la prohibición de analogía respecto de la regulación complementadora, que constituye el tipo propiamente dicho. En cambio, en los casos en que el Derecho Penal se adhiere a los conceptos formados en otros campos del Derecho, se comporta de modo totalmente accesorio; y por tanto protegerá también la propiedad de garantía, desarrollada *proeterlegem*. En el campo de las consecuencias jurídicas también hay que afirmar la aplicabilidad de la prohibición de analogía a las cargas y reglas de conducta, porque el carácter oneroso de la condena condicional reside principalmente en esas consecuencias.

#### **b) Su vigencia en la parte general**

Al decir de Roxin<sup>114</sup>, no está muy clara la cuestión de hasta qué punto la prohibición de analogía rige en la parte general del Código Penal al margen de las regulaciones de las consecuencias jurídicas propiamente dichas. En todo caso es aplicable en los casos en que la parte general contiene preceptos que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la parte especial, es decir, en la tentativa, coautoría y participación. Así, cuando el legislador, por ejemplo, requiere para la participación un hecho principal doloso, no es admisible, frente a lo que mantiene una extendida opinión, hacer una aplicación analógica de esos preceptos y castigar como un partícipe a quien se imagine erróneamente el dolo del autor.

---

<sup>113</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 150.

<sup>114</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 157.

Asimismo, está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad; pues de ese modo simultáneamente se está ampliando más allá del actual tenor literal de la ley la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias.

En cambio, la situación es distinta en las causas de justificación. En efecto, las mismas no son una materia específica del Derecho Penal, sino que proceden de todos los campos del Derecho; y en consecuencia, en esos casos también son objeto de ulterior ampliación por la vía del desarrollo judicial del Derecho, y a menudo son restringidas con independencia de su tenor literal externo, conforme a los principios ordenadores legales en que se basan.

Por eso el Derecho Penal ha de seguir esta orientación en aras de la unidad del ordenamiento jurídico: pues no es posible que una misma causa de justificación tenga presupuestos diferentes en un sitio y en otro, con la consecuencia de que una conducta que, por ejemplo, en Derecho Civil se considere como un injusto generador de la obligación de indemnizar; en cambio en Derecho Penal se califique de lícita y obtenga la aprobación de todo el ordenamiento jurídico.

Y también es necesario del tenor literal en las causas de justificación que, como sucede en la legítima defensa o en el estado de necesidad justificante, están reguladas en casi todo Código Penal, ya que las mismas no son válidas sólo para éste, sino para todos los sectores jurídicos. Por tanto, como bien expresa Roxin<sup>115</sup>, en la interpretación de las causas de justificación también el juez penal está vinculado sólo por el fin de la ley (los principios reguladores legales), aunque naturalmente en las mismas tampoco puede tener lugar una aplicación o creación del Derecho.

---

<sup>115</sup> Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Op. cit. Pág. 63 y ss.

### 3.5 La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena

Del sentido del principio de legalidad se sigue necesariamente que en Derecho Penal está prohibida la aplicación del derecho consuetudinario en perjuicio del reo, tal y como sostiene Krey, citado por Roxin<sup>116</sup>. Efectivamente, nadie discute que en la parte especial no se pueden crear nuevos tipos, ni penas típicas ni posibilidades de perseguibilidad mediante derecho consuetudinario.

Así, el uso ilegítimo de cosas ajenas (*furtutnusus*), que sólo se castiga legalmente en caso excepcionales, no se puede convertir en punible con carácter general mediante derecho consuetudinario; la tentativa de lesiones simples, cuya impunidad es frecuentemente criticada, tampoco se podría transformar en punible mediante la correspondiente praxis judicial; como tampoco podría obtener nunca una legitimación jurídico-consuetudinaria el rebasar el límite máximo de un marco penal que se considere demasiado leve; y tampoco se podría suprimir por derecho consuetudinario la exigencia que querella para algún delito, porque en ese caso, si no hubiera habido querella, se produciría un castigo que no ha sido requerido por la ley.

Frente a esto, como expresa Tröndle, citado por Roxin<sup>117</sup>, en la doctrina está bastante extendida la opinión de que en la Parte General existe “*en amplia medida Derecho consuetudinario a efectos de fundamentar y de agravar la pena.*” Desde luego hay que excluir de entrada que esto pueda suceder en las normas penales equivalentes a los tipos; así por ejemplo, en la complicidad en grado de tentativa, que es impune no se puede convertir en punible por derecho consuetudinario. Pero a los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, mayoritariamente se les atribuye una validez de derecho consuetudinario, y también aunque vayan en perjuicio del autor.

---

<sup>116</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 159.

<sup>117</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 161.



Así, sostienen Schmitt y Jescheck, citado por Roxin <sup>118</sup>, que entre otras, las teorías sobre la relación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, tienen rango de derecho consuetudinario en la medida en que la ley no efectúe una regulación expresa al respecto.

Indudablemente esta posición debe rechazarse. Lo único que es cierto es que a menudo el legislador ha dejado abiertos amplios campos de las teorías generales del Derecho penal y los ha encomendado a la decisión de la jurisprudencia en parte, por las dificultades que en muchos casos se oponen a una codificación de tales materias, y en parte por los loables deseos de no bloquear la evolución científica mediante la fijación escrita de un estadio del conocimiento que después va a quedar superado. Pero lo que los tribunales. Como afirma Jescheck, citado por Roxin<sup>119</sup>, deciden en esos campos y en otros similares, siempre y sólo es un resultado de la interpretación y no tiene nunca —aunque haya una jurisprudencia constante— el carácter normativo vinculante del derecho consuetudinario.

A ese respecto, ni siquiera es decisivo el hecho de que en una posición jurisprudencial sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de derecho consuetudinario, puesto que en Derecho Penal son discutidas casi todas las teorías generales, e incluso las conclusiones seguras casi nunca penetran en la conciencia popular. La razón por la que ya no puede generarse un derecho consuetudinario para fundamentar la responsabilidad penal es porque lo prohíbe el propio principio de legalidad.

### **3.6 La prohibición de retroactividad y la vigencia temporal de las leyes penales**

---

<sup>118</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 224.

<sup>119</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 162.

La obligación de aplicar la ley penal se limita, al tiempo en que ésta se halle en vigor, excluyéndose su aplicación cuando el acto delictivo ocurre antes de su entrada en vigor (no retroactividad) o después de la vigencia de la ley (no ultra-actividad). La explicación de este principio general se ha procurado mediante diversos razonamientos. Con frecuencia se ha aducido el derecho adquirido por el infractor o la propia eficacia temporal de la ley para fundamentar este principio.

El principio de la irretroactividad de la ley penal se fundamenta en la idea de la seguridad jurídica, garantía que se basa no tan solo en exigencias emergentes del Derecho, sino además en necesidades materiales ligadas al principio de la legalidad de los delitos y las penas. La aplicación de la ley posterior se haría, en todo caso, alterando las condiciones o las exigencias de la ley correspondiente al momento en que tuvo lugar el hecho calificado después como delito.

### **3.6.1 La fundamentación de la prohibición de retroactividad**

La prohibición de retroactividad se deriva forzosamente de las otras tres raíces del principio de legalidad dentro de los límites ya indicados y, a diferencia de la prohibición de analogía, no está expuesta a ninguna duda fundamental en cuanto a su aplicación. La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político-jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables.

Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto como y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho.

### **3.6.2 La ley vigente**

Al decir de Donna<sup>120</sup>, la ley que está vigente en el momento del hecho, ha de haber entrado en vigor en ese momento y no puede haber dejado –sea por derogación, por transcurso de un plazo temporal, por Derecho consuetudinario en contra o por falta de objeto- de estar en vigor. El momento del hecho, según disposición legal expresa, es el momento en el que ha actuado el autor o el partícipe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado. No es decisivo cuándo se produzca el resultado.

En el caso de los delitos permanentes puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, por ejemplo, que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso, de conformidad con el criterio de Roxin<sup>121</sup>, se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho. En cambio, no infringirá la prohibición de retroactividad la imposición de una pena o de una multa administrativa cuando el hecho, en un período transitorio entre su comisión y la resolución, hubiera dejado de estar sancionado con pena o con multa administrativa.

### **3.6.3 La prohibición de retroactividad en cuanto a los presupuestos de la punibilidad y su no vigencia en principio en las medidas de seguridad**

La prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del Derecho material; y tampoco es admisible una supresión o restricción retroactiva de las causas de justificación (sobre la situación algo distinta en cuanto a las restricciones jurisprudenciales por analogía o Derecho consuetudinario).

Además rige también respecto de la pena y sus consecuencias accesorias; la ley menciona específicamente su aplicabilidad a la confiscación, el comiso y la inutilización. En cambio, las medidas de seguridad se pueden introducir o endurecer retroactivamente si la ley no dispone otra cosa. En consecuencia, dado

---

<sup>120</sup> Donna, Edgardo A. *Op. cit.*, Pág. 40.

<sup>121</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. *Op. cit.* Pág. 164.

que en la situación legal actual sólo están sujetos a la posibilidad de agravación retroactiva los preceptos sobre internamiento en centro psiquiátrico, internamiento en centro en centros de rehabilitación de la drogadicción de deshabitación y privación del permiso de conducir; aparte de ello, el legislador puede crear nuevas medidas de seguridad con efecto retroactivo.

#### **3.6.4 La retroactividad favorable al reo**

Al igual que está permitida la analogía favorable al reo, también es admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo, que es incluso obligatoria: Si la ley vigente al terminarse el hecho se modifica antes de la sentencia, se aplicará la ley más benigna. Y si se deroga un precepto penal tras la comisión del hecho pero antes de que se pronuncie la sentencia, hay que absolver al autor (en una aplicación analógica); pues en tal caso la ley más benigna es que no hallen absoluto una ley.

El sentido de esta regulación consiste en que parece adecuado tomar como base de una sanción penal la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo u otras circunstancias especiales no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho. Si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista político criminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada. A ese respecto hay que tener en cuenta la ley más benigna incluso en la instancia de revisión, si la atenuación no se produjera hasta después del fallo en primera instancia.

#### **3.6.5 Leyes temporales**

Al respecto, hay que hacer una excepción a la retroactividad de la ley más benigna respecto de las llamadas leyes temporales. Como expresa Hassemer<sup>122</sup>, las leyes temporales son aquellas leyes que de antemano sólo van a estar vigentes en un determinado período de tiempo; ya sea porque la fecha en que dejarán de estar en vigor esté fijada en la propia ley con arreglo a un calendario o coincidiendo con un determinado acontecimiento (leyes temporales en sentido estricto), o bien porque sea reconocible que las mismas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin objeto con la desaparición de éstas (leyes temporales en sentido amplio).

La idea básica que tiene importancia sobre todo en el Derecho Penal económico, consiste en que el sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal sólo debe beneficiarse por la desaparición de la ley que ha infringido, si el cese de su vigencia se debe a una modificación de la valoración político criminal, pero no si se debe sólo a un cambio de las circunstancias fácticas (por ejemplo, económicas).

Además, si no existiera una regulación se podría infringir sin peligro una ley temporal en la última fase de su período de vigencia, puesto que el autor estaría seguro de que ya no se le iba a juzgar antes de su derogación. Pues bien, la indicada finalidad de la ley ha de determinar el modo de interpretación en casos dudosos:

Así por ejemplo, las limitaciones de velocidad dotadas de sanción penal no son leyes temporales, porque predominantemente se deben a necesidades de la seguridad del tráfico, que no se solucionan por sí mismas con el mero cambio de las circunstancias.

---

<sup>122</sup> Hassemer, W., "Prevención General y Aplicación de la Pena", en Naucke-Hassemer- Lüderssen Naucke, Wolfgang, Hassemer, Winfried y Lüderssen, Klaus: *Principales Problemas de la Prevención General*. Buenos Aires, Argentina, Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Editorial B de F. 2004. Pág. 201.

Hasta aquí se ha tratado de desarrollar lo más resumidamente lo relativo al principio de legalidad, lo que permitirá un mejor desarrollo del último capítulo en el cual se tratará de establecer cómo a pesar de lo determinante que es este principio, los legisladores crean tipos y figuras penales que colisionan entre sí, propiciando una difícil tarea para los jueces al momento de interpretar la norma, lo que viene a incidir gravemente a la hora de imponer una pena.

## CAPÍTULO 4

### ANÁLISIS TÉCNICO JURÍDICO DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO Y EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO

#### 4.1 El delito de Secuestro

El estudio realizado por Jiménez Ornelas<sup>123</sup> sobre el delito de secuestro como uno de los males sociales de mayor trascendencia en el siglo XXI y en las últimas décadas del siglo pasado, en la mayoría de los países latinoamericanos ha abierto la puerta para tomar conciencia de los cambios fundamentales que se han producido en el mundo, mostrando que la globalización económica neoliberal no sólo genera nuevas determinaciones de soberanía de los pueblos, sino también diversos procesos sociales. Dentro de estos destaca la inseguridad pública que produce la violencia social.

De acuerdo con la amplitud moderna del concepto, Jiménez Ornelas<sup>124</sup> estima que la violencia social y el estudio de su causalidad adquieren nuevas interrogantes y una problemática de mayores complejidades. Su campo interpretativo transita desde los planteamientos biologicistas (instintos, genes, tipos de cráneos, mentones, sustancias de serotonina y de pamina en el cerebro, etc.) hasta las propuestas que tratan de enmarcar la realidad a las necesidades de modelos econométricos o epidemiológicos.

La violencia social y sus diferentes manifestaciones pueden ser estudiadas desde distintas disciplinas y ciencias, pues su causalidad es de origen multidisciplinario. Es por ello que el abordaje de la violencia tiene especificidades según la disciplina o ciencia que la enfoque. En el caso de la perspectiva jurídica, Jiménez Ornelas<sup>125</sup>, es de la opinión que *“la violencia está asociada con*

---

<sup>123</sup> Jiménez Ornelas, René A. y González Mariscal, Olga Islas. *El Secuestro. Problemas sociales y jurídicos*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 2002. Pág.13.

<sup>124</sup> *Ibid.*, Pág.14.

<sup>125</sup> *Ibid.*, Pág.14.

*transgresiones a la ley y acontecimientos violentos se enmarcan dentro de los hechos criminales.”*

Los hechos delictivos abordados desde la perspectiva jurídica, a su vez, inciden en las relaciones sociales de los implicados y en la vida socioeconómica del entorno de su vida. Tomando en cuenta estas implicaciones se desarrollará lo referente a uno de los delitos que mayores secuelas produce en la sociedad y que, indefectiblemente, no se ha podido contener: el secuestro.

Existen una serie de relaciones sociales que se estructuran dentro de las diversas manifestaciones sociales de la violencia, particularmente en lo que se refiere al secuestro. Para Martha Castro Rivera<sup>126</sup> la problemática referencial del secuestro tiene que ver con que, *“Las sociedades modernas han hecho cada vez más complejas las relaciones entre los individuos, uno de los resultados de este nuevo tipo de relaciones ha sido la agudización de problemáticas específicas producto de las condiciones materiales de existencia. Algunos de los problemas más agudos a los que se enfrentan las ciudades modernas son los de la conductas llamadas “antisociales” que dañan en cierto grado la armonía deseada en las sociedades.”*

El secuestro reduce al mundo a sus exclusivas demandas y puede cambiar el horizonte psicosocial de una sociedad, por lo que es necesario estudiarlo como una problemática que al igual que otros hechos de tipo criminal afectan notoriamente la tranquilidad, seguridad y la paz de los ciudadanos, en especial en la vida actual de todas las personas.

El secuestro es generalmente perpetuado con el fin de obtener un rescate monetario, pero también es llevado a cabo con propósitos políticos u otros y al

---

<sup>126</sup>Castro Rivera, Martha. Características sociológicas del suicidio y del homicidio en el Distrito Federal. México. Tesis de Maestría en Sociología. Universidad Nacional Autónoma de México. 1991, Pág. 101.



decir de Jiménez Ornelas<sup>127</sup>, en la década de los 70 del siglo pasado, el secuestro se convirtió en la táctica más común de los grupos radicales en Latinoamérica.

#### 4.1.1 Aspectos históricos

El secuestro no es único ni particular a una región, nación o período de tiempo, como expresa Jiménez Ornelas<sup>128</sup>, desde hace siglos esta forma de agresión ha sido usada para extorsionar a la sociedad. La historia marca que las tribus vikingas, las célticas y germana usaban constantemente el secuestro y rapto de mujeres o bienes para conseguir sus propósitos.

A pesar de que se piensa que el secuestro es una nueva modalidad de delito, o mejor dicho, un producto de la época moderna, dicho acto tiene vigencia desde los tiempos primitivos cuando según la tradición, hubo casos innumerables de secuestros de príncipes, princesas, héroes, etc. No solamente con el propósito de obtener beneficios y recompensa en especie y dinero, sino también para fijar condiciones de guerra.

No hay que olvidar que en las obras de Homero, el tema central es el secuestro de Elena por parte de París y luego el rescate de ella llevado a cabo por Aquiles en contra de la ciudad de Troya. Y, tal como describe Jiménez Ornelas<sup>129</sup>, *“Hacia 1500 antes de Cristo, la piratería había echado hondas raíces en Grecia, Libia, Egipto y Sicilia y constituidas bases significativas para acrecentar el crimen que se cometía en el mar, así mitificar y casi legalizar el sistema. En esos momentos iniciales de la piratería fue cuando el “secuestro” llegó a su apogeo y se consolidó como sistema económico. En la antigüedad, el secuestro era una forma normal de sometimiento o comercio de personas, pues la superioridad era dada por las artes bélicas, y quien vencía tenía el derecho de tomar para sí el territorio conquistado, además de las personas derrotadas.”*

---

<sup>127</sup>Jiménez Ornelas, René y González Mariscal, Olga Islas. *Op. cit.*, Pág.15.

<sup>128</sup>*Ibíd.*, Pág.16.

<sup>129</sup>*Ibíd.*, Pág.19.

Se entiende de lo anteriormente descrito, que la vida humana y la libertad inminente en ella no tenían valor alguno, pues se consideraban como parte del botín del grupo ganador en el enfrentamiento armado, por lo que no se puede establecer la existencia de un delito en la forma en que secuestraban a las personas de la región rival, pues esa era la tradición. Felizmente, en la actualidad la existencia de una política criminal que se encarga de tipificar como delito dichas conductas, es que se han logrado establecer penas severas para la comisión de semejante flagelo.

Conforme expresa Jiménez Ornelas<sup>130</sup>, como consecuencia de las múltiples guerras entre los pueblos se empezó a comerciar con las personas libres caídas en cautiverio. Así nació la esclavitud. Los fenicios plagiaban a doncellas y mancebos griegos y exigían por ellos un rescate, o los enviaban a Delos, una isla del Egeo, centro internacional de este tipo de negocio.

En el mundo romano se practicaba el *crimen plagium*, que consistía en el raptó de esclavos para apropiarse de éstos. El secuestro era utilizado por el imperio para derrotar a sus enemigos; pues capturaban a las principales personas de un reino para cobrar rescate por ellas. Los romanos usaron el secuestro como política interna para acabar con las rebeliones al secuestrar tribus enteras enviándolas a otros países y regiones.

En la actualidad, el secuestro ya no es solamente el arma de ciertos grupos contra determinado gobierno, se ha convertido en una industria en crecimiento en Latinoamérica, Europa y Asia. Refleja el carácter de los delincuentes que lo cometen, pero en cierto grado, refleja el carácter entero de la sociedad actual.

De esta manera, el secuestro en Latinoamérica ha alcanzado cifras aterradoras ya que dichos grupos criminales y extremistas lo usan como medio de lucha que cumplen dos propósitos: causar impacto psicológico y financiar sus causas políticas o delictivas.

---

<sup>130</sup>*Ibíd.*

#### 4.1.2 Definición

Los términos “plagio” o “secuestro” se han utilizado como sinónimos, sin embargo, existen diferencias marcadas, de las cuales Carrara da cuenta para ayudar a determinar dichas diferencias.

Señala Carrara,<sup>131</sup> que *“El plagio (nombre que en su origen significó precisamente el acto de esconder o suprimir a un esclavo en perjuicio de su dueño, o también el acto de robarse un hombre libre para venderlo como esclavo) fue muy frecuente en la antigüedad, bien se le robara al dueño un hombre ya hecho esclavo, bien se robara un hombre libre para apoderarse de él y especular con su cuerpo.”*

En la actualidad a este tipo de “costumbres” se les tipificaría más que plagio como trata de personas para el sometimiento a trabajos forzados, independientemente del secuestro lo que ubicaría dichas acciones dentro del marco jurídico de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Por su parte Ranieri, citado por Carrara<sup>132</sup>, expresa un criterio, el cual no se comparte en el hecho de la voluntariedad del sometimiento. *“Plagio es el voluntario sometimiento de hecho de una persona al poder de otra, esto es, la voluntaria reducción de hecho de una persona a esclavitud o a otra situación análoga.”*

Con el transcurso del tiempo la palabra “plagio” tomó el camino del llamado “plagio civil” (diferente del “plagio político”) consistente en privar de la libertad a una persona. Carrara, citado por Escriche<sup>133</sup>, puntualiza que, *“algunos prácticos, poco cuidadosos de la exactitud del lenguaje, dieron el nombre de plagio al secuestro por rescate (Cortiada, t. II, decis. 108); pero éste es un error que va*

---

<sup>131</sup>Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial II*. Bogotá, Colombia. Temis1973, Pág. 490.

<sup>132</sup>Carrara, Francesco. *Op. cit.* Pág. 442.

<sup>133</sup>Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial, forense*. México, Con citas del derecho, notas y adiciones de Rodríguez de San Miguel, Juan. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1996. Pág.55.

*contra la doctrina común, y que confunde dos títulos de delitos sustancialmente distintos.”*

## **4.2 Aspectos relevantes en materia penal sustantiva**

### **4.2.1 Dolo y culpa**

El secuestro, en cualquiera de sus formas, sólo puede ser doloso, y en ningún caso culposo, en virtud de que tanto el Código Penal como la Ley Contra la Delincuencia Organizada se consignó los delitos que están sancionados en su comisión dolosa y el secuestro está incluido en esa enumeración.

En cuanto al dolo, en razón de que todos los tipos de secuestro requieren de propósitos específicos, la única clase de dolo posible es el directo. No es admisible el dolo eventual ni el de consecuencias necesarias. Hay que recordar, afirma De González Mariscal<sup>134</sup>, que en un modelo lógico, la subjetividad se ve en forma unitaria, por lo cual no se acepta el dolo específico (teoría italiana) ni los “elementos subjetivos del tipo” o “elementos subjetivos del injusto” (teoría alemana). El dolo (directo) se define en el modelo como: conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal.

### **4.2.2 Elementos normativos**

La doctrina señala que los elementos normativos o son términos incluidos en el tipo que requieren de valoraciones jurídicas o culturales para esclarecer su significado, como manifiesta De González Mariscal<sup>135</sup>, o son vocablos o expresiones que destacan la antijuridicidad dentro del tipo, como sostiene Jiménez

---

<sup>134</sup> De González Mariscal, Olga Islas. “El Secuestro: Análisis jurídico”, en Jiménez Ornelas, R y González Mariscal, Olga. *El Secuestro. Problemas sociales y jurídicos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 26. México, 2002, Pág. 60.

<sup>135</sup> “Los elementos normativos se caracterizan por expresarse como palabras o expresiones que corresponden a un lenguaje especializado, que no pueden definirse comúnmente dentro de los ámbitos jurídico o coloquial.” *El secuestro. Análisis dogmático y criminológico*. Porrúa. México, 1999, Pág. 33. Cita a pie de página de González Mariscal, *Op. cit.*, Pág. 61.

de Asúa<sup>136</sup> (por ejemplo, ilícitamente, ilegalmente, sin derecho, etc.). En el primer caso, la misma valoración pone en evidencia que tales términos son simples adjetivaciones específicas de alguno de los elementos del tipo. Si se entienden como anticipación de la antijuridicidad, son innecesarias porque, aunque no se haga el señalamiento expreso en el tipo, la antijuridicidad es imprescindible para la configuración del delito. En síntesis, en ambas corrientes doctrinarias, los elementos normativos no tienen autonomía propia, por lo cual constituyen un pseudo problema.

#### 4.2.3 Tentativa

La tentativa procede en todos los tipos de secuestro, porque la conducta (la acción) de privar de la libertad a una persona puede ser interrumpida (interferida) por una causa ajena a la voluntad del sujeto activo antes de que se produzca la lesión del bien jurídico. Al decir de Landrove<sup>137</sup>, no es adecuado hablar de consumación cuando, aun siendo indudable que se dio comienzo a la realización de los actos precisos para alcanzar la privación de la libertad, ésta no se produce por la decidida intervención de la víctima o de terceras personas.

#### 4.2.4 Delito permanente

La consumación del delito de secuestro comienza en el momento en que se priva de la libertad a una persona con “*el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad de la persona secuestrada o con cualquier otro propósito similar o igual (...)*”, tal y como prevé Artículo 201, Código Penal guatemalteco, (Decreto número 17-73), pero dicha consumación no se agota en ese mismo momento, sino que se prolonga (perdura) durante todo el tiempo en que la persona se encuentre privada de su libertad; el agotamiento se

---

<sup>136</sup>“Son elementos vinculados a la antijuridicidad que constan en la descripción típica” y que no hay razón alguna para que el legislador los consigne expresamente en un tipo concreto, se trata de *impaciencias del legislador*.” Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*. Lozada. Buenos Aires, 1950, t. III, Pág. 899, cita de González Mariscal, *Op. cit.*, Pág. 63.

<sup>137</sup> Landrove Díaz, L. *Detenciones ilegales y secuestros*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 68 .

produce, como expresa Landrove<sup>138</sup> cuando la privación de la libertad cesa. No es necesario el logro de los propósitos para que el delito se consume.

#### **4.2.5 La punibilidad**

La punibilidad debe ser idónea en cumplimiento del principio de proporcionalidad y en función de la prevención general; es decir, ser adecuada para inhibir las conductas prohibidas en el tipo correspondiente, pero su función –que es el aspecto más importante- es la protección de bienes jurídicos a través, precisamente, de la prevención general. Es por ello que la punibilidad debe ser proporcional al valor del bien jurídico tutelado en el tipo. A pesar de estos principios, las punibilidades para el secuestro se han ido incrementando de manera irracional sin atender los problemas de fondo que propician la comisión de este grave delito. En el caso de Guatemala se contempla la pena de muerte. Sin embargo la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH- ha logrado que se imponga la pena de 50 años.

En este sentido resulta totalmente atinada la aseveración de García Ramírez<sup>139</sup> en cuanto a que, *“la sanción penal, consecuencia de una conducta reprochable, en general, y reprochada, en particular, de ninguna manera es –ni debiera pretenderse que sea- el instrumento decisivo en la lucha contra el delito.”*

#### **4.3. El concurso aparente de normas penales.**

En la teoría penal, al decir de Muñoz Pope<sup>140</sup>, el concurso aparente de normas penales ha recibido diversas denominaciones: “conflicto de disposiciones penales”, “colisión de normas penales”, “concurso aparente de leyes penales”, “relación de las figuras entre sí”, etc.

---

<sup>138</sup> Landrove Díaz, L. *Op. cit.*, Pág. 73.

<sup>139</sup> García Ramírez, Sergio. “Los derechos humanos en la persecución penal”, en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*. México, Senado de la República. LVI Legislatura-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, Pág. 519.

<sup>140</sup> Muñoz Pope Carlos Enrique. *Lecciones de Derecho Penal*, Panamá. Publicaciones del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Vol. I, 1985, Pág. 196.

La actividad del tribunal, cuando se dirige a la aplicación de la norma jurídico-penal al caso concreto sometido a su decisión, se desarrolla, de manera fundamental, en dos operaciones principales: la primera consiste en la determinación de los hechos que se ofrecen a su consideración; y la segunda, en la determinación de la figura de delito exactamente aplicable al hecho perpetrado.

El primer cometido, en la determinación de los hechos que se ofrecen a su consideración, se resuelve mediante el acucioso examen y valoración de las pruebas practicadas en el acto del juicio; el segundo, en la determinación de la figura de delito exactamente aplicable al hecho cometido, implica un trabajo técnico encaminado a la selección de la norma correspondiente al hecho probado. Aun cuando en ocasiones la selección de la norma aplicable constituye una tarea más o menos sencilla, con frecuencia ello exige un análisis complejo, por cuanto en la calificación de un comportamiento antijurídico son susceptibles de coincidir las características de dos o más figuras delictivas.

A veces, como asevera Puig Peña<sup>141</sup>, la aplicación de las varias figuras será correcta: se trata de los casos de concurso real o ideal de delitos. Las figuras, en el concurso de delitos, coexisten, se sitúan una al lado de la otra en efectiva concurrencia, aceptada por la ley en atención a la doble valoración penal que merece el acto delictuoso. Las diversas normas aplicables no entran en conflicto recíproco y ninguna de ellas quedará desplazada, sino que resultará necesaria su apreciación conjunta en el enjuiciamiento del hecho.

En otros casos, sin embargo, no será procedente la aplicación de las varias figuras, porque ellas se repelen mutuamente, en el sentido de resultar intolerable su coexistencia, de tal forma que la validez de una descarta por completo la de la otra. La colisión, en consecuencia, es sólo aparente.

Para dilucidar cuándo una figura delictiva consiente o excluye la contemporánea aplicación de otra, respecto a la misma situación de hecho, así

---

<sup>141</sup> Puig Peña, Federico. *Colisión de normas penales*, Editorial Bosch, Barcelona, 1955. Pág. 66.

como para decidir la aplicación de la norma correspondiente, se ha apelado al empleo de ciertas reglas de acuerdo con el tipo de relación establecida entre las diversas normas. En la teoría penal, sin embargo, no existe una opinión generalizada acerca de esos tipos de relaciones de las normas. De ordinario, a criterio de Mir Puig<sup>142</sup> se han aducido los siguientes: especialidad y consunción.

#### **4.3.1 La relación de especialidad**

La relación de especialidad consiste en el vínculo que se establece entre dos normas penales conforme al cual una de ellas (la especial) contiene en cuanto a la otra (la general) alguna característica adicional que concreta más la descripción de la parte dispositiva de la norma. La relación de la norma general y la especial es la de lo general y lo individual o singular.

Las dos normas (la general y la especial) pueden formar parte de la misma ley o de leyes distintas; pueden, además, haber entrado en vigor al mismo tiempo o en momentos diversos y, en este último caso, puede ser posterior tanto la general como la especial; no obstante, como afirma Mir Puig<sup>143</sup> ambas deben hallarse vigentes de manera contemporánea en el momento de su aplicación, por cuanto de otro modo no existiría un caso de concurso de normas, sino uno de sucesión de leyes.

Existe siempre relación de especialidad en el nexo de la figura básica con respecto a las derivadas (atenuadas o agravadas) correspondientes: por ejemplo, las lesiones específicas (artículo 145 del Código Penal) y lesiones gravísimas (artículo 146 del Código Penal) son figuras especiales en relación con la lesión prevista en el artículo 144 (figura básica), la cual resulta la figura general.

La consecuencia principal de la aplicación del principio de especialidad es la siguiente: la norma especial descarta la aplicación de la general. El tribunal

---

<sup>142</sup> Mir Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, España. Editorial Bosch, 1976, Pág. 173. Francisco Muñoz Conde. *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, España. 1975, Pág. 101.

<sup>143</sup> Mir Puig. *Op. cit.*, Pág. 173.



deberá aplicar siempre la norma especial, por cuanto ésta se ajusta, con más precisión (concretiza) al hecho sometido a su consideración. Desde este punto de vista no puede decidir la gravedad de la pena. La norma especial entra en acción aunque su penalidad sea menor que la de la general.

#### **4.3.2 La relación de consunción**

La relación de consunción consiste en el vínculo que se establece entre dos o más normas penales, conforme al cual una de ellas (la absorbente) implica una valoración tan francamente superior que absorbe de manera total, por el mayor alcance de la norma y la severidad de la sanción, el contenido de la prohibición y la función penalizadora, comprendidos en la otra u otras (la consumida).

La relación de la norma absorbente y la consumida es la del todo con la parte. El fundamento de esta relación de consunción se deriva de la aplicación concreta del principio *non bis in idem* (nadie puede ser penado dos veces por el mismo hecho).

No resulta concebible que puedan entrar en aplicación dos figuras delictivas para su efectividad conjunta, cuando una de ellas ha sido definida en la ley precisamente incluyendo en su definición todo el desvalor delictivo que la otra supone. Por consiguiente, si se llegara a la aplicación conjunta de las dos figuras delictivas, en truce acumulativo, se agravaría la condición del culpable por recibir esta nueva pena en virtud de un hecho que ya en la calificación jurídica de la otra se le había apreciado. Por ejemplo, al autor de un robo agravado (artículo 252-2 del Código Penal) no puede, además, sancionársele por allanamiento de morada (artículo 206), porque al definirse la figura del robo agravado “*cuando se empleare violencia, en cualquier forma, para entrar al lugar del hecho*” ya ha sido previsto por la ley (agravando la figura) el desvalor que supone la violación de domicilio.

La principal consecuencia de la relación de consunción consiste en la exclusión de la figura o norma consumida por la figura o norma absorbente. La

consunción puede originarse con respecto a los actos anteriores, a los actos concomitantes y a los actos posteriores.

#### **4.4 Regulación legal**

Como se ha podido observar, aún no se ha plasmado en el contenido ya desarrollado una definición clara de secuestro. El propósito de no hacerlo ha sido el de llegar a este rubro en el cual ya se enfoca la regulación legal guatemalteca de la cual se extraerá la definición de este delito.

La regulación legal del delito de secuestro en el ordenamiento jurídico guatemalteco, se encuentra contemplada específicamente en el artículo 201 del Código Penal, Decreto 17-73, en su condición de ley general, bajo el epígrafe de plagio o secuestro, el cual contiene los siguientes elementos de tipicidad.

*“A los autores materiales o intelectuales del delito de plagio o secuestro de una o más personas con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquier otro propósito similar o igual, se les aplicará la pena de muerte y cuando ésta no pueda ser impuesta, se aplicará prisión de veinticinco a cincuenta años. En este caso no se apreciará ninguna circunstancia atenuante.”*

Una situación se presenta en la tipificación del tipo penal anteriormente descrito. En la dualidad plagio o secuestro, de lo cual se habló en epígrafes anteriores, en cuanto a que existen diferencias entre plagio o secuestro, sin embargo, el legislador los ha analogado por lo que discurrir en torno a las motivaciones político-criminales que incidieron en dicha dicotomía no es cuestión de interés para el presente trabajo.

Por su parte, con similares elementos del tipo y atendiendo al momento histórico concreto que vive Guatemala desde hace varios años, respecto a la fuerte presencia y alto impacto del crimen organizado, el Congreso de la República a través del Decreto número 21 de 2006, sancionó la conocida Ley

contra la delincuencia organizada, en condición de Ley especial, por el particular propósito que persigue: La necesaria lucha contra el crimen organizado.

En la referida Ley contra la criminalidad organizada se define en el artículo dos como *grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos*, entre los que precisa de manera taxativa en el apartado e, algunos delitos de los ya contemplados en el Código Penal, como el *de plagio y secuestro*.

De similar manera, con el propósito de perfeccionar la lucha contra el crimen organizado y fortalecer la persecución penal de este flagelo en el año 2009, el Congreso de la República a través del Decreto número 17, reforma el mencionado artículo 201 del Código Penal, sustentada por el artículo 24 de la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, en el que taxativamente se regula que se adiciona al final del artículo 201 del Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, los párrafos siguientes: *"Igualmente incurrirá en la comisión de este delito quien amenazare de manera inminente o privare de su libertad a otra persona en contra de su voluntad, independientemente del tiempo que dure dicha privación o la privare de sus derechos de locomoción con riesgo para la vida o bienes del mismo, con peligro de causar daño físico, psíquico o material, en cualquier forma y medios, será sancionado con prisión de veinte (20) a cuarenta (40) años y multa de cincuenta mil (Q.50,000.00) a cien mil Quetzales (Q.100,000.00). Este delito se considera consumado, cuando la persona sea privada de su libertad individual o se ponga en riesgo o en peligro inminente la misma o se encuentre sometida a la voluntad del o los sujetos que la han aprehendido, capturado o sometido ilegal o ilegítimamente, por cualquier medio o forma y en ningún caso se apreciará ninguna circunstancia atenuante."*

Sin embargo, en el Código Penal vigente, se tipifica en el artículo 203, el delito de detención ilegal, el que define taxativamente, que *"La persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad será sancionado con prisión*

*de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a quien proporcionare lugar para la ejecución del delito.”*

En el delito de secuestro, el deber jurídico penal es la prohibición de privar de libertad dolosamente a una persona con el propósito de detenerla en calidad de rehén y de amenazar con privarle de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto de detrimento de sus bienes, por lo general materiales, en estos casos, como afirma Donna<sup>144</sup> se trata de un delito pluriofensivo, en el que se tutelan varios bienes jurídicos, entre los que se destaca el derecho fundamental a la vida o integridad corporal, a la libertad individual y al patrimonio personal o familiar, ya sea en bienes o efectivo.

Sin embargo, de la clara letra del artículo 203 del Código Penal, que viene referido a la detención ilegal, si bien es cierto que presenta similares elementos materiales o de tipicidad del tipo penal de secuestro también taxativamente previsto en el artículo 201 del Código Penal y reformado para su aplicación a determinado sector criminal, vinculado al crimen organizado, que conllevan a privar de libertad a una persona, razones político criminales hacen suponer que ambos hechos típicos y antijurídicos, obedecen a actuaciones concretas y no similares, baste reiterar que el secuestro que prevé la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, por su condición de Ley especial se reserva para aquellos actos de esta naturaleza que son cometidos por organizaciones criminales no convencionales, mientras que la detención ilegal, presenta una concepción típica más puntual, referida a la comisión de un delito ordinario, sin vinculo alguno con la criminalidad organizada, el que además protege únicamente la libertad personal como derecho fundamental.

Por todo lo expuesto, ante el concurso aparente de normas penales que pudiera considerarse entre los delitos de secuestro y detención ilegal, la solución legal más atinada sería acudir a la relación de especialidad, y si nos encontramos ante un acto delictivo ejecutado por organizaciones vinculadas al crimen

---

<sup>144</sup> Donna, Edgardo A. *Op. cit.*, Pág. 55.

organizado, en que se privo de la libertad a una persona, y se puso en peligro su vida o integridad corporal, o sus bienes muebles o inmuebles, al momento de decidir sobre la calificación legal del hecho, estaríamos ante el delito de secuestro o plagio que prevé el artículo 24 de la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, referido a la modificación del artículo 201 del Código Penal, y si por el contrario, si un acusado sin vinculo demostrado con el crimen organizado, decide retener o privar de la locomoción a otro mortal a los efectos de lograr un beneficio de cualquier naturaleza, en el que puede ser incluso espiritual, el hecho en sí podría calificarse como un detención ilegal.

#### **4.5 Propuesta de reforma del art. 24 de la Ley para el Fortalecimiento de la Persecución Penal**

De cara a los fundamentos doctrinales expuestos y considerando la existencia de un concurso aparente de normas penales en la normativa guatemalteca y no real, al tratarse el plagio y secuestro, de delitos independientes del de detención ilegal, pero con finalidades similares, por la propia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y los intereses político-criminales en juego de la Ley contra la delincuencia organizada, resultaría atinado, incluir como un elemento material de la norma en la figura penal de plagio y secuestro del artículo 24 de la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, la detención ilegal de una persona por parte de un grupo organizado. Lo que redundaría en uniformar la administración de justicia penal, y dotaría a la referida ley de la necesaria seguridad jurídica, por estar presente en ella la taxatividad y la legalidad de la norma.

## CAPITULO 5

### PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANALISIS DE RESULTADOS

#### 5.1 Presentación

En el estudio de campo realizado con actores directos en el sistema jurídico penal guatemalteco tal es el caso, personal del Ministerio Público, como lo son los agentes fiscales, personal del Organismo Judicial, como es el caso de jueces, así como abogados defensores, todos del Departamento de Guatemala, se pretende establecer que en el país existe una dualidad en los ilícitos penales de plagio y secuestro, incluidos como tipos penales que puede cometer el crimen organizado, en la ley que legaliza su enfrentamiento, con el delito de detención ilegal que mantiene aun intacto el Código Penal guatemalteco desde 1973.

El concurso aparente de normas penales, tiene una directa relación también con el uso adecuado del principio de legalidad, ya que la ley tiene que ser clara y precisa y cuando ello se logra se proporciona seguridad jurídica al acusado de la comisión de un delito determinado, el que debe resistir la persecución penal sobre la base del respeto de sus derechos individuales refrendados constitucionalmente.

El objetivo general, de analizar el artículo 201 del Código Penal y el posible conflicto de leyes que genera con la adición del artículo 24 de la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, decreto número 17-2009 y el artículo 203 del Código Penal decreto 17-73, tiene como objetivo fundamentar teóricamente la solución doctrinal ante el concurso aparente de normas penales, ante la duplicidad de tipos penales y precisar las características de tipicidad del delito de plagio y secuestro, así como el de detención ilegal, sus características esenciales y elementos, a efecto de sugerir reformas al artículo 24 de la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal en Guatemala.

A continuación se presenta el análisis y resultado de las entrevistas realizadas a veinte (20) profesionales del derecho, las cuales se llevó a cabo al personal del Organismo Judicial, como jueces, agentes fiscales del Ministerio Público y abogados defensores, cumpliendo con el objetivo y fines del trabajo de tesis.

## **5.2 Discusión y análisis de resultados**

En este apartado se tendrá la discusión y análisis correspondiente a la entrevista realizada a personal del Organismo Judicial, como jueces, agentes fiscales del Ministerio Público y abogados defensores.

Pregunta número uno:

¿Considera usted que la persecución penal resulta un eje esencial de la política criminal del Estado?

Con los resultados se obtuvo que seis jueces, siete fiscales y siete abogados defensores contestaron positivo a la pregunta y al manifestar el por qué, indicaron:

Siete fiscales, tres jueces y seis abogados defensores manifestaron que con la persecución penal se logra uno de los fines del Estado que es impartir justicia. Un Juez manifestó que debiera ser así, pero las estructuras de poder y de corrupción enraizadas en el propio Estado no permiten desarrollarla y por eso es que la población requiere de una respuesta asertiva (CICIG). Un Juez respondió que el principio de legalidad constitucional es el sometimiento del funcionario público a la ley. Un Juez manifiesta que es la forma de garantizar los derechos de las personas y por último un abogado defensor manifiesta que es la única forma de vivir en un Estado de derecho.

Los resultados reflejan, que a criterio de los entrevistados, la persecución penal debe de originarse como un eje esencial de la política criminal, encaminada desde el Estado hacia las personas, bajo el sometimiento de un orden jurídico tradicional, de esa cuenta se logra uno de los fines principales de la administración pública que es impartir justicia.

Pregunta número dos:

¿Estima que la creación de normas penales obedece a criterios políticos criminales que se encuentran en correspondencia con el proceso de criminalización de conductas desviadas?

Como resultado se obtuvo que seis jueces, cuatro fiscales y siete abogados defensores contestaran positivo y tres fiscales contestaron negativo y al manifestar el por qué, indicaron:

Todos los juzgadores coinciden de que con base a las conductas criminales se debe establecer los parámetros y regular el actuar de las personas, basados principalmente en políticas criminales estatales, uno de ellos indica que Guatemala en los últimos años se ha caracterizado por la implementación de esas políticas a partir de la constitución de la CICIG, así mismo, otro de los Juzgadores amplía su respuesta en indicar que precisamente las conductas criminales deben ser atacadas con normas penales que disminuyan o desaparezcan su actuar, y por último, otro de los juzgadores considera que la tendencia es de codificar las leyes, pero en nuestro medio es al contrario, vemos la descodificación a su parecer obedece al hecho del que el Código Penal es del año setenta y tres y resulta obsoleto para el cambio conductual de la sociedad.

En el caso de los cuatro fiscales coinciden en que la creación de normas penales se origina por las conductas antisociales que merecen ser castigadas por el Estado, uno de ellos amplía en el sentido que las normas responden a fenómenos sociales y en consecuencia al establecerse conductas que alteran el orden social hay que reprimirlas con normas legales y por último los abogados defensores manifiestan, cuatro de ellos que las conductas humanas son las que dan los lineamientos a las políticas criminales y consecuencias a la creación de leyes nuevas, por otro lado uno de ellos indica que es a partir de la misma situación socioeconómica del país que hace necesario esa dualidad para la creación de nuevas normas penales y uno más refiere que lastimosamente genera leyes casuísticas y no legislación pura.



De lo expuesto se puede afirmar que la creación y adaptación de las normas penales tienen lugar con motivo de criterios políticos criminales que se encuentran en correspondencia con el proceso de criminalización de conductas desviadas, lo cual ha tenido lugar en Guatemala, donde se ha originado un proceso de superinflación normativa, al regular en leyes especiales conductas delictivas ya contenidas en el Código Penal vigente.

Ahora bien, hubieron tres fiscales que contestaron que la creación de normas penales no obedece a criterios político criminales, criterios que no se comparten, uno de ellos manifiesta que si se crearan conforme a actos sucedidos tuvieran más efecto positivo en la opinión pública, otro de los entrevistados, refiere que a veces la creación de tipos penales obedece a coyuntura actual de un país o reclamos sociales, y por último otro manifiesta que las iniciativas empiezan bien orientadas pero cuando el Congreso las cambia se pierde esa relación por la razón que las conductas derivadas no son tratadas adecuadamente.

De lo expuesto se puede afirmar que la creación y adaptación de las normas penales tienen lugar con motivo de criterios políticos criminales que se encuentran en correspondencia con el proceso de criminalización de conductas desviadas, lo cual ha tenido lugar en Guatemala, donde se ha originado un proceso de superinflación normativa, al regular en leyes especiales conductas delictivas ya contenidas en el Código Penal vigente.

Pregunta número tres:

¿Cuáles son las exigencias que impone al legislador el principio de legalidad en el proceso de creación de la norma?

Como resultado se obtuvo que un fiscal contestó que la ley debe ser cierta, dos abogados defensores y dos fiscales contestaron que debe ser clara, un abogado defensor y un fiscal contestaron que debe ser estricta, dos abogados defensores y tres jueces contestaron que debe ser cierta y clara, dos abogados defensores, dos

fiscales y tres jueces contestaron que debe de ser cierta, clara y estricta y un fiscal indicó que es cierta y estricta.

Los resultados obtenidos permiten aseverar que el principio de legalidad impone al proceso de creación de las normas penales exigencias de que sean normas, estrictas, claras y escritas.

Pregunta número cuatro:

¿Considera ambigua la adición del Artículo 24 de la Ley para el Fortalecimiento de la Persecución penal al artículo 201 del Código Penal, en el sentido de contener una definición en la descripción del tipo penal del secuestro, muy similar a la del tipo penal de la detención ilegal?

Como resultado se obtuvo que cuatro jueces, tres fiscales, y seis abogados defensores contestaron positivo y dos jueces, cuatro fiscales, y un abogado defensor contestaron negativo.

Cuatro jueces y cinco abogados defensores coincidieron al responder que si es ambigua la adición, en virtud que son los mismos verbos rectores de los tipos penales, uno de los fiscales manifiesta que si es ambigua ya que es muy amplia la definición de secuestro y considera a ésta un concurso aparente con detención ilegal, otro fiscal indica que si porque tiene supuestos de hecho similares en cada tipo penal, y un fiscal y un abogado defensor manifiestan que si debido a que provoca esa confusión en los tipos penales de secuestro o detención ilegal y el fin del secuestro es el hecho del canje o beneficio económico e implica negociación para la liberación.

Ahora bien, un juez manifiesta que no es ambigua la adición por no estar en contradicción por tratarse el delito de plagio o secuestro de un delito calificado mientras que la detención ilegal no necesita tantos preceptos, y un juez y dos fiscales más indican que no, en virtud que el artículo 201 del Código Penal es claro en cuanto al hecho de que esté en riesgo su vida o bien causar daño físico, el solo hecho de encerrarlo no es secuestro, no solo hay que analizar el texto sino

el contexto probatorio. Dos fiscales indican que no es ambigua la adición ya que en el secuestro hay intención de un beneficio económico o canje lo cual no se menciona en el delito de detención ilegal y por último, un abogado defensor manifiesta que no es ambigua dicha adición ya que únicamente fortalece el tipo penal de secuestro.

De las respuestas ofrecidas por lo fiscales, jueces y abogados se puede afirmar la que la adición del Artículo 24 de la Ley para el Fortalecimiento de la Persecución penal al artículo 201 del Código Penal, se muestra ambigua en el sentido de contener una definición en la descripción del tipo penal del secuestro, muy similar a la del tipo penal de la detención ilegal y en tanto su redacción colisiona con las exigencias del principio de legalidad de ser una norma clara y precisa.

Con relación a la ambigüedad entre la adición del artículo 24 de la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal y el artículo 203 del Código Penal los resultados muestran que la tendencia entre los fiscales es que no existe ambigüedad porque cada uno de los tipos penales tiene sus elementos propios y no dan oportunidad a la ambigüedad ya referida, por su parte los jueces entrevistados y los abogados defensores consideran, con base a sus respuestas, una posición contraria a los fiscales al manifestar que si consideran ambiguas las dos normas penales bajo análisis, principalmente en cuanto a los elementos del tipo y verbos rectores que los integran.

Pregunta número cinco:

¿Considera usted que entre el artículo 201 del Código Penal modificado con la adición del artículo 24 de la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, decreto número 17-2009, referido al delito de secuestro y el artículo 203 del Código Penal referido al delito de detención ilegal, del Código Penal, decreto 17-73, ambos vigentes en la actualidad, se genera un posible conflicto de normas penales?

Como resultado se obtuvo que cuatro jueces, cuatro fiscales, y seis abogados defensores contestaron que positivo y dos jueces, tres fiscales, y un abogado defensor contestaron que negativo.

Los cuatro jueces y dos abogados defensores que contestaron positivo en ésta pregunta coinciden en que los verbos rectores como elemento del tipo penal son iguales o parecidos. Los cuatro fiscales que contestaron si en su respuesta consideran que en la lectura de ambos tipos penales existe conflicto debido a que se pretende restringir la libertad de la víctimas, además de la similitud en supuestos de hechos entre ellos y la falta de especificaciones que haga una diferencia notable.

Entre los argumentos de los defensores al responder positivo a la pregunta realizada tres de ellos contestaron que ambas normas se refieren al mismo delito y que tienen carácter de ley ordinaria vigente además de ser ambiguas y uno de ellos respondió que si debido a que se regula doblemente una misma acción delictiva. Dos jueces, tres fiscales y un abogado defensor contestaron que no porque los supuestos de hecho son distintos y no existe similitud entre ellos.

Dentro de los entrevistados, ante un posible conflicto de normas penales originado entre el tipo penal de secuestro y el de detención ilegal, ambos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, al analizar las respuestas brindadas, los criterios se inclinan a indicar que si existe el conflicto en referencia debido a que ambos tipos penales están disponibles tanto para los jueces al momento de hacer una calificación jurídica, para los fiscales al momento de hacer una calificación jurídica provisional y en su caso para los defensores cuando define una estrategia de defensa, lo anterior nuevamente por los elementos y verbos rectores de los delitos ya indicados que son similares y tienden a confundir.

Pregunta número seis:

¿De conformidad con la teoría del concurso de normas penales, ante la comisión de un acto delictivo vinculado al crimen organizado y la vigencia de dos normas

penales con similares elementos del tipo, una en el Código Penal y otra en la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, que norma aplicaría al caso concreto?

Como resultado se obtuvo que cuatro jueces, cinco fiscales y cuatro abogados defensores indican que la que se tipifica en el Código Penal, dos fiscales y tres abogados defensores indicaron que la que se tipifica en la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal y dos jueces indicaron que no se puede responder.

Tres de los jueces indicaron que la que se tipifica en el Código Penal por ser la ley general o ley tipo, un juez, dos fiscales y un abogado defensor manifiestan que es el Código Penal ya que ellos consideran que la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal no es una ley especial debido a que solo reforma leyes ya existentes. Tres fiscales indican que el Código Penal ya que la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal es ambigua y no es clara. Un abogado defensor expone que es el Código Penal por ser la ley general, otro abogado defensor manifiesta que es el Código Penal por imperativo legal y un último indica que es el Código Penal por el principio *indubio pro reo*.

Dos fiscales indican que aplicarían la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, uno de ellos por considerar que la experiencia le indica que en ese tipo de delitos siempre se busca el beneficio económico, por su parte el otro fiscal manifiesta que el delito de secuestro subsume al de detención ilegal. Los tres abogados defensores que coinciden que por la especialidad y por la temporalidad de la ley es aplicable la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal. Por último dos jueces indicaron que no se puede contestar en ese momento, debido a que todos los casos son diferentes y hay que someterlos a análisis.

Pregunta número siete:

¿Qué relación aplicaría usted ante el posible concurso de normas penales?

Como resultado se obtuvo que seis jueces, tres fiscales, y seis abogados defensores optaron por la relación de especialidad, tres fiscales y un abogado

defensor optarían por la relación de consunción y un fiscal indico que ninguna de las dos.

Seis jueces, tres fiscales y cuatro abogados defensores indicaron que aplicarían la relación de especialidad, ya que resguardan los mismos bienes jurídicos tutelados y por la especialidad de la misma, es la norma específica. Dos abogados defensores manifiestan que aplicarían la relación de especialidad con base a los principios procesales. Por otra parte tres fiscales y un abogado defensor coinciden en que aplicarían la relación de consunción por tratarse de un delito menor donde prevalece el de mayor pena y un fiscal indico que considera que no hay concurso de ninguna naturaleza por lo que no aplicaría ninguna de las dos.

Pregunta número ocho:

¿Cuáles considera usted que son las diferencias existentes en los elementos de la tipicidad que integran los delitos de secuestro definido en el artículo 24 de la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, el secuestro que está definido en el artículo 201 del Código Penal y la Detención Ilegal regulada en el artículo 203 del Código Penal?

Cuatro jueces, dos fiscales y cinco abogados defensores indicaron que la principal diferencia entre los elementos de los tipos penales bajo análisis es el canje, rescate o compensación económica requerida. Un fiscal y dos abogados defensores consideran que son las circunstancias propias del delito que los hacen diferentes en sus elementos, además de los verbos rectores. Dos jueces al responder la pregunta manifiestan que es dolo y aplicarlo al caso concreto. Un fiscal considera que no hay diferencia solo una reforma que incluye la descripción precisa del tipo penal y por último tres fiscales indican que es el tiempo que dure la privación de libertad.

Pregunta número nueve:

¿Cuáles son los elementos normativos de tipicidad que integran el delito de detención ilegal definido en el artículo 203 del Código Penal?

Todos los entrevistados consideran que el elemento normativo de tipicidad es el de encerrar, detener o privar de su libertad en contra de su voluntad a una persona.

Pregunta número diez:

10. ¿Considera usted que en futuras modificaciones a la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, deben incluirse en un único tipo penal al delito de secuestro y al delito de detención ilegal que tipificados en el Código Penal y en la referida Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, por presentar ambos tipos penales similares elementos normativos y así evitar el posible concurso de normas penales?

Un Juez, seis fiscales y seis abogados defensores indicaron que si para que no existan contradicciones y se unifiquen los criterios y por otro lado cinco jueces, un fiscal y un abogado defensor indicaron que no ya que ambas normativas son diferentes.

Se sometieron a veinte profesionales del derecho a intercambiar opiniones, posiciones y criterios, plasmados en las diez interrogantes que formaban parte de la entrevista. Se considera que los resultados son variables, debido a que cada uno de ellos desde su posición dentro del sistema de justicia, analizan con diferente óptica los problemas que se suscitan en los procesos penales donde se da la confusión entre el tipo penal de secuestro y la detención ilegal, en el marco del Código Penal decreto 17-73 y la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal.

En cuanto a la aplicación de la norma por considerar conflicto entre la tipicidad contenida en el Código Penal y la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, la mayoría de los entrevistados son del criterio que debe de aplicarse la primera por ser una norma jurídica anterior y ser la ley general o ley tipo.

Las respuestas de la mayoría de profesionales entrevistados reflejan que si tienen claridad en cuanto a las diferencias que existen entre los tipos penales analizados,

entre ellos se menciona de forma recurrente la privación de libertad, la voluntad, la pena, la participación, el dolo y principalmente el rescate, canje o beneficio económico, es por ello que se logra concluir que en una futura reforma al Código Penal sería oportuno ampliar o en su caso aclarar las similitudes entre los dos tipos penales analizados para que sea fácilmente aplicable y que no se presente la dualidad que actualmente existe entre el delito de plagio o secuestro a partir de la entrada en vigencia del artículo 24 del decreto 17-2009 Ley del Fortalecimiento de la persecución Penal con el artículo 203 del Código Penal decreto 17-73 que regula la detención ilegal.

Los resultados fundamentales que ofrecen algunas respuestas de jueces, fiscales y abogados, concuerdan con la fundamentación que se realiza de la política criminal y sus distintos ejes, uno de los cuales, resulta la persecución penal, que se concreta en la criminalización de conductas lesivas a la sociedad, encontrándose la dificultad en el proceso de creación de la norma, lo que parece obedecer al desconocimiento de los legisladores de las exigencias que impone el principio de legalidad al crear nuevos tipos penales.



## CONCLUSIONES

La investigación realizada permitió arribar a las siguientes conclusiones

1.- La persecución penal resulta un eje esencial de la política criminal del Estado, pues facilita la aplicación de la justicia al caso concreto, sobre la base del principio de legalidad, dicha aplicación se logra evidenciando de forma concreta las diferencias esenciales entre el tipo penal de plagio o secuestro y el de detención ilegal, lo cual ofrece a los diferentes sujetos procesales evitar que se generen vacíos legales por una errónea interpretación legal.

2.- La creación de normas penales en Guatemala, tiene en cuenta consideraciones políticas criminales que se corresponden con un proceso de criminalización de conductas desviadas, donde se ha originado un proceso de superinflación normativa, al regular en leyes especiales conductas delictivas ya contenidas en el Código Penal vigente.

3.- El principio de legalidad como base de todo proceso de creación de una norma legal, es el pilar fundamental para el estricto cumplimiento de las garantías fundamentales de los sujetos pasivos en un Estado de derecho, determina que el legislador debe de considerar las normas deben ser ciertas, estrictas y claras, lo anterior orientado tanto a su cumplimiento como a su aplicación.

4.- La adición del Artículo 24 de la Ley para el Fortalecimiento de la Persecución penal al artículo 201 del Código Penal, colisiona con el principio de Legalidad, por ser ambigua, ya que contiene similares elementos normativos del tipo penal del secuestro y el de detención ilegal; supuestos de hecho como en el caso del tipo penal de plagio o secuestro, el cual se origina con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado, mientras que la detención ilegal es la simple retención de la persona privándola de su libertad, sin requerir nada a cambio.

5.- En el ordenamiento jurídico penal guatemalteco existe un concurso aparente de normas penales entre el plagio y secuestro y la detención ilegal ya que el

Código penal en su artículo 201 tipifica el plagio o secuestro, por su parte el artículo 24 de la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, reforma el artículo antes mencionado incluyendo supuestos de hecho que están regulados ya en el tipo penal de detención ilegal, tipificado el artículo 203 del Código Penal.

6.- Cuando sea el momento oportuno, luego de una discusión entre representantes del sector justicia de Guatemala, se proceda a reformar el artículo 201 del Código Penal dejando más clara la interpretación de los supuestos de hecho del delito de plagio o secuestro y detención ilegal, con el objeto de no permitir que al momento de su aplicación e interpretación los sujetos de derecho encuentren ambigüedad en los dos tipos penales.

## RECOMENDACIONES

1.- A los legisladores: Que tengan un amplio conocimiento de la política criminal, para no sólo crear normas como respuesta de coyunturas políticas, sino por considerar que dichas conductas verdaderamente lesionan a la sociedad de manera correcta.

3. A los legisladores: valoren la trascendencia del principio de legalidad en el sistema de justicia penal, para que al momento de tipificar conductas lesivas a la sociedad no se produzcan concursos aparentes de normas penales.

4. En futuras modificaciones a la Ley contra la delincuencia organizada, se incluya en la definición del delito de plagio y secuestro de manera taxativa como elemento normativo del tipo penal, la detención ilegal de una persona, el que aparece como delito autónomo en el artículo 203 del Código Penal.

5.- A los jueces, fiscales y abogados del departamento de Guatemala, continúen perfeccionando su ejercicio profesional sobre la base del estudio diario de la doctrina penal en aras de hacer de la impartición de justicia en Guatemala, un eje fundamental de la política criminal.

6. – Se realicen futuras investigaciones jurídicas que tengan como tema, el proceso de creación de normas penales en materia penal y su vinculación con el principio de legalidad y la política criminal

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

1. Baratta, Alessandro. “La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Argentina. Tomo 1999/B, Editores del Puerto. 2000.
2. Baratta, Alessandro. *Criminología Crítica del Derecho Penal*. México, Ed. Siglo XXI. 1993.
3. Becarria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Barcelona. España. Bruquera. (Trad. J. Jordá) 1983.
4. Becker, H. *Los extraños. Sociología de la desviación*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Tiempo contemporáneo. 1971.
5. Binder, Alberto. *Política Criminal: De la Formulación a la Praxis*. Buenos Aires, Argentina, 1ª. Edición. Editora Gráfica Laft. 1997.
6. Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial II*. Bogotá, Temis. 1973.
7. Carrión, Fernando, y otros. *Ciudad y Violencia en América Latina*. PNUD. Centro de Información de las Naciones Unidas. El Salvador, Centro América. 2006.
8. Castro Rivera, Martha. *Características sociológicas del suicidio y del homicidio en el Distrito Federal*. México. Tesis de Maestría en Sociología. UNAM. 1991.
9. Consultores Exprofesso. *El secuestro. Análisis dogmático y criminológico*. México, Porrúa. 1999.
10. De Armas Fonticoba, Tania. *Criminología*. Cuba. Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. 2004.
11. De González Mariscal, Olga Islas. “El Secuestro: Análisis jurídico”, en Jiménez Ornelas, R y González Maraiscal, Olga. *El Secuestro. Problemas sociales y jurídicos*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, Núm. 26. 2002.

12. Delmas Marty, Marc Ancel. *Modelos actuales de política criminal*. Guatemala, 1ª ed. 1986.
13. Delmas, Marty; Marc, Ancel, y Paz y Paz, Claudia. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Guatemala, Tomo I. 2005.
14. Donna, Edgardo A. *Teoría del delito y la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Buenos Aires, Argentina, 2ª. ed. actualizada y ampliada. ASTREA. 1996.
15. Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial, forense*. México, Con citas del derecho, notas y adiciones de Rodríguez de San Miguel, Juan. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1996.
16. Estrada Arispe, Carlos Enrique. *Manual de derecho penal guatemalteco*. Guatemala, 3ª. ed. Editorial Universitaria Fénix. 2001.
17. Feuerbach, Ludwig. *Principios de la filosofía del futuro y otros escritos*. Barcelona, España, José María Quintana Cabanas (trad., intr.). PPU. 1989.
18. García Ramírez, Sergio. "Los derechos humanos en la persecución penal", en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*. México. Senado de la República. LVI Legislatura-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1997.
19. García-Pablos De Molina, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia, España. Ed. Tirant Lo Blanch. 3ª. ed. 2003.
20. Hassemer, Winfried. "Prevención General y Aplicación de la Pena", en Naucke-Hassemer- Lüderssen Naucke, Wolfgang, Hassemer, Winfried y Lüderssen, Klaus: *Principales Problemas de la Prevención General*. Buenos Aires, Argentina, Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Editorial B de F. 2004.
21. Hobbes, Thomas. *Leviatán*. México, 3ª. ed. Fondo de Cultura Económica. 2000.
22. Jiménez de Asúa, Luis. *Principios del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot. Editorial Sudamericana. 1997.
23. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina. T. III Lozada. 1950.

24. Jiménez Ornelas, René A. y González Mariscal, Olga Islas. *El Secuestro. Problemas sociales y jurídicos*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 2002
25. Kant, Emmanuel. *Metaphysik der Sitten*, 1797.
26. Krey, Keine. *Strafe ohne Gesetz*, 1983, n.º marg. 1. 1983.
27. Landrove Díaz, L. *Detenciones ilegales y secuestros*. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 1999.
28. Liszt, Franz Von y Schmidt, E. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, ed. 25. 1927.
29. Lüderssen, Klaus. “La función preventivo-general del sistema del delito” en Naucke, Wolfgang, Hassemer, Winfried y Lüderssen, Klaus: *Principales Problemas de la Prevención General*. Buenos Aires, Argentina. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Editorial B de F. 2004.
30. Mendoza Gurdíán, N., Portillos Márquez, K., Santos Quian, I. *El Proceso de Criminalización del Delito de Cuello Blanco*. Cuba, Taller de Criminología. Coordinadora Dra. Iracema Gálvez Puebla. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. 2010. (s.n.p.)
31. Mezger, Edmond. *Criminología*. Madrid. Editorial Praxis. 1951.
32. Muñoz Conde, Francisco. *La política criminal. (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)*. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 2003.
33. Naucke, Wolfgang. “Prevención General y Derechos Fundamentales de la Persona”, en Naucke-Hassemer-Lüderssen. *Principales Problemas de la Prevención General*. Buenos Aires. Argentina, Traducción Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Editorial B de F. 2004.
34. Ramírez, Luis. *Manual de derecho procesal penal*. Guatemala. Tomo I. 2004.
35. Roxin, Claus y otros. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. D.F. 2000.
36. Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, T. I. Civitas. 1995.

37. Roxin, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. Barcelona, España. Trad. e introducción de Muñoz Conde, Francisco. Bosch. 1972.
38. Roxin, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina, 2ª.ed. 1ª reim. Hammurabi. 2002.
39. Serrano Maillo, A. *Introducción a la Criminología*. 6ª, ed. Dykinson, Madrid, 2009.
40. Silva Sánchez, Jesús M. (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, España. J. M. Bosch Editor. 1997.
41. Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*, TEA, 10ª reim., t. II, Buenos Aires, Argentina, 1992.
42. Sutherland, Edwin. *Delitos de cuello blanco*. Trad. Rosa del Olmo. American Sociological Review. Chicago, 1939.
43. Taylor, I.; Walton, P; Young, J. *La Nueva Criminología*. Buenos Aires, Argentina, Amorrortu. 1990.
44. Von Liszt, Franz. *La idea del fin en el Derecho Penal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1994.
45. Zaffaroni, Eugenio R. *Estructura Básica del Derecho Penal*. EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 2009.
46. Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Argentina, 2ª ed., EDIAR. 2002.
47. Zúñiga Rodríguez, Laura. *Política Criminal*. Guatemala. Editorial Universitaria Fénix. 2001.

## **Normativas**

1. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala. Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993. Fecha de emisión: 31/05/1985, fecha de publicación: 14/01/1986.
2. Congreso, Código Penal, Decreto número 17-73. Fecha de emisión: 27/07/1973, fecha de publicación: 15/09/1973.

3. Congreso, Código Procesal Penal, Decreto número 51-92. Fecha de emisión: 28/09/1992. Fecha de publicación: 14/12/1992.
4. Congreso, Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006. Fecha de publicación: 10/08/2006.
5. Congreso, Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto número 17-2009. Fecha de publicación: 08/05/2009.

### **Legislación Internacional**

1. Convención de Palermo 2000. [www.redsafeworld.net/news/la-convencion-de-palermo/](http://www.redsafeworld.net/news/la-convencion-de-palermo/)

### **Revistas Especializadas *On Line***

1. Muñoz Conde, Francisco. *La política criminal*. (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal) Política criminal. Nº 7, 2009, R1-7, pp. 1-16 [http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/r\\_1\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/r_1_7.pdf).

### **Otras referencias.**

1. *Plan de Política de Persecución Penal del Ministerio Público*, Guatemala, 2005.
2. PNUD. *Informe sobre desarrollo humano*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Guatemala, 2007-2008.
3. PNUD. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Aportes para la convivencia y seguridad ciudadana*. San Salvador 1ª. Ed. Talleres Gráficos, UCA, 2004.



## ANEXO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de Investigación:

***“Dualidad existente en el delito de plagio o secuestro a partir de la entrada en vigencia del artículo 24 del decreto 17-2009 Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal con el artículo 203 del Código Penal decreto 17-73 que regula la detención ilegal”***

**Alumna Investigadora:** María Alejandra Franco Marchena

### CUESTIONARIO

**Instrucciones:** A continuación encontrará una serie de preguntas, con el objeto de sustentar el trabajo de tesis de licenciatura, de antemano se agradece su valiosa colaboración.

Actividad profesional y/o cargo: \_\_\_\_\_

1. ¿Considera usted que la persecución penal resulta un eje esencial de la política criminal del Estado?

Sí\_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_

¿Por qué?

---

---

---

---

---

2. ¿Estima que la creación de normas penales obedecen a criterios políticos criminales que se encuentran en correspondencia con el proceso de criminalización de conductas desviadas?

Sí\_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_

¿Por qué?

---

---

---

---

---

3. ¿Cuáles son las exigencias que impone al legislador el principio de legalidad en el proceso de creación de la norma?

a) La ley debe ser cierta\_\_\_\_\_

b) debe ser clara\_\_\_\_\_

c) debe ser estricta\_\_\_\_\_

4. ¿Considera ambigua la adición del Artículo 24 de la Ley para el Fortalecimiento de la Persecución penal al artículo 201 del Código Penal, en el sentido de contener una definición en la descripción del tipo penal del secuestro, muy similar a la del tipo penal de la detención ilegal?

Sí\_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_

¿Por qué?

---

---

---

---

---

5. ¿Considera usted que entre el artículo 201 del Código Penal modificado con la adición del artículo 24 de la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, decreto número 17-2009, referido al delito de secuestro y el artículo 203 del Código Penal referido al delito de detención ilegal, del Código Penal, decreto 17-73, ambos vigentes en la actualidad, se genera un posible conflicto de normas penales?

Sí\_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_

¿Por qué?

---

---

---

---

---

6. ¿De conformidad con la teoría del concurso de normas penales, ante la comisión de un acto delictivo vinculado al crimen organizado y la vigencia de dos normas penales con similares elementos del tipo, una en el Código Penal y otra en la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, que norma aplicaría al caso concreto?

a) La que se tipifica en el Código Penal\_\_\_\_\_

b) La que se tipifica en la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal\_\_\_\_\_

¿Por qué?

---

---

---

---

---

7. ¿Qué relación aplicaría usted ante el posible concurso de normas penales?

a) La relación de especialidad

b) La relación de consunción

¿Por qué?

---

---

---

---

8. ¿Cuáles considera usted que son las diferencias existentes en los elementos de la tipicidad que integran los delitos de secuestro definido en el artículo 24 de la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, el secuestro que está definido en el artículo 201 del Código Penal y la Detención Ilegal regulada en el artículo 203 del Código Penal?

---

---

---

---

---

9. ¿Cuáles son los elementos normativos de tipicidad que integran el delito de detención ilegal definido en el artículo 203 del Código Penal?

---

---

---

---

---

10. ¿Considera usted que en futuras modificaciones a la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, deben incluirse en un único tipo penal al delito de secuestro y al delito de detención ilegal que tipificados en el Código Penal y en la referida Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, por presentar ambos tipos penales similares elementos normativos y así evitar el posible concurso de normas penales?

---

---

---

---

---

