

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DE LA PENA DE CADENA PERPETUA Y SU
IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

SERGIO ENRIQUE SALAZAR RÍOS

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2014

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DE LA PENA DE CADENA PERPETUA Y SU
IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SERGIO ENRIQUE SALAZAR RÍOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2014

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

DECANO: Msc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández
Vocal: Licda. Sonia Eugenia Calderón Contreras
Secretaria: Licda. Bélgica Anabella Deras Román

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Moises Raúl de León Catalán
Vocal: Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Secretaria: Lic. Hector René Granados Figueroa

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).



Guatemala 14 de febrero del año 2014

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.



Respetable Doctor Mejía Orellana:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para informarle que de conformidad con el nombramiento de asesor del trabajo de tesis que se me hiciera el bachiller: **SERGIO ENRIQUE SALAZAR RÍOS** intitulado **"ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DE LA PENA DE CADENA PERPETUA Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**, informo a usted lo siguiente:

- a) **Del título de la investigación:** El bachiller Salazar Ríos, sometió a mi consideración la tesis intitulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DE LA PENA DE CADENA PERPETUA Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"** para la asesoría respectiva. Examinando el tema se llegó a la conclusión tanto del suscrito como del bachiller, que se debe dejar el nombre propuesto al tema por encontrarlo adecuado al plan de investigación.
- b) **Respecto del contenido científico y técnico de la tesis:** La investigación cumple con los presupuestos de presentación y desarrollo, así como la sustentación de teorías, análisis y aportes, tanto de orden legal como académico. Se puede extraer que el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, relativo al contenido científico y técnico de la tesis en virtud que el presente trabajo llena las expectativas por dicho normativo, al haberse utilizado dichos aspectos al desarrollarse la investigación del caso.
- c) **Respecto de la metodología y técnica de investigación utilizada:** Para el desarrollo del presente trabajo se utilizaron métodos y técnicas adecuadas para este tipo de investigación siendo estos analítico y deductivo así como técnicas bibliográfica y documental, para la indagación respectiva.



- d) **De la redacción utilizada:** Se observó que en toda la tesis se emplearon técnicas de redacción, ortografía y gramática adecuadas, para este tipo de trabajos, así como fondo y forma según lo establecido por la Real Academia de la Lengua Española.
- e) **Respecto de la contribución científica:** La investigación provee una serie de elementos relacionados con la temática de la figura de la pena de cadena perpetua, así como de la conveniencia o no de su aplicación en la realidad social y jurídica de la sociedad guatemalteca.
- f) **De las conclusiones:** Se pudo establecer que el bachiller, hizo hallazgos dentro de la investigación, que a mi consideración son adecuados y que las conclusiones, son congruentes con el trabajo realizado.
- g) **De las recomendaciones:** De igual manera, las recomendaciones tienen congruencia con las conclusiones.
- h) **De la bibliografía utilizada:** La bibliografía utilizada me pareció apropiada, diversa y actualizada, se utilizó doctrina de autores nacionales como extranjeros, análisis de legislación interna como de otros países por lo que me pareció adecuada.

En conclusión y en virtud de haberse cumplido con las exigencias del suscrito asesor derivadas del examen del trabajo en los términos anteriormente expuestos e individualizarlos y por las razones ya expresadas, al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente emitir dictamen favorable, por lo que solicito se continúe con lo establecido de conformidad con la ley.

Atentamente,

Lic. Carlos Antulio Salazar Urizar
Abogado y Notario
Colegiado 6.279

LIC. CARLOS ANTULIO SALAZAR URIZAR
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 07 de marzo de 2014.

Atentamente, pase a la LICENCIADA CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante SERGIO ENRIQUE SALAZAR RÍOS, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DE LA PENA DE CADENA PERPETUA Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultada para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "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".



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iy.





LICENCIADA
CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES
ABOGADA Y NOTARIA

Boulevard Sur 1-025 zona 6 de Mixco, Pedregal del Naranjo
No. Col. 5,656



Guatemala 20 de marzo de 2014

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



Doctor Mejía Orellana:

En relación al nombramiento que se me hizo de fecha siete de marzo del año dos mil catorce en el cual se me faculta para actuar como revisora del trabajo de tesis del bachiller Sergio Enrique Salazar Ríos, quien se identifica como estudiante de ésta facultad con el carné 200616241, intitulado: **“Análisis jurídico y social de la pena de cadena perpetua y su implementación en el derecho penal guatemalteco”** procedo a dictaminar respecto a la revisión del mismo en el siguiente sentido

- I. El **contenido científico y técnico** de la tesis representa un aporte significativo en virtud que la investigación desarrolla aspectos y características de la pena de cadena perpetua, así mismo expone ventajas y consecuencias de su aplicación en sistemas jurídicos de otras naciones y realiza un análisis de la conveniencia de su aplicación dentro del derecho penal guatemalteco. Considero importante resaltar que el contenido desarrollado dentro del presente trabajo de investigación representa una contribución valiosa para los estudiantes, profesionales y en general cualquier persona que desee profundizar en el estudio de esta figura.
- II. La **metodología y técnicas de investigación utilizadas** fueron el analítico, deductivo y científico los cuales fueron utilizados adecuadamente durante la elaboración del trabajo de tesis. Así como técnicas bibliográficas, técnicas jurídicas y documental.
- III. Respecto a la **redacción** del trabajo desarrollado la misma es clara y coherente, se observaron las normas y técnicas de ortografía y redacción motivo por el cual considero que satisface los requerimientos.
- IV. Tanto las **conclusiones** como las **recomendaciones** muestran correlación con el contenido del trabajo desarrollado, se muestran congruentes.
- V. Con relación a la **contribución científica**, se pudo constatar que el trabajo desarrollado observa el contenido científico que para este tipo de investigación se requiere, convirtiéndose en un aporte importante al estudio de la figura de la pena de cadena perpetua y la viabilidad de su aplicación en una realidad con características tan particulares como lo es la guatemalteca.



LICENCIADA
CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES
ABOGADA Y NOTARIA
Boulevard Sur 1-025 zona 6 de Mixco, Pedregal del Naranjo
No. Col. 5,656



- VI. Considero que la **bibliografía** utilizada en la elaboración del trabajo del sustentante es específica, concreta y actualizada, dando una base sólida a la investigación.

En consecuencia con lo anteriormente expresado y en mi calidad de **revisora** de tesis emito **dictamen favorable** en virtud que el trajo de investigación desarrollado por el bachiller Sergio Enrique Salazar Ríos cumple con mis expectativas como revisora así como con los requisitos contenidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, debiendo continuar su trámite administrativo legal, a efecto que se emita orden de impresión y se señale día y hora para la discusión en el correspondiente examen público.

Sin otro particular, me suscribo de usted deferentemente.

Licda. Coralia Carmina Contreras Flores
Revisora
Colegiada Número 5,656

LICENCIADA
Coralia Carmina Contreras Flores
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 30 de julio de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante SERGIO ENRIQUE SALAZAR RÍOS, titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DE LA PENA DE CADENA PERPETUA Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. 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/srrs





DEDICATORIA

A DIOS:

Desde mi particular forma de entenderlo.

A MIS PADRES:

Dora Maritza Ríos Villatoro y Elmer Vitelio Salazar Barrios, gracias por darme la vida y dejarme el legado del ejemplo, por estar conmigo apoyándome en todo momento y convertirme en la persona que soy ahora. Los amo.

A MIS HERMANOS:

Elmer Estuardo Salazar Ríos y Claudia Carolina Salazar Ríos, por el cariño y comprensión que siempre me han regalado, siempre luchan por sus sueños y jamás se rindan ante la adversidad.

A MIS AMIGOS:

Gracias por estar conmigo en las buenas y malas, por compartir alegrías y tristezas, especialmente a mi amigo Douglas Rogelio Orozco Canté, gracias por ser además de mi amigo, mi maestro y mi hermano.

A MI PUEBLO:

El pueblo de la república de Guatemala, gente trabajadora y luchadora a la que orgullosamente pertenezco.

A MI ALMA MATER:

La tricentenaria y revolucionaria Universidad de San Carlos de Guatemala, gracias por haberme acogido en tu seno y darme el pan del saber cada día. Lucharé porque tu nombre se encuentre en lo más alto siempre.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1 El derecho penal guatemalteco	1
1.1 Breves antecedentes	1
1.2 Breves antecedentes del derecho penal guatemalteco	5
1.3 Características del derecho penal	7
1.3.1 Generales	7
1.3.2 Específicas	8
1.4 Fuentes del derecho penal	9
CAPÍTULO II	
2 La teoría del delito para la efectiva sanción penal	15
2.1 Breves consideraciones	15
2.2 Elementos positivos del delito	18
2.2.1 La acción y la omisión	18
2.2.2 La antijuridicidad	19
2.2.3 La tipicidad	21
2.2.4 La culpabilidad	27
2.2.5 La punibilidad	27
2.2.6 La imputabilidad	28
CAPÍTULO III	
3 Las penas y la fase de ejecución	31
3.1 El sistema de ejecución y aplicación de las penas	31
3.1.1 Breves antecedentes	31
3.1.2 Concepto de pena	32



	Pág.
3.1.3 Teorías acerca de la pena.....	32
3.2 El sistema de aplicación de las penas en la legislación penal guatemalteca	42
3.2.1 Breves antecedentes.....	42
3.2.2 Análisis del sistema guatemalteco de aplicación de las penas	43
3.3 El sistema penal de conformidad con el Código Penal Guatemalteco	45

CAPÍTULO IV

4. La poca efectividad de las penas en la legislación guatemalteca y los aspectos positivos y negativos para la creación de la pena de cadena perpetua dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco	49
4.1 Aspectos considerativos	49
4.2 Principios de la pena	50
4.3 Los fines fundamentales de la pena	57
4.4 Los factores que inciden en la poca efectividad de la pena.....	58
4.5 Los sustitutivos penales.....	62
4.6 Análisis de la iniciativa de Ley 4476 del Congreso de la República de Guatemala que pretende crear la pena de cadena perpetua.....	63
4.7 Análisis de la legislación comparada.....	76
4.8 Necesidad de que se establezca la cadena perpetua dentro de la legislación guatemalteca.....	80
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

La escalada de violencia que se ha producido en los últimos años en la sociedad, ha obligado a buscar medidas efectivas para frenar la problemática de delincuencia y criminalidad. Derivado de esto se ha propuesto una iniciativa de ley que pretende incluir la pena de cadena perpetua dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco. En este sentido el presente trabajo de investigación pretende determinar los aspectos positivos y negativos que tendría en la sociedad guatemalteca la aplicación de una pena de este tipo tomando en cuenta la realidad económica, social, cultural y política de Guatemala.

Con base en lo anteriormente mencionado, para este trabajo se plantea la hipótesis de la siguiente manera: Es una medida positiva que se incluya dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco la pena de cadena perpetua en el caso de los responsables de delitos gravísimos, como alternativa a la aplicación de la pena de muerte.

Los objetivos de la presente investigación son los siguientes: a) Establecer la forma en la que se puede aplicar la pena de cadena perpetua por la comisión de delitos gravísimos, respetando los derechos humanos de los condenados. b) Que exista concordancia entre la aplicación de la pena de cadena perpetua y los principios de readaptación social y reeducación establecidos en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala. c) Analizar la aplicación de la pena de cadena perpetua en países en los que esta sanción se encuentra vigente y es positiva.

El presente trabajo de tesis se desarrolla en cuatro capítulos: En el primer capítulo se presentan las distintas etapas del derecho penal así como su evolución a través del tiempo, las características del derecho penal y sus fuentes; en el segundo capítulo se analizan las teorías del delito y los elementos que deben de revestir una conducta humana para ser considerada delito; el tercer capítulo versa sobre la pena, su concepto, las teorías que se han desarrollado alrededor de la misma y el sistema de aplicación de las penas dentro de la legislación penal de Guatemala; en el cuarto capítulo se establecen los principios de la pena, los fines de ésta, los sustitutivos penales, se desarrolla un análisis sobre la aplicación de la pena de cadena perpetua



dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco, así como de la iniciativa de ley 4476 que busca implementarla como una alternativa a la pena de muerte para el combate a la delincuencia, así como un estudio de legislación comparada.

La metodología aplicada en el presente trabajo de investigación fue de tipo analítico para el estudio y desarrollo de cada uno sus componentes, deductivo para la obtención de nuevos conocimientos partiendo de lo general a lo particular y sintético que permitió analizar separadamente los fenómenos objeto de estudio, con el propósito de descubrir la esencia del problema, sus repercusiones y la necesidad de su adecuación jurídica legal.

Las técnicas de investigación utilizadas fueron: La documental, con la cual se obtuvo la información que constituyó el cuerpo de la tesis, consistiendo en libros, enciclopedias, leyes, diccionarios y obras relacionadas, tanto de autores nacionales como extranjeros, así como la técnica de conocimientos comparados para determinar la forma en la cual se encuentra regulada la cadena perpetua en otros ordenamientos jurídicos.

En resumen, se efectuó un análisis integral del derecho penal, la teoría del delito, las penas y en forma específica la pena de cadena perpetua y sus consecuencias jurídicas y sociales, con el propósito de que el presente trabajo sea un aporte significativo para los estudiantes y profesionales del derecho.



CAPÍTULO I

1 El derecho penal guatemalteco

1.1 Breves antecedentes

En las aulas universitarias se han enseñado aspectos de carácter objetivo y subjetivo propios del derecho penal, para entender el ámbito de la competencia de éste y determinar también con ello, aspectos relacionados con la parte sustantiva y subjetiva, sin embargo, cabe señalar que de una u otra forma, la razón de ser de éste es que a través del poder punitivo del Estado, se regula la conducta humana y sirve para mantener el orden jurídico social por medio de la protección social contra el delito.

La historia o el origen del derecho penal tiene que analizarse desde el punto de vista del mismo origen de la humanidad y el momento en que la misma sociedad consideró la necesidad de que los hombres bajo un sistema de normas y penas, se respeten entre si y que cualquiera que las quebrante, sufrirá las consecuencias pero no aplicadas por parte de los mismos particulares, sino por un ente imparcial y con legitimidad, como sucede en el caso del Estado.

Es a partir de ello, en que se crean bienes jurídicos que debieran estar protegidos, como sucede fundamentalmente en el caso de la vida, la integridad, la libertad de las personas, entre otros, y como consecuencia de ello, se crean los delitos o las prohibiciones pertinentes y sus consecuencias en caso de transgresión a las mismas. De igual manera sucede en otros bienes jurídicos que se han ido perfeccionando a través de la evolución del derecho penal, y que han llegado a establecerse dentro del Código Penal y otras leyes de carácter penal.

Ahora bien, el fin del derecho penal es prevenir la comisión de delitos, o la infracción de normas prohibitivas y en todo caso, sancionar al infractor. Es por ello, que se ha dicho que en el devenir histórico de las ideas penales, la función de castigar ha tenido diversos fundamentos en diferentes épocas y la mayor parte de tratadistas las han planteado así¹:

- a. Época de la venganza privada. En los primeros grupos humanos cuando el poder público no poseía el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de venganza, la venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal, aunque no se trate de un sistema penal en sí, sino una forma de manifestación individual. La época de la venganza privada es la época bárbara puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto. Es en esta época en la cual cada quien hacía justicia por su propia mano, el problema existente es la falta de limitación en la venganza, la cual creaba un círculo creciente de violencia, por esta razón fue atenuada por la 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). Además de la ley del talión aparece como otra limitación de la venganza privada, la composición, a través de la cual el ofensor o su familia entregaba al ofendido y a los suyos cierta cantidad para que estos no ejercitaran el derecho de venganza, sin embargo no toda venganza puede ser vista como antecedente de la represión penal moderna, solo tiene relevancia como equivalente de la pena actual.
- b. Época de venganza divina. Es la época teocrática en la cual se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad de carácter divino a la que corresponde la

¹ www.derechoguatemala.blogst.html. Día de consulta: 5-12-2013

defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, la función de juzgar le corresponde con exclusividad a los sacerdotes quienes juzgan en nombre de la divinidad. Es el espíritu del derecho penal del pueblo hebreo.

- c. Época de la venganza pública: Se deposita en el poder público la representación vindicta social respecto de la comisión de un delito. El poder público ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de las personas cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. La represión penal que pretendía mantener a toda costa la tranquilidad pública, se convierte en una verdadera venganza pública que llego a excesos caracterizándose por la aplicación de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relación al daño causado.
- d. 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 César Bonessana (el Marqués de Beccaria, con su obra: De los delitos y las penas). Se pronunció abiertamente contra el tormento, el fin de la pena no era atormentar, el fin es impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Beccaria se ha dicho que tiene el mérito de haber cerrado la época antigua del derecho penal y abrir la denominada época de la edad de oro del derecho penal.
- e. Etapa científica: Inició con la obra de El Marqués de Beccaria y subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el aparecimiento de la escuela positiva. La labor de

sistematización que realizaron Francesco Carrara y los demás protagonistas de la escuela clásica, llevaron a considerar al derecho penal como una disciplina única, general e independiente cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico. Luego de la escuela clásica aparece la escuela positiva del derecho penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri considera que el derecho penal debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose para su estudio de métodos positivistas o experimentales. En este período el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales, se deja de considerar el delito como una entidad jurídica para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente, la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social. Luego de esta etapa surge el derecho penal autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios cuya principal característica era proteger al Estado por lo cual los delitos de tipo político fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.

- f. Época moderna: Actualmente existe unicidad de criterio de toda la doctrina en cuanto a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminología, tiene el mismo objeto de estudio, pero lo hace desde un punto de vista antropológico y sociológico. Los períodos que comprenden la evolución de las ideas penales, y de las cuales se puede iniciar destacando que a lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia

diversas rutas según los distintos pueblos y sobre la evolución de las ideas penales, por consiguiente, de la historia del derecho penal, se debe mencionar que los estudiosos de la materia agrupan en cuatro períodos las tendencias que son: La venganza privada, la venganza divina, la venganza pública y, el período humanitario. Hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos denominada época o etapa científica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.

1.2 Breves antecedentes del derecho penal guatemalteco

Se puede establecer que luego de la lectura de varios textos bibliográficos al respecto de este tema, se ha podido determinar cómo aspectos relevantes de la historia del derecho penal guatemalteco, los siguientes:

1. A través de la historia se crearon cinco códigos penales, tomando en consideración el último que es el que actualmente se encuentra en vigencia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.
2. El primero se promulgó en el año de 1834 durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, el segundo en el año de 1877 durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios, el tercero en el año de 1887, durante el gobierno del general Manuel Lizandro Barillas; el cuarto, en el año de 1936, durante el gobierno del general Jorge Ubico; y el quinto entró en vigencia el 15 de septiembre de 1973, durante el gobierno del general Carlos Arana Osorio.
3. En la época de la colonia existían ilícitos importantes y graves que en la actualidad son graves pero no tenían la trascendencia para la sociedad en aquél tiempo, como la



tiene ahora para la sociedad guatemalteca actual, y es el caso de la traición, el contrabando, el hurto, el adulterio, cuyas penas consistían en azotes, mutilaciones o la realización de trabajos forzosos. Existía la pena de muerte, pero se cambió por la esclavitud perpetua o temporal. Las leyes se denominaban reales cédulas, como el caso de las leyes de Indias, que integraban nueve libros. Evidentemente en esta época se vivió un momento de represión y de crueldad.

4. En esta época la administración de la justicia estuvo a cargo de lo que se denominó Consejo Supremo de Indias. Contaba con capitanías generales, las gobernaciones, ayuntamientos y corregimientos.
5. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez, se ordenó la promulgación del Código de Livingston tomado y traducido al español por parte de José Francisco Barrundia, y este instrumento introdujo fundamentalmente dos reformas a las leyes penales que existían, mismas que son: a. El sistema penitenciario que hacía de la cárcel un taller, donde el trabajo era el principal medio de redención; b. El juicio por jurados, que independizaba la administración de justicia de la tutela de los jueces.²
6. El general Justo Rufino Barrios acordó nombrar el 26 de junio de 1875, una comisión que se encargara de redactar los nuevos códigos para la administración de justicia en Guatemala. Casi a los dos años de integrada la comisión ésta rindió el informe de sus actividades y mandaron a publicar los nuevos códigos penal y de procedimientos penales para la República de Guatemala.
7. Se elaboraron proyectos de ley, iniciativas, reformas a través de decretos ley, y se

² Contreras, Daniel. *Historia de Guatemala*: Pág. 22

concluyó en la conformación del código penal actual el cual es catalogado como un ordenamiento jurídico de tendencia positiva y marcadamente represivo, con un incongruente sistema de penas mixtas para determinados delitos (privación de libertad y multa).

1.3 Características del derecho penal

Las características singulares que determinan al derecho penal, pueden ser de carácter general y específico, derivado de las mismas, se distinguen de otros ámbitos del derecho propiamente dicho.

1.3.1 Generales

El derecho penal es de naturaleza pública, y tiene naturaleza pública, porque corresponde al Estado en ejercicio del poder punitivo sancionar a los ciudadanos que cometen infracciones a las normas penales.

Por otro lado, es considerado como una ciencia, otros lo consideran como una disciplina jurídica, a juicio del sustentante, se considera ambos aspectos, toda vez, que constituye una ciencia, porque contiene elementos integrantes de la misma; ya que implica un estudio de carácter científico y de averiguación, mismo que requiere aplicar la experimentación, lo que la lleva a ser efectiva y de aplicabilidad en la sociedad en un espacio y época determinado, con respecto a buscar la redefinición de los fines de la misma. En cuanto al ejercicio del poder punitivo del Estado consiste en la facultad de juzgar y sancionar, tomando como base el garantizar los derechos fundamentales individuales y colectivos.



No cabe duda que, para la existencia misma del derecho penal, como un conjunto de normas jurídicas que regulan la prohibición de determinadas conductas humanas, y que si se infringe, el sujeto activo se hace acreedor de una sanción penal, éste, el derecho penal, debe basarse exclusivamente al apareamiento del principio de legalidad, sin el cual no fuera derecho penal.

Como afirma Rodríguez Devesa,³ respecto a la intervención del Estado y al origen del derecho penal, este necesariamente debe basarse precisamente en el origen del principio de legalidad y de las garantías que de él se derivan, se halla en el anhelo de seguridad jurídica y en la lucha para excluir la arbitrariedad en el derecho punitivo.

Entonces, una de las características fundamentales es que el derecho penal pretende limitar ese poder punitivo del Estado, evitando excesos y arbitrariedades en contra de los ciudadanos pertenecientes a la sociedad.

1.3.2 Específicas

A través del derecho penal en la sociedad, el Estado mantiene el control por medio del poder punitivo, y la sanción efectiva que amerita al infractor de normas prohibitivas e imperativas que se rigen en los códigos penales, permitiendo a la vez, mantener la armonía entre los ciudadanos que necesitan además de que se les prohíba conductas que puedan afectar bienes jurídicos tutelados por el Estado, como lo son la vida, la seguridad, la libertad, entre otros, proteger a los ciudadanos de los infractores o los que lesionen éstos bienes jurídicos.

³ *Ibíd.* Pág. 463



1.4 Fuentes del derecho penal

Las fuentes se refieren a los orígenes o la determinación del nacimiento del derecho en este caso el del derecho penal, lo cual incide precisamente en que pueda establecerse con claridad la evolución que ha tenido y si esta ha sido positiva.

En ese sentido, se ha escrito mucho respecto a diversas fuentes que generaron al derecho penal, sin embargo, como importantes, se pueden señalar las siguientes:

1. Se conoce como fuentes reales o materiales, aquellas que se generan de la misma realidad de los ciudadanos, derivado de hechos naturales, actos sociales, expresiones humanas, inclusive, que determinan el contenido de la norma jurídico penal. Esto tiene su fundamento por cuanto, casi todos los hechos de la naturaleza como los provocados por el hombre, ocurren lesionando a terceros.
2. Existen también las fuentes formales, que tienen incidencia en el proceso de creación jurídica de las normas penales y a los órganos donde se realiza el mencionado proceso legislativo.
3. En cuanto a las fuentes formales, se encuentran las directas que se refieren a las que por sí mismas tienen la virtud suficiente para crear normas jurídicas con carácter obligatorio, de donde se emana directamente el derecho penal. Las fuentes directas se dividen en fuentes de producción y fuentes de cognición. Así en el primer caso, son las integradas por la autoridad que declara el derecho, el poder que dicta las normas jurídicas que no es más que el Estado, a través del Organismo Legislativo. Respecto a las segundas, o sea las fuentes directas de cognición, se refieren a las manifestaciones de voluntad del Estado.

4. También existen las fuentes indirectas, que son aquellas que solo en forma indirecta pueden coadyuvar en la proyección de nuevas normas jurídico penales, e incluso pueden ser útiles tanto en la interpretación como en la sanción de la ley penal, pero no pueden ser fuente de derecho penal, ya que por sí solas carecen de eficacia para obligar. Dentro de estas se encuentra la costumbre, que se refiere al conjunto de normas que tienen naturaleza jurídica, pero que sin embargo, no se encuentran escritas en códigos, la jurisprudencia, que es la reiteración de fallos de los tribunales en un mismo sentido, también está la doctrina, que se le ha denominado también como derecho científico, que es el conjunto de teorías y opiniones de una materia que realizan los expertos. Por último, se señala a los principios generales del derecho que no son más que valores máximos a que aspiran las ciencias jurídicas, como el caso de acceder a la justicia, la equidad y el bien común.

El licenciado José Francisco de Mata Vela⁴ describe las fuentes como fuentes reales o materiales, refiriéndose a las que también en la doctrina se denominan substanciales, y que tienen su fundamento en la realidad social de los hombres y los pueblos y se refieren a los hechos naturales, a las expresiones humanas o a los actos sociales que determinan el contenido de las normas jurídico penales, es decir, son las expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formación de una ley penal, por cuanto que son los fenómenos naturales o sociales los que constituyen y plantean las necesidades de regulación penal por parte del Estado con el objeto de brindar protección a bienes jurídicos, que en un momento determinado se consideran amenazados por efecto de los fenómenos indicados.

⁴ Manual de derecho penal guatemalteco. Pág. 87



Con relación a las fuentes formales indican que son aquellas que se identifican con el proceso de creación jurídica de las normas penales y los órganos del Estado técnicamente destinados a este proceso, de acuerdo a la organización política que corresponde al Organismo Legislativo a través del Congreso de la República.

En cuanto a las fuentes directas o inmediatas, indica que son aquellas que por sí mismas tienen la posibilidad de emanar directa e inmediatamente del derecho penal, es decir, las normas impero atributivas que describen delitos, penas y medidas de seguridad. Agrega que las fuentes directas del derecho penal suelen dividirse en fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición, las de producción se refieren al poder que dicta las normas o la autoridad que declara el derecho, que no es más que el Estado a través del Organismo Legislativo, representado por el Congreso de la República, que es el lugar en donde por excelencia se producen las leyes, y las fuentes de cognición se refieren a la forma que el derecho objetivo asume en la vida social y en la cual se manifiesta la expresión de la voluntad del legislador, es decir, los códigos y las leyes penales.

En cuanto a las indirectas o mediatas, indica el tratadista que son aquellas que por sí mismas no tienen la virtud de crear normas jurídicas con carácter obligatorio, empero si pueden influir y coadyuvar en forma indirecta y mediata en la creación y proyección de nuevas normas jurídico penales, además que pueden ser de mucha utilidad en la interpretación, valoración y aplicación de la ley penal cuando se trata de resolver casos concretos. Estas pueden ser la costumbre, los principios generales del derecho, los tratados internacionales y la jurisprudencia.



El licenciado Edgar Maldonado Juárez, en su trabajo de tesis,⁵ describe la siguiente clasificación:

- a) Reales o materiales: Hechos naturales o actos sociales que se manifiestan en una sociedad, previo a la elaboración de la ley penal.
- b) Formales: El proceso de creación de la ley penal y los órganos que intervienen en su elaboración (Congreso y Ejecutivo).
- c) Directas: Son aquellas de donde emana directamente el derecho penal. La ley suele ser la única fuente directa para crear normas que contengan figuras delictivas. Se subdividen en:
 - c.1. Fuentes directas de producción: Es la autoridad, el Estado, quien se manifiesta a través del Organismo Legislativo.
 - c.2. Fuentes directas de cognición: La ley a saber, es decir, el Código Penal, que refleja la expresión de la voluntad del legislador.
- d) Fuentes indirectas: Pueden coadyuvar a la formación de nuevas normas penales e incluso pueden ayudar en la interpretación y en la sanción de la ley penal. Pero no puede ser fuente de derecho penal. Carecen por si solas, de eficacia para obligar:
 - d.1. La costumbre: Conjunto de normas jurídicas no escritas. Antes se aceptaba como fuente de derecho penal, hoy no.

⁵ Maldonado Juárez, Edgar. Análisis jurídico crítico del juzgamiento por analogía en los casos de participación en el delito. Pág. 7



d.2. La jurisprudencia: Criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las sentencias de los tribunales de la nación. La jurisprudencia es de mucha importancia para interpretar las leyes penales, pero no es fuente independiente ni productora de derecho penal. Existen países en que si lo es.

d.3. La doctrina: El derecho penal científico. Conjunto de teorías, opiniones y especulaciones de los juristas, es tan solo una fuente de derecho indirecta.

d.4. Los principios generales del derecho: Son los valores máximos a que aspiran las ciencias jurídicas, la justicia, la equidad y el bien común.



CAPÍTULO II

2 La teoría del delito para la efectiva sanción penal

2.1 Breves consideraciones

No resulta posible analizar aspectos relacionados con el derecho penal, sin que se pueda analizar lo que representa la teoría del delito, precisamente para llegar a una consecuencia, que es la razón de ser de este trabajo, como son las penas que se imponen dentro de este sistema normativo de carácter penal. El derecho penal entonces, se cataloga como un sistema que se conforma en primera instancia por un grupo de presupuestos jurídico penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de ilícito, y por lo tanto, en el caso de los legisladores y jueces, poder cumplir con los fines del derecho penal, dentro de las limitaciones que tiene que tener el Estado en el ejercicio del poder punitivo, contra la sociedad.

La teoría es entonces, todo aspecto que no puede circunscribirse a un hecho, un orden material, sino que constituye, como se dijo antes, un presupuesto que parte de la doctrina que arroja los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos. Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas: la teoría casualista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. Más recientemente, las doctrinas

funcionalistas intentan constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas. Cabe destacar en esta línea a Roxin en Alemania o De la Cuesta Aguado en España, entre otros.

La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción. La mayoría de los países del llamado derecho continental, utilizan la teoría finalista del delito. Pero a partir de la década de los 90, en Alemania, Italia y España, aunque parece imponerse en doctrina y jurisprudencia la estructura finalista del concepto de delito, se inicia el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse poco a poco en doctrina y jurisprudencia las aportaciones político criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias. Quizá la aportación más significativa al concepto de delito del funcionalismo moderado sea la denominada teoría de la imputación objetiva, que introduce el concepto de riesgo en la tipicidad, buscando la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad en base a criterios normativos en aquellos supuestos en los que ésta, la tipicidad, no puede fundamentarse en la causalidad como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro, etc.⁶

La teoría general del delito, estudia al delito propiamente dicho, los elementos integrantes, tanto positivos como negativos. En la base de la teoría del delito se encuentra el comportamiento humano, por lo cual el intérprete debe comenzar preguntándose, ante todo, si lo que tiene bajo análisis es un comportamiento o conducta humana. El concepto

⁶ De la Cuesta Aguado, citado por De Mata Vela, José Francisco. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Pág. 140.

de acción juega así un papel básico en la teoría general del delito. A partir de él, y mediante diversas elaboraciones teóricas, se han ido introduciendo los restantes elementos del delito. El elemento tipicidad se agregó con los aportes de E. Beling, quien indica que la conducta penalmente relevante se deduce de las descripciones que hace la ley penal, de la legislación positiva, la que presenta tipos, que son conceptos formales, figuras, que por abstracción hace el legislador.

En cuanto al elemento antijuricidad, parece ser una de las más antiguas herramientas de los penalistas, desde que Carrara hablara de la infracción de la ley del Estado, y que más tarde K. Bindign definió como lo prohibido por la norma, hasta hablarse llanamente de la confrontación entre la conducta realizada y la prescrita por el orden jurídico. El elemento culpabilidad ha sufrido diversas transformaciones históricas: si para el causalismo contenía sobre todo las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa, en la actualidad, a partir del concepto finalista de acción, se acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido estén en el tipo, dando lugar a tipos dolosos e imprudentes, la culpabilidad según este concepto, es un juicio de reproche que se formula a quien no se abstiene de actuar, pudiendo hacerlo, de acuerdo al mandato de la norma.

Seguidamente aparece la punibilidad como elemento que aporta contenidos de oportunidad o conveniencia precisos en ciertos casos para poder alcanzar plenamente el concepto de delito.⁷

⁷ De León Velasco, Aníbal. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Ob. Cit. Pág. 143

2.2 Elementos positivos del delito

2.2.1 La acción y la omisión

Tanto la acción como la omisión implican determinar que son los primeros elementos para la construcción de la teoría del delito. La acción implica movimiento, la realización de un acto, ejercer una actitud externa del ser humano. La conducta humana (acción u omisión) es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta, no hay delito. En el caso de la omisión, esta puede interpretarse como la acción en su forma pasiva.

Von Liszt define por primera vez el concepto de acción como la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior. En este concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea.⁸

Para Welzel,⁹ acción humana es el ejercicio de la actividad final, y la finalidad o carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos.

Para Welzel, la acción humana está encaminada a un fin objetivo. Según Welzel existen ciertos límites que el derecho penal debe tomar en cuenta a la acción, y es que el concepto de acción, propiamente tal, es suprajurídico.¹⁰

⁸ Consulta Internet: **La teoría general del delito**. Wikipedia.com. Día: 21-11-13

⁹ Citado por Canale Luis. **La teoría del delito**. Pág. 33

¹⁰ De León Velasco, Aníbal. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Pág. 234

La acción humana, como tal, tiene como fundamento el encaminarse hacia un fin determinado, por lo que la acción humana es una conducta dirigida a un determinado fin que incluiría elementos internos (motivaciones, intenciones, voluntad, análisis de medios, decisión) y elementos externos (los medios elegidos para encaminar la acción al fin determinado).

2.2.2 La antijuridicidad

En términos generales se entiende la antijuridicidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aún de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo.¹¹

Este elemento positivo del delito es aquel desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del derecho en general, por eso se ha dicho que no basta con que la conducta se encuadre en el tipo penal, puesto que es necesario que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

La antijuridicidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es otro de los elementos estructurales del delito. Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por el ordenamiento y que denota como ésta es una conducta contraria a derecho, lo que no es derecho, aunque en realidad la conducta antijurídica no está fuera del derecho, por cuanto éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas.

¹¹ De León Velasco, Aníbal. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Ob. Cit. Pág. 147



Al respecto, el licenciado Aníbal De León Velasco¹² se refiere a que en cuanto a este elemento, deben surgir causas de justificación que el Código Penal señala, para eximir de responsabilidad penal al sujeto activo, dentro de ellas reencuentra la legítima defensa, que su fundamento reside en la necesidad en que se puede encontrar un individuo de defender de inmediato sus bienes jurídicos, unido al hecho de que ellos están siendo agredidos a través de una acción que es injusta y que, por ello, no tiene porqué soportar. El legislador ha previsto para estos casos un precepto permisivo que autoriza realizar el tipo delictivo que sea preciso para neutralizar la agresión ilegítima.

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

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

¹² Ob. Cit. Pág. 147

2.2.3 La tipicidad

Se refiere concretamente al tipo, es decir, al encuadramiento de la norma. Se denomina tipicidad a la adecuación de la conducta humana a la descripción contenida en la ley. Por ejemplo, cuando en el Código Penal guatemalteco, el Artículo 123 se refiere a **el que matare a otro**, la conducta típica está dada por el hecho concreto de matar a otro, y esto se denomina homicidio.

En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamenten positivamente su antijuricidad. Pero no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características y hay que dejar al juez la tarea de buscar las características que faltan. Ello se debe a la dificultad de plasmar legalmente tales características en el tipo legal. Esta tarea también ha sido muy discutida por los doctrinarios cuando algunos se refieren a que el tipo debe ser claro que permita que el juez, adecue la acción o conducta humana a esa figura tipo, y no debe por lo tanto, el juez agregar o interpretar de conformidad con el hecho, las características o elementos que hagan falta en el tipo puesto que en este caso, se ha dicho, se caería en una ilegalidad.

Respecto a las funciones del tipo que representan todas las manifestaciones del ser humano cualesquiera que sean sus características de presentación, y siempre va encaminada a la realización de un fin y existe una voluntad consciente para la realización del acto.

La prueba de la relación de causalidad es un elemento imprescindible en los delitos de resultado para la calificación como típica de la conducta. La teoría causal más extendida y comúnmente admitida es la teoría de la equivalencia de condiciones, si bien no en su

versión tradicional (*conditio sine qua non*) sino como teoría causal que explica lógicamente porque a una acción le sigue un resultado en el mundo exterior, según las leyes de la naturaleza. Una vez constatada la existencia de una relación de causalidad, en algunos supuestos será necesario comprobar, que, además, la conducta es imputable a su autor. Esta atribución se realiza, según la teoría de la imputación objetiva, en base a criterios normativos limitadores de la causalidad natural. En primer lugar, habría que constatar que el resultado producido incrementó el riesgo prohibido y a continuación, que el riesgo creado fue el que se materializó efectivamente en el resultado producido.

Existen teorías que explican la imputación objetiva, y al respecto, en primer lugar se analiza si, efectivamente, la conducta realizada despliega un riesgo de entre los tutelados por la norma penal. Así, en caso de un delito comisivo, el análisis de una conducta homicida deberá determinar que, por ejemplo, disparar a otro con un arma de fuego es una conducta que despliega un riesgo de los contemplados por la norma que prohíbe el homicidio, es decir, que es idóneo para entrar dentro de la descripción normativa de homicidio. De esta forma, causar la muerte a otro clavándole una aguja en el dedo, provocando así una reacción química inesperada no es un riesgo de los previstos por la norma penal, pues el clavar una aguja a otra persona no es una conducta socialmente vista como suficientemente riesgosa para causar un homicidio (aunque, efectivamente, exista una relación causal).

Por el otro lado, en el supuesto de un delito omisivo, como el de no socorrer a alguien que está en peligro, la conducta de no hacer nada no es causal del posible daño posterior, pero sí despliega un riesgo de los previstos por la norma. Es decir, no hacer nada ante esa

situación es justamente aquello que la norma penal busca prevenir (igual que la del homicidio busca evitar las conductas socialmente consideradas idóneas para matar).

A partir de la constatación de ese riesgo típicamente relevante, se debe constatar que el resultado (la muerte, las lesiones, etc.) es expresión de ese riesgo, y no fruto de otras conductas o eventos ajenos al agente. Este último análisis no se realiza en delitos llamados de mera actividad, en los que no hace falta un resultado para que haya delito (omisión de socorro, allanamiento de morada, etc.).

En cuanto al resultado, es la consecuencia externa y observable derivada de la acción (manifestación de voluntad). Los códigos penales castigan en algunos casos la acción (delitos de simple actividad) y en otros el resultado que se deriva de ésta (delitos de resultado). Pero también puede haber conductas de no hacer o dejar de hacer que traen como consecuencia un resultado y puede ser formal o material.

Ahora bien, el dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores. Entre los que destacan como los principales: Grisanti, Carrara, Manzini y Jiménez de Asúa¹³ quienes han emitido un concepto completo de lo que se entiende por el dolo. Según Hernando Grisanti¹⁴ el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito. Según Francesco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley. Luís Jiménez de Asúa dice que el

¹³ Citados por De Mata Vela, José Francisco. *Ob. Cit.* Pág. 234

¹⁴ *Ob. Cit.* Pág. 234



dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere.

Se puede decir que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo: conocimiento de realizar un delito, y un elemento volitivo: voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: El querer de la acción típica.

En las diversas escuelas penales modernas la discusión en relación con el dolo se ha escenificado sobre el alcance que se le da al elemento cognitivo del dolo y la ubicación sistemática del dolo:

Existen clases de dolo y son:

1. Dolo directo: Se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados. Un ejemplo del dolo directo es el hecho de que una persona planifica matar a otra, y realiza todos los elementos necesarios para cumplir ese fin, y llega el momento en que lo hace.

2. Dolo indirecto: Es aquel que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica. Ejemplo: Roberto quiere dar muerte a Pedro, le pone una bomba en el auto, la bomba explota y producto de ello mueren la señora y los hijos de Pedro. La finalidad no es matar a la familia, pero es necesario.
3. Dolo eventual: Cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad. Ejemplo: La persona que le tira una flecha a un sujeto que tiene una manzana sobre la cabeza.

En cuanto a la culpa, el tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso). La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado. También en este caso, se tiene que distinguir las formas de culpa que existe, y es el caso que un tipo penal no puede contener todas las formas, sino que debe derivarse de una o dos, pero no necesariamente todas, y estas son: la imprudencia, que no es más que afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse. Se encuentra también la negligencia, que implica una falta de actividad que produce daño, es decir, no hacer.

La impericia, se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales. En algunas legislaciones, no en el caso de Guatemala, también, se consideran parte de la culpa, la inobservancia de reglamentos, lo cual implica dos cosas: conociendo de las normas, estas sean vulneradas implicando

Imprudencia; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación implicando negligencia.

Se suscitan las denominadas causas de atipicidad y se dan en los supuestos en los que concurren unas determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal.

- **Atipicidad objetiva:** Se da cuando en los elementos objetivos del tipo uno de ellos no encuadra en la conducta típica o simplemente no se da. Se dice que existe ausencia del tipo cuando en la ley no se encuentra plasmada o regulada alguna prohibición de alguna conducta, acorde al principio de legalidad penal. Por ejemplo, la blasfemia no está tipificada como delito en la mayoría de los países. Aunque para muchos pueda ser una actitud reprochable, esta no será castigada por la ley o el Estado, ya que no es una conducta recogida y penada en el Código Penal.
- **Error de tipo:** Es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.
- **El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo.** Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos, eliminará el dolo en todos los casos.

Ahora bien, respecto al denominado caso fortuito, resulta ser un tema interesante y se interpreta conforme el Código Penal guatemalteco, en cuanto a que supone la inexistencia del tipo doloso o del tipo imprudente debido al carácter de imprevisibilidad de la situación

típica. El caso fortuito puede suponer también una causa de justificación, cuando supone una exclusión de antijuridicidad por no existir desvalor alguno de la acción, de tal suerte que en su interpretación puede ofrecer dificultades judiciales.

2.2.4 La culpabilidad

Constituye el tercer elemento del concepto de delito, se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del ius puniendi (Estado)¹⁵. A partir de Frank¹⁶, es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a derecho. Algunos códigos penales, como el de Paraguay de 1998 llegaba a hacer desaparecer el término culpabilidad que era sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto, por lo que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad.

2.2.5 La punibilidad

La punibilidad sencillamente se puede traducir en la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma.

¹⁵ De la Cuesta Aguado. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Pág. 533

¹⁶ Citado por De la Cuesta Aguado. *Ob. Cit.* Pág. 354

La condicionalidad objetiva dentro de la punibilidad está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad, y para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, para otros constituyen un auténtico elemento del delito.

También se pueden observar las excusas absolutorias que constituyen la razón o fundamento que el legislador considero para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad. En la legislación penal guatemalteca, deben darse todos los elementos positivos del delito para que este pueda ser penado o sancionado, sin embargo, también debe considerarse que pueden suscitarse todos a excepción del último, derivado de excusas absolutorias, como por ejemplo, la legislación señala que no puede ser culpable la esposa que le roba al esposo, y otros casos más que caen en que precisamente se da una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; pero, por disposición legal expresa, no es punible.

2.2.6 La imputabilidad

Es el presupuesto de la culpa que en ser capaz de comprender, ya sea, la ilicitud de la conducta, su acto reprochable, así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera distinta que no provoque un resultado dañoso. Un imputable es capaz de comprender el elemento de reproche que forma parte de todo juicio penal, y por lo tanto, si se le hallare culpable, se haría acreedor a una pena; si no lo puede comprender, será un inimputable, no le será reprochada su conducta, y el juez lo someterá más bien a una medida de seguridad. Esto es lo que en el Código Penal señala a los que sufren trastornos mentales transitorios o bien a los menores de edad.

Para que exista culpabilidad es necesario que el sujeto tenga conciencia y conocimiento de la antijuricidad del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia.

El error de prohibición que resulta ser un tema de interés en este aspecto, se refiere al déficit cognitivo del autor de una conducta típica en relación a la antijuricidad de la conducta. Dependiendo de su carácter de vencible o invencible se determina la ausencia o no de culpabilidad.¹⁷

Se ha establecido en los códigos penales en su mayoría el hecho de que el Estado no puede exigir al ciudadano un comportamiento heroico. Surge así la posibilidad de excluir la imposición de la pena por la existencia de circunstancias que sitúen al autor del delito en una situación según la cual adecuar su comportamiento a las exigencias normativas hubiera supuesto una exigencia intolerable para el hombre común. El juicio de exigibilidad entonces se realiza mediante la comparación de las características personales o circunstanciales del destinatario de la normas y de un modelo idealizado construido mediante la generalización. Cuando de esta comparación se deduzca que al sujeto no le era exigible actuar conforme al mandato normativo, su conducta típica y antijurídica no merecerá reproche penal, y como consecuencia, no se podrá afirmar la existencia de un delito por ausencia de culpabilidad.¹⁸

La mayoría de la doctrina configura dentro de la categoría de la culpabilidad, a exigibilidad de otra conducta en sentido negativo, como causas de no exigibilidad. Recientemente se

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 345

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 345



propugna desde una perspectiva dialéctica y democrática de la culpabilidad, en España, la consideración de la exigibilidad entendida como posibilidad de reclamar e imponer por parte del ius puniendi un comportamiento acorde con la norma jurídico penal como el auténtico fundamento material de la culpabilidad. Cuando por razones excepcionales ajenas a su persona el sujeto destinatario de la norma no pudiera adecuar su comportamiento al mandato normativo, surgirían las causas de disculpa o exculpación basadas en la inexigibilidad de otra conducta. Como causa de inexigibilidad se suelen enumerar el miedo insuperable o el estado de necesidad disculpante (aquel en el que el mal causado es igual que el que se trata de evitar o aquel en el que no se puede determinar cuál de los dos males es mayor). También, aunque escasamente admitido por la jurisprudencia, se incluyen como supuestos de no exigibilidad el hurto o el robo famélico.

Los diversos códigos penales admiten estos supuestos con diversos enunciados, pero si el juicio de exigibilidad es un juicio que debe realizar el juez y podrían surgir otros supuestos, distintos a los tradicionalmente reconocidos que deberían admitirse como causa de exculpación, aunque la mayoría podría ser considerados como supuestos de estado de necesidad. Pero en este caso, se cae en un acto discrecional de los jueces, que pueden ser en determinado momento perjudiciales para los procesados.



CAPÍTULO III

3 Las penas y la fase de ejecución

3.1 El sistema de ejecución y aplicación de las penas

3.1.1 Breves antecedentes

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de restricción de derechos del responsable. El orden jurídico prevé además las denominadas medidas de seguridad destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad.

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 ius puniendi y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

Las teorías sobre la función de la pena pretenden determinar la función que la sanción penal o pena tiene asignada y que, a su vez, permite establecer cuál es la función que posee el derecho penal en general.



3.1.2 Concepto de pena

Se ha dicho que la pena es la consecuencia directa de carácter jurídico que tiene como resultado la realización de un delito y se impone a un sujeto, por lo tanto, va íntimamente ligado al delito, y la consecuencia, es el haber realizado una acción típica, antijurídica, culpable, y punible.

1. Como lo dice Zaffanori¹⁹ la pena importa infligir dolor y usualmente consiste en la privación de un derecho fundamental. “La pena es la más grave de las sanciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico”.²⁰ Para Alejandro Rodríguez Barillas²¹ señala que la pena es un mal que genera un alto coste social debido a los efectos estigmatizantes y deteriorantes que provoca sobre la persona que la padece. Estos efectos tan negativos no pueden ser soslayados por el legislador al momento de establecer una pena, puesto que el autor del delito no deja de ser sujeto de protección del Estado. De ello, surge la necesidad de preservar al máximo la intangibilidad de otros derechos que le corresponden al condenado a lo largo del período de ejecución penitenciaria. La pena por ello, debe ser una manifestación del principio de intervención mínima y los tipos de penas deben estar orientados a la satisfacción de fines sociales, pero, sin instrumentalizar al individuo en beneficio de la sociedad.

3.1.3 Teorías acerca de la pena

- 1) Teorías absolutas de la pena

¹⁹ **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina.** Primer Informe. De Palma. Buenos Aires. 1984. Pág. 7

²⁰ Cerezo Mir, **Derecho penal PG IO 5ª.** Edición. Pág. 26

²¹ **Manual de derecho penal guatemalteco.** Impresos Industriales, 2004. Pág. 519



Estas encuentran que se justifica la imposición de penas porque por añadidura dependen de la comisión de un delito. Por eso entre estas se encuentra la retributiva, y se dice que es la compensación del mal causado por el delito.²²

La teoría retributiva, entonces, trata sobre restablecer el daño causado. Es decir al considerar a un delito como el daño que se hace al orden social determinado (contemplado en la ley) entonces se aplica una pena con el fin de que devuelva el orden social. Además se debe de considerar a la pena como la retribución que el Estado le otorga a la víctima del delito.

Esta teoría retributiva ha sido desarrollada por Kant, para quien la pena debe ser aun cuando el Estado y la sociedad ya no existan, y Hegel cuya fundamentación de la pena pública, fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito, (elaborada a partir de la teoría de las normas de Binding) concibe al delito como la negación del derecho, y a la pena, como la negación de la negación, como anulación del delito, como restablecimiento del derecho, entiende que la superación del delito es el castigo. En coincidencia con Kant, tampoco Hegel reconoce finalidades de prevención, como el mejoramiento y la intimidación, como fines de la pena. Esta construcción gravitó decisivamente en relación a la ulterior evolución del derecho penal y, debido a que no existen aún alternativas consolidadas, actualmente conservan relativa vigencia. En la jurisprudencia la teoría de la retribución ha tenido un importante papel hasta hace poco tiempo. Esta concepción recibe su característica de absoluta debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de

²² Cerezo Mir. Ob. Cit. Pág. 20



un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del derecho. Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un medio instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden “no matarás” que precede a la descripción legal “al que matare a otro...se le impondrá una pena de...”, cuya existencia es independiente de la sanción.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebido como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la ley del talión. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse. Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignen función alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la función de realización de justicia. La opinión más generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad. Es concebida por ésta teoría como reacción por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros.

Esto explica la sólida interconexión establecida entre las teorías del delito y la pena:

- a) El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.
- b) El delito, condición de la pena, exige la realización de un comportamiento contrario a la norma, más, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo.
- c) El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por la opción contraria y delinquirió. El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas (el haber podido obrar de otro modo) es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad.
- d) La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.²³

2) Teorías relativas o utilitarias

Se refieren a aquellas justificaciones que pretenden determinar que la pena debe ser considerada como parte de una necesidad que tiene el Estado de intervenir en su papel de protector de la sociedad. Tradicionalmente han sido tres las respuestas que se han dado a la pregunta ¿Para qué sirve la pena?

- a) Para intimidar o prevenir delitos (Prevención general negativa o intimidatorio)
- b) Para estabilizar a la sociedad a través del reafianzamiento de los valores éticos de la colectividad (prevención general positiva)

²³ Cerezo Mir. PGI. Ob. Cit. Pág. 46-47

- c) Para corregir al delincuente (prevención especial o resocialización) o para inocuizarlo (prevención especial negativa).

Entonces, la teoría preventiva, se divide para efectos de estudio, en general y especial. En la general, se observan un conjunto de normas jurídicas que están respaldadas por la coerción o amenaza de sanción que conllevaría el incumplimiento de tales normas. Esta coerción tiene como fin último el disuadir al individuo de que ejecute el comportamiento legalmente prohibido, de manera que la persona, a sabiendas de las consecuencias negativas que supondría una determinada actitud, se abstiene de incumplir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.²⁴

Ahora bien, con la teoría preventiva especial, esta trata de uno de los efectos que tiene la aplicación de una pena en el individuo a la que va dirigida. El principal objetivo de esta clase de prevención será evitar que aquel que ya haya cometido un acto ilícito vuelva a tener tal actitud en el futuro. Así, la prevención especial no va dirigida al conjunto de la sociedad, sino a aquellos que ya hayan vulnerado el ordenamiento jurídico.²⁵

En cuanto a los efectos de la prevención especial, tiene una doble vertiente: A) Peligrosidad criminal: La aplicación de la pena evita que el sujeto cometa actos ilícitos, de manera que se busca evitar el peligro que para la sociedad supone el criminal. B) Prevención especial en sentido estricto: Supone el condicionamiento interno del sujeto que ha infringido la norma para que no vuelva a realizar tales infracciones. Así pues, la prevención especial en sentido estricto está íntimamente ligada a la figura de la

²⁴ Consulta internet: **Teorías sobre la función de la pena/ Teoría preventiva general**. Wikipedia. Día:12-01-14

²⁵ Consulta internet: **Teorías sobre la función de la pena/ Teoría preventiva especial**. Wikipedia. Día: 12-01-14.

reincidencia, e indirectamente unida a la peligrosidad criminal, pues intenta reducir el riesgo que la sociedad padece con el sujeto criminal.²⁶

Han existido críticas por estudiosos y doctrinarios respecto a la teoría retributiva, puesto que han explicado que va en decadencia, derivado de la doctrina penal contemporánea, y fundamentalmente se refieren a lo que se señala de la relación del Estado con la sociedad y su función en el ejercicio del poder punitivo, dentro de los principales argumentos se encuentran:

- a) En relación al fundamento y límite del ius puniendi: - Fundamenta el **para qué** del castigo pero no explica ¿cuándo? el Estado debe hacerlo.
- b) No fija un límite en cuanto al contenido de la potestad penal estatal.
- c) Presupone la necesidad de la pena que debería en realidad justificar; llevada al extremo concluiría en que debe castigarse al delincuente aunque ello no resulte necesario en el caso concreto.
- d) Imposibilidad de verificar el libre albedrío: Presupone el libre albedrío o libertad de voluntad respecto de lo cual se sostiene que es irracional fundamentar el derecho del Estado a imponer penas en la existencia de una culpabilidad basada en él debido a que la libertad de voluntad del autor no es empíricamente demostrable.
- e) La retribución como pago del mal con el mal. La racionalización de la venganza. El pago o la devolución de un mal corresponden al arraigado impulso de venganza humano. La

²⁶ Consulta internet: **Teorías sobre la función de la pena** Wikipedia. Día:15-01-12



afirmación de que con la pena se ejerce una retribución fáctica solamente puede justificarse en la medida en que ella impide los actos de justicia por propia mano.

- f) Se entiende que el criterio retributivo no puede ser absoluto debido a que resulta evidente que no toda culpabilidad debe ser castigada ya que la pena, en el caso concreto, puede producir efectos contraproducentes (no explica ¿cuándo? el Estado debe aplicar la pena). La idea de retribución compensadora es vulnerable debido a que la pena no borra el mal causado por el delito sino que en realidad añade un segundo mal, el criterio talionario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando un ojo al autor.
- g) Más allá de las críticas a la teoría hasta aquí expuesta, el derecho penal contemporáneo no ha evolucionado hacia un abandono total de los puntos de vista retributivos debido, fundamentalmente, a la fragilidad de las teorías preventivas propuestas como alternativas. La sistematización de los presupuestos de punibilidad, formulados por la escuela clásica desde perspectivas retributivas se ve como un conjunto de garantías del gobernado frente al Estado y en los modelos propuestos en su reemplazo parecería estar corriendo riesgo, ello origina un rechazo de éstos, además, la circunstancia de que no se haya formulado aun ningún sistema que ofrezca presupuestos de incriminación (teoría del delito) diferentes a los enunciados como consecuencia de la concepción retributiva, da más fuerza a la sensación de que el abandono de dichas teorías produciría inseguridad jurídica.
- h) Además, debe concederse a esta teoría la virtud de haber concebido a la pena como una reacción proporcional al delito cometido, estableciendo un límite a la pretensión punitiva estatal.

3) Teorías mixtas o teoría dialéctica de la unión

Estas han surgido derivado de las controversias que se generan en las críticas doctrinas acerca de las teorías absolutas y relativas de la pena. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras. Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, estas teorías de la unión son dominantes en el derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el *ius puniendi* estatal, con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan. Comúnmente las teorías mixtas le asignan al derecho penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías.

Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

- a) Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución.

- b) Las que sostienen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.
- c) En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

En algunos exponentes de estas teorías mixtas, la prevención general se presenta como la forma concreta de protección de bienes jurídicos en virtud de que el fin de protección de bienes jurídicos, por sí solo, no legitima la pena. Se sostiene que el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento en que se la considere. De modo que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir cuando se sanciona la norma que prevé sanción para todo aquel que realice determinado comportamiento. Los puntos de vista retributivos pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que a la sentencia debe establecerse considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor. Pasarían a segundo plano consideraciones preventivas especiales vinculadas a la personalidad del autor o al pronóstico de reincidencia, limitándose la influencia de la prevención general a una función residual, relacionada con evitar la imposición de una pena tan reducida que suponga efectos contraproducentes para el control social. La teoría de más incidencia durante la ejecución sería la prevención especial en su versión moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado. En

resumen: la teoría de la pena aquí sostenida puede ser resumida de la siguiente manera, la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello requisitos mínimos de prevención general.²⁷

El doctor Alejandro Rodríguez²⁸ al referirse a esta teoría, la ha denominado de la unión de Roxin, y dice que se deriva de las objeciones a las diferentes teorías de la pena y que desemboca en la necesidad de sustentar una teoría que pueda plantear una superación de los problemas expuestos en las dos teorías fundamentales ya relacionadas. Desde esta perspectiva, Roxin ha elaborado una teoría unificadora basada en las finalidades de la pena en cada uno de los momentos en que interviene el derecho penal. Roxin parte de la idea que en un Estado democrático de derecho el fin de la pena solo puede ser preventivo. Las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos). Desde esta perspectiva la pena puede cumplir una finalidad preventiva general legítima.

Por ello, el legislador al momento de realizar la incriminación actúa en función de la prevención general. La conminación penal en abstracto contiene en su seno el poder disuasorio hacia toda la colectividad, que puede dirigir sus acciones sobre la base de preceptos penales perfectamente determinados, que señalan las conductas prohibidas castigadas con pena. Ahora bien, la propia conminación penal constituye ya por sí misma una intervención en la esfera de la libertad del ciudadano. Por ello, solo puede encontrarse

²⁷ Consulta internet: Teorías sobre la función de la pena Wikipedia. Día:15-01-14

²⁸ Manual de derecho penal guatemalteco. Ob. Cit. Pág. 537



justificada en casos de extrema necesidad (última ratio) y frente a las actuaciones más graves y violentas contra un bien jurídico. Toda incriminación penal que no proteja un bien jurídico fundamental, o que sea innecesaria, es, a decir de Montesquieu una pena tiránica.

La culpabilidad opera en el momento de la imposición de sentencia, luego de que se ha declarado la responsabilidad penal de un ciudadano, como un medio de limitación de la intervención penal. Ni las exigencias de prevención general, ni de prevención especial, justifican que una persona sea castigada más allá de su culpabilidad (principio de retribución). De esta forma se preserva el principio de dignidad humana que objetan Kant y Hegel en la prevención general. En la medida en que la pena se encuentre conforme al hecho cometido, y la persona sea castigada por un acto que le es imputable, se puede decir que no se está utilizando al hombre como un simple instrumento para fines de otro. La retribución de la pena conforme a la culpabilidad preserva la intangibilidad de ser humano. Finalmente, la resocialización entra en juego en la etapa en cumplimiento de la pena.

3.2 El sistema de aplicación de las penas en la legislación penal guatemalteca

3.2.1 Breves antecedentes

El Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala que contiene el Código Penal es el que se encuentra actualmente en vigencia y que regula lo relativo a la forma en que se fijan las penas derivadas de los delitos que en el mismo se señalan. Estas mismas formas, se contenían en el Decreto número 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, emitido el 29 de abril del año de 1936 que fue derogado con la vigencia del actual Código Penal, y que señala para efectos de las penas, las mismas que actualmente rigen, y que de conformidad con las reformas a determinadas



normas, y fundamentalmente a la agravación de las penas de multa y de algunos delitos el aumento de la pena de prisión, a juicio de quien escribe, no han sido significativas las mismas para efectos del sistema de aplicación de penas que se señalan rige para el caso de Guatemala.

Es innegable para quien escribe dejar pasar en este análisis, lo que representa las reformas al Código Procesal Penal, derivadas del Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, que empezaron a regir a partir del uno de julio de 1994, y que trasciende a ocasionar inconvenientes de tipo práctico en la actualidad, con el sistema de aplicación de penas que se encuentran contenidas en el Código Penal, por cuanto, es de considerar que el modelo actual del proceso penal, conlleva principios garantísticos y sobre todo fundamentados en los derechos humanos, y en el cúmulo de instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, que no han sido considerados o tomados en cuenta, porque no se ha dado lugar a ello, en el Código Penal, y mucho menos en las reformas que se han introducido, que a juicio de quien escribe, solo tienden a entorpecer más la viabilidad de un proceso penal justo y objetivo, en congruencia con lo que sucede en la realidad dentro de un estado democrático y de derecho. Es por ello, que existe una distancia abismal entre la ley penal sustantiva y la procedimental, de tal suerte, que radica perjudicialmente en la forma en que se aplican las penas que señala la ley penal.

3.2.2 Análisis del sistema guatemalteco de aplicación de las penas

A) Principios constitucionales que deben observarse en el sistema de penas

El licenciado Alejandro Rodríguez Barillas²⁹ se refiere a principios de resocialización, humanidad y proporcionalidad, y establece que:

- a) El principio de proporcionalidad de las penas, es una exigencia constitucional, derivada del principio de dignidad humana, en que debe existir una correlación entre el bien jurídico protegido en el delito y el bien jurídico que se va a privar al autor de un ilícito penal, en forma de sanción o pena. Sin duda, un criterio de proporcionalidad exige que se tenga como criterio el valor del bien jurídico protegido, así como las necesidades de eficacia penal. De conformidad con este principio, una ley que restrinja derechos fundamentales debe ser adecuada para lograr la finalidad pretendida, esta finalidad únicamente puede ser la protección de un bien jurídico. Además, debe ser necesaria, en el sentido en que el legislador no debe tener otro medio igualmente efectivo para lograr la meta fijada.
- b) Principio de humanidad de las penas, se refiere a que el sistema penal de un Estado social y democrático de derecho plantea este principio. De esa suerte, la pena no puede ser concebida como un mal, o una retribución por el mal causado, sino debe estar basada en consideraciones de humanidad y protección de los derechos inherentes al ser humano. El Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, claramente señala que el sistema penitenciario tratará a toda persona condenada por un delito como un ser humano. Esto quiere decir, que la pena no priva al condenado de todos los derechos fundamentales, sino únicamente de su derecho a la libertad ambulatoria. La privación de libertad supone además el derecho a la resocialización.

²⁹ Manual de derecho penal guatemalteco. Ob. Cit. Pág. 539

- c) Las penas por lo tanto, si no quieren ser superfluas y absolutamente inútiles, tienen que prever las consecuencias que causan también en la vida del delincuente, en su familia y en su entorno social. No es posible, que las condiciones de marginalidad y pobreza se sigan reproduciendo a través de la criminalización de determinados sectores sociales. Tampoco es posible, que las vidas de los ciudadanos sean destruidas a través de las penas de prisión.

3.3 El sistema penal de conformidad con el Código Penal guatemalteco

El Código Penal guatemalteco, señala las penas privativas de libertad, a pesar de que no se señala una definición de las mismas, el Artículo 44 y 45 del Código Penal se refiere a la limitación de la libertad personal, su duración y los lugares en donde debe cumplirse, sin embargo, no hace alusión a las finalidades y limitaciones de las penas privativas de libertad.

El licenciado Luis Rodolfo Ramírez García³⁰ se refiere a que “la pena privativa de libertad se puede definir como la pérdida de la libertad ambulatoria de una persona durante un tiempo determinado por una sentencia debidamente ejecutoriada, mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario cuyo régimen está sometido al principio de legalidad, que tiene como fin generar condiciones favorables para la resocialización y reeducación del condenado”.

a. Clases de penas privativas de la libertad

El Código Penal guatemalteco en el Artículo 41 regula las penas principales, y se refiere a la de muerte, de prisión, el arresto y la multa. Como penas accesorias, en el artículo

³⁰ Manual de derecho penal guatemalteco. **Ob. Cit.** Pág. 573

siguiente (Artículo 42 del Código Penal) señala las:

- a) De inhabilitación absoluta;
- b) Inhabilitación especial;
- c) Comiso;
- d) Perdida de objetos o instrumentos del delito;
- e) Expulsión de extranjeros del territorio nacional;
- f) Pago de costas;
- g) Gastos procesales;
- h) Publicación de la sentencia;
- i) Todas aquellas que otras leyes señalen.

Respecto a la pena de prisión, el licenciado Luis Rodolfo Ramírez García³¹ se refiere a sus antecedentes, y explica que la posibilidad de aplicar la privación de libertad ha estado presente en todas las etapas de la historia, como por ejemplo la prisión por deudas para exigir su cumplimiento en el derecho romano, sin embargo, su consolidación como pena encuentra sus antecedentes en el siglo XVI donde los métodos punitivos iniciaron un proceso de transformación lento y profundo.

El desarrollo económico de la época debido al surgimiento de grandes y ricas poblaciones urbanas que posibilitaron la necesidad intensa por determinados bienes de consumo, la

³¹ Ob. Cit. Pág. 579

extensión constante del mercado, acompañada de la demanda, crecimiento y estabilidad del sistema financiero, posibilitaron el interés de la explotación de la mano de obra de los privados de libertad, con el fin de reducir los costos de producción. De esta manera se consolidaron como penas, la esclavitud en galeras, la deportación y las servidumbres. Algunas veces, se aplicaron conjuntamente con las penas pecuniarias y corporales que eran las tradicionales, y en otras substituyéndolas completamente.

Lo mismo puede apreciarse en la Capitanía General del Reino de Guatemala durante el período colonial. España para garantizar el control social de los nuevos territorios, y por lo tanto, el máximo de riqueza del trabajo de los indígenas, traslado la organización del aparato judicial y con él su sistema punitivo. La cárcel constituyó uno de los principales mecanismos de represión colonial.

Con respecto a la pena de arresto, el mismo tratadista, se refiere a que diversos elementos configuran al arresto como una pena privativa de libertad diferente a la de prisión, unas de carácter sustantivo y otras adjetivas. Entre las sustantivas se pueden enumerar la legislación penal la cual incluye como pena principal junto a la pena de muerte y la prisión, se le asigna específicamente para las faltas, caracterizada por el grado de lesividad mínima a determinados bienes jurídicos, la posibilidad de conmutar la privación de libertad por una cantidad de dinero, su duración no puede exceder de sesenta días y la obligación de que su cumplimiento se realice en centros diferentes a los destinados a condenas de prisión.

Las penas accesorias, doctrinariamente denominadas penas restrictivas de derechos, en la legislación guatemalteca se regulan en el Código Penal, se aplican adicionalmente a las penas principales. Así también, existen penas pecuniarias, y son aquellas que consisten



en el pago de una suma de dinero al Estado en concepto de pena, como en el caso de la legislación penal guatemalteca, lo que sucede con la multa, el comiso de los objetos o instrumentos empleados para la comisión del delito, así como el pago de costas y gastos procesales.



CAPÍTULO IV

4. La poca efectividad de las penas en la legislación guatemalteca y los aspectos positivos y negativos para la creación de la pena de cadena perpetua dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco

4.1 Aspectos considerativos

En la medida que evoluciona la sociedad, así debe evolucionar el derecho, sin embargo, ello dista mucho de ser así, si se considera que existen leyes que no son aplicables o no son conocidas y poco utilizadas y existen otros ámbitos de la vida, en que por no contar con una normativa, se incurre en arbitrariedades no penadas, y que trascienden a la esfera de lo social, creando conflictos y divergencias entre unos y otros, y esto pudiera suponerse podría suceder en el caso de la forma indeterminada que se regulan algunos tipos penales en el Código Penal.

En el caso del derecho penal guatemalteco, la pena debe ser determinada. Se entiende por determinación de la pena la fijación de la pena que corresponde al delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale. En un sentido amplio se incluye también en la determinación de la pena la decisión acerca de la suspensión de la misma o su sustitución por otras penas o por otras medidas de seguridad³² Ahora bien, otra cosa es la individualización de la pena que no es más que la actividad que en cada caso concreto se hace para determina la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para satisfacer así el fundamento y fines de la pena.

Ahora bien, para la comprensión de todos estos aspectos relacionados con la

³² Muñoz Conde. Mir Puig Bosch, *Tratado de derecho penal*. Pág. 12-22

determinación o indeterminación de la pena, así como el sistema penal guatemalteco, se debe considerar el hecho de que desde la perspectiva del derecho penal, los principios fundamentales que lo inspiran han variado de tal suerte, que en esa misma medida debe variar las formas de aplicación de penas derivadas de la aplicación de la ley penal, de tal suerte, que a continuación se enumeran los principios fundamentales que deben ser considerados para el análisis del tema de la determinación legal de la pena.

4.2 Principios de la pena

a) Principio de retributividad:

Este principio indica que no puede haber pena sin crimen, es decir, como se dice en latín *nullum crime nulla poena*. Este principio se refiere a la legalidad, se encuentra contenido en los Artículos 5 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, cuando indica el 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 impliquen infracción a la misma". El Artículo 17, establece "que 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".

b) Principio de legalidad:

Al igual que el caso anterior, se establece que no puede haber delito ni pena sino existe una ley anterior que lo regule. En un Estado de derecho, el principio de legalidad resulta fundamentalmente necesario, puesto que la única fuente del derecho penal es la ley.

Entonces, radica en el hecho de legitimar al derecho penal, porque establece en forma clara las infracciones que constituyen delito y cuáles son las infracciones que no y que son consideradas como faltas. En base a lo expuesto, el principio de legalidad comprende lo siguiente:

- Garantía criminal, porque se requiere que el delito se encuentre determinado en la ley previamente.
- Garantía penal, porque sin cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho.
- Garantía judicial, en que exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena, sean determinados por una sentencia judicial.
- Garantía de ejecución, que implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal.

Respecto al fundamento de esta artículo, como se mencionó en el análisis del principio anterior, se encuentra en el Artículo 5, 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúa el principio de 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 impliquen infracción a la misma”. El Artículo 12 de la Carta Magna, indica: “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 ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por

procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”. El Artículo 17 indica: “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”.

c) Principio de necesidad:

Este principio establece que no puede haber ley sin las necesidades sociales o coyunturales que así lo requieran. También se denomina en la doctrina como principio de mínima intervención. Cuando se refiere a mínima intervención su fundamento entre otros, se encuentra en el Artículo uno de la Constitución Política de la República de Guatemala, cuando se refiere al principio de dignidad humana, el Artículo dos que se refiere al principio de libre desarrollo de la personalidad, pues la persona tiene una autonomía moral, lo que significa la capacidad de distinguir entre el bien y el mal, es por consiguiente que el Estado no puede intervenir en el fuero interno de las personas, limita o evita el campo de acción o de actuación en la vida de los ciudadanos por parte del Estado en contravención con los derechos fundamentales.

d) Principio de lesividad:

Este principio indica que no puede haber necesidad sin haber daño a tercero. Con este principio se presume un resultado dañoso, lesión al bien jurídico tutelado por el Estado a través de las normas penales que implican una sanción en caso de infracción, y que dentro de los requisitos para que exista se encuentran:

— Bien jurídico tutelado



- Que sea lesionado ese bien

- Que afecte a terceros

Lo anterior constituyen requisitos esenciales a considerar cuando se tipifica una conducta que puede causar daño a un bien jurídico, como por ejemplo, la vida, es un bien tutelado por el Estado y que efectivamente goza de legitimidad, y que por lo tanto, debe ser protegido a través de la institución de normas que prohíban matar, así resulta, los delitos de homicidio, asesinato, etc.

El fundamento del anterior principio se encuentra en el Artículo uno y dos de la Constitución Política de la República de Guatemala que dicen: “Artículo 1. 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 2. Deberes el 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”.

Cuando se establece que el Estado debe tutelar los bienes jurídicos para que sean objeto de protección y que se merezca esa protección a través de su regulación en las normas, se necesita de lo siguiente: Que exista el merecimiento de la protección por medio del derecho penal. Esto significa el hecho de que puede haber bienes jurídicos tutelados que no se encuentren explicativamente contemplados en la ley, pero que ello se debe, en un aspecto al avance que tiene el Estado a través de la evolución de la sociedad y que necesariamente amerita que esa evolución tenga congruencia con la evolución del derecho, de regular conductas que trascienden y que son de impacto para la sociedad y que merecen ser tuteladas a través del derecho penal.

e) Principio de materialidad o derecho penal del acto:

Este principio es de importancia también al igual que los descritos anteriormente, y que tienen relación con los mismos, toda vez, que indica que no puede haber daño a tercero sin acción y sin la existencia del bien jurídico tutelado que hubiere sido lesionado.

Para que exista, se hace necesario que se susciten los siguientes aspectos:

- 1) Acto exterior inevitable, es decir, la exteriorización de la acción que se haya dado de manera inevitable.
- 2) Imputación objetiva, es decir, que la relación de causalidad se encuentre claramente determinada.
- 3) La existencia de ilícitos penales denominados de comisión por omisión.

f) Principio de culpabilidad:

Este principio tiene como fundamento 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 encuentran sujeta 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 lo anterior, es necesario que todos los tipos penales se encuentren fundamentados en dos elementos: uno de carácter objetivo y otro subjetivo. El objeto es la materialidad de la acción y el subjetivo debe basarse en la intencionalidad, es decir, si hubo dolo y culpa,

por ello, el Código Penal distingue los delitos penales de carácter doloso y culposo.

El tratadista Silva Sánchez distingue otros principios relacionados con el derecho penal en la época contemporánea, y son los siguientes:

g) Principio de legalidad (seguridad jurídica):

Se basa en que no existe delito ni pena sin ley anterior, es decir *nulla crime nulla poena sine lege*, a través del mismo se cumplen las siguientes funciones de seguridad jurídica que se conceptualiza como la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos, que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho entorpezca la mala voluntad de los gobernantes para que pueda causarles perjuicio. Este principio está ligado íntimamente con la legitimidad democrática, pues de no contar con la seguridad jurídica, podría ocasionarse un caos en la justicia criminal y la función de legitimidad democrática es garantista de la seguridad jurídica.

h) Principio de proporcionalidad

En el aspecto formal, rige el principio de proporcionalidad, que para definirlo de manera comprensible, es importante partir de la concepción de proporción que deviene de porción y en ese sentido, se manifiesta a través de que la pena en el derecho penal debe establecerse en proporción, en la misma condición de que se lesionó el bien jurídico tutelado por el Estado. Este principio material establece que debe penalizarse en relación al daño cometido y se da dos situaciones para interpretarlo doctrinariamente, en cuanto a que en abstracto se determina cuando se encuentra plasmado en la norma y en concreto,

cuando se individualiza el grado de culpabilidad de la persona, es cuando se aplica la norma, es decir, se individualiza el contenido del injusto y culpabilidad de la persona. El legislador debe considerar este principio para ejercer su potestad en el establecimiento de las normas y las penas.

i) Principio de humanización o resocialización:

Se refiere a la necesidad de humanizar las penas y buscar la resocialización del delincuente, mediante el respeto de sus derechos elementales de vida. Se refiere a la ideología del tratamiento. Es una garantía individual que debe respetar el legislador, es decir, el fuero interno de la persona, con respecto de los derechos humanos y de las garantías que le asisten que están establecidas en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. La resocialización es el fin de la pena.

j) Principio de igualdad:

Este se basa en considerar las diferencias en cada una de las personas y para ello, para que el legislador establezca los injustos y las penas o sanciones, debe considerar aplicando el principio de igualdad, con los siguientes argumentos:

1. El grado de exigibilidad de una conducta, es decir, hasta qué punto la ley puede exigir al ciudadano la observancia de la ley y por consiguiente el respeto de la misma.
2. Debe tomarse en consideración los valores culturales.
3. Debe considerarse el error de prohibición, es decir, conjugando los incisos anteriores, el legislador debe considerar cuando aplicar y cuando no lo relativo a

hasta qué punto debe el ciudadano conocer de las prohibiciones y consecuencias que regula la ley penal.

k) Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos:

El bien jurídico tutelado constituye el conjunto de valores supremos sobre los cuales versa el sistema de justicia penal, en el caso de la observancia general y obligatoria de las normas supremas.

Para que se penalice una conducta es necesario que previamente este penalizada o tipificada y que se determine cuál es el bien jurídico tutelado o protegido y que éste sea merecedor de esa protección. Para diferenciar que ese bien sea merecedor debe dotarse de la característica de legitimidad y para ello, se establece que a través de la figura del legislador en aplicación de los principios y fines enunciados y que realmente este dotado de esa legitimidad democrática y certeza o seguridad jurídica en función y fines del derecho penal contemporáneo. En cuanto a esta función, es decir, de la función que realiza el bien jurídico tutelado, también debe considerarse que realmente haya existido una lesión al bien jurídicamente tutelado, es decir, una conducta ilícita de resultado.

4.3 Los fines fundamentales de la pena

El Código Penal recoge los criterios de determinación judicial de la pena de conformidad con lo que indica el Artículo 65, por cuanto establece que la pena debe mantenerse dentro de los límites mínimo y máximo resultantes tras la determinación legal de la sanción, y que para ello, el juzgador, debe tomar en consideración:

a) La extensión e intensidad del daño causado

- b) Los antecedentes personales de la victima
- c) Los antecedentes personales del culpable
- d) El móvil del delito
- e) La mayor o menor peligrosidad del culpable
- f) Las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes

4.4 Los factores que inciden en la poca efectividad de la pena

Modernamente se ha hablado respecto a este tema sobre el principio de la justicia restauradora que surge a finales del siglo XX y que ha ido adquiriendo preeminencia como fundamentos para sentenciar, la restauración, reparación, y restitución. Esto surge como parte del reconocimiento que están teniendo los derechos y las necesidades de las víctimas del delito. El paradigma de *restorative criminal justice* (traducido como justicia terapéutica, justicia que restaura o justicia efectiva) cae bajo este fundamento. El argumento es que la justicia para las víctimas debe ser una prioridad de todo modelo de justicia criminal y de imposición de sentencias. Se debe tratar de proveer a las víctimas y sus familias la oportunidad de involucrarse en la discusión sobre la respuesta apropiada al delito. El interés se mueve a asegurar que el ofensor compense a la víctima y a la comunidad por los resultados o efectos de su conducta criminal y a demostrar que se han ejecutado medidas para asegurar que esa conducta no se va a repetir. Tanto la comunidad como el ofensor deben involucrarse en este proceso dirigido a que el último asuma responsabilidad por su conducta y se encamine a su rehabilitación.

La teoría de restauración no es propiamente un fundamento para castigar sino una

justificación para una respuesta a la violación de la ley distinta a lo que ha sido la respuesta tradicional a la violación de la ley. Un modelo completamente restaurador de justicia criminal todavía no se ha implantado a plena capacidad. Existen evaluaciones, algunas muy positivas, de algunos programas. Hay preguntas todavía sin resolver, como las siguientes: ¿Cómo se va a calcular el daño a la comunidad por la conducta delictiva? ¿Puede la justicia restauradora o la mediación entre víctima y ofensor realmente atender delitos serios? ¿Sería necesario mantener una forma más tradicional de justicia criminal disponible como una base residual?

Por otro lado, el proyecto del Código Penal, regula, un apartado de las consecuencias jurídicas del delito y señala como principios: “El sistema de consecuencias jurídicas del delito se regirá por los principios, ya establecidos y, por los siguientes:

- a) Culpabilidad: la culpabilidad establece el fundamento para la individualización de la pena y el límite máximo para la concreción de la misma en el caso concreto
- b) Humanidad: Las penas y las medidas de seguridad deberán respetar la dignidad inherente a todo ser humano
- c) Proporcionalidad: Toda sanción penal debe de imponerse atendiendo a la gravedad del hecho cometido
- d) Resocialización: La imposición de una pena o medida de seguridad debe de ir orientada a la readaptación social y a la reeducación del sancionado. Al momento de imponerse una sanción penal se deberá considerar los efectos derivados de la misma para la vida futura del autor en la sociedad.



Respecto a las penas, regula: Las penas previstas en este Código son las siguientes:

- a) prisión;
- b) Arresto domiciliario;
- c) Multa;
- d) Inhabilitación absoluta o especial;
- e) Limitaciones especiales.

Para cada delito se impondrán una o más de estas penas de acuerdo con lo establecido en este Código.

- a) Prisión: La pena de prisión consiste en la privación de libertad de locomoción de una persona y la restricción de sus derechos, solo en la medida necesaria para asegurar su encierro. La pena de prisión deberá ser ejecutada conforme a los fines constitucionales del sistema penitenciario y no deberá provocar otros sufrimientos que aquellos ineludibles, surgidos de la pérdida de la libertad. La pena de prisión, en ningún caso, podrá superar los treinta años.
- b) Arresto domiciliario. El arresto domiciliario consiste en la prohibición de abandonar el domicilio o residencia. Se deberá aplicar en sustitución de la pena de prisión, cuando se trate de una mujer embarazada o madre de un niño menor de dos años o de una persona gravemente enferma, mientras duren esos estados, o a una persona mayor de setenta años. En cada una de estas sustituciones, el juez podrá imponer una o varias reglas establecidas en el Artículo 39.

- c) **Multa.** La pena de multa consiste en la obligación de pagar al Estado una cantidad de dinero, que será fijada en unidades de multa. La unidad de multa será fijada por el tribunal en la sentencia, teniendo en cuenta la situación económica del condenado y su promedio de ingresos. Los rangos de unidad de multa se determinarán entre uno y cincuenta días de salario mínimo. En ningún caso la pena de multa superará las mil unidades, salvo cuando sustituya la pena de prisión.
- d) **Conversión.** En caso de insolvencia, la pena de multa se podrá convertir en algunas de las modalidades de instrucciones especiales reguladas en este Código, a razón de una unidad de multa por cada dos días de instrucciones especiales.
- e) **Inhabilitación absoluta.** La pena de inhabilitación absoluta consiste en la pérdida del cargo o empleo público, aunque provenga de una elección popular, la incapacidad para obtener cualquier empleo o cargo público y la pérdida de los derechos políticos, mientras esté cumpliendo la pena de prisión.
- f) La inhabilitación absoluta, además de los casos especialmente previstos, se impondrá siempre que se aplique una pena de prisión superior a los cinco años, y por el mismo plazo que ella. En los demás casos, no podrá durar más de veinte años.
- g) **Inhabilitación especial.** La pena de inhabilitación especial consiste en la prohibición de ejercer una profesión, oficio o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación. Asimismo, la inhabilitación especial podrá consistir en la prohibición de ejercer el comercio o de formar parte de los órganos de una persona jurídica. Además de los casos especialmente previstos, esta pena se impondrá siempre que el delito se hubiere cometido abusando de la profesión, oficio o actividad o importe

una grave o reiterada violación al deber de cuidado o pericia que requiere la profesión, oficio o actividad respectiva. La inhabilitación especial no podrá durar más de veinte años.

h) Limitaciones especiales. La pena de limitaciones especiales consiste en la imposición de una o varias de las reglas de conducta siguientes: a) Residir o no residir en un lugar determinado y someterse a la vigilancia que determine el tribunal; b) No frecuentar determinados lugares o personas, c) No asistir a determinados espectáculos, reuniones o actividades públicas; d) abstenerse de consumir estupefacientes y bebidas alcohólicas; e) conminar a realizar estudios, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución que determine el tribunal; f) prestar trabajo comunitario no retribuido a favor del Estado o instituciones públicas, fuera de sus horarios habituales de trabajo, previo consentimiento del condenado; g) reparar el daño causado o comprometerse a su reparación, a satisfacción de la víctima o del juzgador en los delitos sin víctima directa. h) someterse a un tratamiento médico o psicológico, si de acuerdo al juicio del perito fuere necesario; i) permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte, industria o profesión. El juez fijará en la condena las modalidades concretas de la ejecución y el tiempo de vigencia de las prohibiciones o mandatos, que nunca podrá ser superior a cinco años, salvo cuando sustituya la pena de prisión.

4.5 Los sustitutivos penales

Se refiere a la sustitución de la pena de prisión, y de acuerdo al ordenamiento jurídico guatemalteco, es obligatoria, cuando la pena impuesta fuere menor de doce meses; en los demás casos, cuando la pena de prisión señalada no sea superior a tres años, se podrá



sustituir, tomando en cuenta la personalidad del autor, las circunstancias del hecho y el esfuerzo para reparar el daño causado. La sustitución se regirá por la siguiente proporción. También con las reformas al Código Procesal Penal, se debe tomar en consideración el peligro de fuga y el peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad.

También se encuentra la suspensión condicional de la pena, y procede en los casos de condena a una pena de prisión que no exceda de cinco años, y se refiere a que a la persona que se le impuso la sanción, se le suspende esta sanción que generalmente es de prisión y que no supera los cinco años, para que durante un plazo que no excederá de tres años, ofrezca una conducta adecuada y de acuerdo a las normas sociales y jurídicas, y al vencimiento del plazo señalado por el juez, se extingue la pena que le fuere impuesta, sin embargo, si durante ese plazo cometiere un nuevo delito, se revocará el beneficio que se le otorgó y se le aumentará la pena del delito anterior y la del presente, sin posibilidad de obtener beneficios futuros.

4.6 Análisis de la iniciativa de Ley 4476 del Congreso de la República de Guatemala que pretende crear la pena de cadena perpetua

A través de la presente investigación se ha hecho un breve análisis de lo que significa el derecho penal, la teoría del delito que tiene como consecuencia la imposición de penas, y el sistema de penas conforme el ordenamiento jurídico guatemalteco, para culminar con el análisis de la iniciativa de ley que pretende regular la pena de cadena perpetua.

Para realizar el análisis señalado, resulta importante establecer los siguientes aspectos:

1. La pena de cadena perpetua se refiere a una pena de prisión vitalicia que padecerá la persona a quien se le impone por parte del juez.
2. Evidentemente en la actualidad, conforme las normas del Código Penal, dicha pena no se encuentra regulada aún.
3. En países como Estados Unidos, se encuentra regulada tanto la pena de muerte como la pena de cadena perpetua, y que rige para determinadas circunstancias que se aplique una u otra.
4. La pena, como se dijo arriba, tiene que ir entrelazada con los principios de reinserción y resocialización de los delincuentes, por lo que establece el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y ello, implica que favorezca la vida y no la muerte, como para continuar imponiéndose dentro de los delitos que la tienen, y crearla para otros delitos que van surgiendo y que a pesar de que son graves para la sociedad, no se contenían en la normativa.
5. Las condiciones en que se encuentra la sociedad guatemalteca no son las mismas que tiene la sociedad estadounidense y en este último caso, se cuenta con los medios o recursos financieros para sufragar los gastos que representa mantener vitaliciamente a personas que fueren condenadas a la pena de cadena perpetua.

Dentro de las posiciones a favor de la cadena perpetua como pena, se encuentran las siguientes:

1. Los que se encuentran a favor, se fundamentan en la idea de la justicia, e inclusive se basan en ideas de carácter religioso, porque de alguna manera se refiere a un castigo

vitalicio y no la muerte en sí, y se relaciona con lo que dice la ley del talión, vida por vida, ojo por ojo, diente por diente.

2. También se fundamentan en las teorías absolutas de la pena, cuya máxima era la pena justa (punitur quia peccatum est). No importando en este caso, que sea vitalicia. Estas teorías se basan en la libertad e igualdad naturales de todos los hombres. Por lo tanto, cuando un hombre comete un delito, se ha de retribuir al autor del delito con una pena equivalente al mal que ha ocasionado, y que peor puede suceder si a este se le impone prisión vitalicia.
3. El principio de utilidad social que es modernamente establecido en concepciones del derecho penal, también se fundamenta a favor de la cadena perpetua y a diferencia de las teorías absolutas, que respondían al interrogante de porqué castigar, las teorías relativas, responden al de para qué castigar. Precisamente, una de las respuestas a esta pregunta, da fundamentación a esta pena concretamente, dentro de las teorías relativas, se encuentran las teorías de la prevención general y en concreto de la prevención general negativa. Éstas, se basan en la idea de crear ciertas contra motivaciones en los transgresores potenciales. Es decir, dotan la pena de un carácter disuasorio e intimidatoria. Sin duda alguna, si el individuo es racional, y hace un balance sobre las ventajas y desventajas de cometer un crimen, la pena de cadena perpetua, significa una prisión vitalicia y eso no es nada alentador a los infractores y reincidentes, evitaría que el crimen tuviera beneficio alguno. Sin embargo, como veremos más adelante en las argumentaciones en contra, esto no ha sido aún demostrado.

4. Se argumenta que su imposición es una defensa social ante una legítima defensa ya que el sujeto, víctima del delito, no ha podido ejercer su derecho a la legítima defensa, y por lo tanto, es la sociedad quien debe llevarla a cabo, encomendado claro está, al Estado en ejercicio del poder punitivo y que represente un verdadero castigo, como es la prisión vitalicia.
5. Debe apoyarse la imposición de este tipo de pena, en sustitución de la pena de muerte y el objeto es que tenga fines de prevención general, en cuanto al posible temor a la fuga o la reincidencia que pueda provocar en el sujeto activo del delito.
6. No existe riesgo de sentenciar a un inocente: la existencia de garantías jurídicas, tales como las apelaciones, la revisión obligatoria de la sentencia que no es de muerte, y que puede ser objeto de revisión que permite que el error judicial o fiscal, se vaya eliminando, lo cual no sería igual si se aplicara la pena de muerte, que ya no habría oportunidad de enmendar los errores humanos y legales que se pudieron haber cometido en contra del reo. Lo anterior hace posible que sólo se condene a los culpables reales de los hechos delictivos.
7. El factor económico es muy importante, pues los que se encuentran a favor de este tipo de pena sostienen que en términos económicos, no es muy rentable, sin embargo representa para el Estado y su legitimación en hacer justicia, más beneficioso que hace viable el acceso a la justicia de las víctimas o sus familiares, cuando saben que si bien no se aplicó la pena de muerte, la persona culpable estará el resto de su vida en prisión sin ocasionar más daño a la sociedad.

Las posiciones en contra, son las siguientes:

1. En cuanto a los que se encuentran en contra de la pena de cadena perpetua, respecto a la razón de justicia, indican que desde el punto de vista religioso, si bien es cierto que en el antiguo testamento se profesan ideas tales como la ley del tali3n, se trata de un sentimiento, particularmente violento, y no de un principio garantístico de cualquier ciudadano ante el poder del Estado. Adem3s, se dice que no es posible imitar o igualar esta ley a un sistema de normas que actualmente ostentan cualquier ordenamiento jur3dico del mundo, y que d3a a d3a pretende ser m3s humanizado, principalmente por el hecho del surgimiento de los derechos fundamentales de los hombres y mujeres, sino que esa acci3n il3cita o esa inacci3n, debe ser corregida; por otro lado, cabe confrontar otras consideraciones de car3cter religioso, como el amor al pr3jimo, el perd3n, entre otras. Pero que como seres humanos debe aplicarse la sanci3n en la justa medida y la pena de muerte por ejemplo, se trata de una medida extrema, y en su defecto, la prisi3n vitalicia podr3a ser la forma m3s humanizada de la sociedad de castigar a una persona que ha ocasionado un da3o irreparable a las v3ctimas.
2. Se fundamentan en una pena justa. Al respecto Roxin, al mal del delito e indica que se le suma el mal de la pena. 3ste es uno de los ejemplos cr3ticos a las teor3as absolutas. Y tambi3n cabe destacar la cr3tica realizada por Mir Puig, que apunta a que no es propia del estado moderno la aspiraci3n por la realizaci3n de la justicia absoluta sobre la tierra, puesto que el Estado mantiene una clara distinc3n entre moral, religi3n y derecho. En definitiva que las sentencias no se pronuncian en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo, como sucede en el caso de la legislaci3n guatemalteca, conforme lo establece el Art3culo 390 del C3digo Procesal Penal guatemalteco.

3. Por último, cabe hacer mención que se dice que cuanto más golpea uno, más golpea el otro, pues resulta satisfactorio lastimar a quien nos lastima, y esto es parte del derecho natural. Quizás, bajo el supuesto de la realización de justicia, se esconda el placer de que se le haga daño a alguien que no es uno o bien un familiar.
4. Es de utilidad para la sociedad, pues si bien no está demostrado, que la pena cumpla una función de prevención general negativa, o sea de intimidación a los potenciales infractores, en el caso de los delincuentes reincidentes será un reto provocar que les sea aplicada y sabrán de hecho que no podrían imponérsele la pena de muerte, que en general, es la más grave.
5. El hecho de que se ha abolido la pena de muerte, y esto se evidencia a través de los medios de comunicación social, en que los penados de muerte, se les ha convertido la muerte con la prisión de cincuenta años, es un aliciente para los delincuentes.
6. El costo no solo de todo el proceso judicial, sino de la manutención que el Estado y la sociedad tienen que hacer del delincuente por toda su vida, sin mayores obligaciones como sucede en el caso de cualquier ciudadano que se esfuerza por trabajar y mantener a su familia, y en este caso, ni siquiera tendrán obligación de proporcionar alimentos a sus hijos, quedándose en desamparo dichos menores y en general la familia, representando doble gasto para el Estado dentro de su deber de protección a la familia como lo establece el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
7. El único obstáculo legal para el posible reconocimiento en nuestro país de la prisión a perpetuidad podría ser el mandato constitucional de que las penas

privativas de libertad tienen que estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social. El tribunal constitucional ha matizado que esta declaración constitucional no quiere decir que el único fin de estas penas sea la reinserción social, pero que ésta tiene que estar, en todo caso, entre ellos. En consecuencia, lo coherente con la jurisprudencia constitucional es considerar que el cumplimiento forzoso de una pena de 40 años en prisión (incluso si se ha comprobado la reinserción previa del condenado tras un largo período de cumplimiento) es inconstitucional, pese a no implicar en teoría una prisión perpetua. Sin embargo, considero que la evidente incompatibilidad conceptual entre resocialización y prisión a perpetuidad quedaría compensada en una legislación que asegure la revisión periódica y forzosa de las condenas de prisión perpetua en caso de resocialización comprobada, a partir de los 15 ó 20 años de cumplimiento. Sólo si la revisión no fuera forzosa, la prisión a perpetuidad sería inconstitucional porque estaría prescindiendo de la necesaria atención al fin de la reinserción social. En el debate público se suele ignorar que ésta es la opción preferida hoy en el derecho penal internacional y en muchas legislaciones europeas.

Ahora bien, respecto al análisis de la iniciativa 4476 del Congreso de la República que pretende establecer la pena de cadena perpetua, conviene hacer la reflexión sobre los siguientes aspectos:

1. La iniciativa tiene fecha diez de julio del dos mil doce y a la fecha no ha sido objeto de análisis y discusión por parte del pleno o la comisión respectiva del Congreso de la República de Guatemala.
2. Ha tenido como fundamento que la Asamblea Nacional Legislativa de la República de Guatemala aprobó con fecha diecinueve de abril de mil novecientos noventa y dos, el



Decreto 159 que reglamentaba el Artículo 78 de la Constitución Política vigente en ese entonces, la facultad del Presidente de la República para conmutar la pena de muerte y conceder indultos en los casos previstos, disposición constitucional que con algunas variantes se mantuvo en Constituciones posteriores, hasta el año de 1985, en que se promulgó la actual Constitución Política de la República, que no la contempla.

3. También se indica que la Constitución Política de la República promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, vigente a partir del 14 de enero de 1986, derogó expresamente todas las constituciones de la República de Guatemala y cualesquiera leyes que hubieren surtido iguales efectos con anterioridad, y estableció la independencia de poderes al declarar que la soberanía radica en el pueblo que delega para su ejercicio en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial dentro de los que está prohibida la subordinación, y que la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde con exclusividad al Organismo Judicial y que ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.
4. Que el Decreto 159 de la Asamblea Nacional Legislativa que, además, regulaba el procedimiento para el otorgamiento del mismo, fue derogado por el Decreto 32-2000 del Congreso. Hasta el 1 de junio de 2000, el conocimiento del recurso de gracia, y la concesión del indulto respectivo, correspondía al Presidente de la República, conforme lo ordenaba el Decreto 159 de la Asamblea Nacional Constituyente, que además regulaba el procedimiento para el otorgamiento del mismo. La Ley Constitutiva de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 11 de diciembre de 1879, en su Artículo 78 establecía: "El Presidente de la República tiene la facultad de conmutar la pena que sea mayor en la escala general de la penalidad, en la

inmediata inferior, y de conceder indultos por delitos políticos y aún por los comunes cuando la conveniencia pública lo exija o el peticionario tenga a su favor servicios relevantes prestados a la Nación”.

5. Esta Constitución estaba vigente el 21 de abril de 1892, fecha en que el entonces Presidente de la República, José María Reina Barrios, sancionó y mandó a promulgar el Decreto número 159 de la Asamblea Nacional Legislativa, que contiene las facultades del mismo presidente de otorgar la gracia y conceder el indulto. Las Constituciones de 1956 y 1965 en sus Artículos 69 y 54, respectivamente, expresaban que contra las sentencias a muerte, serían admisibles todos los recursos, incluso los de casación y de gracia.

6. La Constitución de 1956 se contempla la facultad al presidente a conmutar la pena que sea mayor en la escala de la penalidad, por la inmediata inferior y conceder indultos en lo relativo a delitos políticos y comunes conexos, y la de 1965 lo establecía en el Artículo 189 inciso 30, al decir, conmutar la pena de muerte por la inmediata inferior y conceder indulto en lo relativo a delitos políticos y comunes conexos. El 23 de diciembre de 1944, la Junta Revolucionaria de Gobierno a través del Decreto 45, preceptúa que: el Decreto 159 conservará su vigencia y fuerza legal mientras se emita la nueva Carta Magna de la República de Guatemala. De igual forma, el mismo cuerpo constitucional vigente, establece que contra la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, incluso el de casación, el que será admitido siempre para su trámite, y finaliza diciendo que la pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos. Entiéndase por recurso la reclamación que el agraviado o inconforme de



una providencia, decreto o resolución, hace ante un juez o tribunal, para que ellos o un tribunal superior confirme, reforme o revoque lo impugnado.

7. La finalidad de la iniciativa es determinar que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que la soberanía radica en el pueblo quien la delega en los tres organismo del Estado, ejecutivo, legislativo y judicial, situación que por imperativo constitucional obliga necesariamente la división de funciones en el ámbito de la administración pública gubernamental, para que cada uno de los cuales tenga una finalidad específica, lo que explica la prohibición de subordinación de los organismos entre sí, es decir, de acuerdo al normativo constitucional cada uno de los organismos del Estado tienen sus funciones predeterminadas, en lo que respecta al organismo judicial, regula que la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca, y en ejercicio de la función jurisdiccional, los tribunales de justicia y la Corte Suprema de Justicia han observado el debido proceso para imponer la pena capital al responsable de la conducta antijurídica.
8. La pena capital impuesta a persona responsable de ilícitos penales que se sancionan con la pena de muerte, resulta de la voluntad manifiesta de los legisladores al estimar que ciertos delitos tipificados en el Código Penal, por sus características de consumación y que son acreedores de la misma, más aún, cuando la delincuencia común, el crimen organizado y el terrorismo se han incrementado significativamente, obligó a este organismo del Estado a pronunciarse sobre el particular, y los órganos jurisdiccionales responsables de la aplicación de la justicia se ven en la penosa obligación de imponer la sanción respectiva.



9. La legislación penal sanciona con la pena capital a algunos delitos, después de agotados los recursos ordinarios y extraordinarios, desde tiempos de la inquisición, se estableció la necesidad de concederle una última oportunidad al condenado, al otorgarle el famoso recurso de gracia, que conocía en única instancia el Rey. Debido a los cambios en el sistema de gobierno a republicano, democrático y representativo, ahora esa facultad es concedida al Presidente de la República de conformidad con los preceptos vertidos en el Decreto 37-2010, Ley Reguladora de la Conmutación de la Pena para los Condenados a muerte, que nunca nació a la vida jurídica.
10. Es indiscutible y evidente que la sanción en el derecho penal se ha instituido para defender el orden jurídico y garantizar a la sociedad las condiciones necesarias para la vida social. No puede entenderse el castigo sino en defensa social. La lucha contra la delincuencia es la lucha por el mantenimiento de las condiciones de vida civilizada y por la consecución de una moral más alta de los individuos. Esta función de la pena debe estar relacionada al desenvolvimiento mismo de la sociedad, una sociedad sana requerirá de pequeños castigos para sus transgresores, pero una sociedad maleada, profundamente sumergida en el delito, requiere de sanciones más fuertes que respondan necesariamente a la medida del daño que se le cauce. De esto deviene la obligatoriedad de la ley penal, debe ser absoluta, no se puede hablar de justicia a medias ni de preservación social a medias. Implica la observancia y aplicación absolutas de sus normas en forma inexorable.
11. La pena de muerte es uno de los temas más apasionantes del derecho penal y ha existido teorías abolicionistas y defensores de la misma. Algunos tratadistas que sin renunciar a sus posiciones dijeron que sin embargo, en cuanto constatamos que casi

todas las legislaciones de los Estados Unidos conservan todavía esta extrema sanción, no podemos por menos de reconocer que en ciertos periodos excepcionales, guerras, revoluciones, y especialmente cuando se presenta la posibilidad de mutaciones políticas que hacen problemática la efectiva ejecución de penas carcelarias largas, así como respecto a ciertos delitos de suma gravedad que adoptan en el ambiente social una forma epidémica, se reconoce que, la dura necesidad de dicha sanción, es difícilmente refutable.

12. Que los guatemaltecos vivimos en un mundo sin fronteras ni límites para la delincuencia común y el crimen organizado, la zozobra de la sociedad se manifiesta diariamente y la sentimos cuando un familiar, un amigo o un hermano guatemalteco le tocó la desgracia de perder su vida en legítima defensa de sus intereses propios o familiares o simplemente fue víctima vulnerable de los transgresores de la ley.
13. La delincuencia común y organizada no distingue ni busca quien se las debe sino quien se las paga, alcanza sus objetivos económicos a costa de un ciudadano guatemalteco honrado, digno, trabajador y vulnerable; violenta la ley, encuadra su conducta atípica y antijurídica al supuesto normativo de la ley penal, a sabiendas que las autoridades que velan por la seguridad, la justicia y el bienestar social no realizan su función principal de investigación, aprehensión y sanción como en derecho corresponde.
14. Se reconoce y respeta los principios constitucionales y la ley es de conocimiento público, que el poder proviene del pueblo, su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley, que ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio, y que el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República y que



los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

15. Desde hace más de dos décadas la pena de muerte legalmente establecida en nuestro ordenamiento jurídico ha quedado en el olvido, hasta la emisión del Decreto 37-2010 que nuevamente regula su aplicación para aquellos delincuentes que han transgredido la ley penal, sentenciados a muerte por el sistema judicial del país, sin recurso pendiente que resolver, puesto que despiadadamente se constituyeron en transgresores de la ley, asesinos de personas inocentes, terroristas, extorsionistas y secuestradores de personas que han dejado su vida en trabajo honesto, y victorioso, sin embargo, el decreto en mención nunca nació a la vida jurídica, puesto que no fue sancionado. No obstante, este decreto que regula la pena de muerte contempla que corresponde al Presidente de la República conocer y resolver sobre el recurso de gracia y por ello dentro del contenido de la iniciativa de ley analizada, el Artículo uno establece el objetivo y dice que la presente disposición jurídica ordinaria tiene la finalidad de establecer la competencia jurídica de la persona, autoridad u órgano facultado para conocer y resolver sobre el recurso de gracia o conmutación de la pena de muerte. Lo anterior quiere decir que se vuelve a regula el recurso de gracia como un medio de impugnación que puede utilizar el penado, pero adiciona a que puede conmutarse la pena de muerte impuesta en su momento.

16. También a esta iniciativa se le otorga la facultad al Presidente de la República de conocer y resolver sobre el recurso de gracia o la conmutación de la pena de muerte a cadena perpetua, es decir, que el decidirá si se aplica la pena de muerte o la conmuta a cadena perpetua.



4.7 Análisis de la legislación comparada

En la mayoría de países europeos se ha contemplado la prisión perpetua desde los mismos momentos en que se regularon sus códigos penales, lo cual no es así en el caso de Latinoamérica, ya que un buen porcentaje de países especialmente de Centroamérica contemplan una pena máxima, como sucede en el caso de Guatemala, la pena de prisión máxima es de cincuenta años.

Aparte de ello, en términos estrictamente formales, no existe la prisión perpetua, pues se interrumpe a partir del momento en que el reo fallece o es beneficiado derivado de la interposición de una revisión por considerar que existió error en el fallo judicial. De todas maneras, en la mayoría de países donde la prisión perpetua se contempla, también sus mismos marcos normativos han creado mecanismos legales, para que ello no se cumpla sino que se interrumpa.

Por ejemplo, en Alemania el Código Penal prevé la suspensión del resto de la pena impuesta cuando el condenado a la vista ha cumplido otras condiciones y siendo así la prisión perpetua se reduce a quince años. El Código Penal italiano también contempla la pena de prisión perpetua o a perpetuidad, y se le permite al penado cuando ha llegado a veintiséis años, en vista de haber cumplido dichos años y tener buena conducta, a gozar de libertad condicional. En España, recientemente se ha hecho una reforma al Código Penal, que se encuentra en el Real Decreto 5/2010, en donde entre otras cosas que se pudieron analizar, respecto de las penas, se introduce lo que ellos denominan la prisión permanente revisable, que no es más que la cadena perpetua, y se efectúa para dar una respuesta penal más adecuada a ciertos crímenes que causan una especial repulsión social. Se aplica a los homicidios terroristas, los cometidos contra el rey o el príncipe

heredero y contra los jefes de Estado extranjeros. También será la pena prevista para los casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad con homicidio, así como en el caso de la agresión sexual. El sistema de revisión opera a partir de que el penado cumpla entre veinticinco a treinta y cinco años, para que pueda ser revisado su caso y pueda acceder a una libertad anticipada con los requisitos que en dicha norma se establece. A continuación se establece en forma específica como se regula la prisión perpetua en algunos países³³ que presentará un mejor enfoque de cómo se encuentra esta pena y lo que podría suceder en el caso de Guatemala en cuanto a que la misma se establezca dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

1. En Argentina, el Artículo 79 de su Código Penal establece que se aplicará la pena de ocho a veinticinco años para el homicidio, siempre que el código no estableciere otra pena. Las penas de reclusión perpetua o prisión perpetua pueden aplicarse a quien matare a otro bajo ciertas circunstancias agravantes establecidas en el Artículo 80 del Código Penal. El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco años de condena, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrá obtener la libertad por resolución judicial bajo ciertas condiciones que establece el Artículo 13 del Código Penal. Para obtener la libertad condicional uno de los requisitos es no ser reincidente y una vez revocada la libertad condicional no se puede volver a obtenerla. Además de ello, existe en el Código Penal argentino, la figura de la reclusión por tiempo indeterminado, en caso de reincidencia múltiple, que deja al arbitrio de los jueces, conforme a los informes de prisión y evaluaciones periciales si el reo esta en o no en condiciones de ser liberado.

³³ www.wikipedia.com.thlm. Día de consulta: 11-11-2013

2. En la Monarquía Parlamentaria Federal de Canadá la cadena perpetua es obligatoria para el caso de asesinato. El periodo mínimo para la libertad condicional es de veinticinco años para los asesinatos en primer grado y de diez a veinticinco años para los asesinatos en segundo grado.
3. En Chile, existen dos instituciones relacionadas con la prisión perpetua, por un lado, está la prisión perpetua como tal, que se traduce en la imposibilidad de ser objeto de beneficio intrapenitenciario alguno o de algún otro por conducta salida dominical, reclusión nocturna, por ejemplo, por veinte años. Por otro lado, al derogarse en mayo del año 2001, la pena de muerte para delitos civiles y militares en tiempo de paz, se estableció en reemplazo la llamada pena presidio perpetuo calificado. Esta no permite al condenado a acceder a ningún beneficio por el plazo de cuarenta años, y esto solo con la aprobación de la mayoría de los miembros en ejercicio de la Corte Suprema de Chile. Se encuentra contemplado como la pena más alta solo para algunos delitos como atentado contra la seguridad exterior de la República, seguridad de guerra, secuestro con homicidio o violación, homicidio de un fiscal del Ministerio Público, defensor penal público en razón del ejercicio de sus funciones, de violación con homicidio, parricidio, robo con violación u homicidio.
4. En los países bajos, la cadena perpetua es una condena a permanecer en la cárcel durante el resto de la vida del reo, y solo si la reina concede el indulto, cosa que sólo ha ocurrido dos veces desde la segunda guerra mundial, es liberado.
5. En México, existe la cadena perpetua. En octubre del año 2010 en el Estado de Chihuahua se sancionó una ley que castiga con prisión vitalicia los secuestros, homicidios de periodistas y policías, asesinatos múltiples y extorsión. En diciembre de



2010, se aplicó por primera vez contra un delincuente de dieciocho años que torturó y mató a varias de sus víctimas. A raíz de los femicidios en México, en noviembre de 2011 se reformó el Código Penal incluyendo el femicidio y la violación como agravantes para prisión vitalicia.

6. En Perú, la cadena perpetua es obligatoria en caso de homicidio, aunque dependiendo de la intensidad de éste. El juez puede determinar imponer cadena perpetua o un tiempo definido, normalmente las cadenas perpetuas son para los asesinos, secuestradores y terroristas. En el Artículo 29 del Código Penal peruano indica: "La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años". Por último, cabe indicar que en cuanto al plazo de la cadena perpetua se precisa en el Artículo 59-A, inciso 1 del Código de Ejecución Penal Decreto Legislativo N°654, que: "La pena de cadena perpetua será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de la libertad..." y completando en el mismo Artículo. pero en el inciso 6, dispone que: "Cada vez que el órgano jurisdiccional resuelva mantener la condena, después de transcurrido un año, se realizara una nueva revisión, de oficio o a petición de parte..."
7. En Portugal, el límite máximo de la pena de prisión es de veinticinco años, y esto no puede ser superado en ningún caso. Con la reforma penal de Sampaio e Melo en 1884, Portugal se convirtió en el primer país del mundo en abolir la pena de cadena perpetua.
8. En Venezuela la cadena perpetua no existe, según la constitución actual el tiempo máximo por el que una persona puede ser encarcelada es de treinta años. Uno de los

casos más conocidos de los condenados a esta pena fue el de Argenis Rafael Ledezma llamado el Monstruo de Mamera, condenado desde 1980 hasta el 2001 cuando salió en libertad por buena conducta.

4.8 Necesidad de que se establezca la cadena perpetua dentro de la legislación guatemalteca

De acuerdo a lo que se ha venido estableciendo dentro del presente trabajo, es evidente de que se han hecho intentos en este caso, por parte de los señores diputados al Congreso de la República de Guatemala por provocar normas ordinarias que contengan aspectos relacionados con evitar consumarse la pena impuesta por los jueces en varios procesos judiciales respecto a la pena de muerte.

Ha sido grave el hecho de que se han experimentado casos de ejecuciones de la pena de muerte, por disparos de arma de fuego, y últimamente por medio de la inyección letal. A pesar de que la sociedad guatemalteca tiene sed de justicia, también lo es que el observar estos casos de ejecución de la pena de muerte, no contribuye en nada a la paz social, y eso ha sido uno de los fundamentos por los cuales se creó la iniciativa de ley que se encuentra objeto de análisis dentro del presente trabajo de investigación.

El problema radica de acuerdo a la percepción de quien escribe, en que si bien se ha eliminado la pena de muerte que se ha impuesto en varios casos judiciales, el hecho de que se les aplique la pena consecuente que es de cincuenta años que es la máxima que regula la legislación penal guatemalteca, le queda un mal sabor de boca a los ciudadanos, cuando se escuchan las opiniones respecto a que no hay justicia, que la sociedad y el Estado tienen que mantener a las personas que han transgredido las normas penales y han ocasionado daños graves a las víctimas o su parientes, y que aparte de ello, tengan



que brindárseles manutención por cincuenta años que estarán en prisión, y que lo mejor sería que fueran ejecutados para que el Estado y la sociedad no tenga que erogar los gastos que ello representaría.

Esta opinión claramente no tiene congruencia con los principios fundamentales que establece la Constitución Política de la República de Guatemala y que de alguna manera tiene correspondencia o bien armonía con los diferentes instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos y que debe ir plasmado en los marcos normativos que se aplican.

Por otro lado, también es de considerar que en términos generales, no existe materialmente hablando la prisión perpetua, por cuanto en varios países, se aplica la suspensión a partir de determinados años, sin embargo, existe como tal, **prisión perpetua**, y que se equipara a concepciones de tipo político y filosófico como sucede en el caso de la pena de muerte.





CONCLUSIONES

1. En la actualidad concurren conductas que vulneran bienes jurídicos tutelados protegidos por el Estado, en virtud que las sanciones que se imponen a la comisión de las mencionadas conductas dentro del ordenamiento penal guatemalteco, resultan insuficientes para su adecuada protección, no siendo un mecanismo efectivo de disuasión.
2. Existe una tendencia a nivel mundial orientada a la supresión de la pena de muerte. En consonancia con esta tendencia se buscan alternativas que contribuyan a frenar la comisión de los delitos de mayor impacto social, entre las cuales se considera la aplicación de la pena de cadena perpetua como un mecanismo disuasivo para evitar el incremento de la criminalidad.
3. Es evidente que las penas que se encuentran reguladas en el ordenamiento penal guatemalteco, en general son poco efectivas y no logran el propósito de rehabilitar al reo y reinsertarlo en la sociedad. Sin embargo, esta ineficacia se debe entre otras razones a falta de recursos económicos, instalaciones adecuadas, y personal capacitado, deficiencias que adolece el sistema penitenciario guatemalteco.
4. Actualmente, el presupuesto correspondiente al sistema penitenciario no es suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de los reclusos que pugnén una pena de cadena perpetua, por la demanda de carácter económico que representaría el sostenimiento de un individuo por toda su vida.





RECOMENDACIONES

1. En virtud de la dinámica que se produce en las relaciones e interacciones de la sociedad, el Estado, a través del Organismo Legislativo, debe implementar comisiones que estudien las conductas que se consideren prohibitivas para que sean reguladas a manera de prevención general y especial.
2. Es necesario que los diputados del Congreso de la República evalúen la iniciativa de ley 4476 que fuera objeto de análisis en el presente trabajo, tomando en consideración la experiencia de los países en los cuales la pena de cadena perpetua se encuentra vigente, con el propósito de procurar su mejor aplicación en el contexto nacional.
3. El Estado de Guatemala a través del Organismo Legislativo, al momento de introducir la pena de cadena perpetua dentro de la legislación penal, debe de fijar las circunstancias que los jueces de ejecución evaluarán de manera periódica o a petición del condenado, con el objeto de determinar su rehabilitación y en función de la misma su posterior liberación, para el cumplimiento de los principios de readaptación social y reeducación de los reclusos establecidos en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
4. Las autoridades del sistema penitenciario deben de fomentar proyectos que faciliten a los reclusos su desempeño en actividades laborales remuneradas con el objeto, no solo de alcanzar su rehabilitación, sino también de brindar un soporte económico para su mantenimiento durante el cumplimiento de sus condenas.





BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE ABULARACH, Larry. **Derecho constitucional, derechos humanos**. Escuela de Estudios Judiciales, Módulo I, Guatemala, 1999.
- AYAU, Manuel. **Como mejorar el nivel de vida, volúmenes I y II**. Cordón y Gonzalo Asturias Montenegro, Editorial Piedra santa, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. 2ª. Edición, Editorial Hammurabi, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Instituto Nacional de Administración Pública, año 1990.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Comentarios, explicaciones e interpretación jurídica de la Constitución Política de la República de Guatemala**. Editorial Impresiones Gráficas de Guatemala, Guatemala, 2002.
- CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**. Parte General, Quinta Edición, España, s.-f
- COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: **Garantías constitucionales del derecho sancionador**, en t. I, Derecho Penal y Constitución.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: **Introducción general: sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa**», en Comentarios a la legislación penal, t. III, Delitos e infracciones del estado civil. Madrid, 1984.
- DE LEÓN CARPIO, Ramiro. **Catecismo constitucional**. Tipografía Nacional, Guatemala, 1995.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. Editorial Llerena, S.A. Guatemala, 1998.



DE PAZ PÉREZ, Miguel. **Política administrativa del Estado de Guatemala**. Biblioteca de La Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1984.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: **Tratado de derecho penal**, t. II, Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires, 1964.

JESCHECK, H. H.: **Tratado de derecho penal, parte general**, vol. I, traducido por Mir Puig y Muñoz Conde. Barcelona, 1981.

PIEDRA SANTA, Rafael. **Introducción a los problemas económicos de Guatemala**. Editorial universitaria Volumen II 1971.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: **Derecho penal. Parte general**. Madrid, 1977.

Principio de legalidad (derecho penal), en **nueva enciclopedia jurídica seix**, t. XIV. Barcelona, 1978, págs. 882 y ss.

Delitos monetarios y reserva de ley orgánica, Revista jurídica española La Ley. Febrero de 1987.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: **Derecho penal español. Parte general**. Madrid, 1985.

RUIZ FRANCO, Arcadio. **Hambre y miseria en Guatemala**. Tipografía Nacional, 1950.

SERRANO ALBERCA, J. M.: **Comentarios a la Constitución**. Madrid, 1980.

VIVES ANTÓN, T. S.: **Introducción estado de derecho y derecho penal**, en **Comentarios a la Legislación Penal**, t. I, Derecho Penal y Constitución. Madrid, 1982.



Legislación:

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

Código Civil de Guatemala, Decreto Ley Número 106. Emitido por el gobierno de facto de Enrique Peralta Azurdia.1986.

Código Penal, Decreto Número 17-76 del Congreso de la República de Guatemala. 1973.

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

Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala. 1990.

Leyes del Organismo Ejecutivo, Decreto Número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala. 1987.

Ley Orgánica del Congreso de la República, Decreto Número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala. 1994.