

EXPEDIENTE 2951-2017

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS JOSÉ FRANCISCO DE MATA VELA, QUIEN LA PRESIDE, DINA JOSEFINA OCHOA ESCRIBÁ, BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA, GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR, NEFTALY ALDANA HERRERA, HENRY PHILIP COMTE VELÁSQUEZ Y MARÍA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR:
Guatemala, doce de febrero de dos mil dieciocho.

Se tiene a la vista para dictar sentencia, la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Alberto Antonio Morales Velasco contra el párrafo segundo del artículo 407 “N” del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República y sus reformas. El solicitante actuó en su propio auxilio y de los Abogados Mario Daniel Carrillo García y Marvin Roberto Sandoval Villil. Es ponente en el presente caso el Magistrado Vocal IV, Neftaly Aldana Herrera, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA IMPUGNACIÓN

Lo expuesto por el accionante se resume:

- A) El artículo 407 “N”, párrafo segundo del Código Penal, textualmente regula: *“se considera asimismo, financiamiento electoral ilícito, toda contribución recibida en forma anónima, y las que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política”*** contraviene el artículo 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala, por cuanto:
- i) es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, lo que no fue protegido por el legislador al promulgar el párrafo impugnado de inconstitucionalidad, puesto**



que al no llevar aparejada la imposición de una pena, carece de certeza jurídica, incumpléndose con ello la exigencia de certeza *–lex certa–* o precisión en la definición de la pena. De esa forma no se garantizó con indicar a los ciudadanos, si ese comportamiento o acción, sería sancionado penalmente, incumpliendo de esa forma con la función motivadora y orientadora de determinar la pena que corresponde como consecuencia de la conducta que prohíbe. Al no cumplir con la finalidad de garantizar esa certeza a los ciudadanos, se genera desconfianza en el Estado de Derecho hacia la normativa que resulta incoherente e inteligible al no precisársele la sanción o pena, siendo este actuar una arbitrariedad del poder público; **ii)** al no fijar una pena, se faculta a que el Juzgador, al aplicar el tipo penal, imponga por analogía, la misma sanción que se establece para ese delito en el párrafo primero del artículo 407 “N” del Código Penal o simplemente determine y complemente el faltante, sustituyendo así la tarea asignada únicamente al legislador; **iii)** el hecho de que el legislador hubiere utilizado el vocablo “asimismo” para calificar el tipo penal, no otorga precisión a la norma en cuanto a que la pena establecida en el párrafo precedente se aplicaría al segundo párrafo del artículo 407 “N” del Código Penal, configurándose con ello, una norma indeterminada, porque, si bien se describe la conducta reprochada, esta no se castiga o sanciona; **iv)** nos encontramos, entonces, frente a una norma indeterminada, por cuanto si bien se describe en el segundo párrafo una conducta que se reprocha, esta no se castiga o sanciona. El Código Penal en varios tipos penales describe varias formas de cometer ilícitos, a las que sí les asigna la pena o sanción correspondiente a cada uno; contrario a lo que sucede con el segundo párrafo del artículo 407 “N”, en el que el legislador únicamente se limita a describir o definir la acción o conducta, sin indicar cuál es la pena o sanción a imponer, porque se debió indicar



que: “asimismo, se impondrá igual pena o la misma pena...”; y **v)** ante la inseguridad que representa la inconstitucionalidad denunciada, debe ser expulsado el segundo párrafo de la norma cuestionada, ello partiendo de que, conforme a la dogmática jurídica, la creación de un tipo penal no puede constituirse tan solo por la descripción de la conducta que se increpa, sino también por la sanción a la que se sujeta al actor de tal conducta, a tal grado que, al momento de su aplicación, no se deje al arbitrio de la autoridad judicial, porque ello jurídicamente es inadmisibles en un sistema o Estado de Derecho en el que se respete el principio de exacta aplicación de la ley penal.

B) La norma impugnada vulnera también el contenido del artículo 17, de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece: “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 la ley anterior a su perpetración”, toda vez que: **i)** a cada conducta o supuesto de hecho que una norma le endilgue un tipo penal, se debe imponer una sanción, si esta no se determina, no se configura el delito, lo que convierte a esa acción u omisión en no punible, de ahí que al no establecerse la pena para la conducta establecida en el segundo párrafo del artículo 407 “N” del Código Penal se contravenga lo dispuesto en el artículo 17 constitucional; **ii)** el legislador en el artículo referido estableció dos formas en que se comete el delito de Financiamiento electoral ilícito; sin embargo, sólo a las conductas reprochadas en el primer párrafo del artículo 407 “N” les precisó pena, mientras que a las establecidas en el segundo párrafo de ese precepto no, de ahí que, ante su inexistencia no sea punible, por no estar penada; y **iii)** si la norma penal impugnada fuera aplicada en un proceso penal, generaría duda al Juzgador y, en consecuencia, promovería la absolución de cualquier



procesado porque la autoridad judicial estaría impedido de aplicar sanciones analógicas y menos aún que no están establecidas por la ley.

II. TRÁMITE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

No se decretó la suspensión provisional del párrafo de la norma objetada. Se concedió audiencia por quince días al Congreso de la República de Guatemala y al Ministerio Público. Oportunamente se señaló día y hora para la vista.

III. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES

A) El Congreso de la República de Guatemala manifestó lo siguiente: **i)** la Corte de Constitucionalidad en los expedientes acumulados 1119-2010 y 1273-2010, en sentencia de diecisiete de febrero de dos mil once, declaró sin lugar la inconstitucionalidad general planteada contra la totalidad del Decreto 4-2010 del Congreso de la República, en consecuencia, es evidente que la inconstitucionalidad parcial de marras no puede prosperar, puesto que se determina que existe sentencia que ha alcanzado autoridad de cosa juzgada, conforme lo establece el artículo 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, por lo que de conocerse se accedería a la revisión de nuevo de un asunto ya resuelto; y **ii)** el solicitante de la garantía constitucional no realizó una confrontación específica, de la norma o normas que se consideran inconstitucionales, con el o los artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala, aunado a que, su planteamiento se basa en comentarios personales en cuanto lo que debió o no debió ser, sin que con ello se den elementos suficientes para demostrar la presunta inconstitucionalidad. Solicitó se declare sin lugar la inconstitucionalidad parcial planteada. **B) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal**, indicó que: **i)** los argumentos expresados por el solicitante



en el planteamiento, no son suficientes para explicar y demostrar que el contenido de la disposición impugnada sea inconstitucional, ya que, no expone una argumentación convincente y que realmente determine la procedencia de su petición; **ii)** no existe violación al principio de certeza y seguridad jurídica en el precepto impugnado, por cuanto conforme los artículos 21 y 21 *Ter* de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, se encuentra aparejada la obligación de registrar cualquier contribución que vaya a financiar el proceso electoral y llevar contabilidad por parte de las organizaciones políticas en las que se tenga un control contable de tales contribuciones. El legislador en atención al *ius puniendi* que le corresponde al Estado, decidió que aquellas conductas por las cuales se acepte una contribución en forma anónima y el hecho de no registrar en el libro contable las contribuciones recibidas que para el efecto deben llevar las organizaciones políticas con base en los artículos antes mencionados, la ha considerado prohibida desde el punto de vista penal, considerándola como un financiamiento electoral ilícito y que conlleva la pena establecida para esa figura delictiva, por lo que la norma impugnada es clara y precisa, respetando el principio de legalidad y certeza jurídica contemplado en los artículos 2º y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque se encuentra claramente definida la conducta prohibida y la sanción penal que le corresponde; **iii)** aunado a que conforme la Ley del Organismo Judicial, la ley debe interpretarse conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales, no de forma aislada como lo hace el solicitante y, de esa cuenta, de la lectura íntegra de la norma cuestionada, es evidente que se refiere al mismo tipo penal, Financiamiento electoral ilícito; **iv)** los argumentos del solicitante no tienen asidero legal porque no es que el legislador haya dejado de sancionar una



conducta delictiva, sino que tal como lo indica el accionante, son dos formas distintas de cometerse el delito, pero no son diferentes delitos, sino que es una misma figura penal que puede ser cometida en dos modalidades, entendiéndose que la sanción o pena del referido ilícito es de prisión de cuatro a doce años inmutables y multa de doscientos a quinientos mil quetzales; y **v)** no se demuestra en los elementos proporcionados por el accionante la concurrencia de la colisión de la norma ordinaria con los artículos constitucionales enunciados, porque no se viola el principio de determinación de la pena, puesto que está bien definida la sanción penal que debe imponerse en caso de encuadrarse la conducta de una persona individual o jurídica en los supuestos establecidos en el artículo 407 "N" del Código Penal, por cuanto el hecho que el legislador haya indicado en párrafo aparte que también se considera financiamiento ilícito toda contribución recibida en forma anónima y las que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política, constituye el Delito de financiamiento electoral ilícito y, en consecuencia, le corresponde la pena establecida en dicha norma. Solicitó que se declare sin lugar la inconstitucionalidad instada.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) Alberto Antonio Morales Velasco, accionante, ratificó los argumentos vertidos en el escrito de interposición de la acción de inconstitucionalidad presentada y reiteró que el segundo párrafo del artículo 407 "N" del Código Penal es inconstitucional al confrontarlo con los artículos 2º y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por cuanto se genera inseguridad jurídica al haber contemplado una conducta ilegal sin imponer el castigo o pena, pudiendo el Juez que conozca del caso concreto por analogía imponer la condena que



estime. Solicitó que se acoja su petición de declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad parcial instada. **B) El Congreso de la República**, reiteró los planteamientos y argumentaciones contenidos en el escrito por el que evacuó la audiencia que por quince días le fuere conferida, requiriendo que los mismos fueran tomados en consideración y que al dictar sentencia se declare sin lugar la inconstitucionalidad promovida. **C) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal** reiteró las argumentaciones expuestas en la audiencia que se le confirió previamente, concluyendo que es notorio que los pronunciamientos del accionante no proporcionan elementos que demuestren que concurre la colisión de la norma ordinaria con los artículos 2º y 17 constitucionales, por cuanto no se violan los principios de seguridad jurídica y de determinación de la pena, porque la sanción a imponerse está bien definida para aquellos casos en que se encuadre la conducta de una persona individual o jurídica en los supuestos establecidos en el artículo 407 “N” del Código Penal, porque el hecho que el legislador haya indicado en párrafo aparte que también se considera como financiamiento ilícito toda contribución recibida en forma anónima y las que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política, constituye el delito de Financiamiento electoral ilícito y, en consecuencia, le corresponde la pena establecida para ese tipo penal. Solicitó que se declare sin lugar la acción instada.

CONSIDERANDO

-I-

Es función esencial de la Corte de Constitucionalidad la defensa del orden constitucional, siendo el órgano competente para conocer de las acciones promovidas contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general



objetadas total o parcialmente de inconstitucionalidad.

En su labor, el Tribunal, con el único objeto de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento guatemalteco, procede al estudio analítico requerido, sobre la base de los argumentos expuestos por el accionante y por los órganos y entidades a quienes se confiere audiencia por ley o por disponerse así en el trámite del proceso, a fin de determinar si la norma impugnada contraviene o no las disposiciones de aquella.

En ese sentido, de existir razones sólidas que demuestren en forma indubitable tal contradicción o transgresión al texto fundamental por inobservancia de los principios, valores, derechos y demás preceptos que este reconoce, garantiza o dispone, deberá proceder a la declaratoria respectiva, quedando sin vigencia la norma inconstitucional.

Si el análisis que realiza conduce a esta Corte a concluir que la norma cuestionada no adolece de vicio de inconstitucionalidad, pero sí advierte serias reservas que provocan riesgo de aplicación e interpretación inconstitucional, debe orientar una adecuada interpretación y debida aplicación del o los preceptos cuestionados. Lo que se impone en esas circunstancias es que el Tribunal Constitucional, conservando la norma en el ordenamiento jurídico, exhorte la interpretación y aplicación del segundo párrafo del artículo 407 N del Código Penal, y 21 ter literales g) y k) de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, conforme los parámetros constitucionales y convencionales exigibles.

-II-

El solicitante plantea inconstitucionalidad general contra el artículo 407 "N" del Código Penal, en su segundo párrafo. La norma completa regula:



“Financiamiento electoral ilícito. La persona individual o Jurídica que aporte, reciba o autorice recibir recursos destinados al financiamiento de organizaciones políticas o sus candidatos, con motivo de actividades permanentes, de campañas y eventos electorales, a sabiendas que dichos aportes o recursos provienen del crimen organizado, lavado de dinero o cualquiera otra actividad calificada como delito por el Código Penal y demás leyes conexas, será sancionado con prisión de cuatro a doce años inmutables y multa de doscientos a quinientos mil Quetzales. *Se considera asimismo, financiamiento electoral ilícito, toda contribución recibida en forma anónima, y las que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política. La sanción se incrementará en dos terceras partes cuando el delito sea cometido por quien ejerza empleo, cargo público o cargo de elección popular, además de la pena impuesta, se le inhabilitará para optar a cargos públicos (...)*”.

Sostiene el postulante que el párrafo impugnado contraviene el deber del Estado de garantizar a los habitantes de la República la vida, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, pues contiene la tipificación de un delito sin llevar aparejada la imposición de una pena, lo que hace que la norma carezca de certeza jurídica, incumpléndose con ello la exigencia de certeza –*lex certa*– o precisión en la definición de la pena, permitiendo con ello que sea el Juzgador, al aplicar esa disposición, el que determine la pena a imponer, por analogía, posiblemente la misma sanción que se establece para ese delito en el párrafo primero del artículo en mención o simplemente determine y complemente el faltante en sustitución del legislador en contravención al principio de legalidad. Indicó que la norma cuestionada colisiona con los artículos 2o. y 17 de la Constitución Política de la República por las razones referidas.



El Congreso de la República alegó que el accionante no cumplió con la exigencia de expresar en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación.

Al respecto, esa Corte, luego de efectuar el examen de los argumentos presentados en la interposición de la acción que aquí se resuelve, advierte que resulta posible delimitar los motivos específicos que han sido sometidos a control constitucional, lo que permite efectuar el examen correspondiente, pues los razonamientos son concretos en indicar –a criterio del accionante, que la disposición impugnada viola la seguridad jurídica y el principio de legalidad, porque pese a que el legislador estableció una conducta punible no determinó su pena, aspectos que se evaluarán en párrafos subsiguientes. Se descarta también el argumento del Congreso de la República, respecto no debe conocerse el planteamiento porque esta Corte ya se pronunció sobre la inconstitucionalidad del precepto normativo cuestionado en este expediente, dado que en esta materia no hay cosa juzgada material.

-III-

El artículo 407 “N” aludido regula: “(...) **Financiamiento electoral ilícito.** La persona individual o Jurídica que aporte, reciba o autorice recibir recursos destinados al financiamiento de organizaciones políticas o sus candidatos, con motivo de actividades permanentes, de campañas y eventos electorales, a sabiendas que dichos aportes o recursos provienen del crimen organizado, lavado de dinero o cualquiera otra actividad calificada como delito por el Código Penal y demás leyes conexas, será sancionado con prisión de cuatro a doce años inmutables y multa de doscientos a quinientos mil Quetzales. **Se considera asimismo, financiamiento electoral ilícito, toda contribución recibida en**



forma anónima, y las que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política. La sanción se incrementará en dos terceras partes cuando el delito sea cometido por quien ejerza empleo, cargo público o cargo de elección popular, además de la pena impuesta, se le inhabilitará para optar a cargos públicos (...)". [Las negrillas no aparecen en el texto original y corresponden al segundo párrafo objeto de objeción].

En el segmento normativo precitado, enfatizado con negrilla, se regulan dos supuestos con los que el impugnante afirma que se vulneran los artículos 2º y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que contienen los principios de seguridad y certeza jurídica y de legalidad, respectivamente.

Del análisis de las exposiciones que realizaron las entidades a quienes se les confirió audiencia, así como de los argumentos que el accionante formuló para sustentar su tesis de inconstitucionalidad, esta Corte estima pertinente realizar el análisis correspondiente de la norma cuestionada en relación con los principios jurídicos que se aducen vulnerados.

El principio de seguridad o certeza jurídica se denuncia inobservado por la norma cuestionada, por no llevar aparejada la imposición de una pena, lo que, a decir del accionante, incumple con la exigencia de certeza o precisión en la definición de la sanción. En cuanto a este principio, se ha considerado que es generador de certeza, y constituye un medio de defensa contra la arbitrariedad, por lo que constituyen manifestaciones de este: la estabilidad normativa y la determinación clara de las disposiciones legales aplicables. Este principio o valor representa una aplicación objetiva de la ley, de modo tal que si una norma ostenta seguridad jurídica, los individuos –sujetos obligados a cumplirla– conocen plena y debidamente cuáles son sus derechos y sus obligaciones respecto a la norma y



las consecuencias que apareja la violación o el incumplimiento de sus supuestos. Ha manifestado este Tribunal que: *“Con la observancia de ese valor y la determinación objetiva plasmada en la norma, se pretende evitar el capricho, la discrecionalidad o la arbitrariedad de la autoridad, en tanto que al incurrirse en éstas, se pueda causar perjuicio a quien va dirigida la norma.* [sentencia de catorce de agosto de dos mil doce, dictada en el expediente 2729-2011].

En consonancia con lo anterior, *“(…) la seguridad jurídica entraña certidumbre acerca de la aplicación de las normas jurídicas, el conocimiento de su contenido y de que tanto ellas como las situaciones jurídicas que regulan, no serán alteradas inopinadamente (...).”* [Morales Bustamante, Alejandro y co autores, *Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala, Tomo I*, Corte de Constitucionalidad, Serviprensa, 2013, páginas 67 y 68.

También se denuncia inobservado el **principio de legalidad**. Conforme este principio: *“...no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Este principio, que a su vez constituye una garantía para un juzgamiento conforme al principio jurídico del debido proceso, constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, e impone la obligación al legislador ordinario de definir en la forma más clara y precisa posible (lex certa) cuáles son esas ‘acciones u omisiones’ que son consideradas punibles mediante la determinación de tipos penales que contemplen una clara definición de la conducta incriminada, concretizar sus elementos y permitir así deslindar conductas punibles de aquellas que no lo son. Esto cobra aún mayor relevancia en regímenes democráticos en los que tanto el legislador como el juzgador deben, en extremo, ser prudentes para que en el establecimiento e imposición de sanciones penales, no menoscaben*



derechos fundamentales de las personas, por sancionar la realización de conductas que de acuerdo con el espíritu del ordenamiento constitucional no podrían ser punibles (...); asimismo, ha afirmado: *“(...) En el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege como una lucha por el Derecho. Opera como opuesto al ius incertum, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional. De ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos, teniendo el primer párrafo del artículo citado el siguiente texto: ‘No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificados como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración’. En parecidos términos se expresa en el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: ‘Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivos según el derecho aplicable’ (...). [Sentencias de seis de marzo de dos mil trece, uno de febrero de dos mil seis y diecinueve de agosto de dos mil dos, emitidas dentro de los expedientes 3753-2012, 1122-2005 y 1553-2001, respectivamente].*

Respecto al principio en referencia, Enrique Bacigalupo considera: *“(...) El principio de legalidad se expresa en exigencias dirigidas al legislador y a los tribunales. Una sanción penal se habrá aplicado con arreglo al principio de legalidad si está establecida en una lex praevia (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una lex scripta (exclusión del derecho consuetudinario), que reúna las condiciones de una lex certa (exclusión de las cláusulas generales), interpretada como una lex stricta —exclusión de la extensión analógica de la ley penal—(...)”.* [Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, parte general, 2ª. edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, SRL, 1999,



páginas 105 y 106].

La norma jurídica penal consta de dos elementos, un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; el primero lo constituye la acción constitutiva de delito y el segundo, la pena o medida de seguridad a imponer. La sistematización en materia penal debe orientarse a cumplir con los principios de seguridad jurídica y legalidad establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, a efecto de que todo ciudadano conozca las conductas que no puede realizar o las que no puede dejar de llevar a cabo, debido a que estas se encuentran sancionadas con una pena o una medida de seguridad, por lo que una de las funciones de la ley penal es la de servir de orientación al comportamiento de las personas en sociedad.

-IV-

Al analizar los argumentos que fundamentan la acción de inconstitucionalidad que se conoce, con las reflexiones anteriores, esta Corte considera necesario destacar varios aspectos contenidos en el artículo impugnado: 407 "N" del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, con el propósito de determinar si su contenido transgrede las disposiciones constitucionales alegadas como vulneradas por el accionante.

La norma referida, en su primer párrafo, incluye tres supuestos diferentes que configuran el delito de **Financiamiento electoral ilícito**, como a continuación se detalla: **1)** el primero de ellos se refiere a cuando se **aporte**; **2)** el segundo, a cuando se **reciba**; **3)** el tercero, a cuando se **autorice recibir**; y todos, en relación a recursos destinados al financiamiento de organizaciones políticas o sus candidatos. La norma en cuestión establece, asimismo, las circunstancias en que dichas acciones deben realizarse: **a)** con motivo de actividades permanentes; **b)**



de campañas o **c)** de eventos electorales; además, contempla como elementos del dolo para la configuración del tipo penal, que dichas acciones se lleven a cabo “**a sabiendas**” de que dichos aportes o recursos tienen un origen ilícito.

Por otro lado, en el segundo párrafo **–objeto de impugnación–** se establece que también se considera Financiamiento electoral ilícito, toda contribución recibida en forma anónima o que no se registren dichas contribuciones en el libro contable de la organización política de que se trate.

La norma establece, en su primer párrafo, como sanción por la comisión del delito de “financiamiento electoral ilícito” la pena de cuatro a doce años de prisión incommutables, y multa de doscientos a quinientos mil quetzales. En su tercer párrafo, regula que dicha sanción se incrementará en dos terceras partes, cuando el delito sea cometido por quienes ejerzan función pública, inhabilitándoles, además, para optar a cargos públicos.

La norma en efecto, tiene la siguiente estructura: **en un primer momento**, tres actos que, ocurridos todos sus elementos hacen ubicar esas conductas en el delito de financiamiento electoral ilícito, ello conforme el epígrafe de dicha norma. Luego, establece la pena. En su segundo párrafo agrega otras circunstancias que podrían configurar esa conducta delictiva y, por último, la incrementación de la pena.

El accionante indica que para las conductas establecidas en el segundo párrafo, el legislador omitió consignar la pena y, en ello, hace radicar la confrontación con los artículos 2º. y 17 de la Constitución Política de la República, pues, a su juicio, será el juzgador el que, por analogía, impondrá la pena cuando el delito se cometa por las conductas previstas en ese segundo apartado.

No encuentra esta Corte que para la aplicación de la pena en los supuestos



contenidos en el párrafo impugnado, el juzgador deba acudir a la analogía (proscrita en el Derecho Penal) pues si bien la parte de la norma en cuestión no contiene en forma expresa la sanción que corresponde a las circunstancias que regula, también lo es que el legislador ubicó las conductas previstas en el primero y segundo párrafos en la tipificación “Financiamiento electoral ilícito”, por lo que todas son parte del tipo penal establecido en la norma, de lo que resulta que les corresponda la sanción de prisión de cuatro a doce años, inconvertibles y multa de doscientos a quinientos mil quetzales, prevista en el párrafo primero de esta, para el mismo tipo penal del cual forman parte, sin que ello implique aplicación analógica.

Cabe señalar que el ordenamiento sustantivo penal contiene normas similares, en las que en un primer párrafo se establece determinado tipo penal y la sanción que corresponde al mismo y en el segundo, otro tipo de conductas que también se consideran constitutivas del ilícito regulado, entendiéndose que les corresponde la misma sanción asignada a las conductas descritas en primer término, por cuanto la norma debe ser analizada en forma integral. Tal es el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, artículos 173, Violación y 173 *Bis*, Agresión sexual, entre otros. Lo anterior evidencia que pese a la forma en la que fue redactado el párrafo cuestionado, este no puede tenerse como una norma indeterminada, por cuanto de la lectura de la norma correspondiente, no se impide a los ciudadanos conocer con precisión y certeza de qué manera se incurre en los supuestos de hecho previstos en la norma bajo estudio, el ilícito penal que se configura con ellos y las consecuencias jurídicas establecidas por su comisión.

Por las razones expuestas, se concluye que el segundo párrafo del artículo



407 “N” del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, **“se considera asimismo, financiamiento electoral ilícito, toda contribución recibida en forma anónima, y las que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política”**, impugnado, no transgrede los artículos 2º y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, de ahí que la inconstitucionalidad denunciada debe declararse sin lugar.

-V-

No obstante la conclusión anterior, esta Corte encuentra que la norma, al haber agregado en un segundo párrafo otras conductas que constituyen el mismo delito, dejó para todas la misma pena, no obstante que, podría tratarse de conductas con distinto grado de valor subjetivo y objetivo de la acción, lo cual puede dar lugar a que se aplique el mismo marco penal, y en definitiva, la misma pena al actor de conductas típicas distintas. Ello hace menester traer a cuenta lo ya considerado en este fallo en párrafos precedentes, respecto de que las normas penales y su aplicación deben ser **justas y racionales**. Un ordenamiento jurídico bien estructurado en sus principios impone que las normas que lo integren sean interpretadas y aplicadas de tal forma que se alcance el ideal de justicia. Es claro para este Tribunal que en algunas ocasiones es sumamente difícil la tarea del creador y aplicador de las normas y que los aspectos políticos, técnicos, lingüísticos y otras limitaciones puedan influir en un resultado no ajustados a las exigencias de materialización de los Derechos fundamentales, pero ello también es resultado de que la tarea asignada a estos no siempre es infalible.

En el caso objeto de estudio, el segundo párrafo del artículo 407 “N” del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, hoy



impugnado, sancionan las conductas relacionadas con contribuciones recibidas de forma anónima y aquellas que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política, atribuyendo a esto la misma sanción de las contenidas en el primer párrafo las últimas la misma sanción de las primeras.

Esta Corte encuentra, que aun cuando la lesión al bien jurídico tutelado, igualdad de condiciones, de participación política y transparencia en el proceso electoral, son diferentes, el legislador le atribuyó idéntica pena. La afectación que se produce con el aporte, recepción o autorización para la recepción de recursos destinados al financiamiento electoral, provenientes “*del crimen organizado, lavado de dinero o cualquiera otra actividad calificada como delito por el Código Penal y demás leyes conexas*”, regulados en el primer párrafo, es un supuesto distinto al normado en el segundo párrafo –norma señalada como inconstitucional- en las que se recibe en forma anónima un aporte o se omite el registro del aporte en el libro correspondiente.

De esa cuenta, el hecho de que la norma objeto de reproche no tenga cuestionamiento en cuanto a las conductas que hace ubicar en este delito y que es claro que también incorpora la sanción que impone para para todas, la reserva que surge es sobre su aplicación.

-VI-

Conforme el principio *pro legislatoris*, aludido, se reconoce la potestad soberana de aprobar leyes por parte del Congreso de la República de Guatemala y la conservación de la norma cuestionada cuando no se destruya la presunción de legalidad de esta. Ignacio de Otto afirma: ‘De que la ley sea expresión de la voluntad popular deriva la consecuencia de que opere en su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la cual sólo procederá declarar su



inconstitucionalidad cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional'. En forma semejante lo dice Javier Pérez Royo: 'La presunción de legitimidad de la respuesta social a través de la ley es, pues, muy fuerte. Para destruirla tiene que resultar claro e inequívoco que se han sobrepasado esos límites extremos'. Manuel Aragón, lo expresa con las palabras siguientes: 'El Tribunal sólo declara la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Cuando tal claridad no existe, hay que presumir la 'constitucionalidad' del legislador. Y ello significa la aplicación de esa máxima esencial en la jurisdicción constitucional: *in dubio pro legislatoris*, que no es sólo una exigencia de la técnica jurídica, sino también, y sobre todo, una consecuencia del principio democrático'. Por último, Konrad Hesse señala: 'En ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad no es evidente, sino que únicamente existen reservas, por serias que puedan ser' (Consideraciones extraídas de la sentencia de esta Corte dictada en los expedientes acumulados 1943 y 1944-2015).

En aplicación de ese principio, esta Corte ha observado una línea por la cual, ante normas que podrían tener serias reservas, se opta por buscar las soluciones interpretativas que permitan la conservación de la disposición legal mediante una adecuada interpretación. Ello se impone cuando una declaratoria de inconstitucionalidad, lejos de proveer protección a derechos fundamentales, podría agravar los problemas sociales que las leyes penales han tratado de resolver o, al menos, atenuar. En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad no debe ser un Tribunal que se abstraiga de los problemas imperantes en el momento en que emite sus fallos, sino que debe buscar que sus resoluciones, a la vez que apegados a la Constitución, estándares internacionales, y a la ley, sean coherentes con la



realidad social, buscando soluciones que eviten conflictos latentes. Esto es lo que se impone en este caso, en el que, pese a no declarar la inconstitucionalidad pedida, sí se debe orientar la aplicación racional, proporcionada y justa de la norma, tanto en la ubicación de los actos en el tipo penal, como en la pena a imponer.

Cuestión similar se impone en este caso, pero dirigida a la orientación que pueda darse para que, en la aplicación a los casos concretos, se haga de modo tal que se aleje de una aplicación irracional, desproporcionada o injusta, tanto en la ubicación de los actos en el tipo penal, como en la pena a imponer.

Como antes quedó analizado, en los diferentes supuestos que contempla la norma se puede observar que existen un rango de conductas con distinto grado de valor subjetivo y objetivo, lo cual puede dar lugar a que se aplique el mismo marco penal y, en definitiva, se imponga un trato idéntico a dos situaciones diferentes, lo que adquiere trascendencia en cuanto al principio de proporcionalidad de las penas, según el cual, estas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que estos no puedan ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito. (Cfr. *Muñoz Conde y García Arán*, “Derecho Penal. Parte General”, 8ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, páginas 84 y 85).

Este principio (proporcionalidad) implica que en el Derecho Penal constitucionalizado no pueden existir normas que tipifiquen delitos sin fundamento alguno, ni penas excesivas que resulten innecesarias. Ello atendiendo a que el Estado debe recurrir al Derecho Penal como mecanismo último para la protección de derechos fundamentales (*ultima ratio*) y el principio de proporcionalidad que se erige como criterio que fundamenta la prohibición de exceso a través de la



intervención del Derecho Penal en los derechos de las personas; la proporcionalidad así se convierte en el elemento discursivo con el cual se pretende al Derecho Penal, el alcance indispensable para que pueda cumplir con su finalidad, causando el menor daño posible (Cfr. *Cote-Barco, Gustavo Emilio*, “Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena”, *Vniversitas*, número 116, julio-diciembre 2008, página 133. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82515355005>).

En este caso, si bien se ha apreciado una construcción completa de la norma en cuanto a los supuestos y sus consecuencias debe evitarse que su aplicación resulte contraria al principio aludido. Dicha problemática puede ser resuelta por los órganos jurisdiccionales al hacer adecuada ubicación de los hechos en el tipo penal cuestionado o en la conducta administrativa descrita en la Ley Electoral y de Partidos Políticos.

En este punto, se estima pertinente señalar lo referido por esta Corte en relación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En cuanto a la proporcionalidad ha considerado: “... *este principio exige al legislador definir tipos sancionatorios idóneos para la protección de los bienes jurídicos que pretende tutelar. La proporcionalidad implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional.* [Sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil cinco, expedientes acumulados 878-2005 y 879-2005]

Además ha sostenido: “...*reiterando que compete al Poder Legislativo decidir en abstracto el nivel y grado de protección idóneo y efectivo para los distintos bienes jurídicos de trascendencia social, la proporcionalidad de la sanción*



prevista para cada una de las conductas prohibidas no puede ser apreciada sino de acuerdo a los parámetros que el propio legislador ha determinado (en orden a las infracciones y sanciones específicas que tipifica), siendo del contexto de la regulación que para tales efectos haya aprobado que se deriva, en lo pertinente, la noción de razonabilidad que debería guiar su labor. En otras palabras, la razonabilidad y proporcionalidad exigidas entre sanción y conducta prohibida ha de dotar de coherencia a la normativa aprobada, de forma que es el mismo legislador quien, en abstracto, denota cuál es la importancia social que corresponde a una particular conducta prohibida, por su grado de afectación al bien jurídico tutelado de que se trate, siendo este el parámetro que habrá de guiar al conjunto de infracciones tipificadas y sanciones previstas.” [Sentencia de veinte de agosto de dos mil quince, expediente 2810-2014]

Por su parte, respecto del principio de razonabilidad ha expresado que:
“...se estima que una decisión es razonable cuando la misma es coherente con los valores, principios y derechos que consagra la Constitución..., es decir que, para que un pronunciamiento o decisión sean considerados como razonables, deben encontrar una justificación acorde a los parámetros constitucionales y legales y, además, debe ser adoptada de manera tal que su naturaleza y entidad sean proporcionales en torno al contexto en el que se emitan, ...”

De ahí que el principio de proporcionalidad pretende la realización de una correlación distributiva entre la conducta reprochable y la represión estatal. Así, el principio de proporcionalidad persigue que la imposición de penas al caso concreto no implique una simple operación aritmética desprovista de un juicio ponderativo y de razonabilidad, pues contrario a ello, estos juicios resultan ser imprescindibles en la aplicación concreta de las penas.



En el caso que nos ocupa, si bien la norma contempla distintos niveles de afectación al bien jurídico tutelado, en cada una de las conductas típicas se impone la misma pena, situación que, a juicio de esta Corte, hace necesario que conforme al principio de proporcionalidad de la pena, los órganos jurisdiccionales realicen el debido análisis para la correcta adecuación de la pena según el nivel de afectación al bien jurídico que conlleva cada supuesto.

Es por eso que resulta trascendental la función interpretativa-aplicativa debidamente razonada que efectúe el juez al momento de realizar el juicio valorativo respecto de la tipicidad del injusto penal acaecido, así como el grado de responsabilidad y culpabilidad del autor del delito de financiamiento electoral ilícito, puesto que en plena observancia de una adecuada dosimetría penal, debe observar uno de los principios básicos del derecho penal, como lo constituye el principio de proporcionalidad de las penas, que pretende una adecuada estabilización entre la conducta reprochable y la reacción estatal para reprimirla.

Derivado de lo anterior, el juez, de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 407 "N" del Código Penal, debe aplicar la pena en coherencia con la gravedad cometida, pues en el primer supuesto se incluyen tres verbos rectores específicos: aportar, recibir o autorizar recibir recursos destinados al financiamiento de organizaciones políticas o sus candidatos e incluye un elemento subjetivo importante, consistente en el conocimiento previo que el sujeto activo debe tener de la ilicitud de dichos aportes, en el sentido que los mismos se originan del crimen organizado, del lavado de dinero o bien, de cualquier actividad delictiva. Es decir, este supuesto requiere que el agente concretice alguno de los tres verbos rectores a los que se ha hecho referencia, y conozca además la ilicitud de los aportes.



Situación distinta acaece en las circunstancias que establece el párrafo segundo, donde la afectación del bien jurídico tutelado resulta distinta a la producida mediante alguno de los comportamientos reprochables establecidos en el primero, debido a que la ilicitud de las acciones reguladas en el segundo párrafo derivan de actitudes pasivas, como la recepción de contribuciones anónimas o aquellas que no se registren en el libro contable que para el efecto deberá llevar la organización política, sin que sea necesario un conocimiento previo del sujeto activo acerca del origen lícito o ilícito de dichos aportes -elemento intelectual o cognoscitivo del dolo-, lo cual deberá resultar de la investigación que se realice del hecho delictivo, puesto que si de la misma se determina que el sujeto tenía conocimiento previo de esa ilicitud comprende el encuadramiento típico de los elementos constitutivos del delito de financiamiento electoral ilícito contemplados en el primer supuesto, lo cual, deberá ser determinado por el juez. Es decir, que la distinta afectación, en cada una de las acciones requeridas en el primer y segundo párrafos de la norma analizada derivan de que en el primero se trata de dinero ilícito y en el segundo es dinero de lícita procedencia.

De ahí que se podría producir violación al principio de proporcionalidad de las penas, si el juzgador determina la pena sin advertir ese nivel de valoración del bien jurídico tutelado que suponen los supuestos contenidos en la norma, puesto que la responsabilidad de los actores resulta ser diferente en cuanto a la gravedad del hecho delictivo establecido en el primer párrafo respecto del segundo, por lo que debe imponerse una pena razonable, es decir, que no resulte discordante con el hecho delictivo cometido porque, como lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena... la respuesta que el Estado atribuye a la conducta*



ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.” [Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 193.]

-VII-

Resulta también, de indiscutible importancia, que los órganos jurisdiccionales realicen el análisis para la distinción de conductas a efecto de determinar si estas encuadran en un marco administrativo o penal, puesto que conforme al principio de intervención mínima que informa el derecho penal, este no puede tutelar todas las afectaciones a los bienes jurídicos, sino que únicamente protege los riesgos o lesiones graves que se puedan producir contra ellos; esto en coherencia con el carácter fragmentario del derecho penal, porque no corresponde a este la realización de la función tuitiva de bienes jurídicos cuyo ataque sea menos grave, en tanto puede ser protegido por otras disciplinas del ordenamiento jurídico, como para el caso concreto, podría ser el derecho administrativo.

En vista de lo anterior, debido a que el hecho de no registrar una contribución o aportación en un libro contable que debe llevar una organización política, de acuerdo a las circunstancias particulares en que ocurra, podría no ajustarse al elemento cognoscitivo del dolo –“a sabiendas”– que regula específicamente el párrafo primero del artículo relacionado, ya que en este caso si se desconoce la ilicitud de los aportes o estos son de carácter lícito, se estaría castigando severamente, de conformidad con el artículo 407 “N” del Código Penal, una mera omisión que, incluso, pudiera ser administrativa, pues como se regula en el artículo 21 Ter literales g) y k) de la Ley Electoral y de Partidos Políticos:



“Artículo 90. Multas. Se sancionará con multa al partido político que: ...g) Incumpla las obligaciones relativas a las normas del financiamiento o sobrepase los límites máximos de gasto en propaganda electoral establecidos por el Tribunal Supremo Electoral; ... k) El incumplimiento de las normas que regulan el financiamiento a las organizaciones políticas, conlleva la aplicación de las sanciones administrativas o penales que determine la ley, tanto para las organizaciones políticas, como para los secretarios nacionales, departamentales o municipales, personas que realicen aportes, quienes las reciban y los candidatos que se beneficien de ellas, incluida la cancelación de la personalidad jurídica de la organización respectiva por parte del Registro de Ciudadanos o el Tribunal Supremo Electoral. La declaratoria de cancelación de la personalidad jurídica de la organización de que se trate procederá de oficio y sin haber suspendido previamente a la organización.” Por otra parte, el último párrafo del artículo 90 *ibidem* establece: “Las personas individuales o jurídicas que contravengan lo establecido en la presente Ley, serán multadas. La autoridad electoral determinará el monto de la multa dentro de los límites establecidos en este artículo y de conformidad con la gravedad del acto sancionado. El pago de la multa impuesta no exime el cumplimiento de la obligación infringida.”

En ese sentido, una interpretación conforme a la Constitución de este supuesto típico, debe exigir un dolo que aporte el desvalor subjetivo necesario para ser considerado como materialmente antijurídico para justificar el carácter de *última ratio* del derecho penal. Para superar el carácter de *ultima ratio* no basta con una antijuricidad formal (que la conducta este descrita en la norma) sino se requiere de una antijuricidad material, es decir que la conducta represente un daño social o una afectación al bien jurídico tutelado.



-VIII-

Con fundamento en lo considerado precedentemente, esta Corte estima pertinente puntualizar que corresponde: **A)** Al Organismo Judicial encuadrar los supuestos previstos en el segundo párrafo de la norma cuestionada, tomando en consideración los presupuestos convencionales, constitucionales y legales esbozados en esta sentencia; **B)** Al Organismo Legislativo y a sus diputados que luego del estudio de esta sentencia y de brindar participación a diferentes sectores de la sociedad, producir el proceso legislativo, que pueda conllevar a la reforma del segundo párrafo del artículo 407 N del Código Penal -cuestionado en esta acción-, conforme las consideraciones de este fallo y tomando en cuenta los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia que debe revestir toda norma penal. Además, deberán establecerse los elementos diferenciadores de la conducta administrativa contenida en la Ley Electoral y de Partidos Políticos y del tipo penal.

Para el efectivo cumplimiento de lo indicado, deberá notificarse este fallo: **a)** Corte Suprema de Justicia, la que deberá darlo a conocer a los Tribunales del ramo Penal; **b)** Congreso de la República y Junta Directiva, la que, dentro de los ocho días siguientes deberá hacer llegar una copia de esta sentencia a cada uno de los Diputados para su ejecución.

-IX-

Con base en lo anteriormente considerado, el planteamiento debe declararse sin lugar.

De conformidad con lo establecido en el artículo 148 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, cuando la inconstitucionalidad se declare sin lugar se impondrá multa a los abogados auxiliares, sin perjuicio de la



condena en costas al interponente. En el presente caso no se hace especial condena en costas al accionante por no haber sujeto legitimado para su cobro, pero sí se les impone multa a los abogados auxiliares del planteamiento de inconstitucionalidad, por imperativo legal y ser los responsables de la juridicidad del planteamiento.

LEYES APLICABLES

Artículos citados; 44, 175, 204, 267 y 272, inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 133, 134, 135, 137, 139, 140, 142, 143, 145, 146, 149, 150, 163, inciso a) y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 29 y 39 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I. Sin lugar** la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Alberto Antonio Morales Velasco contra el párrafo segundo del artículo 407 “N” del Código Penal. **II.** Se exhorta al Organismo Legislativo y a sus diputados para que luego del estudio de esta sentencia y de brindar participación a diferentes sectores de la sociedad, produzcan el proceso legislativo que pueda conllevar a la reforma del segundo párrafo del artículo 407 N del Código Penal -cuestionado en esta acción-, conforme las consideraciones de este fallo y tomando en cuenta los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia que debe revestir toda norma penal. Además, establezcan los elementos diferenciadores de la conducta administrativa contenida en la Ley Electoral y de Partidos Políticos y el tipo penal contenido en el segundo párrafo del artículo 407 N, del Código Penal. **III)** Para el efectivo cumplimiento de lo indicado, deberá notificarse este fallo: **a)** Corte



Suprema de Justicia, la que deberá darlo a conocer a los Tribunales del ramo Penal; **b)** Congreso de la República y Junta Directiva, la que, dentro de los ocho días siguientes deberá hacer llegar una copia de esta sentencia a cada uno de los Diputados para su ejecución. **IV. Impone** a cada uno de los abogados auxiliares, Alberto Antonio Morales Velasco, Mario Daniel Carrillo García y Marvin Roberto Sandoval Villil, la multa de un mil quetzales (Q1,000.00), la que deberán hacer efectiva en la Tesorería de esta Corte dentro del plazo de cinco días contado a partir de estar firme el presente fallo y, en caso de incumplimiento, su cobro se hará por la vía legal correspondiente. **V.** No hace especial condena en costas. **VI.** Notifíquese.



