

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ESTADO DE PELIGROSIDAD SOCIAL
LA NECESIDAD DE SU ABORDAJE JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ EN
LOS DELITOS QUE PUEDEN SER CONMUTABLES**

JULIO ROBERTO PAZ LENDOS

GUATEMALA, JULIO DE 2014

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ESTADO DE PELIGROSIDAD SOCIAL LA
NECESIDAD DE SU ABORDAJE JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ EN
LOS DELITOS QUE PUEDEN SER CONMUTABLES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JULIO ROBERTO PAZ LENDOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2014

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente:	Lic. José Luis De León Melgar
Secretario:	Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz
Vocal:	Licda. Floridalma Carrillo Carrera

Segunda Fase

Presidente:	Lic. Percival Giovanni Salazar Villagrán
Secretario:	Licda. Ana Elvira Polanco Tello
Vocal:	Licda. Silvia Lorena Campos Pérez

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
7ª. Ave. 7-07, Zona 4, Edificio El Patio, Local 5
Ciudad de Guatemala, Tel: 2250-0380, Cel. 5409-6898



Guatemala, 26 de noviembre de 2007

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Señor Decano:

En atención a la designación recaída en el suscrito como ASESOR DE TESIS del bachiller JULIO ROBERTO PAZ LENDOS, cuyo trabajo se denomina "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ESTADO DE PELIGROSIDAD SOCIAL LA NECESIDAD DE SU ABORDAJE JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ EN LOS DELITOS QUE PUEDEN SER CONMUTABLES", me permito manifestar lo siguiente:

El bachiller Paz Lendos, expone lo que se encuentra regulado en nuestra legislación penal referente a la conmutación de penas y el estado de peligrosidad social, así como lo que se encuentra establecido en la doctrina, además sustenta su punto de vista manifestando que el Juez al dictar sentencia y tomar en cuenta el estado de peligrosidad social del individuo, viola principios y garantías de la ciencia penal moderna, cuyas bases fundamentales son la readaptación social y reeducación del delincuente. A mi juicio el trabajo en referencia fue realizado con dedicación y esmero, llenando los objetivos propuestos en su plan de tesis.

En cuanto al método y técnicas de investigación seguidos por el Bachiller Paz Lendos, estimo que fueron utilizados adecuada y oportunamente en el desarrollo del presente trabajo.

En virtud de lo anteriormente expuesto, estimo que la tesis de mérito llena los requisitos establecidos en el Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de usted, con muestras de mi consideración y estima.

Lic. Carlos Rafael Pineda Morales
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Carlos Rafael Pineda Morales
Abogado y Notario
Colegiado 4028



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de abril de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MANUEL ANTULIO GUERRA RIVERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JULIO ROBERTO PAZ LENDOS, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ESTADO DE PELIGROSIDAD SOCIAL LA NECESIDAD DE SU ABORDAJE JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ EN LOS DELITOS QUE PUEDEN SER CONMUTABLES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

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

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh



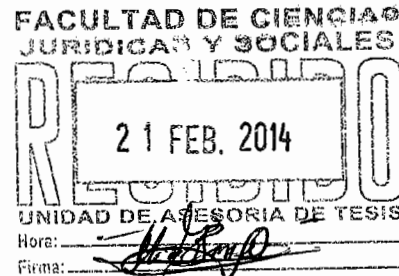
BUFETE DEL LIC. MANUEL ANTULIO GUERRA RIVERA

8ª. Avenida 10-24, Zona 1, Nivel 4º. Oficina 401, Ciudad Guatemala, C.A.
Teléfono 2253-1981



Guatemala, 22 de noviembre de 2013

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Doctor Mejía Orellana:

En cumplimiento a la designación que me hiciera la Unidad Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y en mi calidad de revisor de Tesis del bachiller **JULIO ROBERTO PAZ LENDOS**, quien se identifica con el carné estudiantil 9412892, por lo que habiendo revisado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente;

DICTAMEN:

1. Que el trabajo de tesis se intitula "**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ESTADO DE PELIGROSIDAD SOCIAL LA NECESIDAD DE SU ABORDAJE JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ EN LOS DELITOS QUE PUEDEN SER CONMUTABLES**".
2. Que recibí el nombramiento y establecí comunicación con el bachiller **JULIO ROBERTO PAZ LENDOS**, procedí a efectuar la revisión del trabajo observando que cumple con el contenido científico y técnico de tesis. Debido a la importancia que tiene, es un tema de actualidad ya que constantemente los Jueces determinan el grado de peligrosidad social del delincuente y dependiendo de este criterio conmutan la pena en los casos que establece la ley.
3. Se utilizó de forma amplia el método científico abarcando las etapas del mismo que son la etapa indagadora en cuanto se investigo en libros y textos; se aplicaron los métodos inductivo y deductivo ya que la peligrosidad social de la persona que transgrede la ley penal debe analizarse desde el contexto jurídico para establecer el riesgo social al momento de otorgar la conmuta; el método analítico fue aplicado ya que toda la bibliografía consultada fue analizada en toda su extensión; el método sintético en cuanto a que de la información obtenida se formularon hipótesis las cuales fueron demostradas en el presente trabajo, y el método comparativo ya que se confronto la legislación de otros países con la legislación de Guatemala en cuanto al tema que se desarrolló en

BUFETE DEL LIC. MANUEL ANTULIO GUERRA RIVERA

8ª. Avenida 10-24, Zona 1, Nivel 4º. Oficina 401, Ciudad Guatemala, C.A.
Teléfono 2253-1981



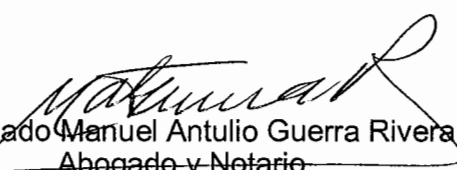
- el trabajo de tesis. Las técnicas de investigación utilizadas fueron la documental ya que se debieron leer muchos textos de los cuales hubo comprensión, interpretación y análisis de lo leído.
4. La redacción que utilizó el ponente en la presente investigación es apropiada, utilizando el lenguaje y léxico jurídico requerido para esta clase de investigación.
 5. El presente trabajo es una contribución para la población en general pues el tema de la peligrosidad social y la necesidad de su abordaje jurídico es de mucha importancia para que los juzgadores establezcan criterios adecuados en los delitos que pueden conmutarse.
 6. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron tomando en cuenta la realidad que vive nuestro país, emitiéndose las mismas de acuerdo a la investigación de campo con profesionales del derecho, abogados litigantes en el ramo penal y jueces.
 7. El ponente profundiza de manera exhaustiva los fundamentos teóricos, doctrinales y jurídicos, obteniendo como resultado de todo ello las conclusiones y recomendaciones mencionadas.
 8. Se utilizó la técnica de investigación bibliográfica, comprobando que se hizo acopio de bibliografía actualizada de acorde a la presente investigación.

Con base en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público me es grato;

DICTAMINAR:

Que el trabajo de tesis del bachiller **JULIO ROBERTO PAZ LENDOS**, reúne los requisitos reglamentarios para ser discutida en el examen público de tesis, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para evaluarse posteriormente por el Tribunal examinador previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo respetuosamente.


Licenciado Manuel Antulio Guerra Rivera
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 1756

Manuel Antulio Guerra Rivera
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de mayo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JULIO ROBERTO PAZ LENDOS, titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ESTADO DE PELIGROSIDAD SOCIAL LA NECESIDAD DE SU ABORDAJE JURÍDICO Y LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ EN LOS DELITOS QUE PUEDEN SER CONMUTABLES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/silh.

Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Padre celestial, por haberme otorgado sabiduría y fortaleza para alcanzar esta meta.
- A MI ÁNGEL:** Manuela Lendos (Q.E.P.D.) gracias por estar conmigo desde el cielo.
- A MI MADRE:** María Paz Lendos, por su abnegación y el apoyo incondicional que siempre me ha brindado. A ella debo lo que hoy soy.
- A MI HIJA:** Andrea Mishelle, que este triunfo sirva como un humilde ejemplo para tu formación integral.
- A MIS HERMANOS:** Hiuver Enrique y Jarol David, que este triunfo sea para ellos un ejemplo de perseverancia, gracias por su cariño.
- A MI TÍA:** Ernestina Lendos, por su amor y cariño.
- A MIS PRIMAS, SOBRINOS Y FAMILIA EN GENERAL:** Para que esta meta les muestre que si perseguimos los sueños se logran.
- A TAMMY SÁNCHEZ:** Por la amistad y el apoyo incondicional que me ha manifestado.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Por la amistad brindada a lo largo de mi vida.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Templo de enseñanza superior, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A USTED:** Por alegrarse y compartir conmigo este momento especial.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Las penas conforme el Código Penal.....	1
1.1. Aspectos generales.....	1
1.2. El sistema penal guatemalteco.....	2
1.2.1. Definición.....	2
1.3. Antecedentes históricos del derecho penal.....	3
1.4. Concepto del derecho penal.....	5
1.5. Escuelas del derecho penal.....	6
1.6. Principios del derecho penal.....	9
1.6.1. Principio de retributividad.....	9
1.6.2. Principio de legalidad.....	10
1.6.3. Principio de necesidad.....	12
1.6.4. Principio de lesividad.....	12
1.6.5. Principio de materialidad o derecho penal del acto.....	13
1.6.6. Principio de culpabilidad.....	14
1.7. Principios constitucionales que informan el proceso penal.....	14
1.7.1. Principio de defensa.....	16
1.7.2. Principio de juicio previo.....	17
1.7.3. Principio de publicidad.....	18
1.8. Límites formales para la averiguación de la verdad.....	19
CAPÍTULO II	
2. La pena.....	21
2.1. Su origen y su significado.....	21
2.2. Definición de la pena.....	25
2.3. Características de la pena.....	26
2.4. Naturaleza jurídica de la pena.....	29
2.5. Teorías de la pena.....	31



2.5.1.	Teoría absoluta o de la retribución.....	31
2.5.2.	Teoría de la prevención especial.....	33
2.5.3.	Teoría de la prevención general.....	33
2.6.	Clasificación doctrinaria de las penas.....	35
2.6.1.	Atendiendo el fin que se proponen alcanzar.....	35
2.6.2.	Atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que restringen.....	36
2.7.	Clasificación legal conforme el Código Penal.....	39
2.8.	Penas principales.....	40
2.8.1.	La pena de muerte.....	40
2.8.2.	La pena de prisión.....	41
2.8.3.	La pena de arresto.....	42
2.8.4.	La pena de multa.....	43
2.9.	Penas accesorias.....	43
2.9.1.	Inhabilitación absoluta.....	44
2.9.2.	Inhabilitación especial.....	45
2.9.3.	Comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito.....	45
2.9.4.	Expulsión de extranjeros del territorio nacional y costas procesales.....	46
2.9.5.	Publicación de sentencias.....	46
2.10.	La conmuta.....	47
2.11.	Conversión de la pena de multa.....	47
2.12.	Individualización de la pena.....	47
2.13.	La determinación de la pena.....	48
2.14.	Sistemas de determinación de la pena.....	49
2.14.1.	Sistema de indeterminación absoluta.....	49
2.14.2.	Sistema de indeterminación relativa.....	49
2.14.3.	Sistema de indeterminación judicial relativa.....	50
2.15.	Determinación de la pena conforme la legislación guatemalteca.....	51



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Definición de conmuta.....	53
3.1. Análisis de la conmuta en la doctrina y en la legislación.....	54
3.2. Antecedentes históricos del estado de peligrosidad.....	58
3.3. Definición de peligrosidad.....	58
3.4. Clases de peligrosidad.....	59
3.5. El estado peligroso social y la necesidad de su adecuación a la ciencia penal moderna con relación al numeral 4 del Artículo 51 del Código Penal.....	60
3.6. El carácter inconmutable y sus repercusiones respecto al de peligrosidad social.....	62
3.7. Principios que rigen en un sistema garantista desde la concepción de la dogmática jurídico penal moderna.....	64
3.7.1. Principio de proporcionalidad.....	64
3.7.2. Principio de dignidad.....	65
3.7.3. Principio de igualdad.....	66
3.7.3. Principio de resocialización.....	67
3.8. La no conmuta y el estado de peligrosidad social.....	67

CAPÍTULO IV

4. Análisis doctrinario y jurídico del estado de peligrosidad social y la necesidad de su abordaje jurídico.....	69
4.1. Delitos relacionados con el estado de peligrosidad social.....	69
4.2. Análisis sobre algunas inconstitucionalidades de peligrosidad.....	71
4.2.1. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado.....	72
4.2.2. La declaración del delincuente habitual.....	73
4.2.3. La tentativa imposible.....	76
4.2.3. La vagancia habitual.....	77
4.3. Circunstancias que toma en cuenta el juez para establecer el estado	



de peligrosidad social del individuo.....	77
4.4. Elementos de la no conmuta de la pena en el delito.....	78
4.4.1. Debe tenerse en cuenta la mayor o menor peligrosidad del Culpable.....	78
4.4.2. Antecedentes personales del culpable y de la víctima.....	78
4.4.3. Considerar el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado.....	79
4.5. Inexistencia de fundamento constitucional de peligrosidad.....	80
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
ANEXO.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

En la actualidad el derecho penal ya no pretende ser únicamente sancionador, sino que debe contener aspectos relevantes que ayuden a la misma sociedad, es decir a la prevención en la comisión de delitos y faltas; y aun cuando estos fueren cometidos, el Estado debe contribuir y garantizar la reeducación y rehabilitación de las personas que han delinquido, con políticas que fortalezcan la readaptación y resocialización del delincuente para reintegrarlo a la sociedad como una persona útil a la misma. En el presente trabajo de investigación se hace un análisis jurídico y doctrinario enfocado en el criterio que utilizan los juzgadores para establecer si una persona representa peligrosidad social y al momento de emitir una sentencia condenatoria éste sea un motivo para que se niegue la conmuta de la pena.

La definición del problema se puede plantear de la siguiente forma: En un proceso penal el juez debe determinar qué grado de peligrosidad tiene el imputado en razón del hecho y de la prueba; que le permitan hacer una valoración mediante la utilización de las reglas de la sana crítica, así al momento de imponer o fijar la pena correspondiente debe considerar, no los aspectos que regula el Artículo 51 numeral 4º del Código Penal guatemalteco, respecto a tomar en consideración la mayor o menor peligrosidad del culpable, sino los hechos por los cuales ha sido acusado y que deben ser el fundamento para determinar su grado de culpabilidad y en ese camino, la pena a imponer y en su caso la conmutación de la pena, de acuerdo a los hechos que fueron sujetos a prueba y probados; y dentro de la valoración subjetiva, si el culpable es delincuente primario o reincidente, si es el caso, de que se haya sometido tal circunstancia a prueba en el desarrollo del juicio.

La hipótesis aborda el estudio de la ciencia penal moderna y sus principios que se transgreden por el Artículo 51 numeral 4º del Código Penal guatemalteco, en relación al estado de peligrosidad social de una persona; de tal manera que en la presente investigación con el estudio de campo realizado se logró comprobar que efectivamente



en el proceso penal guatemalteco existe violación por parte de los juzgadores al emitir sentencias condenatorias; al establecer la peligrosidad social de un condenado por la comisión de un delito y así no se beneficia con la conmutación de la pena. Los objetivos de la investigación se lograron al establecerse de forma jurídica y doctrinaria lo concerniente a la peligrosidad social que establece el Código Penal guatemalteco y su repercusión debido a la violación de los principios del derecho penal moderno en la aplicación de la conmutación de la pena.

La tesis se encuentra estructurada en cuatro capítulos: En el primero se determinan las penas conforme el Código Penal; en el segundo, se establecen las penas en un aspecto doctrinario; el tercer capítulo se refiere a la conmuta y la peligrosidad social; el cuarto capítulo contiene el análisis doctrinario y jurídico del estado de peligrosidad social y la necesidad de su abordaje jurídico.

Para la realización de la presente investigación se utilizó doctrina básica de derecho constitucional, derecho penal y derecho procesal penal; en cuanto a la metodología, se recurrió al método analítico, que permitió la descomposición del todo (el derecho penal moderno) en sus partes, como lo son el delito, el delincuente, la peligrosidad social, la conmuta y la pena, para estudiarlas aisladamente; asimismo, se aplicó el método sintético, que permitió integrar todos los elementos descompuestos en el análisis, para formar un nuevo conocimiento jurídico legal de peligrosidad social favorable para la aplicación de la conmuta. La técnica de investigación bibliográfica y documental, permitió recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia; así también se utilizó la técnica de la investigación de campo, al realizar una encuesta dirigida a profesionales del derecho, abogados litigantes en el ramo penal.

La importancia de este estudio jurídico es contribuir a la doctrina del sistema judicial para que en el debido proceso no se violen principios procesales que favorezcan su efectividad.



CAPÍTULO I

1. Las penas conforme el Código Penal

1.1. Aspectos generales

Previo a establecer aspectos doctrinarios y legales respecto a las penas tal y como se regulan en el Código Penal guatemalteco, el autor considera necesario hacer una síntesis de lo que ha significado el derecho penal para el ordenamiento jurídico en el país.

El Código Penal, Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, data de los años setenta, en él se regulan los delitos, las faltas, se determinan las responsabilidades o las exenciones, establece las penas y las medidas de seguridad, que correspondan a las figuras delictivas; a la fecha, se le han efectuado una serie de reformas al mismo referentes a ampliar los delitos y aumentar el máximo de la pena para otros delitos; ya que en base a la evolución y progreso que ha tenido la sociedad, los cambios a nivel mundial con la introducción de nuevas tecnologías y la modernidad; se suscitan una serie de actos que a juicio de los legisladores deben regularse como nuevos delitos; tal y como sucede con el delito informático, por ejemplo.

Sin embargo, pese a estas modificaciones realizadas a través de reformas que encuadran en nuevos delitos e imposición de nuevas penas; la evolución en materia de derecho penal, establece limitantes para el ejercicio de la actividad punitiva (pena o castigo) del Estado, dentro de un marco legal en donde su sistema de derecho democrático proporciona garantías mínimas fundamentales. Estas se encuentran reguladas en la Constitución



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

Por lo tanto, el Estado de Guatemala dentro de su fin primordial, de garantizar la disminución o eliminar el alto índice de criminalidad del país; debe respetar las garantías constitucionales de los ciudadanos que de alguna manera se encuentren sujetos a proceso penal; mientras no se les haya declarado responsables judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada; pero si ésta fuere aplicada al delincuente, el Estado debe garantizar y cumplir con los principios constitucionales de readaptación social y reeducación del condenado que se encuentre cumpliendo sentencia firme.

1.2. El sistema penal guatemalteco

1.2.1. Definición

El sistema penal, es aquel conjunto de principios, instituciones, normas jurídicas, que rige dentro de un marco jurídico legal y que tiende a regular los delitos, la imposición de las penas y las medidas de seguridad; facultad inherente al Estado que cumple a través de las normas contenidas en las leyes penales.

En la modernidad, el derecho penal ya no pretende ser únicamente sancionador, sino que debe contener aspectos relevantes que ayuden a la misma sociedad; es decir, a la reeducación y rehabilitación del delincuente, para devolverlo a la sociedad como una persona útil a la misma, a su familia y por lo tanto, a él mismo.



1.3. Antecedentes históricos del derecho penal

“Dentro de la historia del derecho penal en general hay algunas épocas bien marcadas; como por ejemplo, la época de la venganza privada, la que se destacó como la época bárbara, pues el que se sentía ofendido en sus derechos se defendía individualmente haciendo justicia con su propia mano; para frenar esta justicia dentro de dicha época aparecieron dos limitantes, a la primera se le denominó Ley del Talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima (ojo por ojo diente por diente); reconociendo así que el ofendido sólo tenía derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido; a la segunda limitante se le denomina la composición, en la cual el ofensor o su familia entregaba al ofendido y los suyos cierta cantidad de dinero para que estos no ejercitaran el derecho de venganza.

La época de la venganza divina es la época teocrática, se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces generalmente sacerdotes juzgan en su nombre. Es el espíritu del derecho penal del pueblo hebreo.

Subsiguientemente aparece la época de la venganza pública con el surgimiento del Estado, se caracterizó porque la aplicación de las penas era totalmente desproporcionada e inhumana con relación al daño causado; la pena era sinónimo de tormento pues se castigaba con severidad.



Durante el período humanitario, se atribuye a la iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas; la excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento humanizador, no sólo de la pena sino del procedimiento penal; comienza a fines del siglo XVIII con la corriente intelectual del iluminismo, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue el milanés César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, quien publicó su famosa obra denominada de los delitos y de las penas. Manifestándose abiertamente contra el tormento de la pena para castigar los delitos cometidos; el fin de la pena no es atormentar y afligir a un ente sensible, el fin es impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

Por lo tanto, se reconoce que la excelente obra del Marqués de Beccaria, tiene el mérito de haber cerrado la época antigua del derecho penal y de abrir la denominada época de la edad de oro del derecho penal científico.

Se puede decir que la etapa científica subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico; la que consideraba al derecho penal como una disciplina única, general e independiente, dedicada al estudio del delito y la pena, desde un punto de vista estrictamente jurídico, debido a la labor Francesco Carrara y otros protagonistas.

La escuela positiva se opone a la misma, considerando al derecho penal como una rama de la sociología criminal, siendo su método positivista o experimental, en oposición al lógico abstracto de la escuela clásica; poniendo de manifiesto factores antropológicos, físicos y sociales, considerados una manifestación de la personalidad, y la pena un medio de corrección social o de defensa social; su precursor fue Enrico Ferri. Luego surge el llamado derecho penal autoritario producto de la aparición de regímenes totalitarios y su



característica es la de proteger al Estado, considerando los delitos políticos como infracciones de especial gravedad y castigados con severidad.

Actualmente en la época moderna, existe unidad de criterio en toda la doctrina en cuanto a que el derecho penal es una ciencia jurídica, que estudia los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad. Pero también existe la necesidad de reencausar esta ciencia jurídica y de establecer principios que constituyan una garantía para cualquier sujeto que se encuentre sometido a un proceso penal; a efecto que no sea objeto de arbitrariedades por parte del Estado, en ejercicio del poder punitivo; al aplicar normas jurídicas a través de las respectivas instituciones estatales, como sucede en el caso de los respectivos jueces, el Ministerio Público o bien la Policía Nacional Civil.”¹

1.4. Concepto del derecho penal

El derecho penal constituye un conjunto de normas, principios y leyes que regulan determinada actividad, con el propósito de evitar arbitrariedades dentro de una colectividad; el cual se encuentra establecido por el Estado. Por ello, se ha dicho que el derecho aparece juntamente con el Estado, y éste se crea con el propósito de normar las conductas de los seres humanos conformados organizadamente a través de la sociedad.

El derecho penal entonces, tiene su origen mismo en la necesidad de que se regulen las conductas, específicamente aquellas conductas que son consideradas por la sociedad de indebidas, inmorales e injustas y que merecen en el caso de que cualquier ciudadano las

¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco. Parte general.** Pág. 13

infrinja una sanción adecuada.

Para el profesor Guillermo Cabanellas, el derecho penal: “Es el conjunto de reglas establecidas por el Estado con el fin de unir al hecho del delito la pena, como su consecuencia jurídica. El derecho penal, es el estudio de los delitos y de las penas. Se divide en dos partes, la parte general, que estudia el delito y la pena desde el punto de vista de los principios, y la parte especial, que examina los diversos delitos y penas que la ley impone.”²

“El derecho penal (en sentido objetivo) es el conjunto de normas que regulan o disciplinan el ejercicio del derecho penal (en sentido subjetivo, ius puniendi) de que es titular el Estado.”³

Y por último el derecho penal: “Es el conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquéllas.”⁴

1.5. Escuelas del derecho penal

Las escuelas del derecho penal son un conjunto de doctrinas y principios que a través de un método tienen por objeto investigar la filosofía del derecho de penar, la legalidad del jus puniendi, la naturaleza del delito y los fines de la pena.

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 238

³ Silva Sánchez, Jesús María. **Aproximación del derecho penal contemporáneo.** Pág. 191

⁴ Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal, parte general.** Pág. 3

Es indiscutible aún en estos días, indicar que el origen más importante que impulsó a la escuela clásica del derecho penal, es la obra de Beccaria, con la corriente de pensamiento jurídico penal que se inicia en la escuela de juristas como originalmente se le denominó a la escuela clásica; pudiéndose resumir que los logros más importantes de esta escuela se le atribuyen al maestro Francesco Carrara, según indica el doctor Sebastián Soler, citado por los juristas Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela: “Con la doctrina de Carrara, alcanza el derecho penal un punto en el cual es posible fijar el límite perpetuo de lo ilícito, del cual ya no solamente el juez, sino el legislador mismo no puede apartarse sin incurrir en tiranía, es decir, en la negación misma del derecho.

Con la construcción de Carrara, quedan separadas las esferas de responsabilidad tradicionalmente confundidas por la religión, por la moral y el derecho. Para la escuela clásica y la doctrina Carrariana, el fundamento del ius puniendi es la sola justicia. Se equivoca, dice: el que ve el origen del derecho de castigar en la sola necesidad de la defensa, desconociendo el primer origen de ella en la justicia.

La ley penal no puede entrar a considerar sino aquellos hechos que se han realizado por un hombre, en violación de la ley, con plena conciencia. Es decir, con pleno discernimiento, voluntad y libertad. Para que una acción pueda por la autoridad social ser legítimamente declarada imputable a su autor como delito, es necesario que sea reprochable, que sea dañosa a la sociedad y precisamente que esté promulgada la ley que lo prohíbe.”⁵

⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Ob. Cit.* Pág. 48



Uno de los postulados más importantes de esta escuela clásica respecto de la pena, es que la considera como un mal a través del cual se aplica la tutela jurídica, siendo la única consecuencia del delito. Éste, no es precisamente un ente de hecho sino más bien un ente jurídico, una infracción a la ley del Estado, que establece el límite de lo prohibido y que lo distingue además por ser una infracción a la ley moral, que no es delito, y que su sanción prevalece exclusivamente al orden moral de las personas, la colectividad; contrario a la pena que se traduce como sanción por la comisión del delito.

De ahí que si se analiza la evolución histórica de esta ciencia, resulta que fue la escuela clásica la que institucionalizó la pena como la única consecuencia del delito; partiendo de la idea de que el delito era un ente eminentemente jurídico y la pena se convertía en un mal necesario para alcanzar la plena tutela jurídica, como lógica y exclusiva consecuencia de la infracción a la ley penal, con un carácter meramente retributivo, de manera que se reestableciera el orden jurídico lesionado, en aras de alcanzar la plena justicia.

Así se mantuvo este postulado, hasta el apareamiento de la escuela positiva, que partiendo del análisis de la personalidad del delincuente y no del delito como lo hicieron los clásicos; consideraron que la pena era un medio de defensa social, que debía pretender la prevención general, con la amenaza de la pena a todos los ciudadanos y la prevención especial, con la aplicación de la pena al delincuente; proponiendo al mismo tiempo una serie de medidas de seguridad que debían aplicarse en relación a la personalidad del delincuente; quedando así desterrada para siempre la idea de que la pena era la única consecuencia del delito.

Los postulados más importantes que sufre el derecho penal con la transformación de la escuela positivista se resumen de la siguiente manera: Respecto al derecho penal, pierde autonomía como ciencia jurídica y se considera como una rama de la sociología criminal; con respecto al método, utilizaron la observación y experimentación; respecto al delito se consideró como una acción humana con causas naturales o sociales; con respecto a la pena, establecieron que la pena era un medio de defensa social; y con respecto al delincuente, fue considerado como un ser anormal, idéntico al loco moral.

1.6. Principios del derecho penal

Dentro de las distintas clasificaciones de principios que rigen al derecho penal, se describe una recopilación de los mismos que han sido enunciados por distintos estudiosos; siendo los siguientes:

1.6.1. Principio de retributividad

Establecido con la expresión latina “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” (ningún delito ni pena sin previa ley). Constituye una garantía individual, en cuya virtud no se puede interpretar que un acto cualquiera es delictivo merecedor de sanción penal si no ha sido considerado expresamente como tal en una norma anterior; se fundamenta en los Artículos 5 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regula: “Artículo 5. Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no implique infracción a la misma.”

Respecto a este principio la Carta Magna regula lo siguiente: "Artículo 17. 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. No hay prisión por deuda."

1.6.2. Principio de legalidad

Supremo principio tradicional y universal, es una garantía contra el mal uso del poder punitivo del Estado; consiste en la necesidad de ley previa al castigo, éste se centra en la expresión clásica "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege" (ningún delito ni pena sin previa ley); se fundamenta en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala; Artículo 1 del Código Penal "nullum poena sine lege" (no hay pena sin ley); Artículo 1 del Código Procesal Penal "nullum proceso sine lege" (no hay proceso sin ley); Artículo 2 del Código Procesal Penal.

En un Estado de derecho, el principio de legalidad resulta fundamental, puesto que la única fuente del derecho penal es la ley. Radica en el hecho de legitimar al derecho penal, al establecer en forma clara en la ley, qué infracciones constituyen delitos, cuáles constituyen falta y a la vez regula las sanciones o medidas de seguridad que se aplicarán en cada caso concreto de violación a una norma jurídica.

En resumen, las consecuencias o garantías que emanan del principio de legalidad están plasmadas en la Constitución Política y otras normas ordinarias en materia penal, para la protección de todos los habitantes frente al actuar punitivo del Estado:

- a) Garantía criminal: (nullum crimen sine lege), garantía del proceso penal que



inspirado en el principio de legalidad, regula que nadie puede ser sancionado si su conducta no está previamente establecida en la ley como delito o falta; establecida en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 1 del Código Penal.

- b) **Garantía penal:** (nullum poena sine lege), garantía del proceso penal que inspirado en el principio de legalidad, regula que nadie puede ser sancionado con una pena que no esté previamente establecida en la ley; establecida en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 1 del Código Penal.
- c) **Garantía judicial:** (nullum processus sine iudex), garantía del proceso penal que inspirado en el principio de legalidad, regula que nadie puede ser juzgado por un órgano jurisdiccional que no esté previamente establecido en la ley, establecida en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 7 del Código Procesal Penal.
- d) **Garantía procesal:** (nullum processus sine lege), garantía del proceso penal que inspirado en el principio de legalidad, regula que nadie puede ser sancionado por un proceso que no esté previamente establecido en la ley; establecida en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 2 del Código Procesal Penal.
- e) **Garantía de ejecución:** (nullum excutio sine lege), garantía del proceso penal que inspirado en el principio de legalidad, regula que a nadie se le puede hacer cumplir

una pena en la forma o lugar que no estén previamente establecidos en la ley; regulada en el Artículo 10 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 493 del Código Procesal Penal.

- f) **Garantía en cuanto a las medidas de seguridad y corrección:** (nullum securitas metiri sine lege), regula que a nadie se le puede imponer una medida de seguridad que no esté previamente establecida en la ley; regulada en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 84 del Código Penal.

1.6.3. Principio de necesidad

Este principio consiste en que no puede haber ley si las necesidades sociales o coyunturales lo requieran; también es llamado principio de mínima intervención. Este principio se encuentra regulado en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se refiere al hecho de que el Estado se organiza para proteger a la persona; el Artículo 2 se refiere a que el Estado debe garantizar a sus habitantes entre otras cosas, la justicia y el desarrollo integral de la persona; lo que se traduce en que el Estado de Guatemala debe organizarse para realizar el bien común y para el efecto debe crear leyes según las necesidades de la población.

1.6.4. Principio de lesividad

Este principio indica que no puede haber necesidad sin haber daño a tercero. Con este principio debe presumirse un resultado dañoso, lesión al bien jurídico tutelado y dentro de los requisitos para que exista se encuentran:

- a) El bien jurídico tutelado.
- b) Que sea lesionado ese bien jurídico tutelado.
- c) Que afecte a terceros.

Su fundamento se encuentra en los Artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regulan: “Artículo 1º. Protección a la persona. El Estado de Guatemala, se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. Artículo 2º. Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

En relación a la tutela de los bienes jurídicos, es requisito que:

- a) Exista el merecimiento de protección del derecho penal a un bien jurídico tutelado.
- b) Que pueden haber algunos bienes jurídicos tutelados, que no estén taxativamente contemplados dentro del derecho penal; pero merecen esa protección, debido a la experiencia, a los avances en la sociedad y a la necesidad por el abuso ocasionado por el poder legislativo, en la creación de nuevas figuras delictivas.

1.6.5. Principio de materialidad o derecho penal del acto

Se basa en que no puede haber daño a tercero sin que exista una acción.

Para que exista es necesario que se den los siguientes supuestos:

- a) Que el acto sea exterior y evitable, es decir, la exteriorización de la acción que se haya dado de manera inevitable.
- b) Imputación objetiva, es decir, relación de causalidad.
- c) La existencia de ilícitos penales denominados de omisión por comisión.

1.6.6. Principio de culpabilidad

Este principio tiene su fundamento en la culpa. No puede haber culpabilidad sin acción y constituye en ese sentido una garantía para el procesado; en general, para cualquier persona que se encuentre sometida a un proceso penal, pues establece que una persona para ser declarada culpable, debe haber tenido capacidad para motivarse conforme a la norma y haber realizado el acto u omisión que se sanciona.

Para ello es importante indicar que todos los tipos penales tienen dos elementos; uno objetivo y otro subjetivo, el objetivo es la materialidad de la acción y el subjetivo debe basarse en la intencionalidad, si hubo dolo o culpa.

1.7. Principios constitucionales que informan el proceso penal

El Estado de Guatemala, como casi todos los Estados modernos, ha optado por organizarse con el fin de proteger a la persona humana y a su familia; planteando como fin supremo el bien común. Para lograr esta finalidad, se propone garantizar a los habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Esta garantía con los fines planteados, conllevan implícitamente la necesidad de reconocer que existe cierto nivel de conflictividad que se debe resolver de conformidad con acuerdos y formas racionales que protejan a todos los interesados.

Esta afirmación implica, a su vez, que el Estado expropia al individuo de la potestad de resolver determinados conflictos por sus propias manos y que la monopolización del poder penal representa un modo civilizado de resolver conflictos. Para el efecto, la Constitución Política de la República de Guatemala asigna a sus órganos, entre otras, las siguientes funciones: a los tribunales de justicia, la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado; al Ministerio Público, velar por el estricto cumplimiento de las leyes y el ejercicio de la acción penal pública; a los funcionarios los instituye como depositarios de la autoridad.

El deber ser, que plantea la Constitución Política de la República de Guatemala consiste en garantizar la vida, la paz, la seguridad y el desarrollo integral de la persona. Para reducir los riesgos que implica depositar el poder punitivo en manos del Estado y su uso arbitrario; es necesario construir un programa racional, que lo constituye el estado de derecho; éste se conforma fundamentalmente por el conjunto de declaraciones de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos contra el uso arbitrario de dicho poder.

Tal conjunto de garantías constituyen el marco político, que cumple al menos dos funciones específicas: a) asegurar el empleo de técnicas de definición y de comprobación de los presupuestos de la pena; encaminadas a reducir en lo posible el poder judicial arbitrario y satisfacer el modelo de manera parcial y tendencial; y, b) como criterio de valoración del grado de validez o legitimidad y, a la inversa, de invalidez o ilegitimidad constitucional de

las instituciones penales y procesales y de su funcionamiento concreto.

De esta manera, la configuración y aplicación de la ley procesal y penal constituye derecho constitucional aplicado. La construcción de estos principios políticos no sólo debe tener como eje rector a la Constitución Política de la República, sino también lo relativo a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, que en Guatemala y de conformidad con lo establecido por el Artículo 46 de la Carta Magna, tienen preeminencia sobre el derecho interno. El objetivo de este apartado es plantear cómo la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados internacionales ratificados por Guatemala; desarrollan estos principios y que en sí constituyen el marco dentro del cual se debe desarrollar la ley procesal penal.

El ordenamiento constitucional es el conjunto de normas tanto constitucionales como los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados. Para el efecto, se toman como referencia los siguientes principios constitucionales:

1.7.1. Principio de defensa

Dentro de las garantías, el derecho de defensa cumple, además de la función de oponerse a los cargos que se le imputan a la persona; la posibilidad de dinamizar el resto de garantías. Por esta razón, no puede ser puesta en el mismo plano que las otras. La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 12 el derecho de defensa: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal...”

1.7.2. Principio de juicio previo

La imposición de una pena, como manifestación sobresaliente del poder del Estado, requiere necesariamente el previo desarrollo de un juicio. Esto es así, no sólo por el sufrimiento que implica a la persona afectada en forma directa por la decisión del tribunal, sino también por el derecho de todo habitante a la certeza de que la reacción penal por parte del Estado no será arbitraria.

Para el efecto, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Artículo 12. Derecho de defensa. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido...”; mientras que el Artículo 14 regula que toda persona es inocente hasta que no se le compruebe su culpabilidad en sentencia y que ésta se encuentre debidamente ejecutoriada.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 14 numeral 1º, establece: “Que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente por un tribunal competente, en la sustentación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella.”

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 8 regula: “Que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella.”

El ordenamiento constitucional establece varias implicaciones sobre el tipo de juicio que debe organizar la ley ordinaria:

- a) Relación inescindible entre juicio y sentencia, esta última como conclusión del juicio y único fundamento para la imposición de una pena en la cual se declara la culpabilidad del imputado. Esta sentencia debe estar fundada o motivada, lo que significa declarar las circunstancias de hecho verificadas, las reglas jurídicas aplicables y las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión. La implicación subsiguiente de este principio es la de que se debe considerar al sindicado como inocente durante el proceso.
- b) En lo relativo al órgano al que corresponde desarrollar y dictar la sentencia, el ordenamiento constitucional en forma categórica delega esta función en los jueces preestablecidos (juez natural); estableciendo que corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. De esta manera, queda eliminada toda posibilidad de que otra autoridad asuma tales funciones.

1.7.3. Principio de publicidad

Esta garantía emana propiamente del sistema de gobierno elegido por el Estado, republicano, democrático y representativo; según el Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala; y el Artículo 30, que establece que todos los actos de gobierno son públicos. Por su parte, la publicidad del juicio permite mayor intervención del imputado, instaura la oralidad como forma natural para garantizar el ser oído y como forma directa cuando los órganos de prueba transmiten a los jueces del tribunal su información.



Si bien es cierto la opción entre un mecanismo u otro no constituye el núcleo político de un proceso, sí manifiesta la forma externa del proceso, que es la transparencia en la administración de justicia.

Al mismo tiempo, que la publicidad del juicio, orienta al proceso en forma externa y determinada, también cumple una función política importante, propia de un Estado republicano, la posibilidad de control popular sobre la actividad de los jueces, sobre los actos que fundan la decisión final y sobre la sentencia.

La publicidad del juicio no sólo irradia su influencia hacia la forma externa de función política, sino que también tiene repercusiones directas en la forma interna de organizar el juicio que define el ordenamiento constitucional, oral, público, contradictorio, concentrado y continuo, para poder dictar la sentencia.

De esta manera, la relación juicio-sentencia adquiere un significado político único, controlable y racional. La relación entre publicidad y oralidad implica necesariamente la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales (inmediación), con el único fin de garantizar el control de la prueba y su valoración.

1.8. Límites formales para la averiguación de la verdad

Las dos fases principales del proceso penal, la etapa preparatoria y el juicio, tienen como objetivo principal la constatación de la verdad del objeto o hecho procesal; es decir, la circunstancia conflictiva que mueve a la jurisdicción.



No obstante, la verdad como fin del proceso se enfrenta, en su búsqueda, a los límites que le presenta el sistema jurídico, incluso en esta época del llamado estado de derecho, con todas las garantías que representa. La Constitución Política de la República de Guatemala ha dado importancia especial, dentro de las garantías ciudadanas, a las normas referidas a la limitación del ejercicio de poder penal del Estado en la averiguación de la verdad.

Así puede asegurarse que el procedimiento penal guatemalteco, al cumplir su finalidad principal (la búsqueda de la verdad), no puede afectar la libertad, la dignidad y la seguridad de los ciudadanos. En este sentido, la normativa constitucional ha recogido las conclusiones doctrinarias modernas convergentes con posiciones respetuosas de los derechos fundamentales; que limitan formalmente al Estado en el ejercicio de la averiguación de la verdad.

CAPÍTULO II

2. La pena

2.1. Su origen y su significado

La pena es una de las herramientas más distintivas del Estado para imponer sus normas, donde existe una vinculación de carácter valorativa entre la función asignada a la pena; la cual descansa en la Constitución Política y la función que se asigna al Estado. Así lo manifiestan los juristas Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela: "Realmente el origen de la pena en la sociedad jurídicamente organizada, se pierde en el transcurso del tiempo, tanto más si vemos que las características de las penas en la actualidad son diversas a las utilizadas por los antepasados, que basándose en el cumplimiento de un castigo o en una vindicta, se imponían directa y cruelmente.

El origen de la pena como actividad estatal ha de buscarse en la edad media, comienza entonces una paulatina labor del Estado para abstraer las relaciones individuales y concentrarlas legalmente en la pena, y así se llega hasta el siglo XVIII con el concepto de que la pena depende de un orden colectivo.

En la actualidad sólo podemos concebir formalmente las penas, como aquellas restricciones y privaciones de bienes jurídicos señalados específicamente en la ley penal, cualquier otro tipo de sanción jurídica que no provenga de la ley penal no es considerada como pena para efectos de nuestra disciplina.

Etimológicamente al término pena se le han atribuido varios significados en la historia del derecho penal, así se dice que la misma se deriva del vocablo pondus que quiere decir peso; otros consideran que se deriva del sánscrito punya que significa pureza o virtud (valores espirituales que debía alcanzar el delincuente a través del sufrimiento por el delito cometido); algunos otros creen que se deriva del griego pono que significa trabajo o fatiga; y por último se considera que proviene de la palabra latina poena, la cual significa castigo o suplicio.

En cuanto a la terminología jurídica, en nuestro medio y en sentido muy amplio se habla de pena, sanción, castigo, condena, punición, entre otros, sin embargo entendemos que desde el punto de vista strictu sensu estos términos podrían tener diversos significados. Cuando los tratadistas engloban tanto penas como medidas de seguridad, hablan de reacción social, reacción social contra el delito, medios de defensa social, medios de retribución y prevención social, sin embargo ha sido más acomodado el nominativo de consecuencias jurídicas del delito.

En cuanto al significado la pena tiene diversas formas de conceptualización, desde su nacimiento como una forma de castigo que se impone al delincuente, hasta su concepción como un tratamiento para reeducarlo, pasando por la prevención especial y general contra el delito.”⁶

Al respecto el maestro Eugenio Cuello Calón expresa: “El sentido y fin atribuido a la pena por las distintas concepciones penales es muy diverso. En este punto predominan dos

⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Ob. Cit. Pág. 260



principios antagónicos; el de la expiación o retribución que da a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito cometido, y el de la prevención que aspira, como su nombre lo indica a prevenir la comisión de nuevos delitos.

El antagonismo entre las concepciones de la pena castigo y la pena prevención, termina en la orientación penológica anglosajona que abandona por completo la idea de retribución y de castigo, sustituyéndola por la de tratamiento; sobre la base del estudio de la personalidad del delincuente y encaminado a su reforma, a la segregación de los no reformables y a la prevención del delito.”⁷

Por su parte el autor Enrique Pessina, expone que: “La pena expresa en su significado general, un dolor, considerado especialmente en la esfera jurídica, expresa un sentimiento que cae por obra de la sociedad humana, sobre aquél que ha sido declarado autor del delito.

El fin último de la pena es negar el delito, no ya en el significado vulgar de hacer algo que no se haya realizado, sino más bien en el sentido de anular el desorden contenido en la aparición del delito, reafirmando la soberanía del derecho sobre el individuo. Esta reintegración, del derecho violado abraza en su concepción todos los demás fines asignados por los varios sistemas científicos y que se pretendan sean fines fundamentales de la pena.

La intimidación o coacción psicológica para impedir el delito; la seguridad social e individual

⁷ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 581

en cuanto a la persona, en cuanto a los bienes, el impedir por medio de la amenaza de la pena o por ejemplaridad del castigo infringido, que el número de los delitos crezca; la corrección de los individuos manchados por el delito, sea por el temor, sea por la disciplina, son todos ellos efectos útiles y apetecibles de la pena siempre que ésta vaya dirigida al fin de la reafirmación del derecho.”⁸

Actualmente, en España el distinguido maestro de la Universidad de Madrid, José María Rodríguez Devesa, examina el significado de la pena desde dos puntos de vista: “Estáticamente, la pena es simplemente la consecuencia primaria del delito. El delito es el presupuesto necesario de la pena; entre ambos hay una relación puramente lógica, puede decirse que es una retribución del delito cometido, si se descarga a esta palabra todo el significado vindicativo. Dinámicamente considerada, la pena tiene primordialmente los mismos fines de la ley penal, la evitación de las conductas que la ley penal prohíbe o manda ejecutar.

Esa finalidad se trata evidentemente de conseguir, tanto al nivel de la amenaza legal general como de la imposición y ejecución concreta sobre un determinado individuo perteneciente a la comunidad, mediante un doble efecto que se denomina Prevención General, cuando opera sobre la colectividad, como un hecho en muchas conciencias Prevención Especial, operando sobre el que ha cometido el delito para que no vuelva a delinquir.”⁹

⁸ Pessina, Enrique. **Elementos de derecho penal**. Pág. 601

⁹ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 883



Por último, se puede afirmar que tanto el origen como el significado de la pena, guardan estrecha relación con el origen y significado del delito; el delito es el presupuesto imprescindible para la existencia de la pena, de tal manera que una noción jurídica de la misma deberá estar en relación con la noción jurídica del delito; sin embargo, es indiscutible que tanto la comisión del delito como la imposición de la pena tienen como común denominador al sujeto denominado delincuente; por lo que precisa el estudio de las penas, partiendo del delito y de la personalidad del delincuente, buscando la defensa de la sociedad a través de la plena justicia; conciliando de esta manera las contradicciones que al respecto plantearon en un principio las dos escuelas del derecho penal, referidas anteriormente.

2.2. Definición de la pena

“La pena es una de las principales instituciones del derecho penal guatemalteco, puede definirse de varias formas, atendiendo a diferentes puntos de vista; así algunos tratadistas principian definiéndola como un mal, que impone el Estado al delincuente como un castigo retributivo a la comisión de un delito, partiendo del sufrimiento que la misma conlleva para la expiación de la culpabilidad del sujeto; algunos otros parten de la idea de que la pena es un bien, por lo menos debe serlo para el delincuente cuya injusta voluntad reforma, es un bien para el penado en cuanto debe consistir en un tratamiento, desprovisto de espíritu represivo y doloroso, encaminado solamente a la reeducación del delincuente.

Otros parten del punto de vista de la defensa social y hablan de la prevención, individual o colectiva, a la comisión del delito, otros se refieren a la pena como un mero tratamiento, para la reeducación y rehabilitación del delincuente; algunos otros desde un punto de vista

meramente legalista la abordan como la restricción de bienes que impone el Estado a través de un órgano jurisdiccional, producto de un debido proceso penal como consecuencia de la comisión de un delito; y así se ha definido la pena atendiendo a diversos criterios, que se consideran todos válidos desde su particular punto de vista, sin entrar a discutir desde luego los aspectos filosóficos de su naturaleza jurídica.”¹⁰

Para el mexicano Raúl Carrancá y Trujillo, la pena: “No es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo como fin la defensa social.”¹¹

Por último, los juristas Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela, consideran que la pena: “Es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone uno órgano jurisdiccional competente, en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal.”¹²

2.3. Características de la pena

Dentro de las características más importantes que distinguen a la pena desde el punto de vista estrictamente criminal; se pueden mencionar que es un castigo, surge de la idea de que la pena se convierte en un sufrimiento para el condenado al sentir la privación o

¹⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 263

¹¹ Carranca y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano. Parte general.** Pág. 426

¹² De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 264



restricción de sus bienes jurídicos; sufrimiento éste que puede ser físico, moral o espiritual, aunque filosóficamente se diga que es un bien para el delincuente y la sociedad.

Por otra parte, la pena se caracteriza porque su naturaleza jurídica es de carácter pública, debido a que solamente al Estado le corresponde la imposición y la ejecución de la pena; ya que nadie más puede arrogarse ese derecho producto de la soberanía del Estado.

Es una consecuencia jurídica, toda vez que para ser legal, debe estar previamente determinada en la ley penal, y sólo la puede imponer un órgano jurisdiccional competente, al responsable de un ilícito penal y a través de un debido proceso. Las correcciones disciplinarias que muchas veces imponen órganos o instituciones públicas o privadas en atención a sus fines particulares, no pueden constituir sanciones penales; es decir, que no pueden reputarse como penas.

Debe ser personal, característica primordial, que consiste en que solamente debe sufrirla un sujeto determinado, que solamente debe recaer sobre el condenado, porque nadie puede ser castigado por hechos delictivos de otros; la responsabilidad penal no se hereda pues es muy personal, a pesar de que el sufrimiento del condenado pueda extenderse a su familia o a terceras personas, que es lo que sucede y muchas veces es la causa de desintegración de hogares y familias; es decir, que a pesar de ser personal tiene trascendencia social. Esta característica determina en el derecho penal, el principio que consiste en la personalidad de las penas.

La pena se caracteriza porque debe estar determinada en la ley penal, mientras que al condenado no debe aplicársele más de la pena impuesta; la cual debe de ser limitada



respecto al resultado por la comisión del delito.

Debe ser proporcionada, ya que si la pena es la reprobación a una conducta antijurídica, ésta debe ser en proporción a la naturaleza y a la gravedad del delito; atendiendo indiscutiblemente a los caracteres de la personalidad del delincuente, valorados en forma objetiva por el juzgador en el momento de dictar la sentencia condenatoria.

Se dice que la pena debe ser flexible, en el entendido de que debe ser proporcionada y poder graduarse entre un mínimo y un máximo; como lo establece el ordenamiento penal, lo que requiere indiscutiblemente de una capacidad científica en los juzgadores penales, no sólo en derecho penal sino en ciencias penales, que les permita una buena fijación de la pena. Además de ello, debe ser flexible también en cuanto a revocarla o reparar un error judicial; la pena como dice Sebastián Soler, es elaborada y aplicada por el hombre, por lo cual supone siempre una posibilidad de equivocación.

Por último, se dice que la pena debe ser basada en la ética y la moral, lo que demuestra que la pena debe estar orientada para hacer el bien al delincuente; si bien es cierto que debe causar el efecto de una retribución no debe convertirse en una pura venganza del Estado en nombre de la sociedad; pues no es concebible que a la antijuridicidad del delito, el Estado responda con la inmoralidad de la pena; debe entonces ésta tender a reeducar, a reformar o rehabilitar al delincuente.

2.4. Naturaleza jurídica de la pena

En cuanto a la naturaleza jurídica de la pena, ésta se identifica en buena manera con la naturaleza jurídica del derecho penal; es decir, que ambas son de naturaleza jurídica pública, partiendo del jus puniendi, como el derecho que corresponde en forma exclusiva al Estado de castigar, concepción que ha sido aceptada por el derecho penal moderno.

La pena es de naturaleza pública, porque sólo el Estado puede crearla, imponerla y ejecutarla, lo que significa que a ningún particular le está permitido juzgar criminales y atender contra ellos imponiendo una pena. Ahora bien, el mismo poder punitivo del Estado, se encuentra limitado con el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*); de tal manera que la misma autoridad no puede imponer una pena, si ésta no está previamente determinada en la ley penal; además, se necesita como presupuesto para su imposición que exista la comisión de un delito, que éste sea imputable a un sujeto responsable, sin que existan eximentes de punibilidad y que se haya dictado una sentencia condenatoria, después de seguido un proceso penal con todas las garantías de la defensa.

Con relación a los fines de la pena, actualmente aparte de la función retributiva, debe asignársele un fin de utilidad social, el cual debe traducirse en la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente.

A este respecto el maestro Eugenio Cuello Calón indica: “Que la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente al de la prevención del delito, pero orientada hacia este rumbo no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, porque la realización de la justicia es un fin socialmente útil.

Por esto aun cuando la pena haya de tender, de modo preponderante, a una finalidad preventiva, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva que exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece.”¹³

Se dice que sobre un fondo de justicia la pena debe aspirar a la obtención de los siguientes fines; según los jurisconsultos Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata:

- a) “Obrar sobre el delincuente creando en él, por el sufrimiento que contiene, motivos que le aparten del delito en el porvenir y sobre todo, como finalidad preponderante, tender a su reforma y a su readaptación a la vida social. Si el delincuente es insensible a la intimidación y no fuere susceptible de reforma, la pena debe de realizar una función de eliminación de dichos individuos del ambiente social. No refiriéndose exactamente a qué tipo de eliminación se refiere, Cuello Calón, ya que si esa eliminación es física a través de la pena de muerte, o tiene el carácter de un confinamiento definitivo a través de la cadena perpetua, nuestra legislación penal ha encontrado varios obstáculos como lo es la petición actual de la abolición de la pena de muerte como una violación a los derechos íntegros de los derechos humanos respecto de la personalidad del delincuente.
- b) Obrar no sólo sobre el delincuente, sino también sobre los ciudadanos pacíficos, mostrándoles, mediante su conminación y su ejecución, las consecuencias de su conducta delictuosa, vigorizando así su sentido de respeto a la ley y creando en los

¹³ Cuello Calón, Eugenio. *Ob. Cit.* Pág. 582

hombres de sentido moral escaso, por razones de propia conveniencia, motivos de inhibición para el porvenir. La función preventiva realizada por la sanción penal, cuando actúa sobre el penado, se denomina especial o individual; y cuando se ejerce sobre la colectividad en general se llama prevención general o colectiva.”¹⁴

2.5. Teorías de la pena

Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión; así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos; que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "jus puniendi" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

2.5.1. Teoría absoluta o de la retribución

Esta teoría sostenida por una tradición filosófica y cristiana, se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objeto de alcanzar la justicia. Su fundamento está en el castigo-retributivo que debe recibir el delincuente por la comisión de un mal causado denominado delito, en tal sentido la pena debe ser aflictiva, un sufrimiento, un mal para el delincuente, para lograr la amenaza penal. Para el jurista argentino Sebastián Soler: “No podría amenazarse a los

¹⁴ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 267



miembros de una sociedad, prometiéndoles un bien o un privilegio. Puede perfectamente suceder que el delincuente no reciba la pena como mal, no por ello deja de ser pena.

El vagabundo que comete una pequeña ilicitud para ganar el bienestar de la cárcel durante unos meses de invierno, sufre jurídicamente una pena, porque el derecho valora la libertad más que el bienestar.

Claro está que la eficacia de un sistema penal depende de la coincidencia perfecta entre sus valoraciones y las valoraciones psico-sociales medias. Un derecho penal que construyera sus penas sobre la base de bienes socialmente poco valiosos sería ineficaz.¹⁵

Por su parte el profesor Luis de la Barreda Solórzano citado por los jurisperitos Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata, adversa esta teoría al sostener que la retribución trata, en rigor: "De fundamentar la necesidad de la pena, pero no la fundamenta sino más bien la presupone, su significado estriba en la compensación de la culpabilidad, pero no explica porque toda la culpabilidad tenga que retribuirse con una pena.

Otra objeción es, que la idea retributiva compensadora sólo puede sostenerse mediante un acto de fe, pues racionalmente es incomprensible que el mal cometido es decir el delito; pueda borrarse con un segundo mal, como lo sería la pena."¹⁶

¹⁵ Soler, Sebastián. Prólogo a la traducción de la obra programa del curso de derecho criminal. Tomo II. Pág. 406

¹⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Ob. Cit. Pág. 268

2.5.2. Teoría de la prevención especial

Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata, indican que: “Esta teoría nace con el positivismo italiano y luego se desarrolla en Alemania por el jurista y político Franz Ritter Von Liszt. “La pena consiste para esta teoría, en una intimidación individual que recae únicamente sobre el delincuente con el objeto de que éste no vuelva a delinquir; no pretende como la anterior retribuir el pasado, sino prevenir la comisión de nuevos delitos, corrigiendo al corregible, intimidando al intimidable o haciéndolo inofensivo al privarlo de la libertad al que no es corregible ni intimidable.”¹⁷

Los juristas Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata, continúan citando al profesor De la Barreda que en su ponencia, anota: “La teoría de la prevención especial conduce a una consecuencia inocultable, con independencia de que seamos culpables o no de un delito, todos podemos ser corregibles o al menos se nos puede inhibir, y si ello se hace sin tomar en cuenta la culpabilidad, para los fines correccionistas promulgados, se abre la posibilidad de la pena ilimitada temporalmente; si no existe peligro de que un delito se repita, por grave que sea, ningún sentido tiene la pena, la idea de corrección indica un fin de la pena, pero no la justifica.”¹⁸

2.5.3. Teoría de la prevención general

“Sostiene que la pena debe conllevar una intimidación no sólo de tipo personal, sino de

¹⁷ Ibid. Pág. 269

¹⁸ Ibid.



tipo general a todos los ciudadanos, actuando como advertencia de lo que les puede suceder si se atreven a cometer un delito; es decir, que el fin de la pena para esta teoría no es la retribución, ni la corrección del delincuente, sino que radica en sus efectos intimidatorios para todos los hombres sobre las consecuencias perniciosas de su conducta antijurídica.

Esta intimidación formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por este acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta; por eso, la lógica de este criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado. Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo; de manera que, prevención general, significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

A esta teoría el profesor Luis de la Barreda, objeta por un lado, si de lo que se trata es de intimidar a todos, nada impide el establecimiento de sanciones lo más graves posibles, por otro lado, no se ha atendido al dato empírico de que en numerosos delincuentes no se ha podido determinar el efecto intimidante de la penas. Y es que de todas las teorías, dice, ninguna de ellas ha propuesto cuándo se justifican las sanciones penales, las tres teorías quieren explicar para qué sirve la pena, pero no a qué hecho debe de aplicarse.”¹⁹

Por consiguiente, cabe mencionar que la pena es la real privación de libertad o restricción de bienes del autor del delito; que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención

¹⁹ Ibid.

especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.

La pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez en su sentencia condenatoria. El concepto remite a un acontecimiento de orden fáctico. La facticidad de esta teoría indica que a diferencia de la punición en la que se individualiza una punibilidad, y por tanto se dicta una norma individualizada, está constituida por el hecho de que el sujeto sufra una prohibición de un bien. “La pena dice De la Barreda, no es efecto del delito pues no opera entre ambos el principio de causa y efecto; sin embargo, la pena debe ser la consecuencia del delito.”²⁰

2.6. Clasificación doctrinaria de las penas

En la doctrina del derecho penal existen una serie de clasificaciones en cuanto a las penas; aquí se toman en consideración las más importantes:

2.6.1. Atendiendo al fin que se proponen alcanzar

- a) “Intimidatorias: Son aquéllas que tienen por objeto la prevención individual, influyendo directamente sobre el ánimo del delincuente con el fin de que no vuelva a delinquir. Esta pena va dirigida para todos aquellos individuos aún no corrompidos, en los que aún existe la moralidad, reforzando el miedo con la misma; por lo general

²⁰ *Ibid.* Pág. 270

este tipo de pena se da principalmente en aquellos delincuentes primarios y un ejemplo de ello es el arresto domiciliario.

- b) **Correccionales o reformatorias:** Son aquéllas que tienen por objeto la rehabilitación, la reforma, la reeducación del reo, para que pueda reincorporarse a la vida social como un ser útil a ella, desintoxicado de todo tipo de acciones antisociales; se dice que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente pero que aún se consideran como corregibles; un ejemplo de esta clase de pena lo es la pena de prisión, la cual debe cumplirse en un centro especial correccional.
- c) **Eliminatorias:** Son aquéllas que tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligroso. Se entiende que su eliminación tiene por objeto separarlo de la sociedad en consideración a su alto grado de peligrosidad criminal; de tal manera que se puede lograr imponiendo la pena capital para privarlo de la existencia; o bien, confinándolo en una prisión a través de la cadena perpetua, lo cual viene a ser un ejemplo claro de este tipo de pena.”²¹

2.6.2. Atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que restringen

- a) “La pena capital: Incorrectamente llamada pena de muerte, ya que realmente es una condena a muerte, por medio de la cual se le priva del bien jurídico tutelado que es la vida al condenado; consiste en la eliminación física del delincuente, debido a la

²¹ **Ibid.** Pág. 276

gravedad del delito cometido y la peligrosidad criminal del mismo. Ésta es muy discutible en la doctrina científica del derecho penal, lo que ha dado lugar a encendidos debates entre abolicionistas que propugnan por la abolición de la pena de muerte; que analizan la cuestión desde dos puntos de vista: Moral y jurídico.

Punto de vista moral: La pena de muerte es un acto impío, en donde se arrogan calidades de omnipotencia divina, es contrario a los principios de la sociabilidad humana, va en contra de la conciencia colectiva, por el desprecio que se manifiesta al verdugo en forma universal.

Punto de vista jurídico: Carece de eficacia intimidatoria en general, en relación con ciertos delincuentes, carece de toda eficacia, debido a que se convierte en un riesgo profesional; el espectáculo de la ejecución produce en las masas un estado desmoralizador, la pena de muerte es irreparable, carece de divisibilidad y proporcionalidad, no es correccional. Para los antiabolicionistas, es un procedimiento excelente y único de selección que asegura perpetuamente a la sociedad contra el condenado; es una justa retribución en los delitos contra la vida, la pena de muerte es menos cruel que las privaciones de libertad.

- b) La pena privativa de libertad: Consiste en la pena de prisión o de arresto, que priva al reo de su libertad de movimiento; es decir, que limita o restringe el derecho de locomoción del condenado, obligándolo a permanecer en una cárcel, centro penitenciario o centro de detención, por un tiempo determinado. Científica, técnica y moralmente ejecutada la pena privativa de libertad, debe influir positivamente en el condenado a fin de retribuir la comisión del delito y ante todo a rehabilitarlo,

cárcel puede convertirse en un centro de perversión y los reos en peligrosos criminales; lo cual es totalmente contrario a los fines de la ejecución de la pena en el moderno derecho penitenciario.

- c) La pena restrictiva de libertad: Son aquéllas que limitan o que restringen la libertad del condenado al destinarle un específico lugar de residencia; es decir, que obligan y limitan al condenado a residir en un determinado lugar; tal es el caso del arresto domiciliario que contempla la legislación procesal penal guatemalteca.
- d) La pena restrictiva de derechos: Son aquéllas que restringen o limitan ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley; tal es el caso de las inhabilitaciones o suspensiones a que se refiere el Código Penal.
- e) La pena pecuniaria: Son penas de tipo patrimonial que recaen sobre la fortuna del condenado; tal es el caso de la multa y el comiso, así como la confiscación de bienes que consiste en la pérdida del patrimonio o parte del mismo a favor del Estado.
- f) Penas infamantes y penas afflictivas: Las penas infamantes privan o lesionan el honor y la dignidad del condenado, las cuales tenían por objeto humillar al condenado; tal es el caso de la picota (poste en donde se exhibía la cabeza de los reos), y la obligación de vestir de determinada manera.

Las penas afflictivas son penas de tipo corporal que pretendían causar dolor o sufrimiento físico al condenado sin privarlo de la vida; tal es el caso de los azotes y las cadenas, la mutilación y la marca con hierro candente. Afortunadamente, este



las cadenas, la mutilación y la marca con hierro candente. Afortunadamente, este tipo de penas ya han desaparecido de las legislaciones penales modernas de los países cultos, y tan sólo han quedado como un recuerdo histórico en la evolución de las ideas penales, en las que en la antigüedad prevalecía la idea del castigo y jamás de la rehabilitación del delincuente.

- g) Pena mixta: Se llama así a la aplicación combinada de dos clases de penas, pena de prisión y pena de multa; por ejemplo tal y como lo presenta la legislación penal guatemalteca para muchos delitos, sistema éste que ha sido criticado en la doctrina y que no se comparte el aplicarlo en la sociedad guatemalteca; porque habiéndose cumplido la pena de prisión impuesta, si el condenado no puede hacer efectiva la pena de multa, ésta se convierte en pena de prisión nuevamente; lo cual deviene ser contrario a los fines fundamentales de la pena, como lo es la retribución, la rehabilitación y la prevención; porque de esta manera se está castigando dos veces el mismo hecho delictivo y no es factible en sociedades pobres como la guatemalteca.”²²

2.7. Clasificación legal conforme el Código Penal

De acuerdo con la actual legislación penal guatemalteca las penas se dividen en principales y accesorias. El Código Penal regula en su Artículo 41: “Son penas principales: La de muerte, la de prisión, el arresto y la de multa.” Posteriormente regula en su Artículo 42: “Penas accesorias. Son penas accesorias: Inhabilitación absoluta; inhabilitación especial;

²² *Ibid.* Pág. 277



comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales, publicación de sentencias y todas aquéllas que otras leyes señalen.”

2.8. Penas principales

Son aquéllas que gozan de autonomía en su imposición, de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de otra u otras, por cuanto tienen independencia propia.

Para el abogado Manuel Ossorio, la pena principal es: “La que el código señala como correspondiente a cada delito y que se denomina así porque a veces esa pena principal puede ir acompañada de otra pena llamada accesoria.”²³

2.8.1. La pena de muerte

Tiene carácter extraordinario en Guatemala y sólo se aplicará en los casos expresamente consignados en la ley; es decir, a delitos estipulados por la ley, cometidos en las circunstancias establecidas por la misma y después de agotados todos los recursos legales; aun el recurso de gracia, que no es un recurso jurídico penal propiamente dicho. Sin embargo, el Código Penal regula en su Artículo 43: “No podrá imponerse la pena de muerte:

1º. Por delitos políticos.

²³ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 560

2º. Cuando la condena se funde en presunciones.

3º. A mujeres.

4º. A varones mayores de sesenta años.

5º. A personas cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

En estos casos y siempre que la pena de muerte fuere conmutada por la de privación de libertad, se le aplicará prisión en su límite máximo.”

2.8.2. La pena de prisión

Se encuentra regulada en el Código Penal en el Artículo 44: “Pena de prisión. La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años. A los condenados a prisión que observen buena conducta durante las tres cuartas partes de la condena se les pondrá en libertad, en el entendido que si cometieren un nuevo delito durante el tiempo que estén gozando de dicho privilegio, deberán cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito cometido.

La rebaja a que se refiere este artículo no se aplicará cuando el reo observe mala conducta, cometiere nuevo delito o infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena.”

Por lo tanto, la pena de prisión es una pena principal por medio de la cual se va a restringir la libertad ambulatoria de una persona con ocasión de un delito; es sin duda la más importante dentro del sistema punitivo guatemalteco.



En Guatemala el sistema original de prisiones o penitenciarías, ha sido suplantado por un sistema de granjas penales de rehabilitación para el reo; sin que hasta la fecha se observen los resultados esperados respecto de la reeducación y reforma del delincuente; ya que las penas privativas de libertad ejecutadas en estos centros penales no han logrado resolver los graves problemas desde el punto de vista patológico y social que presentan muchos delincuentes; y más ahora con las llamadas maras, prueba de ello es el elevado índice de reincidencia y habitualidad en muchos delincuentes que cumplen su condena, se integran a la sociedad, vuelven a delinquir y regresan de nuevo al penal.

2.8.3. La pena de arresto

Se encuentra regulada en el Código Penal en el Artículo 45: "Pena de arresto. La pena de arresto consiste en la privación de la libertad personal hasta sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión."

La legislación guatemalteca establece que esta pena principal se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión y por la comisión de una falta; sin embargo, por razones de espacio físico, carencia de instituciones previstas en la ley, el elevado número de personas sujetas a procesos penales, así como todas aquellas personas detenidas por ser responsables de faltas; los lugares resultan siendo los mismos e insuficientes y no fue sino hasta hace algún tiempo atrás que fue creado un lugar supuestamente específico para cumplir este tipo de arresto; pero que en la actualidad se utiliza para cumplir condenas de todo tipo.



2.8.4. La pena de multa

El Código Penal la regula en el Artículo 52: “Multa. La pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará, dentro de los límites legales.” La pena de multa tiene una importancia cada vez mayor dentro del derecho penal moderno; especialmente porque sigue ganando terreno en cuanto a su disputa con las penas cortas de prisión; señalándose en la doctrina que aunque causa aflicción no degrada, no deshonra al penado en su núcleo social y constituye una fuente de ingreso para el Estado.

Sin embargo, ha sido constantemente criticada pues para el rico representa la impunidad y para el pobre un sacrificio; en ese sentido se dice: “Esta pena debía estar reservada para las personas que gocen de cierto grado de fortuna, las distintas legislaciones penales en el mundo para contrarrestar lo expuesto han establecido cuantías proporcionales de acuerdo a la capacidad económica del penado.”²⁴

En Guatemala el Código Penal establece que la multa tiene carácter personal y será determinada de acuerdo a la capacidad económica del reo, su salario, su sueldo o renta que perciba, su aptitud para el trabajo o capacidad de producción, cargas familiares y demás circunstancias que indiquen su solvencia económica.

2.9. Penas accesorias

Son aquellas penas que al contrario de las principales no gozan de autonomía en su

²⁴ Rodríguez Devesa, José María. *Ob. Cit.* Pág. 835

imposición. Para imponerlas necesariamente deben anexarse a una principal, es decir, que su aplicación depende de que se imponga una pena principal, de lo contrario por si solas no pueden imponerse.

Para el abogado Manuel Ossorio la pena accesoria es: “Aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal. Las penas accesorias pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas.”²⁵

2.9.1. Inhabilitación absoluta

Consiste en la sanción o pena accesoria en donde existe prohibición de realizar cierto empleo, funciones o ejercitar derechos; para el abogado Manuel Ossorio, es: “Absoluta cuando alcanza a todas las funciones públicas.”²⁶

Según el Código Penal Artículo 56: “Inhabilitación absoluta. La inhabilitación absoluta comprende:

- 1º. La pérdida o suspensión de los derechos políticos.
- 2º. La pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniera de elección popular.
- 3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos.
- 4º. La privación del derecho de elegir y ser electo.

²⁵ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 558

²⁶ **Ibid.** Pág. 381



5º. La incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.”

2.9.2. Inhabilitación especial

Pena accesoria que se impone además de alguna o de algunas de las inhabilitaciones absolutas; reguladas en el Código Penal guatemalteco en el Artículo 57: “Inhabilitación especial. “La inhabilitación especial consistirá.

- 1º. En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del artículo 56.
- 2º. En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.

Esta prohibición del numeral 2º. se refiere especialmente cuando el delito se hubiere cometido abusando del ejercicio profesional o bien infringiendo deberes propios de la actividad a que se dedica el sujeto.”

2.9.3. Comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito

El comiso procede exclusivamente para bienes muebles, siempre y cuando el juez o tribunal competente declare la extinción de dominio, conforme a la ley de la materia. En relación a esta pena accesoria el Código Penal regula en el Artículo 60: “Comiso. El comiso consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que estos pertenezcan a un tercero no responsable del hecho.

Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. Los objetos decomisados de lícito comercio, se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial.”

2.9.4. Expulsión de extranjeros del territorio nacional y costas procesales

En cuanto a esta pena accesoria el Código Penal solamente se limita a mencionarla, al igual que el pago de costas procesales; sin embargo, se entiende que sólo se aplicará a los extranjeros y deberá ejecutarse una vez cumplida la pena principal.

En cuanto a las costas, el abogado Manuel Ossorio escribe: “Gastos que se ocasionan a las partes con motivo de un procedimiento judicial, cualquiera sea su índole.”²⁷ Las costas deberán pagarse por quien es responsable de haber perdido, salvo que el juez lo exima de su pago por consideraciones especiales, que debe determinar.

2.9.5. Publicación de sentencias

Esta pena se encuentra en el Código Penal en el Artículo 61, el cual regula: “La publicación de la sentencia es pena accesoria a la principal que se imponga por los delitos contra el honor. A petición del ofendido o de sus herederos, el juez, a su prudente arbitrio, ordenará la publicación de la sentencia en uno o dos periódicos de los de mayor circulación en la República, a costa del condenado o los solicitantes subsidiariamente, cuando estime que

²⁷ *Ibid.* Pág. 181

la publicidad pueda contribuir a reparar el daño moral causado por el delito. En ningún caso podrá ordenarse la publicación de la sentencia cuando afecte a menores o terceros.”

2.10. La conmuta

Se dice que no es precisamente una pena, sino un beneficio que se otorga al condenado, por medio de la cual la pena de prisión cuando no exceda de cinco años o de arresto según el caso se pueda transformar por pena de multa. Sin embargo, no podrá otorgarse la conmuta a los reincidentes, delincuentes habituales, a los condenados por hurto, por robo, a los peligrosos sociales a juicio del juez.

2.11. Conversión de la pena de multa

Según esta figura jurídica adoptada por el Código Penal, los penados con multa que no la hicieren efectiva en el término legal o que no cumplieren con efectuar las amortizaciones para su debido pago o fueren insolventes; cumplirán su condena con privación de libertad, regulándose el tiempo y las condiciones personales del penado entre cinco y cien quetzales por cada día.

2.12. Individualización de la pena

En la definición de la pena, ésta se considera desde dos puntos de vista: el primero, el principio de personalidad de las penas, que significa que las penas no pueden trascender a personas que no sean culpables del delito; el segundo, el principio de igualdad ante la ley penal, según el cual, las penas no pueden ser diferentes por la condición social de las



personas. Es por ello, que la pena es personal, es individual y no puede imponerse a una persona abstracta o jurídica; tal como lo regula el Artículo 38 del Código Penal que literalmente establece: “Responsabilidad penal de personas jurídicas. En lo relativo a personas jurídicas, se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales.”

2.13. La determinación de la pena

“La determinación de la pena no es más que la individualización de la pena, es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad, calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para procurar su resocialización.”²⁸

“Se entiende por determinación de la pena, la fijación de la pena que corresponde al delito.”²⁹

“La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente a fijación de la pena aplicables, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones.

²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal. Parte general.** Pág. 289

²⁹ Mir Puig, Santiago. **Manual de derecho penal. Parte general.** Pág. 98



La amonestación con reserva de pena. La dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición, comiso y de la confiscación, así como la de consecuencias accesorias”.³⁰

2.14. Sistemas de determinación de la pena

En cuanto a los sistemas de determinación de la pena, se aplican los siguientes:

2.14.1. Sistema de indeterminación absoluta

“Ésta implica la total ausencia de límites para las penas aplicables, es decir, que ni en el código ni en la sentencia se pondrá un límite a la sanción. La duración de la consecuencia impuesta estará a cargo de las autoridades judiciales o administrativas que se encarguen de regular la ejecución de las mismas. Este sistema pretende desarrollar los postulados preventivos especiales, como los propiciados por el positivismo naturalista, en Italia y el correccionismo positivista español.”³¹

2.14.2. Sistema de indeterminación relativa

“Es una forma intermedia de determinación entre el establecimiento legal de una cantidad inamovible y la absoluta ausencia de límites legales a la decisión judicial. Se basa en que debe existir para regular la cuantía de la pena, un límite máximo o un límite mínimo en su caso; tal como sucede en el país, los límites no pueden ser rebasados por el juez al

³⁰ *Ibid.* Pág. 87

³¹ Ziffer, Patricia S. *Lineamiento de la determinación de la pena.* Pág. 48



momento de fijar la pena.

El sistema de marco penal, es decir, la indeterminación relativa de la pena, un mínimo y un máximo, es el adoptado por todo el ámbito cultural hispanoamericano, lo cual está de acuerdo con la significación del principio de legalidad que la ley es la única fuente del derecho penal.”³²

2.14.3. Sistema de indeterminación judicial relativa

“Se refiere a dotar al juez de facultades suficientes para que fije el término mínimo y máximo de la condena en la sentencia relativamente indeterminada, sin establecer la cantidad exacta. Pretende evitar que el condenado sufra una prisión sin saber cuándo va a concluir ésta y responde a la inspiración preventiva especial y a la ideología del tratamiento.

El objetivo de la ciencia penal moderna es buscar la readaptación y resocialización del delincuente, la prevención de la comisión de los delitos y las faltas a través de una política criminal que debe fortalecer el Estado y que contribuye para que el derecho penal se constituya en democrático y garantista, circunstancias indispensables para que goce de legitimidad.

Para la aplicación de las penas, función de la actividad judicial, la primera parte, consiste en el ordenamiento lógico que se hace en relación a la interpretación de la norma impuesta

³² *Ibid.*



por el legislador, haciendo una imputación objetiva entre el hecho y el delito y su correspondiente relación con el autor de ese hecho que es constitutivo de delito.

La segunda parte, puede considerarse que es la aplicación de la pena correspondiente al autor de ese hecho delictivo, constitutivo de delito; y la última parte, la constituye la ejecución de la pena impuesta.”³³

2.15. Determinación de la pena conforme la legislación guatemalteca

En la legislación guatemalteca, los jueces al momento de dictar la sentencia se circunscriben a lo que establece el Artículo 65 del Código Penal, que prescribe: “El juez o tribunal determinará en la sentencia la pena que corresponda dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho, apreciadas tanto por su número como por entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.”

El mismo cuerpo legal citado, en el Artículo 66 establece que: “Cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso,

³³ Ibid.



quedando así fijada la nueva pena dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme lo dispuesto en el artículo 65 del Código Penal.”

De lo anterior se entiende, que en cuanto a la determinación de la pena en la legislación guatemalteca, se da lo que en doctrina se denomina como pena relativamente indeterminada con sus excepciones; que más adelante se detallarán, pues este sistema de penas, se caracteriza porque el legislador previamente ha señalado al juzgador un mínimo y máximo, entre los cuales tendrá que aplicar o individualizar la pena; de lo que se deriva que el juez al momento de determinar la pena, la fija dentro del máximo y mínimo de la pena establecida para cada delito, tomando en cuenta la peligrosidad del acusado, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, como lo son las circunstancias atenuantes y agravantes; además la extensión e intensidad del daño causado; extremo que no se da en los delitos que contemplan una pena plenamente determinada.



CAPÍTULO III

3. Definición de conmuta

La palabra conmuta proviene de la palabra conmutar; al respecto el diccionario enciclopédico describe que “es un adjetivo que indica que se puede conmutar, permutar, cambiar.”³⁴

Aplicado al derecho penal, se refiere a la permuta o cambio de una pena por otra; como sucede comúnmente en el caso de los delitos que contemplen una pena de prisión, se cambia o permuta por una pena de multa, a razón de determinada cantidad de dinero.

La conmuta se define como la transformación de la naturaleza de la pena o sanción en favor del reo. Se transforma en pago pecuniario. En el ordenamiento jurídico guatemalteco el Artículo 50 del Código Penal, textualmente regula: “Son conmutables:

- 1º. La prisión que no exceda de cinco años. La conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado;
- 2º. El arresto.”

³⁴ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 222

3.1. Análisis de la conmuta en la doctrina y en la legislación

Al realizar un análisis doctrinario de lo que significa en el derecho penal lo relativo a la conmuta; se debe recordar que la pena es una sanción previamente establecida para cualquier persona que cometa un delito o falta; la pena la establece el ordenamiento jurídico guatemalteco específicamente en el Título VI de las penas, Capítulo I penas principales, del Código Penal, que regula la pena de muerte, la pena de prisión, la pena de arresto y la pena de multa.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 19 establece: “El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos...”, estos son los fines de la pena para que reclusos sean incorporados de nuevo a la sociedad.

Para tal efecto a través del tiempo se han mejorado o perfeccionado por parte de los legisladores del Congreso de la República de Guatemala, los ordenamientos jurídicos relativos a la imposición de las penas para quien o quienes cometieren delitos o faltas; disminuyendo o afectando sus bienes jurídicos a través de un órgano jurisdiccional a quien el Estado le ha otorgado todas las facultades necesarias para sancionar al o los responsables de la comisión de un ilícito penal.

La conmuta constituye un sustitutivo de la pena de prisión y no un sustituto de la ejecución de la misma, porque la pena impuesta en sentencia se modifica por una distinta; en cambio en los sustitutivos de la ejecución la pena sigue siendo la misma hasta su extinción. Existen una serie de sustitutivos penales que se aplican en el procedimiento penal; debido a los



principios fundamentales del derecho penal que debe ser garantista en la aplicación de la pena.

Dentro del derecho penal guatemalteco, la pena de muerte es de carácter extraordinario pues se aplica de forma restrictiva en los casos que determina la ley y que afecten la vida; sin embargo, por ser extremadamente severa, ésta puede ser conmutada por la de privación de libertad, aplicándose la prisión en su límite máximo.

La pena de prisión, es quizá la más común al restringir la libertad ambulatoria de las personas con ocasión de un delito; mientras que la pena de arresto, es la que le sigue al restringir la libertad ambulatoria de las personas por la comisión de una falta; en base a ello y tomando en consideración la humanización que se pretende por parte del derecho penal al ser garantista de las penas; se aplica la conmuta y otros medios sustitutivos de la pena a través de las medidas reguladas en el Código Procesal Penal; que pretenden sustituir, valga la redundancia, una pena de prisión por otra pena no privativa.

Tal como sucede en el caso de la conmuta, establecida por parte del legislador en la ley, que a cambio de que un condenado pueda someterse a prisión definitiva, por haberse determinado la comisión del delito a través de una sentencia debidamente ejecutoriada; puede transformar o conmutar la naturaleza de esta pena por el pago pecuniario de determinada cantidad de dinero; computado por el tiempo en años que le impone el juez, para hacerlos efectivos a cambio de evitar guardar prisión. Pareciera que a través de la conmuta, el Estado no está cumpliendo con la facultad otorgada a los órganos jurisdiccionales competentes para ejercer su poder punitivo; sancionando a los responsables de la comisión de un delito.



No obstante, se utiliza para delitos de poca trascendencia social, como bien lo establece el Artículo 50 del Código Penal, todo aquel delito cometido por cualquier persona y sancionado por el órgano jurisdiccional competente, éste al emitir sentencia en la que se haya establecido una pena de prisión que no exceda de cinco años o que la sanción sea una pena de arresto, entonces en su defecto, al cumplir con los presupuestos a cambio de guardar prisión, el condenado o reo, su abogado defensor, con acuerdo del fiscal del Ministerio Público, podrán solicitar al juez competente, la conmutación de la pena, misma que será regulada entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales por cada día atendiendo a las circunstancias del hecho y dependiendo de la condición económica del condenado, monto que hará efectivo y obtener así su libertad.

A criterio del autor, esto viene a representar una forma de desjudicialización o una manera de descongestionar el sistema penitenciario; puesto que la transformación de la pena efectivamente cumple su función en el caso de todas aquellas personas que han cometido un delito y han sido condenadas por un órgano jurisdiccional competente a través de una sentencia debidamente ejecutoriada; en la cual son sindicados de ser responsables de un delito o una falta; en este caso se refiere a aquellos delitos que son de poco impacto o trascendencia social.

Sin embargo, existen presupuestos que definitivamente hacen lo opuesto para que no se cumpla con el principio de descongestión o desjudicialización del sistema penitenciario; y ello también lo contempla la ley, específicamente en el Artículo 51 del Código Penal que literalmente establece:

“Inconmutables.

La conmutación no se otorgará:

- 1º. A los reincidentes y delincuentes habituales;
- 2º. A los condenados por hurto y robo;
- 3º. Cuando así lo prescriban otras leyes;
- 4º. Cuando apreciadas las condiciones del penado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se establezca, a juicio del juez, su peligrosidad social...”

Por otro lado, al efectuar el análisis del Artículo 50 del Código Penal, se puede indicar que a la fecha éste se encuentra sujeto a serias contradicciones jurídicas; si se considera que el espíritu de la norma es cumplir con los fines de la ciencia penal moderna dentro de un sistema de garantías, que si se confronta con la realidad, en el caso de aquellos delitos cuya pena no supere los cinco años; existen otros, que aunque superan los cinco años, podrían estar contemplados dentro de este marco jurídico legal, para tener acceso los imputados o reos a la conmuta de la pena.

Si se considera lo que acontece en la realidad con el sistema penitenciario y la situación de la población guatemalteca; de que un ochenta y cinco por ciento de los delincuentes provienen de la clase pobre y de extrema pobreza; estas circunstancias pese a que actualmente se encuentran contempladas para aquellos delitos cuya pena no supere los cinco años; aún así, los reos no pueden acceder al pago del monto de dinero determinado, para tener el beneficio de la conmuta según el delito contenido en la norma.

Circunstancias que se hace necesario evaluar y estudiar en función de las realidades penitenciarias y de la población; tomando en consideración los principios informadores de



la ciencia penal moderna que ya fueron expuestos en el primer capítulo de este trabajo.

3.2. Antecedentes históricos del estado de peligrosidad

El término de peligrosidad surgió en la escuela positiva, se entendía como aquella capacidad del individuo que cometía un hecho delictivo que lo hacía vulnerable a seguir delinquiendo.

Este hecho delictivo del sujeto era determinado por factores psíquicos, antropológicos, sociales, económicos y ambientales, en los que la persona se desenvolvía; factores que eran determinantes para que el individuo delinquiera y se convirtiera en un sujeto peligroso; por tanto, no aplicaba la conmuta en ciertos delitos, por lo que era necesario la imposición de medidas de seguridad que buscaban eliminar la peligrosidad del individuo y así prevenir delitos futuros que afectasen a la sociedad y a él mismo.

Dicho término posteriormente fue rechazado en virtud de haberse comprobado que no todo sujeto que cometía un hecho delictivo estaba propenso a cometer uno posteriormente; estableciéndose ciertos índices en los que debían aplicarse la conmuta o las medidas de seguridad.

3.3. Definición de peligrosidad

El término peligrosidad es complejo, pero a continuación se citan algunas definiciones de éste.

Para el autor Florián citado por el tratadista Guillermo Cabanellas la peligrosidad es: “La aptitud, inclinación o tendencia del delincuente a delinquir de nuevo.”³⁵

El autor Luis Rodríguez Manzanera indica que: “Garófalo fue el precursor del concepto de peligrosidad, inicialmente lo entendía como temibilidad, para después desdoblar el concepto en dos: capacidad criminal y adaptabilidad social.

- a) La capacidad criminal es la perversidad constante y activa de un delincuente y la cantidad de mal que, por lo tanto, se puede temer del mismo.
- b) La adaptabilidad social es la capacidad del delincuente para adaptarse al medio en el que vive.”³⁶

La peligrosidad es reconocida por casi todos los autores, así para Petrocelli, citado por el jurista Luis Rodríguez Manzanera: “La peligrosidad es un conjunto de condiciones subjetivas y objetivas, bajo cuyo impulso es probable que un individuo cometa un hecho socialmente peligroso o dañoso,”³⁷

3.4. Clases de peligrosidad

En el derecho positivo, se considera la peligrosidad como una cualidad eventual del autor del delito, cualidad que, cuando se presenta, se autoriza a emplear un tratamiento particular

³⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 65

³⁶ Rodríguez Manzanera, Luis. **Criminología**. Pág. 417

³⁷ **ibid.** Pág 418

para el sujeto. El elemento que no falta nunca no es la peligrosidad, sino la capacidad para delinquir, pues la violación de la ley penal por sí sola demuestra la aptitud para cometer hechos delictivos, puesto que sin ella, por evidentes razones, no se habría podido realizar la otra.

Para el jurista italiano Francesco Antolisei: “El delito es efectivamente una realización de la capacidad para delinquir pero esa capacidad, es algo que difiere de la peligrosidad.”³⁸

El autor Ferri, quien es citado por Luis Rodríguez Manzanera: “Considera que la peligrosidad puede ser de dos formas, siendo éstas:

- a) Peligrosidad social, o sea la mayor o menor probabilidad de que un sujeto cometa un delito.
- b) Y la peligrosidad criminal, o sea la mayor o menor readaptabilidad a la vida social, de un sujeto que ya delinquiró.”³⁹

3.5. El estado peligroso social y la necesidad de su adecuación a la ciencia penal moderna con relación al numeral 4 del Artículo 51 del Código Penal

La norma contenida en el Artículo 51, numeral 4º. del Código Penal guatemalteco regula textualmente:

“Inconmutables. La conmutación no se otorgará:...

³⁸ Antolisei, Francesco. **Manual de derecho penal. Parte general.** Pág. 466

³⁹ Rodríguez Manzanera, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 418



4º. Cuando apreciadas las condiciones del penado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se establezca, a juicio del juez, su peligrosidad social;"

Lo anterior significa que existen delitos cuya pena puede ser objeto de permuta o conmuta de la pena de prisión, por el pago de determinada cantidad de dinero en su defecto.

Dentro de las normas del Código Penal guatemalteco, también existen delitos que a pesar de cumplir con el requisito de la conmuta, que la pena de prisión no exceda de cinco años; los jueces podrán determinar que no se otorgue la inconmutabilidad de la pena, cuando se susciten las circunstancias que se regulan en el Artículo 51 del Código Penal.

Para ello, los jueces tienen la obligación de valorar el grado de responsabilidad penal del imputado y que tiene dos momentos; uno precisamente se refiere a la prevención, todo ciudadano tiene la obligación de conocer la ley y de saber que determinadas conductas como el hecho de matar, lesionar, etc., están prohibidas y que por lo tanto, tiene responsabilidad penal de no cometerlas.

Así también, la responsabilidad penal se patentiza a partir del momento en que una persona transgrede esa norma y que por lo tanto, se hace acreedora a cierta responsabilidad penal.

Esa responsabilidad penal es graduada, es decir, la ley penal contiene numerus apertus en cuanto a determinar el monto en años de la pena, porque establece un parámetro sobre el cual debe regirse el juzgador en el momento de imponerla, cuando una persona se hace acreedora a ella.



La graduación de la pena, conlleva una serie de circunstancias que deben ser consideradas por el juez o los jueces al momento de emitir su fallo final.

A partir de ese momento es cuando se establecen algunas modificaciones a la responsabilidad penal; porque la ley también preceptúa aspectos relevantes en cuanto a los agravantes o atenuantes de la responsabilidad penal.

3.6. El carácter inmutable y sus repercusiones respecto al de peligrosidad social

Como se dijo anteriormente, los jueces tienen que hacer una valoración de las circunstancias y los requisitos que exige la ley para la imposición en la sentencia del beneficio de la conmuta; a pesar de que se pudiera tratar de delitos cuya pena de prisión no supere los cinco años. Cabe hacer el análisis también, que no tiene caso regular la conmuta como un beneficio, basado en una serie de principios y realidades, si también, la ley le da al juzgador o juzgadores, un parámetro para no otorgar este beneficio; como sucede con lo regulado en el Artículo 51 del Código Penal que estipula:

“Inconmutables. La conmutación no se otorgará:

- 1º. A los reincidentes y delincuentes habituales;
- 2º. A los condenados por hurto y robo;
- 3º. Cuando así lo prescriban otras leyes;
- 4º. Cuando apreciadas las condiciones del penado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se establezca a juicio del juez, su peligrosidad social;



5º. A los condenados por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera, contrabando aduanero, apropiación indebida de tributos y resistencia a la acción fiscalizadora de la Administración Tributaria.”

Este último inciso, fue adicionado por el Artículo 1 del Decreto 30-2001 del Congreso de la República de Guatemala; es decir, que es de reciente creación y por ello, se estima que ha sido una imposición del Estado en perjuicio de los particulares; toda vez que pese a que pudieran existir delitos cuya pena de prisión no superen los cinco años, que repercuten en el caso de la Administración Tributaria; los mismos limitan el hecho de que son inconvertibles, teniendo a juicio del autor una dedicatoria especial.

Sin embargo, como ya se dijo, ello no repercute en los grandes evasores de impuestos y casi, pudiera decirse, que existe una falta de interés de los particulares en términos generales de no pagar impuestos.

Esta actividad del Estado debe fortalecerse o mejorarse, a través de eliminar los sistemas de corrupción imperantes; así también, haciendo más transparente la función del Estado en cuanto al manejo de los recursos; es decir, a través de otras ramas del derecho y no precisamente a través del derecho penal, que no tiene razón de ser, en vista de que esta reforma constituye un retroceso a los pequeños avances que han existido en esta materia, respecto a la sanción de los bienes jurídicos tutelados y legitimados que sea efectiva y que persiga en todo caso; la rehabilitación y resocialización del delincuente para reinsertarlo a la sociedad como una persona útil.



En virtud de lo anterior, conviene establecer los principios que rigen un sistema garantista, que tendría que evaluarse para considerar un análisis de las penas, la conmuta y la no conmutación.

3.7. Principios que rigen en un sistema garantista desde la concepción de la dogmática jurídico penal moderna

El sistema guatemalteco se encuentra regido por garantías fundamentales, que se establecen en los siguientes principios:

3.7.1. Principio de proporcionalidad

“Se materializa en que la pena debe ser en relación al daño cometido: en abstracto y en concreto. En abstracto se plasma en la norma, cuando el legislador viene y establece el marco penal de una determinada figura delictiva, ponderada y determinada por el monto de la pena, sin violar otros principios que están contenidos en los principios materiales (derecho humanitario). En concreto, individualiza el grado de culpabilidad de la persona, aplica la norma, individualiza su conducta, sentencia e individualiza el contenido del injusto y culpabilidad de la persona. El injusto es toda acción típica antijurídica que se comete al transgredir una norma penal.”⁴⁰

Lo proporcional se plasma al momento en que se establece la norma y al momento de la sentencia. En cuanto a la ideología del tratamiento, es el fin de la resocialización.

⁴⁰ Silva Sánchez, José María. *Ob. Cit.* Pág. 34

Dentro de las principales características del principio de proporcionalidad, se encuentran:

- a) Permite integrar el principio de culpabilidad, determina la responsabilidad.
- b) No se puede imponer determinado tipo de pena ejemplo: penas corporales.
- c) Los hechos inevitables aquellos que no pueden ser denominados por la conducta no pueden ser sancionados, tampoco los hechos de responsabilidad objetiva, se deriva de ello la exigencia del dolo o culpa.
- d) Establece la responsabilidad por hechos propios y el principio del hecho penal del acto o sea el derecho penal del acto, basado en acciones u omisiones que sean posibles de evitar por la persona.

Respecto a las causas de permisión o de justificación, no se le va a pedir al legislador que tipifique cualquier cosa o actitudes personales en cuanto a raza, cara, forma de vida, etc., sino aspectos que garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala, como la vida, la libertad, la propiedad. Lo anterior, se encuentra regulado en los Artículos 15, 27 y 63 del Código Penal, porque debe pensarse al acto y no las intenciones, que en estos casos es todo lo contrario.

3.7.2. Principio de dignidad

Se deriva de que es un derecho penal del acto, basado exclusivamente en que van a ir dirigidos a acciones inevitables, se excluye la responsabilidad objetiva o sea comprobar que hubo dolo o culpa; no se exige en el Código Penal la culpa con claridad, ejemplo: homicidio preterintencional, caso fortuito, elementos que se den en el delito culposo; resabios de una legislación antidemocrática.

3.7.3. Principio de igualdad

El principio de igualdad exige que se tomen en cuenta las diferencias de cada una de las personas, es la categoría dogmática de la culpabilidad; ésta determina en la persona, en cuanto a su conducta, hasta dónde nace la responsabilidad para aplicarse y de allí surge la inimputabilidad y el principio de igualdad. En el principio de igualdad no existe una igualdad formal sino material y debe contener los siguientes aspectos:

- a) El grado de exigibilidad de una conducta.
- b) Deben tomarse en cuenta los valores culturales.
- c) Error de prohibición, hay que olvidar lo que establece el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial, porque no pueden establecerse normas que todo individuo debe conocer; la ley, debe determinar hasta qué punto debe conocer la norma.
- d) El injusto se va a perseguir, es haber cometido la acción típica, antijurídica, por ejemplo, en el caso de una mujer extranjera, que está por algún tiempo en el país y aborta, por lo que es detenida. Sin embargo, ella debió haberse asesorado, es decir, en el presente caso existe ignorancia pues en su país sí está permitido el aborto mientras que en Guatemala no; ignorando el hecho de estar por poco tiempo en el país o el hecho de ser extranjera; no podría aplicársele lo contenido en el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial.

El derecho penal es una cuestión de valores, al igual que el guatemalteco que tiene patrones culturales distintos; por lo tanto, son problemas de valoración que el juez hace, no hay legislación moderna que admita el conocimiento de la ley, lo cual viola los principios de indubio pro reo o bien presunción de inocencia. La igualdad formal, es la igualdad en



abstracto, se da en la parte del injusto sin entrar a particularizar. En la culpabilidad (igualdad material) se entran a conocer las causas concretas de la acción. El injusto es en abstracto, en la culpabilidad se concretan las diferencias y la igualdad material.

3.7.4. Principio de resocialización

Es una garantía individual que debe respetar el fuero interno de la persona. Es un derecho a no formar parte de esa resocialización o sufrir las consecuencias negativas de ello, sin ningún perjuicio material en su persona. La resocialización en Guatemala no necesariamente tiene que ser el fin de la pena; pero si es fundamental en cuanto a los fines de sanción y prevención.

3.8. La no conmuta y el estado de peligrosidad social

La conmutación de la pena no se otorgará por la peligrosidad, básicamente es la prognosis de que una persona que ha cometido un hecho delictivo sea propenso a cometer uno nuevo; pero a criterio del autor de la presente investigación, este término es subjetivo, ya que no puede pretenderse aplicar medidas de seguridad por la probabilidad de que el sujeto cometerá un hecho nuevo; porque no es posible determinar que este hecho suceda.



CAPÍTULO IV

4. Análisis doctrinario y jurídico del estado de peligrosidad social y la necesidad de su abordaje jurídico

4.1. Delitos relacionados con el estado de peligrosidad social

En la doctrina se han considerado varios conceptos, para el caso de los delitos denominados de impacto y los que no lo son; así también, les han denominado delitos de trascendencia social, dichas concepciones tienen un carácter subjetivo; como lo es el hecho de que el juez considere de acuerdo a determinados elementos lo relativo a la peligrosidad social.

Es así como en el derecho penal, ya se empezaron a manejar dichos conceptos o definiciones partiendo de lo que se ha denominado la desjudicialización, lo que permite que los órganos encargados de la administración de justicia, puedan intervenir directamente en aquellos delitos que provocan impacto social y son de gravedad; para descongestionar los tribunales de este tipo de delitos y atender efectivamente aquellos delitos que son de trascendencia, como el asesinato, homicidio, secuestro, etc.

Por otro lado, la desjudicialización beneficia a la administración de justicia y la función que realiza el Ministerio Público en su papel de aplicador de principios de conciliación y mediación, así como medidas desjudicializadoras, como el caso del criterio de oportunidad, la clausura provisional, el sobreseimiento, etc.



Para el caso de los delitos cuya pena no supere los cinco años se aplica el criterio de oportunidad o bien un procedimiento abreviado.

El estado de peligrosidad, es aquel estado o calidad de peligroso: "Peligroso, peligrosa, adjetivo, que ofrece un peligro o puede ocasionar daño. Figura y calidad de persona de carácter violento y terrible. SIN. Expuesto, se dice del lugar, negocio, etc., en donde puede resultar daño, en tanto que peligroso se aplica a lo que puede causar daño: camino, asunto, expuesto o; hombre, animal (no expuesto). Expuesto suele llevar la prep. a: expuesto a las balas, a grandes pérdidas." ⁴¹

Tomando en consideración que uno de los fines del derecho penal, es la de prevención del delito y la protección que necesita la sociedad de los delincuentes; debe tenerse presente también la facultad del Estado de establecer los delitos y los supuestos dentro de los cuales pueden encuadrarse las figuras delictivas para la imposición de las penas; que si bien es cierto se establecen de forma indeterminada, entre mínimos y máximos; esto se hace dentro de un parámetro previamente ya analizado y establecido por los legisladores para imponerlas; es decir, que el estado de peligrosidad social, es un concepto amplio y de fácil discusión y fundamentalmente se debe a un juicio de valores, para el caso de que la ley no lo regule concretamente; así también, debe reunir una serie de elementos para determinar ese estado de peligrosidad social.

Las circunstancias agravantes que modifican la responsabilidad penal, reguladas en el Artículo 27 del Código Penal, pueden reunir todos los elementos de un estado de

⁴¹ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 333

peligrosidad, al establecer que el imputado debe haber obrado con alevosía, premeditación, medios gravemente peligrosos, etc.; lo que repercute en lo que el Artículo 65 del Código Penal textualmente regula: “Fijación de la pena. El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia.

El juez o tribunal deberá consignar, expresamente los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.”

4.2. Análisis sobre algunas inconstitucionalidades de peligrosidad

La peligrosidad social implica también la consideración por parte del juzgador de la aplicación de medidas de seguridad y lo que al respecto del estado peligroso regula el Artículo 87 del Código Penal: “Estado peligroso. Se consideran índices de peligrosidad:

- 1°. La declaración de inimputabilidad.
- 2°. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado.
- 3°. La declaración del delincuente habitual.
- 4°. El caso de tentativa imposible de delito.
- 5°. La vagancia habitual.
- 6°. La embriaguez habitual.
- 7°. Cuando el sujeto fuere toxicómano.

- 8°. La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena.
- 9°. La explotación...”.

De estos índices de peligrosidad algunos presentan inconstitucionalidades, como los siguientes:

4.2.1. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado

Toda vez que viola el principio de certeza y de resocialización, ya que se le debe computar el tiempo que éste necesite estar internado por determinado desorden mental que presente durante el cumplimiento de la condena. Ante este criterio el doctor Alejandro Rodríguez Barrillas refiere lo siguiente: “Esta viene exigida por las necesidades de atención psiquiátrica derivadas de condiciones aparecidas con posterioridad a la sentencia, pues se entiende que la persona a la cual se condenó era plenamente imputable al momento de cometer el delito.

En estos casos corresponde al juez de ejecución comprobar el estado mental del condenado para luego verificar la enfermedad y decretar el traslado hacia una institución que pueda proveerle el tratamiento adecuado.

Si bien la ejecución de la pena queda suspendida, el cómputo de la misma debe continuar durante todo el tratamiento curativo, pues, de lo contrario, se estaría castigando dos veces por el mismo hecho a la persona, dado que la medida de seguridad, se acepte o no,



constituye una privación derechos fundamentales de la persona.”⁴²

4.2.2. La declaración del delincuente habitual

“Con este índice de peligrosidad se está ante un derecho penal de autor por estar ante una doble penalización, porque por un lado se le aplicaría una pena y por el otro una medida de seguridad. Además debe considerarse que en la doctrina existe una clasificación en cuanto a la habitualidad específica y habitualidad genérica. Se estima específica, cuando el delincuente comete y se convierte en delincuente habitual en determinados delitos, como sucede por ejemplo, en el caso de los delitos de vagatela, en los que el delincuente, comete actos ilícitos como robo menor, consumir drogas, encontrarse en estado de ebriedad, que provoquen escándalo, etc.

En relación a los delincuentes habituales de manera general, son aquellos, que se caracterizan por el ingreso constante a los centros penitenciarios, cumplen su condena y luego vuelven a ingresar, en este caso, sucede que los delincuentes con estas características, generalmente empiezan a cometer delitos menores para luego ingresar por delitos mayores.”⁴³

Respecto a la reincidencia describe el maestro Alejandro Rodríguez Barillas: “Es un elemento que se encuentra contenido en las circunstancias agravantes de la pena, como circunstancias que modifican la responsabilidad penal, y se refiere a que al imputado se le

⁴² Rodríguez Barillas, Alejandro. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Tomo I. Pág. 84

⁴³ *Ibid.*

somete a una mayor exigencia de una conducta distinta predicable del delincuente común, y debe concurrir el hecho de que ha sido ya sancionado penalmente por delito semejante.

Es por tanto, de naturaleza subjetiva. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza y sin que sean computables los antecedentes penales carcelarios o que debieran serlo. La existencia de una ejecutoria anterior, permite diferenciar esta institución del concurso de delitos.”⁴⁴

“Es importante hacer notar que podría establecerse en la doctrina, el caso de la reincidencia específica o bien la reincidencia general, diferenciándose una de otra, en el caso de que el delincuente ha cometido específicamente el mismo delito o bien otros delitos, por eso puede indicarse que existe diferencia entre la reincidencia y la habitualidad, porque lo establece el inciso 24 del Artículo 27 del Código Penal al regular la habitualidad, como quien habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, (ello se refiere a la reincidencia específica o general), cometiere otro u otros en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas.”⁴⁵

Los efectos de la reincidencia, no goza de medida sustitutiva, es inconmutable, no goza de sustitutivos penales.

Los efectos de la habitualidad que se aplica al reo es que no goza de medida sustitutiva, es inconmutable, no goza de sustitutivos penales, se aplica el doble de la pena y se aplica

⁴⁴ Ibid. Pág. 85

⁴⁵ Ibid.



una medida de seguridad.

En el caso de los que hayan sido condenados por hurto y robo, el autor Alejandro Rodríguez Barillas indica que: "Son delitos que atentan contra el patrimonio, siendo un bien jurídico legitimado para el caso de los legisladores al imponer que no son conmutables en este tipo de delitos; y que hayan sido condenados, lo cual riñe con los principios del derecho penal analizados con anterioridad, toda vez que, se está dando un trato desigual en la categoría de delitos donde la pena no supera los cinco años; es decir, tiene una dedicatoria especial, por considerar el legislador, que en estos casos pueden volver a delinquir; por lo tanto, se necesita que en prisión se propicien los principios constitucionales de rehabilitación y readaptación del delincuente; circunstancias que al igual que en el caso de los reincidentes y delincuentes habituales, tienen carácter subjetivo y se debe a un juicio de valores, pero que por encontrarse establecido en la ley, no puede ser objeto de discusión en el caso de los jueces, quienes en su valoración constituyen una forma de tasación." ⁴⁶

Por otro lado, el inciso tercero del Artículo 51 del Código Penal, regula que no procede la conmuta cuando así lo prescriban otras leyes en las que se regulen otros delitos; tal el caso de la Ley contra la Narcoactividad, en la cual no existe el beneficio de la conmuta para los delitos de narcotráfico que allí se regulan.

El inciso cuarto del Artículo 51 del Código Penal, regula: "Cuando apreciadas las condiciones del penado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se

⁴⁶ *Ibid.* Pág. 87

establezca a juicio del juez, su peligrosidad social.” En este caso contendría efectuar un análisis de lo que puede interpretarse como peligrosidad social del individuo sujeto a un proceso penal por la comisión de un delito o una falta. Así también, el inciso quinto regula, que no procede la conmuta para el caso de los delitos tributarios.

4.2.3. La tentativa imposible

“La tentativa imposible de delito, porque es una acción inidónea para la aplicación de una medida de seguridad, ya que no se ha cometido ningún delito, por lo que se estaría aplicando una medida de seguridad predelictual, siendo contrario al principio de legalidad, el derecho penal en nuestro orden constitucional se basa en el principio de que no pueden ser castigados los malos pensamientos, ni las simples formas de ser, sino únicamente aquellas acciones capaces de lesionar bienes jurídicos. Por ello se impone como presupuesto de la comisión de un delito una acción exterior idónea para la realización típica.

En la tentativa imposible precisamente falta la realización de esa acción exterior idónea, por lo que se está castigando al sujeto, no por un hecho delictivo, pues no lo es una acción exterior inidónea, sino tan sólo por su mala intención. En definitiva, lo que se está haciendo es imponer una medida de seguridad predelictual.”⁴⁷

⁴⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. *Ob. Cit.* Pág. 679

4.2.3. La vagancia habitual

Es una intervención de manera arbitraria por parte del Estado, ya que éste en ningún momento puede intervenir en las actividades que realizan los ciudadanos.

También se estaría ante un derecho penal de autor, en el cual se pretende condenar a alguien por la persona; en este caso por la actividad o inactividad realizada y no por el delito cometido.

4.3. Circunstancias que toma en cuenta el juez para establecer el estado de peligrosidad social del individuo

Como se indicó anteriormente, el estado de peligrosidad puede ser considerado por los jueces, tomando en cuenta determinados elementos; los cuales, se concretizan en lo que para el efecto regula el Artículo 65 del Código Penal, sobre la fijación de la pena determinada en la sentencia..

Antes del pronunciamiento de la sentencia, los jueces tienen la facultad previa de realizar una serie de valoraciones subjetivas y objetivas; toda vez, que quienes están juzgando son personas que adolecen también de defectos y poseen virtudes; así también, se conjuga en esa valoración, las reglas de la sana crítica razonada, que permite utilizar la lógica, la experiencia y otras circunstancias que puedan ayudar a los jueces a pronunciar su fallo; basados en una fundamentación lógica y razonada en función del beneficio que se le pueda otorgar a la sociedad así como al imputado.

4.4. Elementos de la no conmuta de la pena en el delito

Dentro de los elementos más importantes, que pueden ser considerados por los jueces para pronunciarse respecto a la no conmuta de la pena en el delito que se trate, se encuentran los siguientes:

4.4.1. Debe tenerse en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable

Determinar qué grado de peligrosidad tiene el imputado en razón del hecho y de la prueba, le permite al juzgador hacer una valoración mediante la utilización de las reglas de la sana crítica en el momento de imponer o fijar la pena correspondiente; quien debe considerar no los aspectos que regula actualmente la ley, respecto a tomar en consideración la mayor o menor peligrosidad del culpable, sino los hechos por los cuales ha sido acusado y que deben ser el fundamento para determinar su grado de culpabilidad.

Por tanto, se deben tomar en cuenta, antes de imponer una sanción, los hechos que fueron sujetos a prueba y probados dentro de la valoración subjetiva; si el culpable es delincuente primario o reincidente, si es el caso de que se haya sometido tal circunstancia a prueba en el desarrollo del juicio.

4.4.2. Antecedentes personales del culpable y de la víctima

“En cuando a los antecedentes personales del culpable también es un tema que tiene relación con los juicios de valores, de carácter subjetivo, porque simplemente no puede el juzgador caer dentro de un marco de estigmatización en el que por ejemplo, por el hecho

de ser pobre, ya trasciende a determinar que es culpable o bien por el hecho de tener tatuajes, es delincuente; por lo tanto, el juez debe encontrarse liberado de una serie de prejuicios para que de una manera justa y adecuada, pueda realizarse una fundamentación en el fallo, apegada a los principios de justicia, equidad, indubio pro reo, presunción de inocencia y legalidad.

En el caso de la víctima, cabe señalar que el derecho penal, se encuentra inmerso en una normativa propia para el delincuente o imputado y no reúne un marco normativo que también contenga una valoración de las circunstancias de la víctima o sus herederos, sino que se debe únicamente a la solicitud de intervención como querellante adhesivo o actor civil dentro del proceso.

Sin embargo, como lo regula la norma, también existe obligatoriedad en el caso de los jueces, de estimar las circunstancias en que se encontraba la víctima y se encuentra para la conformación de otros elementos que conlleven la imposición del delito y la pena correspondiente.”⁴⁸

4.4.3. Considerar el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado

“Los jueces al establecer el móvil del delito, se refieren a lo que plantea el Ministerio Público en la acusación y que la misma contenga los requisitos legales exigidos para que sean objeto de discusión y del contradictorio en el debate que permita a los jueces valorar y sancionar como corresponde. En este apartado los jueces tienen la obligación de describir

⁴⁸ *Ibid.* Pág.95

si hubo, las circunstancias agravantes o atenuantes que concurrieron en el hecho y determinar las mismas y analizar el grado de importancia que tuvo para aterrizar en el fallo correspondiente.

Dentro de la valoración que deben realizar los jueces se encuentra la circunstancia del estado peligroso, en el caso de los delitos que permiten la conmuta o bien de aquellos que no lo permiten, y para el caso de la conmuta como un beneficio que la misma ley impone, también, establece los elementos necesarios para que ya no la ley, sino el juez, no permita este beneficio al inculpado, los cuales se encuentran regulados en el Artículo 51 del Código Penal, el cual merece atención, por los juicios de valor que deben tener los jueces en ese sentido, y que resulta peligroso porque de conformidad con los principios del derecho penal que pretende basarse en un sistema de garantías, ello podría ser contraproducente fácilmente y que se ve patentizado en el fallo.”⁴⁹

4.5. Inexistencia de fundamento constitucional de peligrosidad

“Resulta necesario comentar que no hay fundamento constitucional para hablar de peligrosidad porque en un estado de derecho todos se rigen por el imperio de la ley y las acciones u omisiones prohibidas deben estar plenamente establecidas en la ley, entonces la peligrosidad no puede estar establecida en la ley, por ser un juicio a futuro y no se puede determinar.

En nuestro medio la peligrosidad del individuo se determina a través de exámenes

⁴⁹ Ibid.

psiquiátricos donde se establece la prognosis de peligrosidad, siendo éste un pronóstico que tiene que ser objeto de un juicio científico, no puede ser nada más la arbitraria decisión de un juez o que el juez a partir de parámetros éticos, morales decide si un sujeto es peligroso o no.

La peligrosidad requiere de un doble diagnóstico, primero lo que se llamaría el índice peligrosista o el indicio de peligrosidad, sería el hecho de la enfermedad mental que el sujeto padece, la que no es objeto de controversia, teniendo la defensa la capacidad de poder rebatir esa situación y una vez determinado que el sujeto tiene una enfermedad mental o tiene una situación de un estado o índice de inimputabilidad que se centra a un estado de peligrosidad; es un juicio científico que deben hacer los psiquiatras sobre determinados casos." ⁵⁰

Surge entonces la siguiente interrogante ¿Cuál debe ser el fundamento material que justifique a juicio o criterio del juez, que una persona tiene peligrosidad social en un estado democrático de derecho? A criterio del autor de la presente investigación, será a través del respeto a la dignidad humana, la cual permitirá que haya una selección crítica sobre sus condiciones, cuáles fueron los móviles de su conducta y sobre todo; las circunstancias del hecho se deben imponer para poder otorgar la conmuta de la pena; para luego alcanzar los fines constitucionales de protección a la vida, seguridad y desarrollo de cada persona.

Concluyendo este apartado, puede decirse que en un estado democrático de derecho como el que se vive actualmente; la peligrosidad se justificará siempre como medio para

⁵⁰ *Ibid.* Pág.97



no aplicar la conmuta de la pena y cuando su fundamento material sea la dignidad de la persona y no la peligrosidad como se ha hecho hasta el presente.



CONCLUSIONES

1. El estado de peligrosidad social no es apreciado de manera objetiva ni subjetivamente por parte de los juzgadores, pues en muchos casos no toman en cuenta, todas aquellas circunstancias favorables relacionadas con el caso ni los antecedentes personales del imputado, que en cualquier momento modifican la responsabilidad penal del condenado.
2. En los delitos conmutables el juez es el que valora el estado de peligrosidad del imputado; pero esta valoración es subjetiva muchas veces, ya que se fija más que todo en la apariencia física o en la situación económica de la persona, lo cual es ilegal pues no se respetan las garantías constitucionales.
3. En el sistema de justicia guatemalteco la conmuta es una figura que muy pocas veces se aplica y por lo mismo es que los juzgados tienen sobrecarga de trabajo y las cárceles se encuentran sobrepobladas.
4. Cuando se conmuta una pena de prisión por una pena pecuniaria, el problema resulta cuando el imputado no tiene dinero para pagar; pues la mayoría de personas que enfrentan problemas judiciales son de escasos recursos.
5. La no aplicación de la conmuta en los delitos tributarios es ilegal; puesto que todos son iguales ante la ley, además no existe peligrosidad en el contribuyente que no paga impuestos por no tener dinero o por falta de trabajo.





RECOMENDACIONES

1. Los jueces al momento de emitir sus sentencias, tendrían que realizar un abordaje integral sobre el estado de peligrosidad social de la persona, auxiliándose para el efecto de informes psicológicos.
2. A la Corte Suprema de Justicia instruir a los jueces a efecto que los antecedentes penales no sean causa para que a las personas se les restrinja sus derechos; ya que el estado de peligrosidad social por ser un juicio subjetivo que emite el juez, no debe ser motivo para no conmutar una pena.
3. Los diputados al Congreso de la República de Guatemala presentar iniciativa de ley para reformar el Código Penal; y que todos los delitos de poca trascendencia social pueda aplicarse una conmuta o un resarcimiento a la sociedad por parte del sentenciado.
4. El Organismo Judicial, cuando a una persona de escasos recursos se le conmute la pena por el pago de dinero; proporcionar facilidades para que pague o bien, que se acepte la figura del fiador o la fianza.
5. En el caso de reformarse el Artículo 51 del Código Penal, se debe establecer que los delitos tributarios sean también objeto de la conmuta; puesto que el sistema tributario debe ser justo y equitativo de conformidad al principio de capacidad de pago de los contribuyentes.





ANEXO

Análisis de los resultados del trabajo de campo

El trabajo de campo consistió en la realización de una encuesta a profesionales del derecho, abogados litigantes en el ramo penal, respecto del tema objeto del presente estudio; a continuación se presentan las preguntas, las respuestas y su análisis.

a) ¿Cree usted que existen delitos de impacto y de poca trascendencia social?

En este caso las veinte personas entrevistadas opinaron que si existen delitos de impacto, máxime si se toma en cuenta la situación de violencia que actualmente vive Guatemala; en donde cada día son más violentas las formas de delinquir y de cometer los crímenes, tales como los casos de desmembramientos de mujeres, personas decapitadas o quemadas en su totalidad, torturadas, etc., no respetándose la edad o sexo de las personas; sin embargo, todos los profesionales indicaron que también dentro del sistema penal guatemalteco existen delitos de poca trascendencia que no afectan a la sociedad en general.

b) ¿Cree usted que existen más delitos en el Código Penal de poca trascendencia, es decir cuya pena de prisión no supera los cinco años?

En consenso a esta pregunta las veinte personas respondieron que si existen delitos comprendidos dentro del Código Penal guatemalteco en los cuales la sentencia no supera los cinco años de prisión.



- c) ¿Considera que ha sido de beneficio la aplicación del principio desjudicializador en el derecho penal?

Once personas respondieron que si ha sido de beneficio para todas aquellas personas sujetas a proceso penal, por delitos de poca trascendencia social y para el Estado de Guatemala, en cuanto al sistema penitenciario, al tratar de evitar la sobrepoblación de reos en las distintas cárceles del país; mientras que nueve personas consideran que si es beneficioso pero que puede mejorarse.

- d) ¿Cree usted que la conmuta se encuentra regulada en el Código Penal para delitos de poco impacto social?

Relacionado a esta pregunta, doce personas respondieron que la conmuta si se encuentra regulada en el Código Penal, para los delitos con penas menores a cinco años y por la comisión de una falta; ocho personas opinaron que si, pero rige exclusivamente para determinados delitos.

- e) ¿Considera que la conmuta es un beneficio para el imputado o inculgado?

En relación a esta pregunta las veinte personas respondieron que la conmuta si es un beneficio para todas aquellas personas que incurrieron en un delito de poca trascendencia o por alguna falta; ya que les da la oportunidad de transformar o cambiar la prisión por un pago pecuniario establecido por los jueces.

Doce personas respondieron que si existen gran cantidad de sentencias por delitos de poca trascendencia social; seis personas respondieron que son pocas en virtud que las sentencias emitidas dependen del criterio de los juzgadores; mientras que dos personas no opinaron al respecto.

- g) ¿Cree que los jueces aplican la conmuta en los delitos cuya pena de prisión no excede de cinco años?

En este caso diez personas entrevistadas opinaron que sí, los jueces aplican la conmuta de la pena, mientras que las otras diez personas opinaron que según criterio de los jueces aplicaban en sus sentencias la incommutabilidad de la pena.

- h) Según su experiencia y después de leer el Artículo 51 del Código Penal: ¿Cree que debiera ampliarse respecto a la pena de prisión, ya que existen una serie de delitos que pueden ser conmutables por su poca trascendencia social?

Las veinte personas entrevistadas opinaron que están de acuerdo en que se amplíe el artículo, en virtud de existir más delitos que no afectan a la sociedad y se lograría un ahorro de recursos para el Estado.

- i) ¿Cree usted de acuerdo a su experiencia, que el estado peligroso en general, tiene carácter subjetivo que va en contra de los principios informadores del derecho penal en perjuicio del imputado?



- i) ¿Cree usted de acuerdo a su experiencia, que el estado peligroso en general, tiene carácter subjetivo que va en contra de los principios informadores del derecho penal en perjuicio del imputado?

En relación a esta pregunta las veinte personas estuvieron de acuerdo, al responder que si se violan principios del derecho penal, ya que en Guatemala la legislación otorga el criterio a los juzgadores para conmutar la pena, tomando en cuenta todos los elementos subjetivos para cada caso concreto.

- j) ¿Considera que los legisladores deben revisar la normativa respecto a valorar la peligrosidad social para regularla; lo cual permitirá emitir un juicio de valores de carácter subjetivo en el caso los jueces?

En relación a esta pregunta las veinte personas entrevistadas respondieron que si es necesario revisar la ley, para establecer realmente a qué se refiere la peligrosidad social y evitar así la violación de principios constitucionales.



BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal. Parte general.** Colombia: Ed. Temis, 1988.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal. Parte general.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1998.

CABANELAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Hestia, 1981.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano. Parte general.** México: Ed. Porrúa, S.A., 1987.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** España: Ed. Bosch, 1968.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco. Parte general.** Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Manual de derecho penal. Parte general.** España: Ed. Promociones Publicitarias Universitarias, S.A., 1990.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. S.R.L., 1981.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** Madrid, España: Ed. Espasa Calpe. S.A., 1994.

PESSINA, Enrique. **Elementos de derecho penal.** Madrid, España: Ed. Reus, S.A., 1936.

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. **Manual de derecho penal guatemalteco. Tomo I.** Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2005.

RODRÍGUEZ DEvesa, José María. **Derecho penal español.** Madrid, España: Ed. Artes Gráficas Carasa, 1980.



RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminología**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1981.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación del derecho penal contemporáneo. Parte general**. Barcelona, España: Ed. J.M. Bosh, 1992.

SOLER, Sebastián. **Prólogo a la traducción de la obra programa del curso de derecho criminal**. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Argentina, Bs.As, 1951.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal. Parte general**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, 1983.

ZIFFER, Patricia S. **Lineamiento de la determinación de la pena**. Buenos Aires, Argentina: Ed. AD-HOC, 1996.

Legislación:

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, 1969.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1989.

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

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