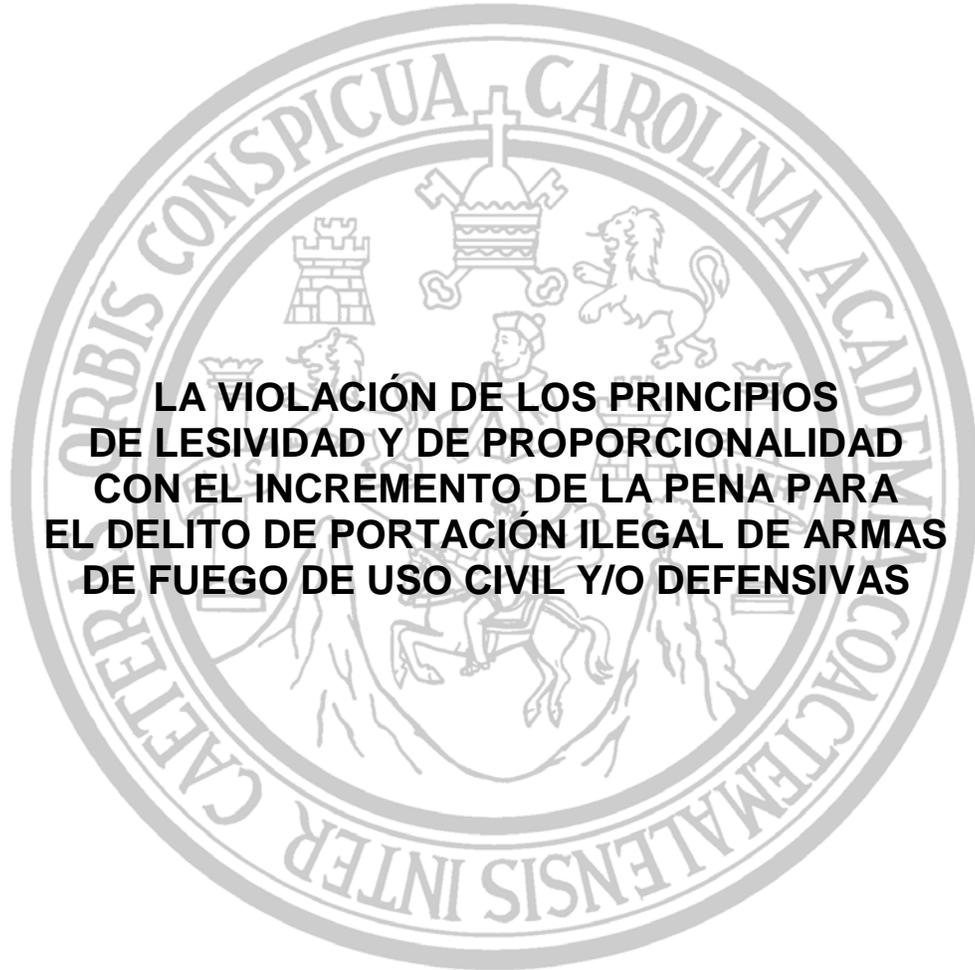


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
DE LESIVIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD
CON EL INCREMENTO DE LA PENA PARA
EL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS
DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEFENSIVAS**

LICENCIADO

JULIO SATURNINO CASTRO MEJÍA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2015

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD
CON EL INCREMENTO DE LA PENA PARA EL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL
DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEFENSIVAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Licenciado

JULIO SATURNINO CASTRO MEJÍA

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO PENAL
(Magíster Scientiae)**

Guatemala, septiembre de 2015

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



DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL 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. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
DIRECTOR: Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Mtro. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Augusto Eleazar López Rodríguez
SECRETARIA: MSc. Sandra Marina Ciudad Real
VOCAL: MSc. Vitalina Orellana y Orellana

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 3 de noviembre de 2014.

Licenciado
Luis Ernesto Cáceres
Director de la Escuela de Estudios de
Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de San Carlos de
Guatemala
Su despacho

Señor Director:

Tengo el honor de informarle, en mi carácter de tutor de tesis, que preste la debida asesoría al Licenciado Julio Saturnino Castro Mejía, para la elaboración de su tesis de Maestría titulada **"LA VIOLACION A LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD, EN EL INCREMENTO DE LA PENA DEL DELITO DE PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS"**, tanto en el metodológico como en el contenido de la misma.

Por lo que luego de haber realizado las observaciones que consideré pertinentes, he leído el borrador final del trabajo, el cual me parece importante y tratar seriamente el aporte del mismo, que permite establecer la violación a los principios de lesividad y proporcionalidad, en la fijación de la pena.

Por las razones antes manifestadas y por reunir la tesis del Licenciado Castro Mejía, los requisitos para una investigación al nivel de Maestría, me es grato emitir Dictamen favorable, para que el tesista continúe con el trámite respectivo.

Sin otro particular, atento,



Licenciado
Oscar Ruperto Cruz Oliva
Tutor de Tesis
Oscar Ruperto Cruz Oliva
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, nueve de septiembre de dos mil quince.-----

En vista de que el Lic. Julio Saturnino Castro Mejía, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 8-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD CON EL INCREMENTO DE LA PENA PARA EL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEFENSIVAS”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





DEDICATORIA

A DIOS:

En acción de gracias por concederme la vida y guiarme en mi diario caminar. “Porque los que esperan en el Señor, tendrán nuevas fuerzas, caminarán y no se fatigarán”. Isaías 40,31

A MIS PADRES:

Andrés Castro y Juanita Fidelia Mejía, mis plegarias a Dios para que descansen en paz.

A MI ESPOSA:

Liliana Marlem Joaquin de Castro, por su afecto, comprensión y apoyo, y para motivarla a alcanzar sus metas también.

A MI HIJA Y A MI NIETA:

Tania Virginia Castro sindro y Thayde Maria Barrera Castro, con mucho cariño, por ser el motivo de mi esfuerzo y perseverancia, como ejemplo para ellas.

A MI FAMILIA:

Hermanos, hermanas, sobrinos, sobrinas, en especial a Olguita y a los hermanos (as) de la comunidad Unidos por la Fe en Jesucristo, fraternalmente.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

Por demostrarme su solidaridad, especialmente a Anabella, Oscar y Elmer Ely, por sus sugerencias en la realización del presente trabajo.

A:

Organismo Judicial, por brindarme una fuente de trabajo que me permite desarrollarme como persona, como funcionario y como profesional.

A:

Universidad San Carlos de Guatemala, especialmente a la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN.....	i

CAPÍTULO I

1. La Pena	
1.1 Definición de la pena	1
1.2 Los Fines de la pena	2
1.3 Las Teorías de la pena	3
1.3.1 Análisis de los Fines y Funciones de la pena	12
1.3.2 Análisis de la diferencia entre Zafaroni y Roxin en los Fines y Funciones de la pena	18

CAPÍTULO II

2. Clasificación de los delitos	
2.1 Análisis de los delitos según su clasificación.....	25
2.1.1 Sujeto activo.....	25
2.1.2 Acción.....	26
2.1.3 Bien jurídico.....	27
2.2. Clasificación legal.....	28
2.3 Clasificación Doctrinaria.....	30
2.3.1 Según las modalidades de conducta.....	30
2.3.2. Según los sujetos.....	32
2.3.3. Según la afectación al bien jurídico.....	33
2.3.4 Clasificación por la forma y las consecuencias de la acción....	34
2.4 Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural.....	41



2.4.1 Principales consecuencias de los delitos de mera actividad.....	4
2.4.2 Delitos de mera actividad y relación de causalidad.....	47
2.4.3 Delitos de mera actividad e imputación objetiva.....	48
2.4.4 Delitos de mera actividad y autoría.....	50

CAPÍTULO III

3. Los Principios del Derecho Penal	
3.1 El Principio de Proporcionalidad.....	53
3.1.1 El Principio de proporcionalidad como límite al poder punitivo del Estado.....	55
3.1.2 Proporcionalidad de la intervención del Estado para Prohibir...	56
3.1.3 Proporcionalidad de la intervención del Estado en la imposición de las consecuencias jurídicas del delito.....	59
3.1.4 Necesidad de considerar el Principio de Proporcionalidad en la Imposición de la pena, por los efectos nocivos que genera su cumplimiento en el penado.....	65
3.2 El Principio de Lesividad.....	66
3.2.1 El problema del fin del Derecho penal.....	67
3.2.2 El principio de ofensividad en la filosofía jurídica y en la dogmática penal.....	70
3.2.3 El principio de ofensividad y la laicidad del Derecho.....	73
3.2.4 El principio de ofensividad y el Derecho penal del hecho.....	74
3.2.5 El Principio de Lesividad derivado de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	78

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del incremento de la pena en el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas	
---	--



4.1 La pena del delito de portación ilegal de armas de fuego en el Derecho comparado.....	91
4.2 La pena del delito de portación ilegal de armas de fuego en la ley de armas de fuego derogada. Decreto 39-89.....	101
4.3 La pena del delito de portación ilegal de armas de fuego, como delito de mera actividad en relación a delitos de resultado.....	103
4.4 El incremento de la pena del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, en relación con los fines de la pena y los principio de Lesividad y proporcionalidad.....	105
4.4.1 Los fines de la pena.....	105
4.4.2 Los principio de Lesividad y Proporcionalidad.....	113
4.5 Propuesta de Reforma del artículo 123 de la Ley de armas y municiones Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala.	119
CONCLUSIONES.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	125
ANEXOS.....	129



INTRODUCCIÓN

En el proceso penal, la mayoría de los casos, al llegar a la etapa intermedia, con excepción de los delitos graves penados con más de cinco años de prisión, se resuelven con la aplicación de una medida desjudicializadora, que permite descongestionar los tribunales penales y, a su vez, que los imputados queden sujetos únicamente a cumplir las reglas o abstenciones que coadyuvan para que se reintegren a la sociedad, cumpliéndose así con el objetivo de la resocialización. Sin embargo, en el caso del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivo, no existe ninguna posibilidad de aplicarse ninguna salida alterna, sino solamente la apertura a juicio, debido a la pena asignada que es de ocho a diez (8 a 10) años de prisión.

Esta circunstancia ha dado lugar para que las personas sindicadas de este delito, vean frustradas sus intenciones de que pueda resolver su situación jurídica en esta etapa del proceso, aunque es evidente que en la mayoría de casos no se pretende cometer acto delictivo alguno, sino que, por diversas circunstancias, se porta el arma de fuego y existe alguna razón por la cual no ha tramitado la respectiva licencia de portación de arma, no obstante, debe afrontar juicio oral y público y con toda probabilidad ser sancionado y, por consiguiente, tendrá que cumplir la pena mínima de ocho años de prisión inconvertibles, en tanto, otras personas sindicadas por delitos como: homicidio preterintencional, lesiones graves, violación a la intimidad sexual, estafa propia o disparos sin causa justificada por ejemplo, no necesariamente deben sufrir pena de prisión, pues la pena asignada a estos delitos no supera la pena de cinco años de prisión, o tienen pena mínima de dos años de prisión, pese a que causan un resultado exterior.

Y de ahí que el incremento a la pena contemplada para el delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas, vulnera los principios Constitucionales y del Derecho Penal, conocidos como: de proporcionalidad y de lesividad. El Estado en cumplimiento de los deberes que le impone la Constitución Política de la República, se



organiza para garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Para cumplir estos deberes y ante los ataques graves contra estos valores que son necesarios para el libre desarrollo del individuo, el Estado recurre al Derecho Penal, estableciendo sanciones penales como herramienta jurídica para la prevención, sanción y erradicación de los delitos. Sin embargo, esta facultad que se denomina el “*ius puniendi*”, se encuentra limitada por las garantías individuales y principios constitucionales, toda vez que el Estado también debe proteger a la persona, por lo tanto, los legisladores deben realizar una labor selectiva para proteger bienes jurídicos relevantes, criminalizar únicamente las conductas que causen daño al bien jurídico tutelado y establecer las sanciones en proporción al daño que se causa, en caso contrario se deben buscar otras soluciones por medio del control social no punitivo.

El trabajo de investigación se dividió en cuatro capítulos, en el primer capítulo, se realizó un análisis jurídico de la pena, sus fines rehabilitadores, las teorías y sus principios filosóficos, teorías que intentan justificar la imposición de las penas, toda vez que conlleva la privación de bienes jurídicos de una persona. El segundo capítulo trata lo relativo a la clasificación de los delitos que permite una visión clara de la diferencia especialmente entre los delitos de resultado o delito material y los delitos de mera actividad o delito formal, entre los cuales se encuentra el delito de portación ilegal de armas de fuego.

En el tercer capítulo, por razones de delimitación del tema, se realiza el estudio de los principio de proporcionalidad y de lesividad por estar concatenados pero, por considerar que con el aumento de la pena para el delito de portación ilegal de armas de fuego, inherentemente se violan principios como: de racionalidad, de culpabilidad, de rehabilitación, de *ultima ratio* y de humanidad, también se analizan brevemente estos principios. Finalmente, en el capítulo cuatro, se hizo el análisis jurídico del incremento de la pena para el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas en la Ley de Armas y Municiones vigente (Decreto 15-2009 del Congreso de la república de Guatemala), a la luz del Derecho Comparado, es decir, ordenamientos



jurídicos en materia de armas de fuego de la región centroamericana y México que permite conocer como se regula este delito en la región antes mencionada, vinculado también con el análisis del delito en estudio según la Ley de Armas de Fuego que fue derogada (Decreto 39-89 del congreso de la República de Guatemala) y en contraste con los principios de lesividad, proporcionalidad y otros principios analizados. Lo anterior, permite establecer que con el aumento de la pena para el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivo se vulneran los principios del Derecho Penal ya mencionados, los cuales tienen carácter constitucional, toda vez que se sanciona un delito de mera actividad con mayor pena que la asignada a delitos de resultado, determinándose que el legislador asignó una pena, para el delito objeto de estudio, en forma arbitraria y desconociendo cualquier jerarquía de bienes jurídicos afectados.

La práctica debe inspirarse en teoría, pero esta debe sustentarse en los principios generales del Derecho, en los valores axiológicos que abraza una sociedad organizada en forma democrática y en los principios constitucionales de un Derecho republicano de derecho. El sustentante pretende que las ideas expuestas en este trabajo sean el inicio de reflexiones futuras, para lograr que los legisladores implementen otra solución para el delito analizado en el presente trabajo y para todos los delitos de mera actividad.



CAPÍTULO I

La Pena

1.1 Definición de la pena

El concepto de pena, como muchos otros conceptos propios de las ciencias del “deber ser”, es decir, las ciencias del intelecto, si bien puede ser de fácil intuición, no lo es tanto, de fácil definición, ya que en el momento de pretender explicarlo, no ha sido posible hallar una definición unívoca, o al menos, de aceptación unánime. Sobre todo, si se toma en cuenta, que la definición que se intente plasmar va a estar íntimamente ligada a la ideología, corriente de pensamiento o concepción que se tenga respecto de su naturaleza, función, finalidades y aún más, cuál es la ideología político-jurídica que se tenga acerca del Derecho mismo. Bustos Ramírez dice al respecto “la pena es la auto constatación ideológica del Estado y no es neutral como no es neutral el Estado”¹ Es decir, que habrá tantas definiciones como ideologías existan. Sin embargo, es posible intentar una definición acorde con las corrientes más aceptadas en la doctrina predominante.

En un primer término y en sentido amplio, a decir de Solorio Banda,² hay que considerar a la pena como un mal, que se objetiviza en un sufrimiento infligido. Es un mal del cual la humanidad no ha podido prescindir y que ha llevado a juristas y filósofos a encontrarle una justificación moral.

Grandes discusiones se han levantado a través de la historia del Derecho, entre ellas las sostenidas por grandes filósofos de la talla de Emmanuel Kant y Georg Hegel, con sus tesis retribucionistas, para quienes, mediante la retribución, se hace justicia al culpable de un delito.³

¹ J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal*. Ppu. Barcelona 1994, P.69.

² D. Solorio Banda, *La función de la pena*. Revista “Realidad Jurídica”, Vol. 3. No.1-2004.

³ H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*. Bosch, Barcelona 1981. P.96.



César Beccaria, en su inmortal obra *“De los delitos y de las penas”*, propugnó que las penas fuesen sanciones, no corporales ni de tormento, es decir, retributivas, sino medios preventivos resocializadores.

La Pena *“Es la consecuencia sancionatoria del supuesto de hecho previsto en abstracto en un tipo penal y que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, de carácter eminentemente personal, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado al responsable de un ilícito penal, en un caso concreto”*⁴.

Es la ejecución de la punición impuesta por el juez en una sentencia condenatoria.

1.2 Los fines de la pena

En remotos estadios de la historia, la pena era concebida con carácter absoluto retributivo, de tal forma que esta contemplaba castigos, desde los pecuniarios, confiscatorios, exiliatorios, corporales, hasta la muerte del delincuente. No existía la pena privativa de la libertad individual como condena. En la Edad Media se incluyó el encierro, con dimensiones terroríficas y con tratos abyectos para la dignidad humana. La primera idea iluminista de la pena privativa de la libertad aparece junto con el surgimiento del Estado Liberal. El gran debate sobre el fin y función de la pena sobrevino recién a partir del siglo XIX y aún no finaliza. “Existe una discusión entre los que ven al Derecho Penal como un instrumento al servicio del valor justicia frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor utilidad, pero aún así, se fundamentó la imposición de la pena”⁵.

⁴ J. F. De Mata Vela y H. A. De León Velasco, *Derecho Penal Guatemalteco*, parte general y parte especial, 12º. ed. Guatemala, Magna Terra Editores, 2010, Pág. 78.

⁵ Síntesis Y Opinión De La Lectura: Reflexiones Sobre La Pena; De Carlos Parma.



1.3 Las Teorías de la pena

En la actualidad, existen básicamente tres teorías que propugnan de una u otra forma por las finalidades o la finalidad que la pena debiera tener. Las teorías absolutas, son las que indican que la pena tiene como finalidad la retribución para el delincuente. Las teorías relativas, que propugnan básicamente, la prevención general o la especial que debiera tener la pena, y las teorías mixtas, que son una fusión entre las anteriores, denominándolas también “teorías de la unión”, que articulan prevención y represión.

1.3.1 Las Teorías Absolutas

“Para la concepción moral utilitarista la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado, sino para promover la felicidad general, haciendo que mediante las distintas funciones de la pena (desanimar a otros y al propio penado a volver a delinquir, incapacitar físicamente a éste para hacerlo, reeducarlo, etc.), en el futuro se cometan menos delitos, lo que constituye un beneficio social que puede compensar el sufrimiento implícito en la pena. De manera opuesta Kant no ve en la pena una justificación como medio para minimizar los males sociales futuros, sino como respuesta a un mal pasado. Afirma que: *“La pena jurídica... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de las cosas como objeto de Derecho real...”*⁶

“Para Kant << el hombre no es una cosa, y por tanto no es algo que pueda ser usado como mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones siempre como fin en sí mismo >>. Según Kant la pena no podía servir a la protección de la sociedad ni, por tanto, a la prevención de delitos, por que ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización del individuo. Esta concepción Kantiana es tildada de “absolutista” en cuanto exigencia

⁶ <http://www.monografias.com/trabajos89/teoria-delincuencia-y-pena/teoria-delincuencia-y-pena2.shtml#ixzz3ArUXQf7e>



absoluta de la justicia”.⁷ “Lesch la sitúa dentro de las teorías absolutas, en la llamada teoría de la retribución, las cuales asignan a la pena su sentido fuera del campo de la realidad social.”⁸ La pena, no es otra cosa que el restablecimiento del orden, un orden extraestatal, metafísico, el resultado racionalmente necesario a la transgresión de la ley. Se descarta una función preventiva dado que la acción ya ha tenido lugar. Contiene pues una función atendiendo al estado jurídico ideal, en tanto el injusto daña este estado en su exactitud ideal y con ello marca en definitiva la perturbación que ha de ser eliminada mediante la pena. “En Hegel se define la pena como réplica, como reacción ante lo sucedido. <<La negación de la negación>>. El Derecho efectivo es la superación de esa lesión. Hay que <<mostrar expresamente que el delito no tiene vigencia>>. Conforme a esto Hegel justifica la imposición de la pena en el consentimiento que el autor del delito ha expresado al declarar con su acción la imposición de su ley particular. Cuando el delincuente por ejemplo mata, <<declara como general, que está permitido matar>>. Formulado de distinta manera: <<El que un asesino estatuye como ley que no hace falta respetar la vida. El declara lo general mediante su hecho; pero con ello declara su propia pena de muerte>>”⁹ El idealismo racionalista de los filósofos alemanes llevó a considerar la pena en su carácter retribucionista interesados en la confirmación de los valores ideales del hombre-razón, desde su dignidad como ser racional autónomo, hasta la exigencia de justicia. Esta aportación fue significativa y en conjunto con la concepción utilitarista se incluyó bajo del Derecho Penal liberal. Nos dice Santiago Mir Puig: “...se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitarista de protección de la sociedad a través de la prevención de delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un “daño social...”¹⁰.

⁷ Ídem p. 26

⁸ H. Heiko Lesch *La función de la pena Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”* p.8 Dykinson 1999

⁹ <http://www.monografias.com/trabajos89/teoria-delincuencia-y-pena/teoria-delincuencia-y-pena2.shtml#ixzz3ArWtrNTE>

¹⁰ S. Mir Puig. *Funciones de la pena y teoría del delito en el Estado*. Pág. 26, Bosh Barcelona 1982.



1.3.2 Las Teorías Relativas

Las teorías relativas, cualquiera de ellas tienen como rasgo en común considerar a la pena como una reacción, una respuesta a algo que ya ha sucedido; por ello, el fundamento real de la pena (la culpabilidad) reposa en el pasado, aunque su fundamento final (aquello, que con ella se intenta alcanzar y se logra) se encuentre referido al futuro. “Fines de la pena son pues el efecto intimidatorio (prevención general negativa), la corrección (prevención especial positiva) así como hacer al autor inofensivo (prevención especial negativa)”¹¹. El nuevo Estado social ha de intervenir de forma activa en la vida social para la defensa ante peligros y se atribuyó a la pena una forma de lucha contra el delito como fenómeno.

El problema de las teorías relativas se encuentra anunciado desde Platón en Protágoras:

“Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser que se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”.¹²

Prevención General Negativa

Feuerbach, bajo influencia hobbesiana, considera al hombre no solo como un ser racional sino además que se mueve por instintos. Movido por la codicia, el instinto lleva a delinquir. De ello, Feuerbach deriva que:

“...El Estado tiene que servirse del medio a través del cual al ciudadano le resulte psicológicamente imposible dañar; mediante el cual le estipule no lesionar el Derecho, a no decidirse a ello... El único medio que le queda al estado a disposición es mediante el

¹¹ Idem. Pág 26

¹² H. Heiko Lesch *La función de la pena Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"* p.21 Dykinson 1999



sentido, influir en el sentido, y superar la inclinación mediante la inclinación contraria móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario...”¹³

Feurbach ve en la pena un motivo psicológico para no cometer delito considerando que le sigue un mal mayor a una infracción. Feuerbach une la finalidad del efecto disuasorio, en primer lugar, no con la pena, sino con la amenaza de la pena. Justifica, entonces, la imposición de la pena no por el hecho de causar un mal en otros, sino solo por seguridad. El mal se causa para que se haga efectiva la amenaza penal, para disuadir a los demás de delinquir. Aquí la crítica aparece al plantearse cómo puede ser la amenaza una forma preventiva ante el delito que ya se ha cometido. La prevención, por definición, tiene que preceder al delito. Aquí Lunden señala que: “...la ejecución de la pena solo puede tener por ello como meta la futura efectividad real de la amenaza, esto es, la intimidación de otros...”¹⁴ Es claro que aquí se esfuma el imperativo Kantiano de no instrumentalizar al individuo. “Además como señala Lesch con gran claridad que si de lo que se trata es de eliminar los estímulos hacia el delito, el mal tiene que ser de mayor entidad que la ventaja que se obtenga con el hecho. Entonces, se formularían los tipos penales no según la importancia del delito, según los bienes jurídicos protegidos, sino según la importancia, el peso, de los impulsos al delito”.¹⁵

Prevención general positiva

En la Prevención general positiva, a diferencia de la anterior fundada en la intimidación, se trata de un efecto de aprendizaje motivado de forma pedagógico-social, un aprendizaje que no se transmite y adquiere por el temor, sino mediante una toma de conciencia. Función de la pena es, pues, el reforzamiento de la conciencia colectiva. En el lenguaje de Jakobs <<ejercicio en el reconocimiento de la norma>>.¹⁶ “Esta alternativa adolece tal como la prevención general negativa, en no orientar la pena a la culpabilidad, a los daños sociales que han sido causados mediante el hecho, sino que

¹³ *Ídem* p. 21

¹⁴ *Ídem* p.23

¹⁵ *Luden, Handbuch*, p. 53 citado por Lesch en su obra citada p. 26

¹⁶ *Lesch obra citada* p. 26



se tendría que orientar según los ámbitos en los que el peligro <<de una infección por medio del delito>> sea mayor”¹⁷.

Para Mir Puig se puede hablar de prevención general positiva incluyendo la intimidación, porque “...toda prevención general a través de una pena será inevitablemente intimidatoria, y afirmar lo contrario supondría un eufemismo gravemente ocultador de la realidad...”¹⁸ De esta manera, considera que se debe dar tal pretensión “moralizante” mediante un consenso social y no la mera imposición de la coacción, puesto que para este autor la prevención general y la especial tienden al mismo objetivo último: evitar los delitos como forma de proteger a la sociedad.

- **Prevención especial**

“A diferencia de la prevención general que usa como sujeto la colectividad, la prevención especial tiende a prevenir los delitos de una persona determinada. La prevención especial persigue apartar al autor de futuros delitos. En su aspecto <<negativo>>, asegurar a la sociedad mediante la reclusión de los autores de delitos e intimidar al autor. En su aspecto <<positivo>> está la corrección, resocialización o socialización del delincuente”¹⁹.

Las principales tendencias en la prevención especial han sido la Escuela positiva en Italia y la Escuela de von Liszt en Alemania.

En Italia, la Escuela Positiva puso su atención en el delincuente. Sus principales representantes: Lombroso, Ferri y Garofalo, contemplaron el delito como un hecho natural y social concluyendo que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene “libero arbitrio”²⁰.

¹⁷ *Jakobs, citado por Lesch en su obra citada p. 28*

¹⁸ Mir Puig *Función de la pena y teoría del delito en el estado...*, p.32 Bosch, Barcelona 1982

¹⁹ H. M. Sierra y A. S. Cantaro. Pág. 59

²⁰ <http://www.monografias.com/trabajos89/teoria-delincuencia-y-pena/teoria-delincuencia-y-pena3.shtml#ixzz3ArbbdSND>



La escuela de Franz Von Liszt, bajo la influencia del naturalismo, consideraba al comportamiento, predeterminado por factores internos y externos. Este podía ser reconducido conociendo las leyes de la naturaleza, modificando su entorno, sus costumbres, su educación y, en general, todo lo que ha influido en su vida.

En su famoso programa de Marburgo, en 1882, V. Liszt establecía que la pena es coacción contra la voluntad del delincuente. “La pena es una forma de adaptar al delincuente en sociEdad Mediante la corrección, la intimidación o secuestrándolo”²¹.

Nos dice:

“...Como coacción, la pena puede tener una doble naturaleza:

a) Coacción indirecta, mediata, psicológica, o motivación. La pena proporciona al delincuente los motivos que le faltan y que son adecuados contra el delito, y le incrementa e intensifica la motivación que ya posea. La pena se muestra como una forma de adaptar artificialmente al delincuente a la sociedad:

- bien mediante la corrección, esto es, mediante el establecimiento e incremento de motivaciones altruistas y sociales

- o bien mediante intimidación, esto es, mediante el establecimiento e incremento de motivaciones egoístas, pero que tienen un efecto en la misma dirección que los altruistas.

b) Coacción directa, inmediata, mecánica, o violenta. La pena es secuestrar al delincuente; un hacerlo inocuo temporal – o permanentemente, una exclusión de la sociedad o internamiento. La pena se muestra como una selección artificial de los individuos que no son aptos socialmente. La naturaleza postra en la cama a aquel que le ha faltado, el Estado los envía a prisión.

²¹ Von Liszt, citado por Lesch. Ob. Cit. Pág. 31



“La prevención especial vivió en Alemania un gran apogeo sobre todo en los años sesenta y setenta bajo la rúbrica de la <<resocialización>>. Las ideas políticas criminales de V. Liszt condujeron al más puro Derecho Penal de autor como se verá más adelante”²².

Teorías de la Unión

Se presentan con la pretensión de aunar los aspectos acertados de las diferentes teorías de la pena en una concepción superadora. Los fines de la pena son pues los diferentes aspectos de la prevención general y especial. Sin embargo, de ello mismo deviene su inconsistencia. Lesch observa que “...no se resuelven satisfactoriamente las contradicciones entre los fines de la pena preventivos y el principio de culpabilidad...”²³.

Para autores como Roxin, se remienda una teoría de la unión mediante el principio de culpabilidad como factor limitador, propio de las teorías de la retribución. En especial, no se resuelven las contradicciones entre los fines de la pena preventivos y el principio de culpabilidad.

“La segunda dirección de las teorías mixtas es la utilidad pero a diferencia de las teorías preventivas, se busca soluciones con razones utilitaristas pero que no sean injustas. Porque la utilidad es el fundamento de la pena; solo se legitima la pena que opere preventivamente”²⁴.

“El autor alemán Roxin ha propuesto una concepción *dialéctica* (teoría dialéctica de la unión) en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis. En el momento de la amenaza el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos”²⁵.

²² V. Liszt, citado por Lesch en su obra citada p.32

²³ Lesch obra citada p.33

²⁴ <http://www.monografias.com/trabajos89/teoria-delincuencia-y-pena/teoria-delincuencia-y-pena3.shtml#ixzz3Ard1kqzA>

²⁵ Idem



“En la aplicación (individualización judicial) la pena no sirve para prevención general, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal, pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor. En el momento de la ejecución, la pena sirve para la resocialización del delincuente como forma de prevención especial”²⁶.

Esta concepción de Claus Roxin nos acerca a la pena como un mecanismo complejo que pareciera inevitable toparse con fundamentos, a veces, contradictorios en las funciones de la pena. En el siguiente punto, nos aproximamos al debate contemporáneo, principalmente, siguiendo la línea de la influencia de la sociología de Luhmann.

Las Teorías Funcionales

Hablar del funcionalismo podría remontarse desde los sistemas teleológicos inspirados en el neokantismo²⁷ y, abarcando un espectro amplio, en el pensamiento penal de la ilustración, hasta Jakobs y su <<funcionalismo normativista>> hasta la escuela de Frankfurt. Jakobs autocalifica su concepción de funcionalista ya que en ella la prestación del derecho consiste en garantizar la identidad normativa, la constitución misma de la sociedad.²⁸ Siguiendo al profesor Enrique Peñaranda, él nos dice que en Jakobs el elemento central de la concepción funcionalista es la función que se atribuye a la pena. “Jakobs sostiene que el Derecho Penal encuentra su fundamento en su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contrato social. Podríamos suscribir la concepción de Jakobs en la prevención general que este autor caracteriza como: prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma”²⁹.

²⁶ Ídem

²⁷ Ídem p.42

²⁸ J.M Silva Sánchez, aparece citado en *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito* Enrique Peñaranda Ramos. Doxa Pág.289

²⁹ G, Jakobs aparece citado en el trabajo de Enrique Peñaranda Ramos. Doxa Pág..291



Ya que no se trata de una concepción basada en la intimidación la calificamos de prevención general positiva. De esta manera, la pena sirve para:

- “Confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción (<<ejercicio de confianza en la norma>>)”³⁰
- La pena se orienta al <<ejercicio de la fidelidad del Derecho>>, que es el aprendizaje de no aceptar los comportamientos contrarios a la norma dadas sus consecuencias desfavorables.
- “Mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales (<<ejercicio en la aceptación de las consecuencias>>)”³¹

Este planteamiento de Jakobs mantiene una primacía de la primera característica sobre las otras dos. Esto se explica porque rechaza una concepción de la pena fundada en un modelo de orientación de la conducta, antes, sostiene un modelo institucional de establecimiento y estabilización en una sociedad vista como redes con capacidades comunicativas. “...la pena no se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene más bien por destinatarios a todos los ciudadanos para confirmar en ellos la vigencia de la norma infringida...”³² Sin embargo, acepta que la pena, conlleva, además otros efectos : “...ciertamente puede que se vinculen a la pena ciertas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o fortalezca la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero, la pena significa ya algo con independencia de estas consecuencias: significa una autoconformación de la sociedad...”³³

Heiko Lesch, discípulo de Jakobs, dentro de esta línea funcional asigna un carácter retributivo a la pena en lugar de prevención general positiva: “...en efecto, no se trata

³⁰ *Ídem. Pág. 292*

³¹ *Ídem p.295*

³² *G. Jakobs, aparece citado en la obra citada de Enrique Peñaranda Ramos en Doxa p.296*

³³ *G. Jakobs aparece citado en la obra citada de Enrique Peñaranda Ramos en Doxa p. 296*



aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario de una teoría funcional retributiva compensadora de la culpabilidad, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa, en donde el fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no solo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista. Es absoluta, por que se pena <<quia peccatum est>> y no <<ne peccetur>>. Es relativa, por que esa punición no es <<absoluta ab effectu>>, no es fin en si misma, sino que tiene una función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad. Esto es lo único que respeta el principio de culpabilidad: el autor responde solo por su culpabilidad. Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden...³⁴

1.3.2 Análisis de los fines y funciones de la pena³⁵

Aquí, se abre un debate bastante duro, acerca de si la pena debiera tener como finalidad la prevención general o especial. Así, vemos que en algunos países, como Alemania, la idea de prevención general positiva está adquiriendo un papel preponderante en el Derecho Penal, siendo el denominador común “los efectos positivos” que la pena genera en la sociedad. Una primera corriente se apoya en la idea de que el Derecho Penal puede influir en la actitud de las personas en tanto la otra entiende que no son las personas las que están en el centro de la cuestión, sino que se trata del sometimiento al sistema normativo. También se piensa que la finalidad de la pena no es la influencia moral sino el fortalecimiento del sentimiento jurídico. Aquí aparece Günter Jakobs (penalista alemán) afirmando que el subsistema del Derecho sirve a la estabilización de expectativas de conducta y que visto así la función del Derecho Penal es la ratificación de la validez de las normas (validez formal) independientemente de su contenido valorativo.

³⁴ Heiko H. Lesch *La función de la pena* Dickinson 1999 Pág.50

³⁵ C. Parma. *Derecho Penal Posmoderno*, Perú: Editorial ARA, 2005, Págs. 127-133.



La prisión como paradigma de las penas:

“La primera idea de la pena privativa de la libertad se encuentra enraizada en la formación del Estado Liberal, especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora”³⁶.

“Si bien la piedra angular sobre la cual se apoyara la dogmática jurídico penal en la temática que nos ocupa fue el opúsculo que ensayara en 1764 Cesare Beccaría en su inmortal obra “Los delitos y las penas”³⁷, el gran debate sobre el fin y función de la pena sobrevino recién a partir del siglo XIX y aún no finaliza. “Es que la sempiterna discusión entre aquellos que veían al Derecho Penal como un instrumento al servicio del valor *justicia* frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor *utilidad*”³⁸, se trasladó a resolver una primordial cuestión: cuál era la naturaleza de la pena. Surgió así una serie de “principios o axiomas legitimantes” que fundamentan la imposición de esta “amarga necesidad”³⁹ que venimos a llamar *pena*.

“Las denominadas teorías absolutas propugnaban que “un mal se pague con otro mal”, dicho de otra manera sería “la moneda con que la sociedad le paga al delincuente el mal cometido”⁴⁰. En la primera idea, como ya lo vimos líneas arriba, se enrolaban Kant

³⁶ “Su *humanitarismo* radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su *utilitarismo* en provecho para el Estado y para regular en el mercado la mano de trabajo ociosa y marginal. Su *resocialización* consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica (Melossi y Pavarini). Cfr.: “Lecciones de Derecho Penal. Volumen I”; Bustos Ramírez - Hormazábal Malarée; pág. 176: Editorial Trotta, año 1997.

³⁷ En “*Dei delitti e delle pene*”, Beccaria indicaba que el fin de las penas no es atormentar ni afligir, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Las penas deben ser proporcionadas a los delitos. La pena de muerte no es útil ni necesaria. Así concluía su inmortal obra: “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”

³⁸ E. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá: Editorial Temis, 1998. Pág. 11

³⁹ El proyecto alternativo del Código Penal alemán rezaba así: “... una amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como son los hombres...” (Cfr.: *Lecciones de Derecho Penal*; Berdugo Gómez de la Torre y otros; Barcelona: Ed. Praxis, 1999. Pág. 26

⁴⁰ “Si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de Hegel, *la irracional secuencia de dos males*”. Cfr.: “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal Funcional”; Jakobs, Günther; pág. 17; Editorial Civitas, año 1996. También puede verse al respecto: “El pensamiento de Günther Jakobs”, Parma, Carlos; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.



(fundamento ético) y Hegel (fundamento jurídico). “La segunda expresión que hemos utilizado era de Carrara, quien además se arriesgaba a decir que la **reparación** que la pena conllevaba, traía tras de sí tres resultantes, a saber: corrección al culpable, estimular a los buenos y desalentar a los mal inclinados”⁴¹.

“Lo medular entonces estaba dado en que la pena tendría carácter retributivo, lo que implica un pago por el mal uso de la libertad o bien por violentar la norma, precisamente en un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien y el mal”⁴². “Por todo esto la pena a aplicar debe ser *justa*, es decir proporcionada al mal causado”⁴³.

“Hemos visto ya que en el polo opuesto de esa visión se encuentran las que han venido a llamarse: *las teorías relativas de la pena*. Estas intentan contestar la siguiente pregunta: ¿para qué sirve la pena... cuál es su utilidad? Dicho de manera más simple ¿vale la pena la pena?”⁴⁴.

“En esta cosmovisión, el Derecho Penal se justificará por razones de política criminal y no por un criterio utilitarista de costos y resultados. Lo nuclear entonces pasa a ser: *la prevención*. Roxin objeta esta tesis diciendo que “la idea de un Derecho Penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social... pero no da una justificación a las medidas estatales...”⁴⁵

⁴¹ C. Parma, Ob. Cit. Pág. 133

⁴² Dable es recordar que Santo Tomás le daba a la pena carácter “medicinal” y no retributivo. Así decía el Aquinate: “Las penas de la vida presente más bien son medicinales que retributivas, porque las retributivas están reservadas al juicio divino, que se hará, según la verdad ...”(Cfr.: “El fin de la pena en Santo Tomás”; Siro de Martini, con intervención de Carlos Parma; en El Derecho, nro. II, Suplemento de filosofía del Derecho; 30/10/01; Argentina).

⁴³ Se suele citar académicamente el ejemplo que dado por Kant cuando enseñaba que “aún en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción”.

⁴⁴ Puede verse: www.carlosparma.com.ar. También: Parma, Carlos en “El pensamiento penal posmoderno”; Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo; nro. 30, año 1998, San Juan; pág. 107/111.

⁴⁵ Cfr.:C. Roxin. *Problemas básicos del derecho penal*. Pág. 31



“Se suelen subdividir estos seguidores. Unos aceptan la prevención general, donde la pena se dirige a toda la sociedad para que *se abstengan a delinquir*, en tanto la prevención especial apunta al delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que no vuelva a reincidir en el camino del crimen o bien neutralizándolo en tal sentido”⁴⁶.

Roxin también ha dicho: “una teoría unificadora dialéctica, pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas... el delincuente es una persona débil y urgentemente necesitada de tratamiento terapéutico - social, pero por otra parte debe ser concebido de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable...”⁴⁷

“En los tiempos que corren hay un auge de las *teorías de la unión*, que articulan prevención y represión, Baumann llama a estas teorías *conciliadoras* y afirma que ellas pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines”⁴⁸.

Hegel decía sobre la pena: “el que la sufre, tiene el deber de aceptarla; y no solo es un mal, sino un bien para el derecho, de someterse a ella y auto gratificarse así éticamente”. Kant lo señalaba: “la pena *debe ser* aun cuando el estado y la sociedad ya no existen. Si robas a otro te robas a ti mismo”. En ambas posiciones –como se anticipó- se trata de un mal para otro mal.

Hirsch cuenta que la idea de prevención general positiva está adquiriendo un papel preponderante en la ciencia alemana del Derecho Penal, siendo el denominador común “los efectos positivos “que la pena genera en la sociedad. Una primera corriente se

⁴⁶ Puede verse un interesante cuadro de Pérez Manzano en “Culpabilidad -lineamientos para su estudio-“, Parma, Carlos; pág. 137; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

⁴⁷ Cfr.: C. Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*; Madrid: Editorial Reus; 1979. Pág. 34,

⁴⁸ “Determinación de la pena”; Romero, Raúl; en Revista de “ciencias penales contemporáneas”; No. 1, año, 2001, Pág. 161, Ediciones Jurídicas Cuyo.



apoya en la idea que el Derecho Penal puede influir en la actitud de las personas en tanto la otra entiende que no son las personas las que están en el centro de la cuestión, sino que se trata del sometimiento del sistema normativo. Adenades –que está en la primera tesis- acentúa la influencia educadora de Derecho Penal, especialmente en lo que hace al control social y el clima moral general. También se piensa que la finalidad de la pena no es la influencia moral sino el fortalecimiento del sentimiento jurídico (véase Müller – Dietz). Aquí aparece Jakobs afirmando que el subsistema del derecho sirve a la estabilización de expectativas de conducta y que visto así la función del Derecho Penal es la ratificación de la validez de las normas (validez formal) independientemente de su contenido valorativo⁴⁹.

En este sistema, -replica Zaffaroni- donde interactúan normas, sujetos, poderes, instituciones, etc., se justifican las unas a las otras; a veces, se enfrentan, pero siempre “conviven”. Suelen hasta mutar para que la convivencia se haga posible. Todo se ve dominado por la economía al más digno triángulo ejemplificativo que formaba Foucault cuando enseñaba: que las reglas del derecho delimitan formalmente el poder y “transmiten la verdad” para armar ese equilibrio entre “poder-derecho-verdad”. Se funcionalizan las relaciones de dominación con técnicas de sometimiento polimorfos.

“Esta virulenta crítica ut supra formulada, que indica el fracaso histórico de las penas de prisión, se ha visto abonada por la opinión del inter-accionismo simbólico. Sin embargo es oportuno puntualizar que también se ha cuestionado el hecho que estas instituciones de encierro no solo perjudican a los reclusos, sino alcanzan a sus familias”⁵⁰.

Nos señala Zaffaroni que “en la legislación argentina, por ejemplo, se ha seguido puntualmente el derrotero trazado por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que oportunamente adoptara la Constitución Nacional de Argentina a propósito de la reforma del año 1994 en su

⁴⁹ A. von Hirsch,; “Prevención general positiva y reprobación”, Conferencia dictada en el Seminario de Derecho Penal en el Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2005, (traducción Enrique Bacigalupo).

⁵⁰ Puede verse: “Internados. Ensayo sobre la situación de los enfermos mentales”; Goffman, Erving; Editorial Amorrortu, 1994. También un clásico en la materia: “La sociedad carcelaria”; Neuman - Irurzun; 4ta. reimpresión; EE.UU. Editorial Depalma; 1984.



Artículo 75 inciso 22. Pues bien, el texto internacional referido, en su Artículo 5 inciso 6⁵¹ dice que: <las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados>. Véase que la finalidad entonces está dirigida a la *resocialización, a la readaptación, reincorporación o reinserción del condenado al medio social*, precisamente para que no vuelva a cometer delitos”⁵¹.

Enrique Buteler, ilustra -con criterio- que “en el momento de imposición judicial de la pena, habrán de tomarse en cuenta, en la misma medida, las necesidades preventivas especiales y generales (Roxin)... <sin embargo, en caso de conflicto, tendrá *preferencia la prevención especial*, puesto que la resocialización, particularmente con relación a las penas privativas de la libertad, tiene preeminencia constitucional>. Aunque tal cuestión no es absoluta -agrega Buteler- puesto que nuestro Preámbulo (que condensa la ideología de la Constitución) obliga a una consideración preventivo general mínima al consagrar entre los fines del Estado los de *consolidar la paz interior y promover el bienestar general...*”⁵².

“El alto grado de promiscuidad y hacinamiento de todo el sistema carcelario, no es un argumento baladí a la hora de definir si es posible la rehabilitación del interno. La superpoblación de los lugares de encierro, (Diario La Nación, 12/07/02, pág. 16, nota editorial: *Cárceles Peligrosas*) y el aumento estrepitoso de los índices de delictividad nos muestran un panorama por demás agorero en la materia, específicamente porque la palabra *prevención* parece ser la eterna ausente a la hora de tomar decisiones ejecutivas en el plano político”⁵³.

⁵¹ Zaffaroni se mostró muy crítico a las “ideología resocializadoras” pues sostiene que sirven para anestesiar el fin de la pena, para que los operadores del sistema penal no tengan mala conciencia, para impedir que se reconozca que la pena no es racional -agregando- es una idea hija del racismo y de la discriminación biológica.

⁵² Cfr.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, Buteler, Enrique, Págs. 401 y 402, obra dirigida por Carlos Lascano (h), Editorial Advocatus, 2000.

⁵³ La provincia de Buenos Aires dispone de 36 establecimientos carcelarios con capacidad para 14.000 internos. En ellos están alojados 18.089 reclusos (al margen de 7.000 detenidos en comisarías) -Diario La Nación, 12/07/02, Pág. 16, nota editorial: “Cárceles Peligrosas”-.



Interpretando la concepción de Zaffaroni, acerca de la función de la pena, trae a colación la feliz frase, quizá utópica de Elías Neuman: “La cuestión consiste en reemplazar los muros, cerrojos y toda clase de aseguramiento drástico, por la propia conciencia... hacerlos presos de su propia conciencia”.

1.3.3 Análisis de la diferencia entre Zafaroni y Roxin en los Fines y las Funciones de la Pena

Después de exponer brevemente los pensamientos de Claus Roxin y Eugenio Zaffaroni, trataremos de puntualizar las diferencias conceptuales de ambos juristas, sobre las funciones de la pena.

Claus Roxin elaboró en su tiempo lo que llamó la teoría dialéctica de la pena. Así, la pena tendría una triple función: cuando la ley AMENAZA con penas cumple una función de prevención general; cuando APLICA penas tiene una función retributiva (nunca más allá de la culpabilidad) y cuando EJECUTA penas se trata de una cuestión de prevención especial (resocializa) . Según Jakobs tal combinación es de imposible realización.

Roxin, desde un punto de vista muy convencional, contesta que los delitos nos fastidian porque lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos previamente dados, como la vida, la integridad corporal, entre otros. Así, el homicidio nos disgusta porque el agresor ha destruido un bien jurídico protegido, esto es la vida humana. Como esto nos molesta lo que se intenta hacer con la pena es evitar este tipo de conductas y, por consiguiente, la misión de la pena es totalmente preventivo-intimidatoria, se quiere evitar que se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, diciéndoseles a los sujetos (a todos los ciudadanos potenciales delincuentes) que si realizan algunas de estas conductas se le va a aplicar una determinada pena, la cual va ha ser limitada en su magnitud por la medida de la culpabilidad.



“Así para Roxin la función de la pena es evitar, intimidando, las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, nos habla de destrucción de bienes jurídicos, de intimidación”.⁵⁴

Roxin, generalizando, sostiene que la pena tiene que intimidar –como fin preventivo-, pues se debe buscar sanciones cuyo contenido de algún modo intimide a los potenciales delincuentes. Entonces, da un criterio a la hora de buscar las penas adecuadas, el cual es que estas intimiden. Pero, si llega el momento en que no intimidan más, no se debe poner penas superiores, es decir, que es un criterio de intimidación que más o menos se presta a una cierta graduación. Se presta, dice Roxin, pero esto no quiere decir que llevado al exceso no se pueda caer en el punitivismo, si bien, permite una cierta graduación, o al menos orienta en cuanto al contenido de las penas: -tienen que ser penas que intimiden con una finalidad preventiva.⁵⁵

Teoría Agnóstica de la Pena de Eugenio Raúl Zaffaroni, jurista y catedrático de Derecho Penal, es miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal argentino y última instancia -nacional- en cualquier proceso. Zaffaroni plantea que la multiplicidad de funciones de la pena (en definitiva no se sabe cuál es su función) hace imposible su definición en forma positiva, por esto expone un concepto negativo de ella (la pena no sirve para nada), obtenido por exclusión y confesando la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus funciones (agnóstico). “La pena y su utilidad no es ni puede ser cuestión de fe”

Considera a la pena como una coerción (hecho de poder), que impone una privación de derechos o un dolor que no repara ni restituye y tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza peligros inminentes. La pena no es un hecho racional y, por ende, no es jurídico, dado que el principio republicano (Art. 1, Constitución Nacional) impone que los actos de gobierno sean racionales. Por lo tanto, debe ser considerado como un hecho extrajurídico, meramente político.

⁵⁴ C. Roxin. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Fundamentos. *La Estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Civitas S.A. 1997, Págs. 9 y ss.

⁵⁵ Idem. Pág. 55 y sig.



Eugenio Raúl Zaffaroni enseña que “si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la que tiene lugar cuando somete a una persona a una institución total, (la prisión), en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de su actividad cotidiana (pernoctación, alimentación, trabajo, estudio, recreación, etc.). Esta forma punitiva de institución total es la prisión, caracterizada también como institución de secuestro”. En aguda crítica Zaffaroni reafirma: “... ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados... se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico...”⁵⁶

Esta teoría agnóstica de la pena que sostiene Zaffaroni, con el “agregado” que suele introducirle Parra, al decir que la pena en la realidad, más allá de nuestras leales aspiraciones, para lo único que sirve es para que el sistema del Derecho Penal subsista.

“Según este autor, todo se ve dominado por la economía al más digno triángulo ejemplificativo que formaba Foucault cuando enseñaba: que las reglas del derecho delimitan formalmente el poder y “transmiten la verdad” para armar ese equilibrio entre “poder-derecho-verdad”. Esto indica el fracaso histórico de las penas de prisión. Sin embargo es oportuno puntualizar que también se ha cuestionado el hecho que estas instituciones de encierro no solo perjudican a los reclusos, sino alcanzan a sus familias”⁵⁷. “Pueden sumarse a estas objeciones que hay una falta de interés social por la problemática de las prisiones, como también que en los delitos no graves es poco el interés de la víctima por el encierro y más la ambición pecuniaria. Este universo de cuestionamientos hizo dar un vuelco importante dentro de la política criminal y -de suyo-

⁵⁶ E. Zaffaroni, *Derecho Penal; parte general*; Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar, 2000. Pág. 891

⁵⁷ Ídem. Pág. 892



en el Derecho Penal en su conjunto, por lo que se intensificó la búsqueda de sustitutos penales que sean una alternativa viable y justa a la pena de prisión. La idea de “trabajos comunitarios”⁵⁸. Básicamente, aquí se sustrae al reo del control de los muros de ladrillos y se lo somete al control social (Inglaterra 1979). Véase que la finalidad, entonces, está dirigida a la resocialización, a la readaptación, reincorporación o reinserción del condenado al medio social, precisamente para que no vuelva a cometer delitos. Pero de manera material, ¿esto es factible?, hoy en día vemos que tenemos dos problemas con respecto a la pena y las leyes penales. Primero, que se está juzgando, no a determinadas acciones, sino a determinadas personas que, en su mayoría, no están cerca de los centros de decisión. Segundo, que la sanción respectiva a las determinadas acciones tipificadas en leyes penales no cumplen sus finalidades, en parte por la desorganización casi total del sistema penal y porque no se presentan los medios suficientes para el cumplimiento de los mismos (la infraestructura carcelaria está por los suelos, el Estado no aumenta el presupuesto del sistema penitenciario, corrupción al interior del mismo sistema de ejecución penal, entre otros). “Así, al respecto de ello vemos algunas otras alternativas a la pena de cárcel: la libertad condicional: cese anticipado del encierro en un condenado que ha cumplido una porción de la pena en tanto se den ciertos requisitos (no cometer nuevos delitos, reglas de conducta, etc.); Condenación Condicional: suspensión de la pena privativa de la libertad impuesta; Regímenes de libertad, conforme la evolución del interno; Suspensión del juicio a prueba: suspende el juicio; Regímenes de semilibertad: le permite trabajar fuera del establecimiento carcelario, rigiendo el principio de la autodisciplina; Principio de oportunidad: en general, se da cuando el reproche por el hecho es insignificante; cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo o bien carece de sentido. También cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal; Mediación, donde se busca llegar a una conciliación entre víctima, autor y Estado, con utilidad para los tres intervinientes en la interacción punitiva, de esta manera, la mediación juega, cada vez más, un rol destacado; Prisión domiciliaria;

⁵⁸ C. Parma. *Reflexiones sobre la pena*. Ob Cit. Pág. 111



Prisión discontinua: la también llamada “prisión de fin de semana”; Trabajos para la comunidad: trabajar en forma gratuita en bien de la comunidad”⁵⁹.

Lo cierto es que la pena no puede perseguir otro objetivo que no sea el que persigue el Derecho Penal: la seguridad jurídica, pues su objetivo debe ser la prevención de futuras conductas delictivas. Se han usado indiscriminadamente vocablos como “reeducación” o “resoliciación” entre otros, y frecuentemente la instrumentación de la misma en la forma de “tratamiento penitenciario”. Lo cierto es que detrás de cada uno de estos vocablos hay ideologías, y detrás de cada ideología hay una mano oscura de poder que incluso hace manipulación ideológica y predomina en un determinado Sistema Estatal, haciendo variar las connotaciones de éstos vocablos. Pero, como no podemos quedarnos sin pronunciarnos al respecto, así, considero más importante hacer hincapié en la prevención especial de reo, puesto que es la más estigmatizante y la que afecta más a las personas al interior de un centro de reclusión. Es necesario que primero, la pena esté en el marco de los derechos y garantías constitucionales, donde la prevención especial (que es la que se le hace al reo) no tenga que ver con algún impedimento físico (en general de salud), tampoco debe constituir una “reeducación”, ni en un “tratamiento” que visualice al hombre como un ser carente de sentido moral y médico, por lo tanto no considerar al criminalizado como a un ser en condiciones de inferioridad. Cabe también resaltar que la pena no es la única forma para la prevención de la sociedad, puesto que también, a partir de políticas de Estado, este tipo de conflictos pueden apaciguarse, así, si el Estado hace hincapié en el control social institucionalizado no punitivo, puede también lograr una disminución de delitos y, por consiguiente, dar una mayor seguridad jurídica a la sociedad. La posible solución de la tergiversación de la finalidad de la pena, está de lleno en las manos del Estado, y de su capacidad de conseguir a gente idónea para el establecimiento de un orden en el interior del sistema penal, el Derecho Penal y, por consiguiente, la pena y el sistema penitenciario, porque en sus manos se encuentra el monopolio del poder. Recordemos

⁵⁹ Ídem



que dentro de los sectores del sistema penal, el que tiene el dominio de este Sector Ejecutivo, manifestación expresa del Estado.

Concluimos, pues, que en Roxin, vemos una teoría unificadora, entre la prevención general y la prevención especial de la pena privativa de la libertad personal, al decir: una teoría unificadora dialéctica, pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas... el delincuente es una persona débil y urgentemente necesitada de tratamiento terapéutico - social, aunque, por otra parte, debe ser concebido de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable.

Roxin sostiene con ello, la teoría dialéctica de la pena. Así, la pena tendría una triple función: cuando la ley AMENAZA con penas cumple una función de prevención general; cuando APLICA penas tiene una función retributiva (nunca más allá de la culpabilidad) y cuando EJECUTA penas se trata de una cuestión de prevención especial (resocializa) . Según Jakobs tal combinación es de imposible realización.

Mientras que Zaffaroni, en oposición a Roxin, y ante el fracaso de la ideología de la resocialización del delincuente, es agnóstico a la eficacia resocializadora de la pena de prisión, por lo cual afirma que, más allá de nuestras leales aspiraciones, para lo único que sirve (la prisión) es para que el sistema del Derecho Penal subsista, por lo que propone desterrar la prisión como medio rehabilitador y dar paso a los sustitutos penales.

“Zaffaroni no solo es agnóstico (incrédulo) respecto de la eficacia de las penas, sino respecto de la eficacia del Derecho Penal, cuya crisis existencial puso al desnudo y descarnadamente en la conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001”⁶⁰.

⁶⁰ Publicada en "Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?" Nº 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2003.



“Tenemos que actuar como lo haría el carnicero responsable. No sabemos de todo. Yo no puedo hablar como si fuera el Secretario General de Naciones Unidas. Yo no soy el Papa, no. Yo no soy un sabio omnipotente, no. Solo soy un penalista. Solo conozco algunas cosas, no muchas, de Derecho Penal. Y en el Derecho Penal me manejo bien, pero no tengo condiciones de resolver todas las cosas que los feligreses locos acreditan que el Derecho Penal tiene condiciones de resolver. Yo estoy convencido que solo tengo condiciones de resolver pocas cosas, casi ninguna, y no sé si resolver, tal vez suspender algunos conflictos (resolver es otra cosa). Es esta la lógica del carnicero. Es esta lógica la que haría que tal vez pudiéramos continuar el fin del discurso de nuestro problema de violencia.

Esta lógica es la que tiene que seguir la pena en un Estado social y democrático de derecho. Estado social y democrático de derecho ¿cuál? ¿Cuál estado social y democrático de derecho? Un Estado que está hundido. Un Estado que perdió poder. Un Estado que a nivel nacional no tiene condiciones de resolver conflictos, porque el poder es supra nacional...”⁶¹

⁶¹ Ídem



CAPÍTULO II

2.1. Análisis de los Delitos según su clasificación

En vista que es imposible reducir a un denominador común las diversas características de los tipos delictivos, lo más que se puede hacer es indicar algunas cuestiones generales que plantean elementos que, de un modo constante están siempre presentes en la composición de todos los tipos.⁶²

- Sujeto activo
- Acción y
- Bien jurídico.

2.1.1 Sujeto Activo

El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción prohibida. En algunos tipos delictivos se plantean algunas cuestiones en relación con el sujeto activo.

“En primer lugar tenemos los delitos plurisubjetivos, en las que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto (delitos de convergencia; rebelión, asociación ilícita), o bien autónomamente como parte de una misma relación (delitos de encuentro: el cohecho, en el que interviene el funcionario y la persona que soborna)”⁶³

En algunos casos, la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito; nos encontramos, entonces, con los llamados delitos especiales. Sujeto activo de estos delitos solo puede serlo aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga la cualidad exigida en el tipo; (funcionario público, en la malversación de caudales públicos).

⁶² F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho penal parte general*, Tirant lo Blanch, 2ª. Edición, 1995, Pág. 275

⁶³ Idem. Pág. 276



2.1.2 Acción

“En todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano que constituye el núcleo del tipo, su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente por un verbo, al cual se le denomina verbo rector, que puede indicar una acción o una omisión”⁶⁴.

“Cuando el tipo solo exige la realización sin más de la acción, estamos ante los delitos de mera actividad (injuria, falso testimonio, portación ilegal de armas de fuego, etc.) o en su caso de mera inactividad (omisión pura)”⁶⁵

“En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y en estos casos estamos ante los delitos de resultado. Al hablar de resultado se alude al resultado como modificación producida en el mundo exterior, distinto de la acción misma (lesiones, homicidios, daños, etc.)”⁶⁶.

Según el tipo comprenda una o varias acciones, se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los delitos compuestos se subdividen en complejos y mixtos. Los delitos complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo distinto, por ejemplo el Artículo 252 del Código Penal tipifica el Robo con violencia o intimidación a las personas, medios que ya por sí son constitutivos de delitos de coacciones y amenazas, pero, al integrarse en el robo forman un complejo delito autónomo. “En los delitos mixtos el tipo contiene, bajo la misma conminación penal, diversas modalidades de conducta, bastando que se realice una de ellas para que se constituya el tipo (el funcionario público que solicita o recibe dádiva)”⁶⁷.

⁶⁴ Ídem Pág. 276

⁶⁵ Ídem Pág. 277

⁶⁶ Ídem Pág. 277

⁶⁷ Ídem Pág. 278



2.1.3 Bien jurídico

La norma tiene una función protectora de bienes jurídicos. “Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. Este no es otra cosa que el valor al que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. Lógicamente se espera de acuerdo al principio de intervención mínima, el legislador solo utilice el Derecho Penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos.”⁶⁸ De ahí, la necesidad de adoptar una actitud crítica frente a los bienes jurídicos protegidos como a la forma de protegerlos penalmente.

“El concepto de bien jurídico protegidos se utiliza además como criterio de clasificación. Aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra la propiedad, etc.) Según este criterio de clasificación, se distinguen entre **bienes jurídicos individuales** (vida, integridad física, libertad) y **bienes jurídicos comunitarios** (salud pública, seguridad del Estado, y orden público)”⁶⁹.

Titular del bien jurídico es el sujeto pasivo. “La distinción tiene importancia en algunos casos para saber quién está legitimado para consentir y disponer del bien jurídico. En la mayoría de delitos de carácter comunitario, el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de delitos con intereses difusos. En otros casos se habla de un sujeto pasivo genérico presente en todo delito que es el Estado. Muy importante es hoy en día el concepto de víctima del delito que ha dado lugar al nacimiento de una rama de la Criminología, la Victimología, preocupada por la debida

⁶⁸ Ídem págs. 278-279

⁶⁹ Ídem pág. 279



atención y asistencia a las personas sobre las que recaen los efectos negativos del delito”⁷⁰.

2.2. Clasificación legal

En rigor la Clasificación de los Delitos se refiere a las Clases de Tipos Legales que están puestas en la parte especial de un Código Penal.

Por su gravedad:

tripartito y bipartito

El Sistema Tripartito divide en:

1. crímenes,
2. delitos,
3. contravenciones.

Importancia de esta clasificación: Permite la individualización; la sociedad reacciona con mayor intensidad a los crímenes y es de utilidad práctica: determina la competencia de los tribunales, el jurado conoce los crímenes, las correccionales los delitos y la policía las contravenciones.

Crítica. No hay diferencia cualitativa entre crimen y delito, una lesión puede ser ambas, según la menor o mayor gravedad de sus consecuencias.

El Sistema Bipartito divide los tipos penales en:

1. Delitos y
2. Contravenciones (o Faltas)

⁷⁰ Ídem Pág. 280



En otras legislaciones, esta clasificación se basa en la gravedad de la pena en cada una de las jurisdicciones. “Las diferencias entre delito y contravención serían: en el delito el daño es efectivo, en la contravención es un simple peligro; en el delito hay intención manifiesta, en la contravención no hay mala intención; el delito está en el Código Penal, la contravención esta en disposiciones especiales de caza, de pesca, en disposiciones sanitarias, etc.”⁷²

“Tales códigos suelen diferenciar entre los ilícitos penales de acuerdo a su gravedad. Las clasificaciones pueden dar lugar a dos o tres grandes bloques de conducta. Nuestro Código Penal opta por una distinción bipartita entre las infracciones más importantes o delitos, contenidos en el libro II, y las infracciones leves o faltas contenidas en el libro III”⁷³.

Esta clasificación es trascendente, en primer lugar, porque las exigencias de responsabilidad en un grupo u otro de infracciones, no responden exactamente a los mismos principios, como lo demuestra el Artículo 480 del Código Penal. En segundo lugar, porque la clasificación tiene consecuencias procesales: así, las infracciones contravenciones o faltas son de exclusivo conocimiento de los jueces de paz, según expone el Artículo 44 inciso a) del Código Procesal Penal.

Ahora bien, el delito de Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas objeto de estudio de este trabajo, no se encuentra regulado en el Código Penal sino en la Ley de Armas y Municiones, por lo que se hace necesario acudir a la clasificación doctrinaria.

⁷¹ F. Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, 2ª. Edición, Bogotá: Editorial Temis S. A. 2004, Pág. 4

⁷² Machicado Jorge, Clasificación del delito, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/3/clasificación-del-delito.html>

⁷³ Ídem



2.3 Clasificación doctrinaria

La clasificación de los tipos penales puede variar mucho en función del criterio de referencia que se adopte. Así, al margen de una posible clasificación legal de acuerdo con la eventual previsión expresa de cada ordenamiento jurídico, desde un punto de vista sistemático y teniendo en cuenta los elementos del tipo objetivo resulta posible efectuar diversas clasificaciones dependiendo, entre otros criterios, de la modalidad de conducta, de los sujetos o la afectación al bien jurídico⁷⁴.

2.3.1 Según las modalidades de conducta.

2.3.1.1 Delitos instantáneos y permanentes

Esta clasificación responde a la diferencia existente según que la conducta típica genere una situación de ilegalidad que se agota con la realización del hecho (delitos instantáneos), como puede ser el homicidio, o que resulte duradera, proyectando dicha situación en el tiempo (delitos permanentes), como puede ser el secuestro (Artículo 201 Código Penal). Esta distinción también tiene una dimensión práctica en la determinación del momento en que puede comenzar el cómputo de los plazos de prescripción o, por ejemplo, para delimitar la actuación en legítima defensa.

2.3.1.2 Delitos de resultado y de mera actividad

Esta clasificación toma en consideración si el tipo penal exige que la conducta provoque un resultado distinto a la propia conducta, en el sentido de ser separable espacio-temporalmente (delito de resultado), o de poner en peligro un bien protegido o bien que la propia conducta, en sí misma, suponga la lesión del bien jurídico protegido (delito de mera actividad). Un ejemplo de los primeros es el homicidio (Artículo 123 Código

⁷⁴ De la Mata Amaya José, *Teoría del Delito*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo República Dominicana, 2007, Pág. 109 y ss.



Penal), de los segundos: El uso indebido de uniformes e insignias (Artículo 339 Código Penal).

Esta distinción resulta relevante desde distintas perspectivas, ya que los delitos de resultado exigen como elemento típico la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado y, además, pueden plantear problemas en cuanto a la determinación del tiempo y lugar del delito, así como de los efectos aplazados en el tiempo.

2.3.1.3 Delitos de medios determinados y resultativos

El Derecho Penal, por su carácter fragmentario, en unas ocasiones protege bienes jurídicos, especialmente lo más importantes, contra cualquier ataque que se le dirija, como ocurre con la vida o la integridad física. Sin embargo, hay ocasiones en que, respecto de otros bienes jurídicos, solo sanciona los más graves ataques, como ocurre con el patrimonio. “En función de ello, si en la descripción de la conducta el tipo penal se limita a recoger una determinada modalidad de ataque, se le denomina delito de medios determinados, como sucede con el delito de robo; y si se extiende a cualquier forma de ataque, como las lesiones, es un delito resultativo”⁷⁵.

2.3.1.3 Delitos de un acto, de pluralidad de actos, alternativos o de habitualidad

Esta clasificación toma en cuenta si la descripción de la conducta típica solo contiene un acto, como el contraer matrimonio ilegal (226 Código Penal), o una pluralidad de ellos que deban ser concurrentes, como el engaño, violencia o intimidación como el robo agravado del Artículo 252 Código Penal; o alternativos, como recibir, ocultar, aprovechar, guardar, esconder o negociar en cualquier forma del Encubrimiento propio (Artículo 474 Código Penal). Por otra parte, también hay tipos penales que necesitan para su comisión que la conducta no sea puntual sino que exista una habitualidad su realización, como ocurre en el delito de Encubrimiento impropio del Artículo 475 Código Penal.

⁷⁵ De la Mata, Ob. Cit. Pág. 110



2.3.2. Según los sujetos

Un segundo criterio de clasificación general de los tipos penales puede efectuarse de acuerdo con diversas características del sujeto activo.

2.3.2.1 Delitos comunes y delitos especiales

La mayoría de los tipos penales cuando describen el sujeto activo de la conducta típica suelen hacerlo mediante la expresión “quien” (Artículos 123, 132, 141 ó 144 Código Penal), “los responsables de” (Artículo 198 Código Penal), “la persona que” (Artículo 203 Código Penal), “el particular que” (Artículo 206 Código Penal). Aunque también cabe apreciar que en otros tipos penales se opta por la fórmula “al que” (Artículos 76 ó 135 Código Penal), “todo aquel” (Artículos 77, 94, 105, 143 ó 151 Código Penal), “todo individuo” (Artículos 274 A al 274 G Código Penal) o “todo ciudadano (Artículo 113 Código Penal). Todas estas expresiones indican que puede ser sujeto activo de estos delitos cualquier persona, constituyendo, por tanto, ejemplos de delitos comunes.

No obstante, hay otros tipos penales en que el ámbito de los sujetos activos queda delimitado a un determinado grupo de personas como son, por ejemplo, los funcionarios, agentes o delegados del gobierno (Artículo 114 Código Penal), funcionarios públicos (Artículos 347 C, 418 al 435 Código Penal), jueces, fiscales o suplentes (Artículos 462 al 469 Código Penal), banqueros, administradores, gerentes, empresarios (Artículos 477 y 479 Código Penal). “Habida cuenta de que estos delitos solo pueden ser cometidos por ese ámbito limitado de sujetos activos se les denomina delitos especiales”⁷⁶.

⁷⁶ Ídem, Pág. 110



2.3.2.2 Delitos especiales propios e impropios

“Los delitos especiales pueden, a su vez, clasificarse en delitos especiales impropios, que serían aquéllos que también pueden ser cometidos por el resto de personas, pero por determinadas circunstancias se establece una sanción distinta si se lleva a cabo por un ámbito concreto de sujetos activos”⁷⁷.

Por su parte, los delitos especiales propios son aquéllos que solo y exclusivamente pueden ser cometidos por ese delimitado grupo de sujetos activos, de tal modo que si la conducta la desarrolla cualquier otra persona no tendrían relevancia penal. Como ejemplo de los primeros, cabe destacar el delito de evasión de presos en que también se diferencia entre la conducta llevada a cabo por los encargados de la custodia de presos o por cualquier otra persona (Artículos 471 y 472 Código Penal). Como ejemplo de los segundo, cabe reseñar los delitos propios de funcionarios como la prevaricación.

2.3.2.3 Delitos de autoría o participación

El criterio de clasificación relevante en estos casos es que, respecto de los tipos de autoría, se exige su realización directa o mediata, solo o conjuntamente, de la conducta descrita en el tipo y, sin embargo, los tipos de participación exigen la ejecución de otras conductas típicas de coadyuvancia con la desarrollada por el autor.

2.3.3. Según la afectación al bien jurídico

La manera en que los diversos tipos penales describen la afectación al bien jurídico protegido también sirve de criterio de clasificación. Así, cabe diferenciar entre delitos de lesión y delitos de peligro.

⁷⁷ Ídem, Pág. 111



2.3.3.1 Delitos de lesión

Los primeros exigen que se produzca una efectiva lesión del bien jurídico protegido. “Ello no significa, sin embargo, que deban confundirse con los delitos de resultado, ya que los delitos de lesión pueden referirse a delitos de resultado, como es el caso del homicidio, o de mera actividad, como es el caso de la difamación”⁷⁸.

2.3.3.2 Delitos de peligro

Por el contrario, los delitos de peligro se consuman con la mera constatación del peligro para el bien jurídico. Esta técnica de tipificación es usada para adelantar las barreras de protección dispensada por el Derecho Penal. En efecto, toda vez que la sanción de las conductas imprudentes exige la producción de un resultado, es cada vez más frecuente en los ordenamientos penales incluir delitos para sancionar conductas peligrosas sin necesidad de que de las mismas deriven una lesión efectiva. “A su vez, los delitos de peligro pueden ser de peligro concreto, cuando con la acción quepa apreciar un concreto peligro de lesión inmediata del bien jurídico, como puede ser el caso de la posesión de instrumentos para cometer robos (Artículo 247, numeral 4, Código Penal), o de peligro abstracto, en que el riesgo es solamente potencial o genérico como sucede, por ejemplo, en la violación de reglamentos relativos a la calidad de los productos que se exportan”⁷⁹.

2.3.4 Clasificación por la forma y las consecuencias de la acción

2.3.4.1 Por la forma de la acción: de comisión, de omisión, de comisión por omisión.

⁷⁸ Ídem, Pág. 111

⁷⁹ Ídem



Por la forma de la acción el delito clasifica en delito de: comisión (hacer lo que la ley prohíbe), de omisión (no hacer lo que la ley manda), de comisión por omisión (hacer lo que no se debe, dejando de hacer lo que se debe).

2.3.4.2 Por las consecuencias de la acción: formal y, material.

Delito formal

“(delitos de actividad, delitos sin resultado o de simple actividad). Aquel en que la ley no exige, para considerarlo consumado, los resultados buscados por el agente; basta el cumplimiento de hechos conducentes a esos resultados y el peligro de que estos se produzcan o basta también la sola manifestación de la voluntad”⁸⁰

Por ejemplo, los delitos de falsificación, de envenenamiento (302 Código Penal), la traición (359 Código Penal), calumnia (159 Código Penal), el falso testimonio (460 Código Penal); en los cuales basta, para configurarlos, la posesión de máquinas para la falsificación, el suministro del veneno, la preparación de actos dirigidos al sometimiento de la Nación a una potencia extranjera, la manifestación de la voluntad imputando un delito a otro o la sola juramentación en falso, sin que sea necesaria la producción de un resultado. En los delitos formales, jamás se da la Tentativa, este solo se da en los delitos materiales.

Delito material (o de resultado).

El que se consuma mediante la producción de un daño efectivo que el delincuente se propone. El acto produce un resultado por ejemplo en el asesinato (132 Código Penal) el resultado de la acción es la muerte de una persona. En el robo (251 Código Penal) el resultado es la aprehensión de la cosa.

⁸⁰ J. Machicado, Clasificación del delito, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/3/clasificación-del-delito.html>



Esta clasificación discrimina entre aquellos tipos penales en que la norma contiene prohíbe realizar una conducta (delitos de acción) y aquellas en que se ordena realizar una conducta (delitos de omisión). Así pues, rectamente entendida, no es una clasificación que atienda a la descripción de la actuación humana sino, más propiamente, a si la norma infringida es una prohibición o un mandato.

Dentro de la clasificación de los delitos de omisión, si el mandato se limita a ordenar un no hacer sin exigir un resultado, este delito de mera omisión se denomina omisión pura o propia. Como ejemplo, cabe citar el delito de omisión de auxilio Artículo 156 Código Penal. Por el contrario, si el mandato de no hacer se concreta en la obligación de evitar un resultado, este delito se denomina omisión impropia o comisión por omisión. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de Incumplimiento de deberes de asistencia Artículo 244 Código Penal. Hay que destacar, además, que los delitos que aparecen descritos solo con la prohibición de causar un resultado, como puede ser el homicidio, también cabe considerarlos, desde una perspectiva normativa, un mandato de evitar ese resultado, por lo que pueden cometerse tanto por acción como en comisión por omisión.

Por la forma procesal

De acción privada, de acción pública dependiente de instancia particular y, de acción pública

Delito de acción privada. Se enjuicia y se persigue solo a querrela de parte ofendida, por ejemplo estafa mediante cheque, los delitos contra el honor (difamación e injuria).

Delito de Acción Pública dependiente de Instancia particular. Aquel en que el Fiscal puede perseguir solo a pedido de la parte damnificada u ofendida. Ej. Amenazas.



Delito de acción pública. Puede demandar cualquier persona, incluso el Ministerio Público de oficio. Los delitos que no están clasificados como de acción privada o de instancia particular, son de acción pública. Ej. El homicidio (123 Código Penal).

Por las formas de culpabilidad

Doloso, culposo (11, 12 Código Penal)

Delito doloso

“Ejecución de un acto típicamente antijurídico con conocimiento y voluntad de la realización el resultado. No exige un saber jurídico, basta que sepa que su conducta es contraria al Derecho, peor aún, basta la intensión de cometer el hecho delictivo. Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad”⁸¹. (CP, 11).

Delito culposo

“Un delito es culposo cuando quien no observa el cuidado a que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello no toma conciencia de que realiza un tipo penal, y si lo toma, lo realiza en la confianza de que lo evitará”⁸². (CP. 12). “El delito es culposo cuando el resultado, aunque haya sido previsto, no ha sido querido por el agente pero sobreviene por imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes, etc. Ej. Fumar en surtidor de gasolina o exceso de velocidad que causan un accidente”⁸³.

Por la relación psíquica entre sujeto y su acto:

⁸¹ J. Machicado, Ob. Cit. Pág. 14

⁸² Idem

⁸³ Ídem



Delito Preterintencional. (O ultraintencional)

Es aquella, en que se desea cometer un delito pero resulta otro más grave. Ej. Cuando solo se lo quiere lesionar pero lo mata. La sanción sigue la Teoría de la Responsabilidad Objetiva, o sea, son calificados por el resultado, por el evento ocurrido, que no estaba en la intención del agente.

Por el bien vulnerado:

Simple, complejo, conexo

Delito Simple

Vulnera un solo bien o interés jurídicamente protegido, ej. El homicidio vulnera el derecho a la vida.

Delito Complejo

Vulneración de varios bienes o intereses protegidos. Ej. El plagio o secuestro seguido de violación. Es igual al Concurso Real De Delitos.

Delito Conexo

“Las acciones están vinculadas de tal manera que unos resultados dependen de unas acciones y otros resultados de otras acciones. Ej. Los delincuentes se ponen de acuerdo antes, luego cometen delitos en diferentes tiempos y lugares”⁸⁴.

Por la unidad del acto y pluralidad de resultado:

⁸⁴ Ídem



Concurso ideal, concurso real.

Concurso Ideal de Delitos (Delito Compuesto)

Con una sola acción se vulneran varios bienes jurídicos (70 Código Penal). Ej. Golpear a una mujer embarazada produce delitos como: lesiones y aborto. Se sanciona con pena del delito más grave, se puede aumentar hasta un máximo de una tercera parte del delito más grave.

Concurso Real de Delitos (69 Código Penal).

Dos o más acciones u omisiones dan lugar a dos o más delitos. Ej. Explosión de automóvil con bomba en centro comercial. Las acciones que generaron pueden ser: apoderamiento de un automóvil, instalación de la bomba. Los delitos son: robo de automóvil y terrorismo. Se imponen las penas correspondientes a cada delito, pero el máximo no podrá superar los cincuenta años de prisión.

Por la naturaleza intrínseca:

Común, político, social, contra la humanidad

Delito común.

Lesiona los intereses tutelados de los particulares, ej. La vida, el patrimonio, la libertad.

Delito político

“Es aquel que lesiona la organización política y social del estado, persiguiendo mantener el orden establecido o cambiarlo a formas más superiores. El delito político afecta el interés colectivo traducido en la seguridad y estabilidad del Estado; el autor de



un delito político puede ser amnistiado pero nunca extraditado; los delitos comunes ligados a delitos políticos son tratados como si fueran delitos Políticos”⁸⁵.

Delito social.

Aquel que va contra el régimen económico y social. Ej. Sabotaje (CP, 232).

Delitos contra la humanidad

Son los que atentan contra los derechos esenciales de la persona humana. Ej. Vida, nacionalidad, religión, opinión, etc.

La Convención Internacional sobre el Genocidio de 1948 cataloga como Delitos contra la Humanidad a los siguientes:

- El homicidio de grupo,
- El exterminio. (Acabar del todo con la fuerza),
- La deportación en tiempo de paz,
- El genocidio;
- La reducción a la servidumbre,
- La persecución política o religiosa.

Los delitos contra la humanidad se caracterizan por: (a) Son cometidos debido a raza, nacionalidad o discrepancia política; y, (b) Se atenta contra la población civil; inclusive contra la propia población en los golpes de Estado.

⁸⁵ Ídem



2.4 Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural⁸⁶

Los delitos de mera actividad se contraponen a **los delitos de resultado**, hasta el punto que cada uno de ellos carece de sentido sin el otro; esto determina que el estudio de cualquiera de los dos no pueda realizarse si no es a partir de la cuestión que los separa: esto es, la falta del resultado que define a los delitos de resultado en los de mera actividad. Como afirma Antolisei, la distinción entre ambas clases de delito es una cuestión puramente teórica, si bien la doctrina y la jurisprudencia han articulado una serie de consecuencias prácticas de indudable importancia en torno de dicha diferenciación. Sin embargo, como se comprobará a lo largo de las páginas que siguen, las supuestas características dogmáticas de los delitos de mera actividad que determinan la articulación para ellos de una supuesta parte general especial quedan en entredicho cuando se lleva a cabo un estudio comparado del derecho positivo, en este caso, de los Códigos Penales español y peruano.

Los problemas dogmáticos que plantean los delitos de mera actividad no se deben a la estructura que los mismos presentan, sino a las características que se predicen del resultado del que carecen, cuestión ésta ampliamente discutida. Así, sin modificar la definición positiva de los delitos de mera actividad (delitos que carecen del resultado que define a los delitos de resultado), su fisonomía va a ser completamente diferente según el parámetro de referencia, esto es, según se entienda que son delitos sin resultado natural o sin afección al bien jurídico. Esto significa que el estudio de los delitos de mera actividad es un estudio en negativo sobre el polimórfico concepto de resultado en Derecho Penal⁸⁷.

⁸⁶ María Acale Sánchez, Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_07.pdf

⁸⁷ véase Lorenzo Copello, *Derecho Penal*, 1992; citado por la autora Acale Sánchez.



En primer lugar, un sector doctrinal entiende que el resultado es el efecto de la acción sobre el objeto material del delito⁸⁸. De esta forma, si los delitos de mera actividad se definen como delitos sin resultado y este como el efecto de la acción sobre el objeto material, aquéllos, como si de un silogismo se tratara, serían delitos sin objeto material. Sin embargo, si se parte de que el estudio sobre el objeto material se centra en la acción más que en el resultado en virtud del cual se define la conducta típica, el silogismo se rompe. Al serlo de la acción y al ser definidos los delitos de mera actividad como delitos de acción carentes de resultado natural, no hay por qué hacer afirmaciones categóricas al respecto, pues solucionan poco. Esto significa que a *priori* el objeto material nada condiciona en este sentido a la categoría de los delitos de mera actividad que pueden tener objeto material de la acción al igual que los delitos de resultado pueden carecer del mismo; así se relativiza a la vez la importancia sistemática del objeto material pues deja de ser un elemento esencial del tipo que, en contra de lo mantenido por Cancino Moreno, no es siempre un elemento esencial de todos los delitos. Por otro lado, la función que se predica por parte del autor citado del objeto de la acción como sustrato necesario del bien jurídico no puede ser rechazada, pero tampoco puede ser asumida totalmente: todo dependerá de que sea posible identificar un objeto material típico en el que se pueda decir que, se encuentre reflejada la faceta pasiva o estática del bien jurídico.

En las antípodas de estas afirmaciones se encuentran las de aquel sector doctrinal que parte de que el resultado es el efecto directo de la acción sobre el bien jurídico y separable de ella⁸⁹. Así, si los delitos de mera actividad se siguen definiendo como delitos carentes de resultado, serían delitos sin afección al bien jurídico a través del resultado y, por tanto, sostenidos exclusivamente en el desvalor de acción. En este sentido, en el marco del injusto personal, no existirían excesivos problemas para justificar la existencia de estructuras típicas de mera actividad⁹⁰; si bien, desde el momento en que el desvalor de resultado coadyuva a configurar el injusto, los delitos de

⁸⁸ Cancino Moreno, 1979, pp.21 y ss. Citado por la autora.

⁸⁹ Laurenzo Copello, 1992, Pág. 183; citado por la autora

⁹⁰ Zielinski, 1988, Pág. 283 ss. Citado por la autora Acalé Sánchez



mera actividad se convertirían en delitos «cojos» o, en todo caso, ortopédicamente sostenidos, esto es, delitos cuyo injusto estaría insuficientemente configurado.

Estos autores amplían la vigencia de la categoría de la mera actividad al injusto sobrepasando el de la estructura típica del delito en cuestión. Consecuencia directa de ello es que ni los delitos de lesión, ni los de peligro concreto ni los de peligro abstracto como peligro potencial para un bien jurídico podrían ser considerados delitos de mera actividad, categoría que quedaría reducida a aquellos delitos en los que no es posible identificar bien jurídico protegido alguno. “En este sentido afirma Lorenzo Copello que, entonces «no solo estaremos ante un delito sin resultado sino también, ante una conducta punible sin referencia alguna a un desvalor de resultado. Serían pues delitos de mera desobediencia y rebasarían los límites dentro de los cuales el Derecho Penal está legitimado para actuar. Estos delitos, tal vez los únicos que inequívocamente pueden calificarse como de ‘simple actividad’ carecen de toda justificación en un ordenamiento penal orientado a la protección de bienes jurídicos»⁹¹

Parece, por ello, más oportuno entender que, lo que se desvalora (o valora en el caso de que concurra una causa de justificación) no es solo ese resultado material producido por la acción y seleccionado por el legislador en el tipo, sino el cambio en el estado de las cosas en el que se incluye el resultado natural en los delitos de resultado, esto es, se procede a comparar los momentos anteriores y posteriores a la realización de la conducta típica por parte del autor.

En un delito de resultado como el homicidio, en el que coincide el resultado natural con el jurídico, se procede a comparar la situación *ex post* a la conducta típica —B está muerto— con la situación *ex ante* —B estaba vivo—: en este caso existe un cambio de situaciones fácticas que coincide con el resultado natural exigido por el tipo que además es el resultado típico del delito de homicidio (Art. 138 del Código Penal español y 123 Código Penal guatemalteco). Sin embargo, en otros delitos en los que el legislador castiga solo la realización de un comportamiento sin incluir un elemento natural de

⁹¹ Lorenzo Copello, 1992, Pág. 184; citado por la autora



resultado en el tipo causado por aquél, también puede fácilmente diferenciarse un antes y un después de la conducta típica: en el delito de construcción no autorizada en zona verde del Artículo 319 Código Penal español, por ejemplo, antes de la realización de la construcción existía un lugar público de uso general para el esparcimiento de la comunidad, desde el cual podía divisarse el paisaje urbano; con posterioridad a ello existe una construcción sobre un suelo público que impide su disfrute a la colectividad.

El parámetro que soporta el juicio normativo y que se conoce como desvalor de resultado es pues ese nuevo estado de las cosas, el cambio real producido por la realización del comportamiento típico. Por ello, *a priori*, todos los delitos han de tener desvalor de resultado.

Por tanto, ya no se puede decir que los delitos de mera actividad sean equivalentes a peligro abstracto⁹² ni que estos no supongan afección a un bien jurídico: que en algunos supuestos puedan coincidir no debe convertirse en regla general, pues también puede haber delitos de mera actividad de lesión o de peligro concreto en tanto en cuanto el resultado natural no es el único ni el esencial parámetro del que deducir el desvalor de resultado, esto es, el juicio normativo relativo a la nocividad sobre el bien jurídico.

Así, es un delito de mera actividad de lesión del bien jurídico el de trato degradante del Art. 173 Código Penal español y 202 Código Penal guatemalteco. En él se castiga al que: *infligiere a otra persona un trato degradante*, sin que sea preciso resultado natural distinto de dicha acción, por ejemplo, la existencia de sufrimientos físicos o mentales de la víctima. Esa acción indeterminada ha de lesionar el bien jurídico integridad moral pues es exigencia típica su menoscabo que, por otro lado, ha de ser grave.

“Un ejemplo peruano de delito de mera actividad de lesión del bien jurídico es el delito de bigamia del Artículo 139 Código Penal peruano en el que se castiga al: «*casado que contrae matrimonio*». En él no se exige, por ejemplo, que con dicho matrimonio se

⁹² Ostendorf, 1982, Pág. 428 García Rivas, 1998, Pág. 50. Citados por la autora



cause perjuicio ajeno. De esta forma, del simple acto de contraer segundo matrimonio se lesiona el bien jurídico «familia» que protege el Título III en el que se ubica⁹³.

Es un delito de mera actividad y de peligro abstracto en ambos textos punitivos la conducción bajo efectos de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de los Artículos 379 Código Penal europeo y 157 de nuestro Código Penal. Los preceptos citados castigan la mera conducción en este estado si bien el legislador español, dentro de la seguridad colectiva (bien jurídico protegido en el Título XVII en el que se incluye el delito examinado) ha identificado una específica zona del mismo al que denomina «seguridad del tráfico».

“Es un delito de mera actividad y de peligro concreto el contenido en el Artículo 261 Código Penal español, en el que se castiga al que «en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al establecimiento contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquellos». En el momento de la presentación de los datos falsos se pone en peligro el bien jurídico en los delitos societarios, esto es, los derechos de los acreedores⁹⁴.”

Es un delito de resultado y de peligro concreto el contenido en el Art. 346 Código Penal español en el que se castiga a los que: -provoquen explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, etc. cuando los estragos comportaren necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas-. Es preciso llevar a cabo esas acciones que produzcan los resultados típicos recogidos en el precepto siempre que además supongan un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas.

También es un delito de resultado y de peligro concreto el contenido en el artículo 284 de nuestro Código Penal en el que se exige que se cause estragos —resultado

⁹³ En opinión de Bramont Arias/Bramont-Arias Torres (1995, Pág. 352) «se pretende con esto, de un lado, proteger el origen legítimo de la familia, basada en el matrimonio monogámico y, de otro lado, impedir la introducción de miembros ajenos a ella ».

⁹⁴ Acale Sánchez, Ob. Cit. Pág. 128

natural— «por medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe o por cualquier otro medio análogo» de forma que se cause un peligro común para la seguridad pública.





2.4.1. Principales consecuencias de los delitos de mera actividad

Si bien la distinción entre los delitos de mera actividad y de resultado es de carácter eminentemente teórico, la doctrina —y de su mano la jurisprudencia— ha elaborado —y aplicado— toda una parte general especial sobre los delitos de mera actividad que ha de ser examinada.

No se analizarán de forma autónoma las cuestiones relativas al tiempo y lugar de realización del delito, ni las relacionadas con su prescripción, porque los de mera actividad no plantean problemas con relación a ellas, problemas que en todo caso deberían ser examinados en los delitos de resultado y solo en aquéllos en los que éste se produzca en un momento y en un espacio distinto del que se llevó a cabo el comportamiento activo u omisivo del autor. Así, según el Artículo 7 del Código Penal español: “a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar. En lo que se refiere al lugar de realización del delito en los de mera actividad, es opinión dominante que ante el silencio del Código Penal español en este punto hay que atender al principio de ubicuidad, con arreglo al cual, puede considerarse realizado el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquél en el que se ha producido el resultado”⁹⁵.

2.4.2 Delitos de mera actividad y relación de causalidad

De la mano del causalismo —naturalístico primero y valorativo después—, a la acción llevada a cabo por el sujeto activo ha de unirse un resultado. Y para constatar cuándo existe esa relación entre causa-efecto se acude a una serie de teorías causales. Por esto mismo, porque dichas teorías vienen a explicar la relación existente entre el comportamiento humano y el resultado producido por ella, parece lógico que no existan problemas causales en los delitos de mera actividad, en la medida en que estos

⁹⁵ Muñoz Conde/García Arán, 1996, Pág. 163. Citados por la autora.



carecen del resultado que se relaciona causalmente con la acción en los delitos de resultado. En este sentido, la doctrina viene a coincidir en que la relación de causalidad es una teoría que solo se aplica a los delitos de resultado natural.

Por tanto, si se entiende que el resultado que se une a la causa mediante la relación de causalidad es el resultado entendido como efecto natural producido por el comportamiento humano, es decir, el que sirve para excluir la comisión por omisión en estos delitos, hay que seguir manteniendo con la doctrina tradicional que los delitos de mera actividad no plantean problemas causales, y ello fundamentalmente porque a la hora de la configuración del tipo el legislador los ignora indirectamente al ignorar directamente el resultado natural.

“En el delito de falso testimonio del número 1 del Art. 458 del Código Penal español, por ejemplo, es típica la conducta del testigo que falta a la verdad en causa judicial, con independencia de que su testimonio haya sido contradicho por otras pruebas, por ejemplo. Al no ser necesario ningún otro requisito relacionado con el falso testimonio porque no se exige que se cause ningún resultado, ¿para qué servirá la relación de causalidad si falta el parámetro esencial de referencia, es decir, falta un resultado típico causado por la acción? Distinta es, no obstante, la situación en relación con el número 2 de este mismo precepto en el que se impone una pena más grave si «el falso testimonio se diera en contra de reo en causa criminal si a consecuencia del mismo hubiera recaído sentencia condenatoria»: en este caso, sí será preciso comprobar si el resultado «sentencia condenatoria» es consecuencia de la acción «faltar a la verdad en causa criminal en contra de reo» a través de la relación de causalidad de forma que ésta quedaría excluida si la sentencia condenatoria no se basa en el falso testimonio, sino en otras pruebas testificales, periciales, etc”⁹⁶.

2.4.3 Delitos de mera actividad e imputación objetiva

⁹⁶ M. Acale, Ob. Cit., Pág. 129



En sentido estricto, la imputación objetiva no es más que la imputación del resultado producido a la acción con criterios jurídicos: como en los delitos de mera actividad, el legislador no presta atención al resultado, no ha de tener significado alguno la relación de causalidad ni tampoco el corrector jurídico de ésta, es decir, la imputación objetiva. Ahora bien, si se entiende la imputación objetiva en sentido más amplio, ciertamente las conclusiones han de ser distintas. “En este sentido, Mir Puig la define no como la imputación jurídica del resultado natural a la acción, sino como *un juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material*”⁹⁷.

Efectivamente, en relación con la aplicación de la imputación objetiva a los delitos de mera actividad Mir Puig afirma que también en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva.

“Mir Puig pone como ejemplo de delito de mera actividad en el que no es imputable la conducta al autor por falta de imputación objetiva el delito de allanamiento de morada que: *se comete por la entrada en morada ajena contra la voluntad de su morador* (Art. 202.I primer inciso del Código Penal español); supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal entrada”⁹⁸. Sin embargo, también puede afirmarse que no existe un delito de allanamiento de morada en este caso porque falta el dolo del autor, por la existencia de un error sobre un elemento del tipo, esto es, sobre la «ajenidad» de la morada o sobre el «consentimiento» del morador, sin que sea necesario ampliar sobremanera la teoría de la imputación objetiva. “De todas formas, el autor reconoce que en los supuestos de los delitos de mera actividad, «lo que ocurre es que, ciertamente, serán mucho más raros los actos en que esto suceda, al coincidir espacio-temporalmente los actos corporales y la conducta típica que constituyen. Por de pronto, ello supone que no es preciso comprobar el primer elemento de la imputación objetiva en los delitos de resultado: la relación de causalidad. Por otra parte,

⁹⁷ Mir Puig, 1996, Pág. 236. Citado por la autora

⁹⁸ Ídem



la realización material de la conducta conllevará generalmente los otros dos elementos de la imputación objetiva: la relación de riesgo y la relación de autoría»⁹⁹. Es decir, que lo que hace el autor es afirmar que desde el punto de vista de su teoría de la imputación objetiva, los delitos de mera actividad no plantean problemas.

De esta forma, ya se siga el concepto estricto o el concepto amplio, hay que afirmar que los delitos de mera actividad no necesitan la prueba de la imputación objetiva precisamente porque el punto central y más controvertido de esta teoría es negar o afirmar la relevancia típica de un resultado producido por una acción, resultado natural que es del que carecen los delitos de mera actividad.

2.4.4 Delitos de mera actividad y autoría

Los problemas esenciales que se han planteado en la doctrina con relación a los delitos de mera actividad en esta materia se refieren a la admisión o no en estos delitos de la coautoría y la autoría mediata, y si son delitos de propia mano con la consiguiente imposibilidad de aplicarles también la teoría de la *actio libera in causa*.

Afirman Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut que es una característica de los delitos de mera actividad que «no permiten concebir más que un solo autor», precisamente porque «determinados bienes jurídicos solo pueden ser ofendidos por una simple conducta del autor¹⁰⁰», condenándolos a ser siempre delitos con autoría individual, o lo que es lo mismo, excluyendo la coautoría en ellos. ¿cabe la autoría mediata en los delitos de mera actividad? En este punto, y siguiendo a Arzt, Maqueda Abreu, Silva Sánchez y a Pérez Álvarez¹⁰¹, han de regir las reglas generales sin incluir, por tanto, ninguna especialidad en relación con los delitos de mera actividad: la afección al bien jurídico intimidad en el delito de allanamiento de morada se puede producir en el supuesto en que A, personalmente, entre en la morada ajena sin el consentimiento del

⁹⁹ Ídem Pág. 237. Citado por la autora

¹⁰⁰ Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 1999, Págs. 275- 481. Citados por la autora.

¹⁰¹ Arzt, 1990, Pág. 182; Maqueda Abreu, 1992, Pág. 128; Silva Sánchez, 1993, Pág. 172; Pérez Álvarez, 1995, Pág. 178. Citados por la autora.



morador, así como cuando hace entrar en la misma morada a un sujeto previamente ha convencido de que la morada le pertenece o cuando, para vulnerar la intimidad ajena, utiliza a un inimputable al que determina su voluntad y le hace entrar en la misma.

En relación con este delito de allanamiento de morada, a su consideración como delito de mera actividad y a la admisión o no de la autoría mediata, Maqueda Abreu citando Frühauf entiende: [...] que en los casos en que la acción de ejecución —v. gr. entrar en casa ajena— podría representar la consumación de un delito de mera actividad (allanamiento) o la tentativa de un delito de resultado (robo en casa habitada), (y) tiene razón este autor cuando concluye que hacer depender en el caso concreto su intención, resulta desde luego inconsecuente o, cuanto menos, equívoco.¹⁰²

Así, en referencia al delito de conducción bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, etc., afirma Silva Sánchez que cabe autoría mediata: «estimo que el injusto específico del delito lo realiza también el sujeto que crea el riesgo típico por medio de dominar (por coacción, por ejemplo) la conducción bajo la influencia de drogas realizada por un tercero¹⁰³».

De esta forma, si no hay problemas particulares para admitir la autoría mediata en los delitos de mera actividad, sean o no de propia mano (en tanto en cuanto se entiendan estos últimos como verdaderos delitos especiales), tampoco han de existir resistencias dogmáticas para admitir la *actio libera in causa*.

“En cuanto a la *Actio libera in causa* o *actio libera in sua causa* es una locución latina empleada en el Derecho Penal que puede traducirse como acto libre en su causa. Es utilizada dentro de la teoría del delito en el momento del análisis de culpabilidad”¹⁰⁴.

¹⁰² M. Abreu, 1992, Pág. 32. Citado por la autora.

¹⁰³ S. Sánchez, 1993, Pág. 168. Citada por la autora.

¹⁰⁴ http://es.wikipedia.org/wiki/Actio_libera_in_causa



“Según *la actio libera in causa* se puede imputar a quien comete un acto típicamente antijurídico en un estado de inconsciencia provocado por alcohol o estupefacientes, en el cual él mismo se introdujo, que en principio le haría irresponsable por falta del requisito de la culpabilidad, pero el análisis de éste es llevado en el momento en que se causa el estado de ebriedad, momento en el cual el sujeto pudo haber actuado con culpa o dolo. También por medio de esta doctrina se puede llegar a la conclusión de que el sujeto activo del presunto delito carece de responsabilidad, por haber sido introducido en estado de inconsciencia por un tercero que, por error, dolo o violencia, quebrantó o vició su voluntad”¹⁰⁵.

“Ejemplo: una persona bebe dos litros de tequila sin intención de llegar al estado de ebriedad. Bajo los efectos del alcohol mata a otra. *La actio libera in causa* reconoce que el sujeto no era consciente en el momento del injusto (acción típica y antijurídica), pero marca que ese estado fue creado por el propio agente y analiza su culpabilidad en el momento anterior al estado de inconsciencia. Aquí el resultado sería homicidio culposo, Artículo 84 del Código Penal. En cambio, si una persona se introduce a sí misma en un estado de ebriedad con la intención de asesinar a otro sujeto estando en ese estado de inconsciencia y lo logra, el delito imputado será homicidio doloso, Artículo 79 CP”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ídem

¹⁰⁶ Ídem



CAPÍTULO III

Los Principios del Derecho Penal

3.1 El Principio de Proporcionalidad

El Estado posee la exclusividad del Poder Punitivo del Estado en el ejercicio del *Jus Puniendi* o facultad de castigar, siendo el Poder Punitivo uno de los mayores Poderes conferidos al Estado, se justifica para la protección de bienes jurídicos fundamentales indispensables para la autorrealización del ser humano y dado que para lograr esa protección puede incluso privar o limitar de derechos a quienes han lesionado o puesto en peligro los derechos de los demás, ese poder no puede ser ilimitado. El poder punitivo del Estado es materializado por medio de la utilización del Derecho Penal y siendo el Derecho Penal la rama del derecho que ejerce mayor coerción para lograr la convivencia pacífica en la sociedad, no puede ser aplicado a cualquier infracción, sino únicamente a aquellas acciones u omisiones que ataquen o amenacen gravemente la convivencia pacífica, para evitar arbitrariedades y abuso de poder, a la vez, deben existir controles que sirvan de equilibrio y brinden una respuesta proporcional atendiendo a la magnitud del bien lesionado o puesto en peligro, imponiendo de esta manera al autor del delito una pena acorde a las acciones ejecutadas. Al hacer alusión al principio de proporcionalidad como límite al poder Punitivo del Estado es importante considerar que el derecho de cada persona finaliza donde inicia el derecho de los demás, caso contrario se generan conflictos cuando el ser humano quiere atribuirse derechos que no le corresponden, dando con ello paso a la intervención del Derecho Penal en la búsqueda de la solución de ese conflicto.



Después de analizar el principio de proporcionalidad como facultad de dar a cada quien según sus merecimientos se hará en dos contextos: uno referido a la proporcionalidad de la intervención del Estado para prohibir conductas y el otro en cuanto a la proporcionalidad para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito. Correspondiéndole la facultad de prohibir conductas al Organismo Legislativo a través de la creación de leyes que se convierten en obligatorias para todos los habitantes del Estado, además le corresponde al Organismo Judicial la facultad de Juzgar y promover la Ejecución de lo Juzgado, por lo que cuando son lesionados o puestos en peligro los bienes jurídicamente protegidos interviene el Derecho Penal para tratar de normar la conducta del infractor. Tanto en la selección de las conductas a prohibir como en la imposición de consecuencias jurídicas del delito se debe considerar al sujeto activo y al sujeto pasivo del delito para que la pena impuesta al sujeto activo sea proporcional al daño sufrido por la víctima. El Código Penal guatemalteco cuando establece una pena para cada delito asigna parámetros mínimos y máximos entre los cuales se debe decidir la pena a imponer, circunstancia que puede dar lugar a cierta discrecionalidad a los jueces para decidir la pena a imponer dentro de esos parámetros que son determinantes para regular la pena atendiendo al principio de proporcionalidad, toda vez que obliga a los jueces a realizar un análisis de estos aspectos y así expresarlo en la sentencia, convirtiéndose a la vez en una garantía para ambos sujetos del delito porque el análisis de el contenido de este artículo involucra a ambos sujetos.

Finalmente, se hace referencia a la necesidad de considerar El Principio de Proporcionalidad en la Imposición de la pena, por los efectos nocivos que genera su cumplimiento en el penado, toda vez que los centros de cumplimiento de condenas no reúnen las condiciones necesarias para lograr la resocialización del delincuente.



3.1.1 El Principio de Proporcionalidad como límite al poder punitivo del Estado

El Estado posee el poder exclusivo de castigar a quienes cometen delitos y faltas, ello en ejercicio del poder punitivo que le corresponde, nadie más puede arrogarse ese poder, realmente es uno de los mayores poderes que le asisten al Estado y se justifica desde luego en la búsqueda de la convivencia pacífica y armonía de la sociedad, puesto que la intervención del poder punitivo debe estar justificada por la protección de bienes jurídicos relevantes para la autorrealización del ser humano. Esta protección es materializada por el Estado por medio del Derecho Penal y el Derecho Penal visto desde cualquier ángulo es violencia y responde con violencia cuando su intervención se hace necesaria para la protección de los bienes jurídicos tutelados por el mismo. Para llegar al Derecho Penal que conocemos en la actualidad se ha debido superar una historia sangrienta, desde que no existía el Estado jurídicamente organizado, pasando por épocas como la de la venganza privada cuando se hacía justicia por mano propia, la época de la venganza divina que se juzgaba en nombre de Dios y otras etapas en las que se cayó en abusos y la finalidad era puramente retributiva, afortunadamente, todas ellas han quedado atrás dando paso a un Derecho Penal más humano y resocializador.

“Se puede definir el Derecho Penal como la parte del Ordenamiento Jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad”¹⁰⁷. El Estado no puede actuar de manera ilimitada ya que ello supondría arbitrariedad e incluso podría caerse en la tiranía, donde el propio Estado se convertiría en el opresor de sus habitantes, deben existir límites a ese poder punitivo y por ello se hace necesaria la existencia de una serie de principios que limiten ese poder punitivo, (en esta exposición únicamente se abordaran los principios de proporcionalidad y de

¹⁰⁷ J. C. Carbonell Mateu. Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, 3ª. Edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. 1999. Pág. 29



lesividad); no todas las acciones u omisiones relevantes para el Derecho Penal pueden ser resueltas a través de una misma respuesta, se hace imprescindible que el principio de proporcionalidad responda a la necesidad de protección, gravedad del daño causado, relevancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Como se indico se analiza el principio de proporcionalidad en dos contextos, uno referido a la proporcionalidad de la intervención del Estado para prohibir conductas y el otro en cuanto a la proporcionalidad para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito.

3.1.2 Proporcionalidad de la intervención del Estado para prohibir

Es importante considerar que el derecho de cada persona finaliza donde inicia el derecho de los demás, caso contrario se generan conflictos cuando el ser humano quiere atribuirse derechos que no le corresponden. “A la norma penal igual que a las demás normas jurídicas le incumbe una función eminentemente protectora. La diferencia entre norma penal y las demás normas jurídicas en esta materia radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que solo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad”¹⁰⁸. De otra manera no podría justificarse su utilización.

Referido el poder punitivo del Estado como aquella potestad o, si se prefiere, conjunto de potestades que tiene el Estado en relación con la creación y aplicación del Derecho Penal.¹⁰⁹ Esa potestad en relación con la creación del Derecho Penal y a los aspectos que se deben considerar para ello.

En principio el Estado en ejercicio del *Ius Puniendi* o facultad de castigar debe realizar una labor selectiva que tienda a la protección de bienes jurídicos relevantes para el ser

¹⁰⁸ F. Muñoz Conde y M. García Arán. Derecho Penal, Parte General. Pág. 64; tercera edición, Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

¹⁰⁹ J. C. Carbonell Mateu. Ob. Cit. Págs. 105-106



humano y que sean congruentes con los derechos que la Constitución Política de la República le confiere al ser humano, tales como: la vida, libertad, seguridad, justicia, desarrollo integral de la persona, propiedad, entre otros, para el caso de la vida, es un derecho que se reconoce desde la concepción en el vientre materno y por supuesto se hace merecedor de una especial protección por el Derecho Penal.

La Constitución Política de la República establece: “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades”¹¹⁰. Debiendo el Estado garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades debe crear los mecanismos que viabilicen el goce y disfrute de esos derechos. Así mismo establece la Carta Magna que “La soberanía radica en el pueblo quien la delega para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.¹¹¹ “De las distintas ramas del conocimiento humano, el Derecho es sin duda una de las más antiguas, cuya misión ha sido regular la conducta de los hombres por medio del complicado devenir histórico de la sociedad, tratando de alcanzar la Justicia, la equidad y el bien común, como los valores más altos a los que aspira el Derecho”.¹¹² Siendo estos los valores más altos a que aspira el Derecho su consecución involucra a los organismos de Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial procurando su gestión y aunando esfuerzos para el logro de ellos, encontramos involucrados tanto al organismo Legislativo dentro del proceso de creación de las Leyes que rigen al país como al Presidente de la República en ejercicio del Derecho de vetar o sancionar las leyes y el Judicial con la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado para alcanzar dichos valores y regular la conducta de los hombres. Estos tres organismos de Estado asumen un rol importante, porque al distribuirse el poder del Estado se crea un equilibrio que, a la vez, se convierte en garantía para los habitantes, para evitar arbitrariedades y abuso de poder. El Derecho es cambiante y debe responder a las necesidades de la colectividad imperantes acorde a dichos cambios, surge la necesidad de regular aspectos que años atrás no tenían mayor

¹¹⁰ Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹¹¹ Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹¹² J. F. de Mata Vela y H. A. de León Velasco. *Derecho Penal Guatemalteco*. 7ª. Edición, Corregida, 1995, Pág 5



protección por el Derecho Penal, todo ello en concordancia a la necesidad de protección de los bienes jurídicos.

“La definición de fenómeno criminal es relativa y selectiva, el Estado no utiliza o no reacciona con el poder penal en todos los conflictos sino que selecciona aquellos que merecen la respuesta más dura”¹¹³. Por supuesto que siendo el Derecho Penal de última *ratio* debe limitarse a las acciones u omisiones que se hacen merecedoras de su intervención por poner en peligro o lesionar los bienes jurídicamente tutelados debido a la relevancia que revisten para el ser humano y no puede aplicarse antojadizamente a cualquier conflicto, sino únicamente para tratar de mantener la convivencia pacífica y armonía en la sociedad garantizando a los habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades, toda vez que, mientras más interviene el Derecho Penal más se evidencia la debilidad del Estado para cumplir con sus fines. Por lo cual, para que exista proporcionalidad en la selección de las conductas a prohibir los legisladores deben ponderar el costo–beneficio que se pretende lograr con la creación de las figuras delictivas, ya que como refiere Ferrajoli “La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y solo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones”¹¹⁴.

“La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad, o cuando no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad en conflicto, puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena”¹¹⁵. Las teorías preventivas de la pena llevan al desconocimiento de este principio, en razón de que, invocando inverificables efectos preventivos, las agencias políticas se atribuyen la facultad de establecer penas en forma arbitraria, desconociendo cualquier jerarquía de bienes jurídicos afectados.

¹¹³ Paz y Paz Claudia, Tema I, Política Criminal, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2ª. Edición, Serviprensa S A Pág. 43

¹¹⁴ L. Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, S. A. 1995. Págs. 464-465

¹¹⁵ E. R. Zafaroni, *Derecho Penal parte general*, 2ª. Edición, Buenos Aires , Argentina: EDIAR S.A. 2000, Pág. 130



3.1.3 Proporcionalidad de la intervención del Estado en la imposición de las consecuencias jurídicas del Delito

El protagonista principal en la toma de decisiones en este apartado es el organismo Judicial, toda vez que la Constitución política de la República regula que “Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”¹¹⁶. Además, se encuentra consagrado constitucionalmente el principio de inocencia por el cual “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”¹¹⁷, se parte de este enunciado porque para la imposición de las penas es necesario que la persona condenada previamente haya gozado de un debido proceso penal en el que se hayan observado tanto garantías constitucionales como procesales y se haya destruido ese estado constitucional de inocencia por parte del ente acusador que ejerce la acción penal en representación del Estado. “Consiste la pena en la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”¹¹⁸. El Código Penal regula como penas principales en el Artículo 41 la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa, así mismo asigna una pena para cada delito, la que regula estableciendo en la mayoría de delitos parámetros mínimos y máximos entre los cuales los juzgadores deben decidir la pena a imponer, exceptuándose de estos parámetros la pena de muerte por razones evidentes. Siendo la imposición de la pena una decisión relevante puesto que no debe olvidarse que en todo delito vamos a encontrar un sujeto activo y un sujeto pasivo. Por lo que en la imposición de la pena debe considerarse a ambos sujetos tratando de que exista proporcionalidad sin olvidarse de ninguno de ellos. Los jueces no pueden imponer penas de manera arbitraria o antojadiza, toda vez que el Código Penal en el Artículo 65 establece: “El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que

¹¹⁶ Artículo 203 de la Constitución Política de la República.

¹¹⁷ Artículo 14 de la Constitución Política de la República.

¹¹⁸ G. Landrove Díaz. *Las consecuencias Jurídicas del delito*, 4ª. Edición revisada. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1996. Pág. 17



corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia, el juez o tribunal deberá consignar, expresamente los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena¹¹⁹, ésta normativa es esencial para la imposición de la pena y su observancia permite a los Jueces decidir la pena a imponer entre los parámetros mínimos y máximos contemplados para cada delito y que en algunos casos entre esos parámetros mínimos y máximos la cantidad es considerable, por citar un ejemplo para el caso del delito de homicidio, el Código Penal establece: “Al homicida se le impondrá prisión de 15 a 40 años”¹²⁰ dando un margen de 25 años entre el cual los jueces deben decidir la pena a imponer, resultando de esta manera, complicada la decisión de la cantidad de pena a imponer, al tratar que se imponga una pena justa en cada caso concreto, por ello resulta imprescindible analizar el contenido del Artículo 65 del Código Penal que ya fue transcrito, toda vez que constituye una garantía para el acusado que no le será impuesta una pena desproporcionada a las acciones por él ejecutadas y a la vez obliga a los jueces a considerar los extremos contenidos en éste artículo debiendo consignarse expresamente en la sentencia. Al analizar el contenido de este artículo se hace particularizando los distintos aspectos que el mismo comprende porque de su contenido se establece que en la pena a imponer se debe considerar tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo del delito.

La mayor o menor peligrosidad del culpable

Este aspecto es sumamente delicado en el momento de considerarse la imposición de la pena, toda vez que en un Estado respetuoso de los Derechos Fundamentales debe imperar un Derecho Penal de Acto donde al autor de un delito se le sancione por los

¹¹⁹ Artículo 65 Código Penal

¹²⁰ Artículo 123 del Código Penal



actos exteriorizados que produzcan un resultado o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales, el Código Penal en el Artículo 87 enuncia los índices de peligrosidad. Por lo que en ningún caso se justificaría la aplicación del Derecho Penal de Actor donde se consideren aspectos subjetivos y se pretenda sancionar por lo que es quien comete el delito.

Los antecedentes personales del culpable del delito y de la víctima

Se debe considerar este aspecto porque en algunos casos existen antecedentes de desavenencias entre actor del delito y víctima que permiten determinar que el actor planificó y ejecutó el delito motivado por esos antecedentes, para otros casos la comisión del delito ocurre sin que existan antecedentes personales y más bien el resultado se provoca por motivos circunstanciales originados del momento. Por ello, atendiendo al principio de proporcionalidad se deben considerar éstos aspectos en la búsqueda de una pena justa puesto que no podría corresponder la misma pena a quien deliberadamente comete un homicidio que a alguien que circunstancialmente le toca cometerlo y aunque los dos sean delitos se debe considerar la pena en atención a las circunstancias que rodearon el caso concreto y así decidir entre los parámetros mínimos y máximos asignados al delito.

El móvil del delito

Este aspecto se refiere a los motivos que el autor del delito ha tenido en cuenta para su realización, que para algunos casos responden a las más bajas pasiones del ser humano y por lo tanto así deben considerarse al imponer la pena.

La extensión e intensidad del daño causado

La imposición de la pena en cuanto a su cantidad es un problema complejo porque el concepto de proporcionalidad puede resultar relativo dependiendo del caso concreto, toda vez que la extensión e intensidad del daño causado varía puesto que no es lo



mismo que le roben una vaca a una persona para quien esa vaca es su único patrimonio y provee a su subsistencia a que el robo de una vaca sea para el propietario de una finca con miles de vacas, ambos son delitos que provocan menoscabo patrimonial por lo que podría esperarse que a la hora de la imposición de la pena en los dos delitos se impusiera la misma pena, de allí la importancia de considerar la extensión e intensidad del daño causado porque este daño será mayor para la persona que ese bien constituía todo su patrimonio, resultando de ésta manera que un delito que podría denominarse de vaga tela y por ello merecer una pena mínima resulta no siendo así porque al final el daño ocasionado va más allá que el simple detrimento patrimonial que incluso ante la carencia de ese bien podría ponerse en riesgo hasta la vida de la persona y en atención a ello la pena a imponer por la comisión de ese delito debe ser proporcional mientras que para el caso del finquero con miles de vacas la extensión e intensidad del daño causado será mínima no obstante tratarse de un mismo delito por lo que no sería proporcional esperar que en los dos casos referidos se sancionara con la misma pena, por ello, es relevante que se considere este aspecto en la imposición de la pena para decidir la cantidad justa dentro de los parámetros de la pena contemplada en cada delito, surgiendo así la pena como una respuesta al fenómeno criminal acorde a la extensión e intensidad del daño causado para cada caso concreto y considerando tanto al sujeto activo como al pasivo.

Otro supuesto que se debe considerar para que exista proporcionalidad es que al existir diversos bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal no sería dable que se sancionara de la misma manera un delito contra la vida que un delito patrimonial toda vez que “El valor del bien jurídico protegido, da el máximo de pena que es permisible imponer, luego de realizar un juicio de ponderación entre los intereses en juego”¹²¹ y la extensión e intensidad del daño causado en un delito contra la vida es mayor que el causado en un delito patrimonial y atendiendo al principio de proporcionalidad se debe ponderar la relevancia del bien jurídico lesionado en el momento de imponer la pena.

¹²¹ J. L. Díez Ripollés, Coordinador. *Manual de Derecho Penal Guatemalteco Parte General*, Guatemala: Impresos Industriales, S. A. 2001. Pág. 538



“Circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia”¹²²

El Código Penal guatemalteco regula como circunstancias atenuantes: “Inferioridad psíquica, exceso de causas de justificación, estado emotivo, arrepentimiento eficaz, reparación de perjuicio, preterintencionalidad, presentación a la autoridad, confesión espontánea, ignorancia, dificultad de prever, provocación o amenaza, vindicación de ofensa, inculpabilidad incompleta, atenuantes por analogía”¹²³. Así mismo, regula como circunstancias agravantes: “Motivos fútiles o abyectos, alevosía, premeditación, medios gravemente peligrosos, aprovechamiento de calamidad, abuso de superioridad ensañamiento, preparación para la fuga, artificio para realizar el delito, cooperación de menores de edad, interés lucrativo, abuso de autoridad, auxilio de gente armada, cuadrilla, nocturnidad y despoblado, menosprecio de autoridad, embriaguez, menosprecio al ofendido, vinculación con otro delito, menosprecio del lugar, facilidad de prever, uso de medios publicitarios, reincidencia, habitualidad”¹²⁴. De esta manera el Código Penal regula un amplio abanico, tanto de circunstancias atenuantes como agravantes que permiten graduar la pena a imponer, pero tampoco existe una fórmula mágica que permita asignar determinada disminución o aumento por cada circunstancia atenuante o agravante y aunque el artículo refiere apreciadas por su número como por su entidad o importancia no se podría asignar cuotas a cada una de ellas, de allí que la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se debe analizar por los juzgadores en el contexto del caso concreto. Todos estos aspectos del Artículo 65 del Código Penal, se deben interpretar de manera integral, equilibrando la respuesta del fenómeno criminal con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para evitar que la medicina sea peor que la enfermedad generando que la consecuencia jurídica del delito impuesta sea más grave que el daño causado. En ningún momento se pretende que la comisión de delito quede impune, únicamente se

¹²² Artículo 65 Código Penal

¹²³ Artículo 26 del Código Penal

¹²⁴ Artículo 27 del Código penal



pretende que el Estado en ejercicio del poder punitivo no aplique penas crueles e inhumanas que pierdan de vista la finalidad que la pena conlleva.

“El Principio de Proporcionalidad es una idea de Justicia inmanente a todo el Derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente”¹²⁵. En lo expresado por el autor es precisamente donde radica la importancia del principio de proporcionalidad, porque el Estado no puede regular conductas ni imponer penas de manera indiscriminada, debe hacerlo en atención a la protección de la persona, sus derechos y sus bienes y conforme al daño causado a esa persona, derechos y bienes o en atención a la puesta en peligro de los mismos, dándole a cada quien lo que le corresponde como respuesta por sus acciones u omisiones.

“Así mismo es necesario considerar la cantidad de pena a imponer para cada delito. Se dirá que la pena asociada a un delito es proporcionada, si es menor que la pena por delitos más graves y mayor que la pena por delitos más leves”¹²⁶, toda vez que entre los bienes jurídicos protegidos existen unos de mayor relevancia que otros y se debe atender a la relevancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, de la misma manera se debe considerar en qué momento el bien ha sido lesionado y en qué momento únicamente ha sido puesto en peligro porque aunque en cualquier delito las acciones van en detrimento del sujeto pasivo del delito se debe considerar cuando el delito es consumado y cuando es en grado de tentativa para asignar la pena que proporcionalmente le corresponda según el grado de ejecución.

¹²⁵ F. Muñoz Conde y M. García Arán. *Derecho Penal, Parte General*. Tercera edición, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 36

¹²⁶ Cauhapé-Cazaux, E. González. *Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco*, Pág. 23.



3.1.4 Necesidad de considerar el Principio de Proporcionalidad en la Imposición de la pena, por los efectos nocivos que genera su cumplimiento en el penado.

José Francisco De Mata Vela y Héctor Aníbal De León Velasco citando a Raúl Carrancá y Trujillo quien, a su vez, cita a un clásico venerable -Rossi- escribió que “el Derecho Penal es la más importante rama entre todas las ciencias de las leyes ya por sus relaciones morales, bien por políticas, todo progreso de la ciencia penal es un beneficio para la humanidad, y por ello economiza sufrimiento y, sobre todo, secunda la marcha del hombre hacia su desenvolvimiento moral”¹²⁷.

Tal como lo expresa Rossi, el progreso de la ciencia penal al ser un beneficio para la humanidad economiza sufrimiento pues como ya se anotó el Derecho Penal va a intervenir únicamente en los ataques más graves a los derechos y precisamente al ser proporcional la pena impuesta se estará economizando sufrimiento. Además, existe un grave problema en los centros de cumplimiento de las condenas y, por ello, se acentúa en la relevancia de considerar el principio de proporcionalidad tanto para prohibir como para sancionar por los efectos nocivos que causa el encarcelamiento y que lejos de readaptar o resocializar como se ha concebido modernamente la cárcel no cumple esa función, lamentablemente, la realidad guatemalteca es muy diferente y como dice Enrique M. Jaramillo García “la privación de libertad es una forma elegante de fabricar futuros delincuentes”¹²⁸ porque la prisión no reúne las condiciones necesarias para lograr esa resocialización, existe hacinamiento, infraestructura inadecuada, sobre población y finaliza por convertirse la prisión en una escuela para delinquir, es sabido que constantemente se planifican delitos y extorsiones desde el interior de las cárceles y también la historia nos ha mostrado numerosos delitos que se cometen dentro de la cárcel de unos reclusos contra otros y debido a ello se han perdido numerosas vidas, por ser la cárcel un mal necesario mientras no haya otra

¹²⁷ H. A. de León Velasco y J. F. de Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco* 7ª. Edición, Corregida, 1995, Pág. 5

¹²⁸ ¿El interés superior del niño, un principio desnaturalizado? Comentarios críticos a propósito del caso Generación. Tomado de Internet el 16 de mayo de 2009



manera menos lesiva para dar respuesta al fenómeno delictivo, únicamente se puede esperar que las penas sean proporcionales al daño causado y que tanto el Ministerio Público al solicitar la imposición de penas como los jueces al imponerlas no pierdan de vista que es un ser humano quien tendrá que cumplir esa pena y que si bien es cierto se encuentra privado de su libertad ambulatoria, continúa conservando los demás derechos que le son inherentes como persona.

Los efectos negativos de la pena no se agotan en el contenido aflictivo material previsto en las leyes punitivas. La resocialización inherente a la ejecución de la pena paradigmática – la privativa de libertad- y la estigmatización que produce son otras tantas consecuencias negativas,¹²⁹ la estigmatización al ser una consecuencia negativa para el penado es una razón más para insistir en la importancia de considerar el principio de proporcionalidad al imponer la pena por los efectos colaterales que le son inherentes.

3.2 El principio de lesividad

El principio de lesividad como garantía penal¹³⁰

En el presente capítulo se aborda, como marco referencial, los problemas de la justificación del Derecho Penal, a partir de un análisis del principio de lesividad -u ofensividad-, discutiendo la validez de una construcción de dicho principio a partir de referencias internas al sistema penal, o referencias externas al mismo. Las palabras claves serían: Funcionalismo, principio de lesividad, garantismo, justificación del Derecho Penal.

¹²⁹ B. Mapelli Caffarena. *Las consecuencias Jurídicas del Delito*. 3ª. Edición. España: Editorial Civitas, S.A. 1996. Pág. 31

¹³⁰ Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 13 de noviembre de 2008 por Luigi Ferrajoli Profesor de Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho en la Università degli Studi Roma Tre. Revista Nuevo Foro Penal No. 79, julio-diciembre 2012, Universidad EAFIT.



3.2.1 El problema del fin del Derecho Penal

¿Cuáles son las finalidades de tutela del Derecho Penal? ¿Para qué fines, para la tutela de cuáles bienes, o intereses, o valores se justifica el Derecho Penal? En síntesis: ¿Para qué el Derecho Penal? Esta es una clásica pregunta que remite a otra aún más general, que es la pregunta de fondo de toda filosofía del Derecho: ¿para qué sirve, qué justifica el Derecho? ¿Cuál es su fundamento axiológico? Está claro que detrás de esta cuestión y de sus posibles, diversas soluciones –si el Derecho en general y el Derecho Penal en particular estén dirigidos a la tutela de bienes jurídicos concretos o a la protección de la sociedad en cuanto tal, o quizá a la protección del Derecho mismo- siempre existirán distintas y, a veces, opuestas filosofías políticas: liberales o autoritarias, heteropoiéticas o autopoiéticas, inspiradas en la separación o en cambio en la confusión entre derecho y moral. Al contrario, la relevancia y las implicaciones prácticas en materia penal de estas distintas doctrinas y opciones políticas –liberales o autoritarias- se manifiesta normalmente en las igualmente diversas y opuestas concepciones sobre las finalidades de tutela del Derecho Penal: la tutela de bienes jurídicos concretos, sean estos derechos o bienes fundamentales, según las orientaciones liberales; o bien la tutela o la conservación del sistema social en cuanto tal, o la reafirmación del valor del derecho violado solo porque este es un derecho de acuerdo con las orientaciones no liberales. En resumidas cuentas, la oposición entre la tesis de las personas de carne y hueso y aquella de la sociedad o del orden jurídico como objetos de la tutela del Derecho Penal, que remite inevitablemente a la contraposición entre diversas y opuestas concepciones –liberales y autoritarias- del sistema político.

Günther Jakobs –como es sabido - es seguramente uno de los más convencidos y autorizados promotores de la segunda tesis: el Derecho Penal, dice, tiene la finalidad de



tutelar las “instituciones sociales”¹³¹. El delito, afirma, es “una perturbación de la estructura normativa de la sociedad; es decir, de lo que Amelung llama ‘daño social’”.¹³² agrega, retomando una definición de Knut Amelung: “una conducta es socialmente lesiva cuando es peligrosa para la capacidad permanente del sistema social de resolver los problemas de su supervivencia”¹³². De manera todavía más explícita, en un escrito de hace algunos años sostiene que el fin del Derecho Penal es la tutela del Derecho Penal mismo; es decir, la protección de la vigencia de la norma, y que es la misma norma penal el objeto, lo que es lesionado por el delito.

Las concepciones filosóficas en torno a los fines del Derecho y a sus fundamentos axiológicos, tienen siempre un significado y una dimensión pragmática. Presentarlas como descriptivas en lugar de justificarlas con base en sus implicaciones y en las opciones ético políticas que se encuentran detrás de estas, equivale a transformarlas en ideologías. Por ello, si se es responsable, deben explicitarse tales opciones, aunque sea solo porque sus implicaciones prácticas son razones no secundarias para su aceptación o para su rechazo. Por lo demás, ni la importancia de esta cuestión ni el empeño con el que se argumentan sus diferentes soluciones se comprenderían, si esto no tuviese ninguna implicación práctica.

Obviamente, también se pueden ofrecer explicaciones sobre el Derecho Penal, por parte de la sociología del Derecho. Y con certeza esta justificación –al igual que aquella justificación contraria que en cambio asigna al Derecho Penal la finalidad de la tutela de concretos bienes jurídicos de las personas de carne y hueso- no es una tesis descriptiva, sino una tesis valorativa. Del mismo modo que no son en ningún sentido descriptivas, sino prescriptivas, las tesis o doctrinas que asumen como fines y criterios de justificación del Derecho Penal la prevención del daño social generado a la vigencia del Derecho mismo o, al contrario, la lesión de un bien individual.

¹³¹ J. Günter, ¿Lesión de un bien jurídico o daño social? Una contribución a la teoría del Derecho Penal, manuscrito de la conferencia sostenida en la Academia de la Legislación y la Jurisprudencia de Madrid. 102 El principio de lesividad como garantía penal - Luigi ferrajoli

¹³² Ibid. Pág 3



Como todos sabemos, la concepción del Derecho Penal que abiertamente presentan Amelung y Jakobs es una concepción funcionalista, fundada en la teoría de los sistemas de Parsons y de Luhmann, de la cual es difícil negar las graves implicaciones prácticas, diversas y opuestas a aquellas que se derivan de la doctrina liberal de los bienes jurídicos individuales como objeto de tutela del Derecho Penal. Al contrario de esta doctrina, que en la tutela de bienes jurídicos concretos identifica el fin y al mismo tiempo una *conditio sine qua non* de la intervención penal, -y, por ello, un límite al poder punitivo- la doctrina de Jakobs hace de la auto conservación del sistema y de la protección del Derecho mismo, el fin del Derecho Penal, más allá, y quizá también a costa de cualquier otro bien o interés. Está claro que una doctrina así, al identificar autorreferencialmente el fin del Derecho Penal con la estabilidad y la preservación del orden jurídico mismo, es una doctrina **prescriptiva** inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo. Además, el funcionalismo *luhmaniano*, y sobre todo su aplicación al Derecho Penal, no es nada más que una versión sociológica del viejo estatalismo ético: la idea de la primacía del Estado, o si se prefiere del sistema social, sobre las personas, concebidas como subsistemas cuya tutela se admite solo si es funcional a la conservación del sistema y, por ello, claramente inidónea para imponer límites a la potestad punitiva del Estado.

Más adelante veremos, analíticamente, las implicaciones autoritarias que una orientación de este tipo presenta en el plano de la dogmática penal. Pero desde ahora podemos identificar estas implicaciones en el plano de la filosofía del Derecho. Es, precisamente, en la autorreferencialidad en donde radica el inevitable significado autoritario de la opción filosófica de Amelung y de Jakobs a favor de la orientación funcionalista.

De hecho, a manera de ejemplo, está claro que para el jefe gangster y para el dictador, la funcionalidad para la supervivencia del sistema-banda o del sistema-dictadura por parte de las normas por ellos mismos dictadas no es solamente una explicación de su congruencia con las finalidades del sistema, sino que es además una justificación de estas. No es solo un medio sino también un fin. Y lo mismo puede sostenerse para los



legisladores y para los gobernantes, cuando estos adopten únicamente el punto de vista autorreferencial de la propia auto conservación (piénsese en las leyes penales demagógicas y populistas), ignorando la perspectiva externa de los gobernados. También para estos la finalidad del Derecho Penal es la supervivencia del sistema; es decir, la protección de las “instituciones sociales”, como dice Jakobs (no los bienes jurídicos individuales en concreto). No solo la explicación de su funcionamiento, sino también su justificación. Pero el punto de vista de los gobernantes no es el mismo que el de los gobernados. Y, en todo, caso no puede ser el punto de vista ni de la dogmática penal, ni de la filosofía del Derecho.

3.2.2 El principio de ofensividad en la filosofía jurídica y en la dogmática penal

La verdadera alternativa, para la definición de aquello cuya tutela justifica el Derecho Penal, no es la indicada por Jakobs entre bienes jurídicos individuales y sistema social. La verdadera alternativa es aquella entre una concepción del bien jurídico como bien empíricamente determinado, externo al derecho mismo, y una concepción que en cambio identifica al bien jurídico, de manera autorreferencial, con el mismo orden jurídico y social. Por lo demás, esta concepción, es decir, la idea de que, como escribe Jakobs, el daño del delito no consiste en una lesión de las personas ofendidas sino de la vigencia de la norma penal en sí, no representa ninguna novedad. Esta es la respuesta, en términos funcionalistas, de la antigua espiritualización y desmaterialización idealista del “bien jurídico” que se dio en la cultura alemana de la primera mitad del siglo XX, y en particular en la escuela de Kiel, cuando este fue identificado, en un primer momento, con la norma jurídica en sí, y luego con la fidelidad al derecho mismo¹³³.

La cuestión filosófica de la cual hemos partido, acerca del porqué del Derecho Penal, se vuelve a presentar de este modo como una opción entre la idea del Derecho y del Estado como valores y fines en sí mismos y la idea de su carácter instrumental para la

¹³³ Sobre el desolador recorrido de la doctrina penal en el tema de los bienes jurídicos, desde las iniciales formulaciones iluministas y garantistas hasta los resultados totalitarios de los años treinta del siglo pasado, remito a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione cit.*, § 33.2, Págs. 469-472



obtención de fines externos a estos. Y en tal sentido, la cuestión de si por Derecho Penal deba tutelarse a sí mismo; o sea al orden y a la estabilidad social, en cambio deba estar orientado-como condición para su justificación y legitimidad- a la tutela de bienes jurídicos directa o indirectamente vinculados con intereses vitales de las personas de carne y hueso.

¿Cuáles son estos bienes jurídicos? A esta respuesta podemos responder desde el plano de la filosofía del Derecho o desde aquél del derecho positivo y de la dogmática jurídica.

Desde una perspectiva filosófico-jurídica, la respuesta se encuentra evidentemente relacionada con las diversas opciones ético-políticas posibles. Para quien adopte una doctrina de justificación de tipo liberal democrático, los bienes que merecen protección penal se formulan asumiendo el punto de vista, externo al Derecho y por así decirlo desde abajo, de las personas de carne y hueso, y se identifican no solo con los que Jakobs llama “bienes jurídicos individuales”, como la vida, las libertades y los diferentes tipos de derechos subjetivos, sino también con todos los bienes colectivos y, en general, aquellos determinados empíricamente, cuya tutela se da en interés de todos. Piénsese en los bienes lesionados por la corrupción, la concusión, las diversas formas de peculado, la bancarrota, las actividades contaminantes y otros similares. La consecuencia, entonces, es que la intervención penal se limita solo a tales bienes. En cambio, para quien adopte una doctrina de justificación de tipo autoritario, los bienes jurídicos que merecen protección penal serán los formulados desde un punto de vista interno al sistema jurídico y por así decirlo desde lo alto, de la conservación –como expresan Jakobs y Amelung- del orden existente mismo, o de la estructura normativa de la sociedad, o cosas similares. La consecuencia, entonces, es que para la tutela de estos se justificará todo tipo de expansión del Derecho Penal.

De este modo, las implicaciones de estas dos concepciones de la ofensividad son contrarias. En el primer caso, se configura como una garantía penal de la persona y, por tanto, como un límite; es decir, como una condición necesaria (sine qua non) de la



intervención penal. En cambio, en el segundo caso, se configura como una condición suficiente para legitimar esa intervención y, por ello, como un factor de expansión y maximización del Derecho Penal.

Ahora bien, una alternativa así puede ser posible en la perspectiva de la filosofía política, pero, no me parece posible en la perspectiva de la dogmática penal. En efecto, en tal plano, al menos en ordenamientos dotados de constituciones rígidas, la respuesta a nuestra cuestión sobre la justificación del Derecho Penal, y por ello la resolución de la alternativa de las concepciones antes mencionadas, no se encuentra en absoluto desvinculada de parámetros jurídicos; esto es, de los bienes jurídicos expresamente protegidos por la Constitución. De hecho ha sucedido, en estos ordenamientos, que las constituciones han positivizado gran parte de los bienes transmitidos por la tradición liberal: por un lado, los derechos fundamentales; y, por otro lado, toda una serie de bienes comunes o colectivos como el ambiente, la imparcialidad y el correcto funcionamiento de la administración pública, la separación entre las esferas públicas y privadas, etc. Si tomamos en serio las constituciones y su rol normativo respecto del Derecho Positivo, estará claro que de estas se deriva un anclaje normativo, de Derecho Positivo, para la doctrina filosófica que condiciona la intervención penal solo frente a la tutela de los bienes directa o indirectamente reconducibles a los intereses vitales de las personas de carne y hueso.

En efecto, existiendo una Constitución, la limitación de un bien de relevancia constitucional como la libertad personal se justifica solo para tutelar bienes de rango igualmente constitucional, como son los bienes y los intereses constitucionalmente establecidos¹³⁴.

Este principio, desarrolla una doble función: a) como condición de la laicidad del derecho y de las instituciones estatales; b) como principal fundamento de la construcción de un Derecho Penal del hecho y no del autor. En ambos casos se trata de un rol de garantía de las libertades y de limitación del arbitrio punitivo. . En cambio, ninguno de estos dos roles, como trataré de demostrar, puede ser desempeñado por

¹³⁴ Esta es la tesis de mayor difusión en la doctrina italiana y alemana. Al respecto véase, por todos, F. Bricola, *Teoria general del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino, Utet, 1973, Págs.14 y SS.



este mismo principio si se adopta una concepción , como la de Jakobs, que entiende por ofensividad la lesión de la “estabilidad social” o de la “estructura normativa de la sociedad”; expresiones vagamente sociológicas que ciertamente no son capaces de representar ningún límite contra el arbitrio punitivo. De hecho, también desde estos efectos se puede mostrar que el principio de ofensividad no opera como garantía, es decir, como límite y condición necesaria, sino como condición suficiente de la intervención penal y por ende como un factor para su expansión en lugar de para su minimización.

3.2.3 El principio de ofensividad y la laicidad del Derecho

El principio de ofensividad, comprendido en un sentido heteropoiético, incluye y al mismo tiempo está incluido en esa gran conquista de la modernidad jurídica que es la separación axiológica entre el Derecho y la moral. El Derecho, en virtud de esta división, no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral. Una pretensión así, en una sociedad pluralista en la que conviven varias culturas y concepciones morales, se traduciría inevitablemente en la pretensión de imponer jurídicamente a todos, incluso a quienes no la comparten, la moral dominante. Por ejemplo, en Italia o en España, la moral católica. En cambio, en garantía del pluralismo moral y político; esto es, de la convivencia pacífica de varios puntos de vista morales, es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que en concreto sean ofensivos respecto a los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad. De ello proviene la licitud de los actos internos, de aquellos contra sí mismo o contra la religión y, en general, de los comportamientos no lesivos, que entran todos en la esfera de libertad de todos y cada uno. De ello proviene el derecho de todos a cultivar pensamientos malvados y de realizar actos (considerados por algunos) inmorales, siempre que estos no generen daños a terceros, sin que la cuestión interese en ningún modo a las instituciones jurídicas y muchísimo menos a las instituciones penales.

Es esta neutralidad moral, ideológica y cultural del Derecho la que garantiza la laicidad de las instituciones públicas y la que, al mismo tiempo, permite fundar la autenticidad de



la ética laica. Entendiendo por “laicidad”, en ambos casos, la recíproca autonomía entre el Derecho y la moral. Por un lado, está la pretensión *iusnaturalista* de la imposición jurídica de la moral que en realidad se reduce a la imposición de una determinada moral y a la idea de que la acción moral debe ser sostenida por el brazo armado del Derecho antes que por su valor como fin en sí. Por otro lado, está la pretensión ético-legalista contraria de la valoración y legitimación *a priori* del Derecho en cuanto tal, que se reduce de hecho a la desvalorización y deslegitimación moral de la crítica y del disenso.

En resumidas cuentas, precisamente, por su extrema generalidad e indeterminación, el principio de ofensividad interpretado en términos de lesividad del sistema social en general, antes que de bienes jurídicos determinados en concreto, no es capaz de desenvolver ningún rol de limitación al arbitrio punitivo ni de garantía de las libertades individuales. En cambio, puede fundar y justificar formas anti-garantistas e iliberales de Derecho Penal máximo y de maximización, caracterizadas por la intolerancia hacia el disenso, y puede operar solo como fuente de legitimación pero no de deslegitimación del Derecho Penal.

3.2.4. El principio de ofensividad y el Derecho Penal del hecho

Se puede presentar un discurso análogo frente al modelo de Derecho Penal que estas dos concepciones contrarias del principio de ofensividad podrían fundar y justificar: el Derecho Penal del hecho por un lado, y el Derecho Penal del autor por el otro. Ciertamente, la idea del bien jurídico merecedor de tutela penal como bien empíricamente determinado remite a la idea de su lesión como comportamiento a la vez determinado. De hecho, la lesión de un bien así no puede provenir sino de un comportamiento; es decir, de un hecho que se encuentre en una relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o en un peligro materialmente identificable. De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresado por la máxima *nullapoena sine crimine*, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace. “La *libertad*, según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,



consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás”¹³⁵. Por ello, se pueden configurar como delictivas, en garantía al mismo tiempo de las libertades y de la igualdad dignidad de las personas, solamente las acciones nocivas y no los sujetos nocivos. Y se pueden prohibir y castigar, en virtud de los principios de ofensividad y de estricta legalidad, únicamente los comportamientos lesivos y jamás las identidades o las condiciones personales, no siendo admitidas las identidades de por sí lesivas, o ilícitas, o anormales, o desviadas, o extrañas, como en distintos modos lo plantean las distintas antropologías de la desigualdad. Por esto varias veces se ha hablado, en una aparente paradoja, de un derecho a la inmoralidad y a la maldad; es decir, un derecho a ser inmorales o malvados.

Gracias a esta precisión, es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”. El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o *conditio sine qua non* de la intervención penal.

Además, la concepción del bien jurídico que aquí se propone, como bien empíricamente determinado, permite igualmente plantear en términos más lógicos la cuestión surgida desde hace años sobre los delitos de peligro. En efecto, puede afirmarse que la lesión del bien entendida de esta manera, proviene o de delitos de daño, o de los delitos de peligro consistentes, según la fórmula clásica de Francesco Carrara, en el “peligro

¹³⁵ Artículo 4, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789



corrido” por el bien mismo¹³⁶. Por ello, se exige, para que esté justificada la punición de un comportamiento, que como consecuencia de este el bien tutelado haya “corrido efectivamente un peligro. De esto se deriva, por un lado, la exclusión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, y por el otro, una más (13) precisa y rigurosa caracterización de los delitos de peligro concreto. Tanto el daño como el peligro corrido, configurándose como elementos constitutivos del delito, deberán ser objeto de prueba a cargo de la parte acusadora.

Ahora bien, todo este conjunto de límites a la potestad punitiva, claramente no puede provenir de las nociones de la ofensividad y del bien jurídico propuestas por Jakobs. Si el bien tutelado por la norma penal y su misma “vigencia”, si el daño generado por el delito no consiste en la lesión de un bien externo a éste, sino en la lesión de la misma norma jurídica, si, en últimas, el fin del Derecho Penal es la protección de sí mismo, entonces está claro que una concepción así del bien jurídico, de la ofensa producida por el delito y del fin de la pena no es capaz de sugerir ningún límite al Derecho Penal. Con base en esta concepción autopoietica, todos los delitos son delitos de mera desobediencia.

Y no solo esto. Es precisamente con base en una noción semejante, que puede legitimarse la construcción de un Derecho Penal de autor, antes que de un Derecho Penal del hecho, mediante la configuración como lesivas de incluso las identidades personales, por ser (valoradas como) subversivas, o terroristas, o fundamentalistas, o con diversas inclinaciones hacia el delito, u objetivamente peligrosos, o bien como enemigos. De hecho, también las identidades malvadas o peligrosas pueden ser representadas como una amenaza para el orden constituido, y como tales ser penalizadas, con base en el paradigma funcionalista, independientemente de la comisión de un hecho y de la consecución de las respectivas pruebas de ello. Es la misma concepción de la culpabilidad promovida por Jakobs la que confirma semejante desmaterialización del Derecho Penal. Según este autor, la culpabilidad no consiste en

¹³⁶ La idea carrariana de “peligro corrido” me parece mucho más clara y precisa que la noción de “peligro concreto”: cfr. F. Carrara, Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, (1859), Firenze, Fratelli Cammelli, 1907, X ed., §§ 97 y 352, Págs. 126 y 324. 112 El principio de lesividad como garantía penal.



la conciencia y voluntad de ofender un determinado bien; es decir, de producir un determinado resultado lesivo o peligroso para otros sujetos. Esta consiste –como escribe Jakobs en el ya mencionado artículo: *¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?*- en la “configuración del mundo” en oposición a la norma; esto es, en oposición a “la estructura normativa de la sociedad” que con el delito es propuesta por el autor. En otras palabras, consiste en la infidelidad al ordenamiento manifestada por la desobediencia. Y la pena, a su vez, tiene el fin –función de prevención general positiva- de promover “la fidelidad al ordenamiento como actitud natural”.

Por lo demás, no por casualidad es a Jakobs a quien se debe la construcción de la figura más inquietante de subjetivización del Derecho Penal: la del “Derecho Penal del enemigo”¹³⁷, que recuerda nefastos modelos despóticos del pasado –desde la vieja figura estalinista del “enemigo del pueblo” hasta el modelo penal nazi del “tipo normativo de autor” (Tätertyp)- con los cuales comparte la centralidad asignada no ya al delito, sino al delincuente, que se configura -de acuerdo a una lógica de guerra como enemigo a examinar y suprimir antes que como ciudadano a juzgar. Hay un pasaje terrible en el artículo apenas citado de Jakobs que explicita los fundamentos axiológicos y las potencialidades expansivas de su doctrina del Derecho Penal del enemigo: “la persona en el Derecho”, escribe Jakobs (18), “solo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma: si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo: es decir en una no-persona”. Entonces, los delincuentes “permanentes” –sin que esté claro por cuáles delitos y con qué grado de reincidencia o de habitualidad- son para Jakobs enemigos; aún más: no personas. Pues bien, ¿cómo no ver la radical oposición de semejante concepción del Derecho Penal y del delincuente a los principios de igualdad y de dignidad de la persona; mejor dicho, de la igual dignidad social de las personas establecida en todas las constituciones avanzadas? En conclusión, esta doctrina del Derecho Penal del enemigo no solo es totalmente coherente con la concepción de la

¹³⁷ G. Jakobs, *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, en G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.



ofensividad de Jakobs, sino que representa el banco de prueba de sus significados e implicaciones autoritarias.

Toda la estructura del Derecho Penal se ve con esto profundamente perturbada en sus principios fundamentales: desde el principio de legalidad, que entonces se orienta a la prevención de tipos de autor antes que de tipos de acción, al principio de igualdad, disuelto por la diferenciación de los seres humanos en personas y no personas, hasta las formas del proceso penal, dirigidas al examen de la persona y a la identificación del enemigo que inevitablemente termina –no siendo mediada por la prueba de hechos precisos de enemistad- en la punición de los sospechosos.

Un modelo así de Derecho Penal, refleja sin lugar a dudas las prácticas y tendencias de las modernas políticas securitarias y de la emergencia. Y tenemos que ser conscientes –incluso a la luz de su clamoroso fracaso- de que esto equivale a una disolución del Derecho Penal y a una negación de la racionalidad penal.

3.2. El principio de lesividad derivado de la Constitución Política de la República de Guatemala como parámetro rector en la entidad de las penas asignadas a cada tipo penal

El poder de restringir un derecho fundamental, como lo es la libertad individual de las personas, a través de la tipificación de una conducta penal, encuentra como límite el reconocimiento de la calidad de persona de todo ser humano, su libertad en el ejercicio de sus derechos, en la medida en que no perjudiquen derechos ajenos. Este principio se conoce como *nullum crimen sine injuria* o principio de lesividad por medio del cual no hay delito sin afectación de un bien jurídico.¹³⁸ Este límite es inherente a la esencia del Estado republicano y democrático de derecho, consagrado en los Artículos 1 y 140 de la Constitución Política de la República e impone el rechazo de cualquier pretensión de tipificar acciones que no afecten, por lesión o por peligro a bienes jurídicos.

¹³⁸ J. Busto Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Editorial Trotta, 1999, Pág.38.



Esta necesidad estatal de abordar el fenómeno delictual, hace que se adopte una política criminal, instituida como sistema, dentro de la cual se establezcan sanciones penales como herramienta jurídica para la prevención, sanción y erradicación en la medida de lo posible, el delito como pauta social.

“Esta facultad, a la que se le ha dado en denominar el *“ius puniendi”* del Estado, se encuentra claramente demarcada y limitada por las garantías constitucionales individuales, expresa e implícitamente consagradas en la Constitución Política de la República de Guatemala, en consonancia con los principios y garantías del derecho internacional en materia de derechos humanos, recogidos en los Tratados y Convenciones a que la Guatemala se ha suscrito”¹³⁹.

Uno de esos principios, el principio de lesividad, derivado constitucionalmente de los Artículos 1, 2, 4, 5, 12, 14, 17, 35 y 140 de la Constitución, exige, a prima face, no solo una acción, sino una acción externa, idónea para la afectación de un bien jurídico. Mientras no se exteriorice la acción, el Derecho Penal no puede intervenir. Pero, además de ello, exige también que la intervención del Derecho Penal atienda a la entidad del daño causado y al grado de culpabilidad del infractor, en la creación y aplicación de las normas penales.

Bustos Ramírez señala que el principio de lesividad complementa al principio garantista *nullum crimen sine lege*, de tal forma que *“no basta con la presencia de una conducta formalmente típica para fundamentar un castigo, sino que es necesario que esa conducta sea constitutiva de un desvalor por su capacidad de riesgo para el bien jurídico.”*¹⁴⁰

Con la exigencia de afección al bien jurídico para la constatación del injusto, se excluye toda posibilidad de castigar basados únicamente en el desvalor de la acción, cuando ésta no lesiona o pone en peligro (inminente) un bien jurídico tutelado.

¹³⁹ Ídem, Pág. 39

¹⁴⁰ Bustos Ramírez, Op, Cit. Pág. 39



El jurista alemán Claus Roxin señala que un Derecho Penal propio de un Estado democrático de derecho (Artículo 140 de la Constitución de Guatemala) solo puede proteger bienes jurídicos.¹⁴¹ De esa posición ha deducido el jurista alemán, la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en el sentido de que solo pueden protegerse a través del Derecho Penal, bienes jurídicos, entendidos como condiciones vitales necesarias para el libre desarrollo del individuo en el marco del sistema social.¹⁴² De ello se puede derivar la ilegitimidad de castigar las conductas humanas catalogadas como “de mera actividad” con la misma gravedad que para aquellas que lesionan gravemente bienes jurídicos.

El principio de lesividad ha sido reconocido con rango constitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica, la cual determinó que el bien jurídico es el eje en torno del cual gravita la configuración del tipo penal; y señaló que es insuficiente, para cometer el delito, el acto violatorio de la norma de determinación (llenar los requisitos del tipo prohibitivo) pues requiere además del quebranto de la norma de valoración (lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos) <al disponerse constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”¹⁴³. “Se impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o puesta en peligro de un valor ético social precisamente determinado y específico; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión encaje abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañen la moral o el orden público o a que no perjudiquen a tercero”.¹⁴⁴ En el mismo sentido véase los votos de este tribunal No. 345-F-96, 2002-0936 y 2002-1021.

La doctora Claudia Paz y Paz cuando desarrolla uno de los temas del *Manual de Derecho Procesal Penal* señala que “las respuestas al fenómeno criminal pueden ser

¹⁴¹ C. Roxin. *Derecho Penal. Parte General Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, Editorial Civitas 1997, Pág. 52

¹⁴² C. Roxin, Op.Cit. Pág. 56

¹⁴³ Artículo 17 de la Constitución de Costa Rica

¹⁴⁴ Sala Constitucional. Voto No. 525-93, del 3 de febrero de 1993.



diversas, y no necesariamente se encuadran dentro de la política criminal, y pueden formar parte de otras políticas sociales, como las políticas educativas, económicas, sanitarias, etc. Únicamente aquellas que giran alrededor de la utilización del poder penal del Estado se consideran parte de la política criminal, de acuerdo a la definición de esta, como aquella parte de la política estatal que responde al fenómeno criminal a través de instrumentos violentos, de la coerción penal o de la justicia criminal”.¹⁴⁵

“Si bien el proceso penal únicamente debería tener como propósito la determinación de la culpabilidad de una persona – como un paso previo para la imposición de una pena – en la práctica cotidiana, este se convierte en la respuesta privilegiada frente a las conductas consideradas delictivas e incluso frente a “estados peligrosos”¹⁴⁶.

“Guatemala no es la excepción, el 64% de las personas detenidas se encuentran en prisión preventiva, de estas menos de 5% son condenadas. Lo que da como resultado que un número considerable de personas sufren una pena alrededor de seis meses sin haber cometido delito.¹⁴⁷ “Esta reflexión muestra como pueden existir grandes contradicciones entre la formulación de la política criminal que se encuentra en la Constitución y en las leyes ordinarias, y su configuración, que se integra por la decisiones concretas de cada uno de los funcionarios del sistema de administración de justicia. La visión político criminal permite este enfoque que trasciende del examen dogmático de la legislación y muestra como funciona el sistema penal en la realidad. Solo desde esta perspectiva es posible observar donde se encuentran los principales obstáculos tanto para una persecución penal efectiva como respetuosa de los derechos fundamentales”¹⁴⁸.

En cuanto a los modelos de política criminal es necesario tomar en cuenta que no siempre coinciden exactamente con la realidad, “en el caso de Guatemala al construir el

¹⁴⁵ A. Rodríguez Barillas : A. Binder y S. Ramírez. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª. Edición, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales de Guatemala, Pág. 44

¹⁴⁶ Ídem, Pág. 44

¹⁴⁷ Este es el promedio en que están las personas detenidas preventivamente en el centro preventivo para varones de la zona 18. Investigación realizada por el ICCPG, Guatemala 2001. Citado por la autora.

¹⁴⁸ A. Rodríguez Barilla Ob. Cit. Pág. 45



modelo de política criminal es ineludible partir de la constitución política, porque esta establece los fines del Estado y del derecho; la Constitución es la norma que regula tanto la forma de producción de las leyes como su contenido y los fines que deben perseguir”¹⁴⁹.

“En este sentido la norma fundamental es clara al establecer en el artículo 1 que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona. Con ello al Estado le esta asignada, en relación a la persona, no una misión de dominio, sino de servicio; toda autoridad del Estado sobre la persona ha de estar por ello fundamentada y justificada en el servicio a la persona. Asimismo, la Constitución incorpora una serie de garantías que actúan como límite al ejercicio de la política criminal”¹⁵⁰.

Dichas garantías se desarrollan en el capítulo 2 y fundamentalmente son:

1. El principio de Intervención mínima
2. El principio de legalidad
3. El principio de lesividad u ofensividad
4. El principio de culpabilidad

“De esta manera la constitución establece los fines que debe perseguir la política criminal: prevención del delito y prevención de la venganza, así como los límites que restringen su utilización”¹⁵¹.

“Ahora bien las garantías Constitucionales del proceso penal no se circunscriben en el momento del juicio, sino que necesariamente requieren de una técnica de definición de las prohibiciones penales. Existe por lo tanto una relación de conjunto entre garantías penales y procesales. En consecuencia no es posible presentar a las garantías como una simple yuxtaposición de limitaciones al ius puniendi, aisladas y desvinculadas entre si. Por el contrario lo que le da efectividad al sistema es el carácter convencional de las prohibiciones penales, en tanto y en cuanto es únicamente aquello que se encuentra en

¹⁴⁹ Ídem, Pág. 46

¹⁵⁰ Ídem Pág. 46

¹⁵¹ Ídem Pág. 47



la ley, y por otra parte, preservar el carácter cognoscitivo del juicio, es decir, que se va a circunscribir a verificar sin un hecho – tal y como se encuentra descrito en la prohibición penal – realmente fue comprobado”.¹⁵²

“Como explica el autor Ferrajoli, la función específica del sistema de garantías no es tanto permitir o legitimar, sino condicionar o vincular y, por lo tanto deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. Este autor aporta diez axiomas o garantías e indica que cada garantía tiene significación jurídica individual y en conjunto, esto significa que cada una de las garantías es precondition de la siguiente, sin que se pueda satisfacer el resto de ellas cuando se incumple alguna”¹⁵³. Ferrajoli plantea que estos diez axiomas dan lugar a 75 combinaciones posibles. Los diez axiomas de un sistema penal garantista son:

	Axioma o garantía	principio	Garantía	Categoría
1	No hay pena sin crimen	Retributividad	penal	Delito
2	No hay crimen sin ley	Legalidad	penal	Ley
3	No hay ley sin necesidad	Necesidad	Penal	Necesidad
4	No hay necesidad sin daño	Lesividad	Penal	Daño
5	No hay daño sin acción	Materialidad	Penal	Acción
6	No hay acción sin culpa	Culpabilidad	Penal	Culpabilidad
7	No hay culpa sin juicio	Juicio previo	Procesal	Juicio
8	No hay juicio sin acusación	Acusatorio	Procesal	Acusación
9	No hay acusación sin prueba	Carga de la prueba	Procesal	Prueba
10	No hay prueba sin defensa	Defensa o refutación	Procesal	Defensa

Lo que legitima al sistema garantista del Estado de Derecho, es el respeto consistente desde el primer axioma hasta el décimo. “El autor Ferrajoli señala además que del respeto de estas garantías, se deducen diferentes modelos o sistemas de Derecho Penal. Estos modelos van desde el Derecho Penal mínimo, que cumple con todos los axiomas del sistema garantista, hasta el Derecho Penal máximo, en el cual no se

¹⁵² Ídem Pág. 55

¹⁵³ L. Ferrajoli, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995, Pág. 92



cumple ninguno de los presupuestos del sistema garantista. Este sistema quebrantado cuando falta un presupuesto, dando lugar a modelos autoritarios, donde el autoritarismo se agrava en la medida en que se incumplen cada uno de los axiomas”¹⁵⁴.

Además, señala el mismo autor que tanto el sistema garantista como el autoritario tienen su base fundamental en la idea de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad. La idea de estricta legalidad tiene su base no el simple cumplimiento de la ley, sino en que la norma penal satisfaga, en el plano procesal los requisitos de:

- Necesidad
- Lesividad u ofensividad
- Materialidad de la acción y
- Culpabilidad

Para sintetizar el tema y referirnos más directamente al principio objeto de estudio, de acuerdo al autor en mención entre los modelos de Derecho Penal autoritario – en el cual se han sustraído los axiomas que tienen relación con el delito - se encuentra el modelo subjetivista que no cumple con los axiomas A4 y A5 que se refieren al principio de lesividad y al principio de materialidad de la acción.

Los modelos subjetivistas dan lugar a un Derecho Penal de autor, en donde directamente se castiga al sujeto, no por lo que hizo sino por su forma de ser. En este caso, el fundamento de la pena no es la culpabilidad sino la peligrosidad del sujeto, su ser perverso interior o su desobediencia al Estado.

Los modelos subjetivistas por tal motivo, no requieren del sujeto una acción en concreto, castigan tanto las formas de ser, como las acciones que no presentan un grado de posibilidad de afectación al bien jurídico, o hechos que presentan escasa relevancia penal.

¹⁵⁴ Idem, Pág. 93



El modelo subjetivista da lugar a una sub-clasificación adicional, un Derecho Penal de autor o un Derecho Penal de ánimo. En el Derecho Penal de autor, el castigo del sujeto esta fundamentado por su forma de ser, en conductas desviadas o características personales del sujeto. Por ello se castiga al sujeto como ser peligroso, antisocial. En todo caso, los modelos de Derecho Penal de autor, permiten la imposición de medidas de seguridad *ante delictum*, sin necesidad de un hecho en concreto.

El Derecho Penal de ánimo trata, sobre todo, de valorar la subjetividad del sujeto, su carácter de opositor político del Estado, el hecho de que su voluntad es contraria a la norma. Por ello castiga no tanto el resultado causado, sino por el pensamiento, por la desobediencia a la norma. El Derecho Penal de ánimo, se puede concebir como un sistema que castiga la actitud contraria y deliberada hacia las normas y valores sociales imperantes. Es un mecanismo apto, por lo tanto, para perseguir al enemigo, pretende castigar por el pensamiento. Castiga con severidad los actos meramente preparatorios como la conspiración, la inducción o instigación, y la proposición.

Caen también en un Derecho Penal subjetivista todas las formas de delitos en donde se ha prescindido de resultado. Por ello, son manifestaciones subjetivistas, los delitos de peligro abstracto y todas las figuras típicas en donde se pueda presumir de derecho, la relación de causalidad¹⁵⁵.

En el aspecto procesal, las violaciones a los principios de materialidad de la acción y de lesividad, significan que no es necesario probar la acción realizada, la peligrosidad de la acción, ni el resultado. Significa también que el juez va a inquirir ante todo en la forma de ser del sujeto antes que en el hecho cometido. El juicio se convierte así en un diagnóstico sobre la personalidad del sujeto (su posible peligrosidad) o en un juicio moral sobre su perversidad interior.

¹⁵⁵ A. Trotta, Rodríguez Barillas Trotta, A. Binder y S. Ramírez, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª. Edición, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales de Guatemala, Pág. 62.



Como se indicó en páginas anteriores, el Estado se organiza para proteger a la persona, por lo que no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay un derecho afectado, dado que con ello no solo está lesionando el derecho del penado sino también el del resto de los habitantes, al transformar el modelo de Estado. “Una ley o una sentencia que pretenda imponer pautas morales, penando un hecho que no lesiona o peligra un derecho ajeno, se trataría de un acto que lesiona el modelo de estado de derecho por el que opta la Constitución política de la República, que importa, sin duda, un derecho de todos los habitantes. Esta opción Constitucional se traduce en el Derecho Penal en el Principio de Lesividad, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”¹⁵⁶.

“En materia penal, la vía de la tutela es siempre la vía de la inquisición. Al ilusionar la eficacia tutelar de la ley penal (y por ende, preventiva de la pena), el discurso permite racionalizar la punición de afectaciones muy lejanas e hipotéticas (peligros abstractos, remotos, etc.) pero también permite racionalizar intervenciones muy desproporcionadas con la afectación (se inventa una gran necesidad tutelar aunque la afectación sea insignificante) y hasta crear bienes jurídicos inexistentes, porque la idea de bien jurídico tutelado tiende a espiritualizar el bien jurídico hasta desembocar en un único bien tutelado, que es la voluntad del Estado, dado que este termina siendo el único juez de la necesidad e intensidad de la ilusionada tutela. Por ello, cabe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva del concepto limitativo de bien jurídico afectado y solo corresponde sostener este último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación (por lesión o peligro) excluyendo las bagatelas o afectaciones insignificantes”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ E. R. Zaffaroni, *Derecho Pena, Parte General*, 2ª. edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar, Pág. 127

¹⁵⁷ E. R. Zaffaroni, *Ob. Cit.* Pág. 128



Se ha hecho mención en páginas anteriores que la Constitución incorpora una serie de garantías que actúan como límite al ejercicio de la política criminal entre ellas el principio de mínima intervención, el de Culpabilidad y el de legalidad, por lo que se hace una breve referencia a estos principios.

Principio de culpabilidad

Este principio establece que solo puede perseguirse y castigarse penalmente a quien intervino en la comisión de un delito por un hecho propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal. Asimismo, determina que la culpabilidad es un presupuesto y un límite de la pena. El principio de culpabilidad limita el Derecho Penal a los hechos propios cometidos por un ser racional culpablemente (dolo o culpa), y establece el marco justo preciso y equitativo de la pena.

El principio de culpabilidad establece que la pena criminal únicamente puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho. La esencia de la culpabilidad radica en que el autor ha cedido a la tentación en la situación concreta y ha cometido un hecho punible y de esa forma se ha hecho culpable por su actuación (“culpabilidad por el hecho”).

Asimismo, del principio de culpabilidad se infiere, de un lado, que la pena presupone en todo caso culpabilidad, por lo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el simple resultado) y de otro, que la pena tampoco puede superar la medida de la culpabilidad (medición de la pena respetando el límite al máximo de la culpabilidad).

Y así señala el profesor Yacobucci que *el “principio de culpabilidad tiene en nuestro tiempo dos misiones fundamentales: una, evitar que los criterios de tipo preventivo general anulen los componentes de reprochabilidad personal que justifican la imputación del ilícito y fundamentan la imposición de una sanción y la otra, que el*



debate sobre los contenidos de la culpabilidad dentro de la teoría del delito de la cual se deducen las exigencias básicas que constitucionalmente justifican que una persona deba responder penalmente por su hecho”¹⁵⁸

El principio de reprochabilidad como juicio de reproche significa que el sujeto tuvo la posibilidad de saber que hacía y de conocer el reproche expresado en la punibilidad como presupuesto de la pena; la posibilidad de haber evitado la comisión del delito, (al sujeto le es reprochable la violación del deber jurídico) y, por último la proporcionalidad de la pena a la gravedad del hecho.¹⁵⁹

Principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima está basado en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho Penal, que se originaría en la interacción entre la gravedad de las sanciones susceptible de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida.

En su virtud surgen dos subprincipios. El primero es el del Carácter fragmentario del Derecho Penal, que permite utilizar a éste exclusivamente para salvaguarda de los presupuestos imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y aun entonces solo frente a los ataques más intolerables a tales presupuestos.

El segundo de ellos es el de Subsidiariedad, que entiende el Derecho Penal como el último recurso frente a la desorganización social, una vez que el Estado ha agotado todas las posibilidades que le ofrecían, tanto las medidas de política social en general, como otros subsistemas de control social no jurídicos o jurídicos no penales.

¹⁵⁸ Derecho Penal I, Principio de Culpabilidad. Artículo de Mariano Cuneo Libarona
<http://obligaciones.obolog.es/derecho-penal-i-principio-culpabilidad-1910039>

¹⁵⁹ E. Bacigalupo. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 1999. Pág. 123



Sin embargo, el principio de intervención mínima no significa que cuando los subsistemas de control social no funcionan, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control. En realidad, la subsidiariedad del Derecho Penal opera en un solo sentido, esto es, debe renunciarse a la utilización de este sector jurídico si el problema se puede solucionar al margen de él, pero el mero fracaso de cualesquiera otros mecanismos sociales, no legitima, sin más, el acudir al control social penal.

Principio de legalidad

El principio de legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio de un poder público debería realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.

La seguridad jurídica requiere que las actuaciones de los poderes públicos estén sometidas al principio de legalidad. El principio se considera, a veces, como la "regla de oro" del Derecho Público, y es una condición necesaria para afirmar que un Estado es un Estado de Derecho, pues el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. En íntima conexión con este principio, la institución de *la Reserva de Ley* obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo.

La legalidad se puede representar de dos modos distintos:

1. Que los ciudadanos se encuentren en posición de sujeción pasiva frente a la ley.
2. Por el contrario, los poderes públicos se hallan sujetos a la ley, es decir no deben infringirla, y además deben actuarla, desarrollarla y cumplirla.

De este modo, se rompe con la idea del Estado absoluto frente al poder personal y emerge el gobierno de leyes, siendo su eje principal, el principio de legalidad que somete el ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los



ciudadanos que pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado interponga penalmente más allá de lo que le permite la ley, quedando sujeto el Estado al derecho¹⁶⁰.

La legalidad tiene un límite que es la dignidad, y el funcionario (judicial, fiscal, abogados, peritos, policiales) en su actividad tiene dos límites: la dignidad de la persona humana y el respeto a la legalidad.

El principio de legalidad es una garantía procesal, en tanto define cuales van a ser los actos u omisiones que se van a conocer dentro del proceso penal y delimita cuales van a ser las penas o medidas de seguridad que se pueden llegar a imponer como resultado de un proceso justo.

El Artículo 13 de la Constitución política de la República de Guatemala, consagra este principio en materia penal, principio rector e inspirador de todo nuestro ordenamiento jurídico. Consecuentemente, lesiona el principio de legalidad una interpretación judicial que abarque conductas no específicamente descritas por la ley. Además, el principio postula que solamente la ley es fuente formal del Derecho Penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado.

Por el principio de legalidad, la ley es exigida para configurar los delitos y que los presupuestos de las penas, estén establecidas de antemano por un acto legislativo, por lo que podemos afirmar que es una regla dirigida a los jueces. Empero, el Principio de Estricta Legalidad condiciona la validez de las normas penales a la denotación taxativa de las figuras del delito, es decir, se exige una técnica legislativa específica para la válida configuración de los elementos constitutivos del delito o de los significados contenidos en las normas, por lo tanto, es una regla dirigida al legislador que le exige que la ley este dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación.

¹⁶⁰ F. Muñoz Conde y A. M. García, *Derecho Penal, parte general*, Pág. 105



CAPÍTULO IV

Análisis jurídico del incremento de la pena en el delito de Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas

4.1 La pena del delito de portación ilegal de armas de fuego en el Derecho Comparado

“El Derecho comparado suele ser calificado como una disciplina o método de estudio del Derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados”¹⁶¹, por esta razón, es necesario realizar el análisis y comparación de los artículos relacionados a las penas de las respectivas leyes que regulan el delito de portación de armas de fuego de la región Centro América y de México.

- **México**

“De conformidad con la LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS en el Artículo 81, se sancionará con penas de dos a siete años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, a quien porte un arma de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de esta Ley sin tener expedida la licencia correspondiente”¹⁶².

“A pesar de que las leyes de armas en México son de las más estrictas del mundo, comparable en muchos aspectos a las leyes en el Reino Unido, pero con penas más severas incluso para faltas menores, dado que el mercado negro de armamento en México ha aumentado de manera vertiginosa, gracias a la venta ilegal en Estados Unidos de armas al crimen organizado, el narcotráfico y demás males que han convertido al país en una falsa bandera para facilitar la llegada de nuevas inversiones extranjeras a economías deterioradas y al borde del colapso económico como la de los

¹⁶¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_comparado

¹⁶² Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el diario oficial de la Federación el 23 de enero de 2004.



Estados Unidos de América (tal como quedó manifestado en el operativo Rápido Furioso, donde altas autoridades Estadounidenses vendieron explícitamente deliberadamente armas de alto calibre a carteles Mexicanos bajo el pretexto de rastrear su ubicación). Aunado a esto, muchos criminales podrían estar mejor armados que las fuerzas del orden local y federal, lo cual ha incapacitado en cierto modo, el avance en la erradicación de la delincuencia principalmente pandillas y guerrillas se benefician de esto ya que estas bandas criminales necesitan armas de gruesos calibres para poder matar instantáneamente a mansalva a quien se atravesase, asimismo, los ya permeados cuerpos de seguridad local entran en este mercado para obtener un poco más de ingresos para sus familias, este problema de armamento ilegal y mercado negro está muy latente y podría tardar décadas en aminorar o desaparecer su presencia del país debido al alto nivel de corrupción existente hoy en día”¹⁶³.

Pese a la situación imperante en dicho país, se reconoce el derecho a poseer y portar armas y quienes porten armas sin llenar los requisitos legales son sancionados en la forma arriba indicada, sanción que es mucho menor a la pena contemplada para este delito en Guatemala que es de ocho (8) a diez (10) años de prisión incommutables. Esta pena de la Ley de Armas y Municiones de Guatemala, no se equipara ni con la pena que contempla la ley mexicana para el delito de acopio de armas que, según la definición de esa misma ley, consiste en la posesión de más de cinco armas de uso exclusivo del ejército, y que es sancionado con pena de prisión de dos a nueve años y de diez a trescientos días multa.

- **El Salvador**

El Decreto N° 655 de La Asamblea Legislativa de La República de El Salvador, contiene la Ley de control y regulación de armas, municiones, explosivos y artículos similares¹⁶⁴; en el Capítulo II, que se refiere a sanciones, el Artículo 67 las clasifica en falta menos graves, faltas graves y faltas muy graves, todas sancionadas con suspensión de la

¹⁶³ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_poseer_armas

¹⁶⁴ <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/>



Licencia respectiva y multa que se gradúa de acuerdo con la gravedad, pero entre esta clasificación no se encuentra directamente la de Portación ilegal de armas de fuego. Sin embargo, el Artículo 106 del Reglamento de la Ley de control y regulación de armas de fuego, municiones, explosivos y artículos similares Decreto No. 25,¹⁶⁵ lo regula como falta grave a saber:

106. Portar o tener armas de fuego permitidas por la Ley, sin tener licencia para su uso o sin la matrícula correspondiente, DOS MIL DOLARES.

Además, el Art. 115 de dicho reglamento establece que mientras el infractor no cancelare la multa que se le hubiere impuesto, no procederá:

a.- “La entrega de la licencia para el uso de armas de fuego que le hubiere sido decomisada, siempre que no hubiere vencido el período de su vigencia.

b.- La obtención de licencia, matrícula, permiso o autorización especial, en el caso de no contar con tales documentos.

c.- La entrega de las armas, municiones, pólvora, explosivos, artículos similares o accesorios, permitidos por la Ley, que le hubieren sido decomisados.

d.- La renovación o reposición de su licencia; de las matrículas o permisos especiales de sus armas de fuego; o de los permisos especiales para realizar alguna de las actividades reguladas por la Ley”¹⁶⁶.

El ambiente relacionado con la criminalidad, violencia y/o delincuencia en El Salvador es similar a lo que se vive en Guatemala, sin embargo las penas que se aplican para el delito objeto de estudio consiste en multa y el comiso del arma.

- **Honduras**

“Este país regula la comercialización, tenencia, portación, modificación, uso, reparación y recarga de armas de fuego municiones, accesorios y otros similares en el Decreto

¹⁶⁵http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/El_Salvador/SV_Reglamento_de_Control_de_Armas.pdf

¹⁶⁶ ídem



número 30-2000 Ley de control de armas, municiones, explosivos y otros similares estableciendo en el Artículo 55: Sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiese lugar, las infracciones a la presente Ley y su Reglamento serán sancionadas de la forma siguiente:

- 1) De uno (1) hasta diez (10) veces el salario mínimo mensual más alto, que esté vigente en el sitio donde se cometió la infracción según la gravedad de la misma y la capacidad económica del infractor, cuando se trate de persona natural;
- 2) Suspensión temporal de autorizaciones o licencias por un mínimo de seis (6) meses y un máximo de dos (2) años, según la gravedad de la infracción; y,
- 3) Cancelación definitiva de autorizaciones o licencias

ARTÍCULO 56. Toda arma no prohibida cuyo tenedor carezca de permiso, será decomisada y deberá remitirse de inmediato a la Jefatura Departamental de la Policía Preventiva.

Por aparte, EL CONGRESO NACIONAL Hondureño emite el DECRETO No. 101-2003 Por medio del cual se concede un plazo de noventa días a quienes tenga en su poder armas de guerra para que las entreguen voluntariamente.

Y agrega en el Artículo 4: Transcurrido el período concedido en este Decreto, quien continúe en posesión, tenencia, uso y tráfico de estas armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, regulados en el presente Decreto, será sancionado con pena de ocho (8) a diez (10) años de reclusión y multa de cinco a diez mil Lempiras, por cada arma incautada.

En conclusión, en la República de Honduras, la portación de armas de fuego sin la licencia respectiva se sanciona con multa de hasta diez veces el salario mínimo y comiso del arma, a pesar que se indica en un considerando del Decreto 101-2003 que “los índices de muertes violentas con arma de fuego ocupan las cifras más altas en las estadísticas nacionales, que las mismas son perpetradas con armas prohibidas de

¹⁶⁷<http://www.unlirec.org/Documents/Centroamerica/Honduras/LeyControlArmasFuegoMunicionesExplosivosOtrosSimilaresDecretoN30-2000.pdf>



acuerdo con la legislación nacional y pese a eso circulan en enormes cantidades con un precio sumamente accesible incluso a la población más pobre”.

La sanción que regula este último decreto es similar a lo que establece la Ley de Armas y Municiones de Guatemala; pero, en el caso de Honduras se refiere a armas de guerra que representan mayor peligrosidad.

- **Nicaragua**

“Se analiza la Ley Numero 510 de la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua que contiene la Ley especial para el control y regulación de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados”¹⁶⁸, que en su Artículo 121 regula el delito de portación y uso ilegal de armas de fuego a la que le asigna una pena principal de uno a tres años de privación de libertad, decomiso del arma y el pago de una multa equivalente a doce salarios mínimos promedio. Este artículo es muy concreto, toda vez, señala que comete este delito quien porte y/o quien transporte cualquier arma de fuego sin tener la respectiva licencia.

Además, norma como agravante el hecho de que el arma haya sido utilizada en la comisión de cualquier acto delictuoso o tentativa de estos.

Para tener una idea sobre la delincuencia y el uso de armas de fuego en Nicaragua, transcribo una noticia de “El Nuevo diario” de Managua, Nicaragua, titulado: MÁS ARMAS EN LAS CALLES¹⁶⁹ que dice: La delincuencia está evolucionando. Actualmente, las noticias reflejan las diferentes formas de operar de la delincuencia. En los últimos días se ha podido observar que los maleantes están haciendo uso de motocicletas, más vehículos y armas para realizar robos que van desde un simple celular, hasta atracar una micro financiera. La evolución de los ladrones es notoria. Para el comisionado Sobalvarro existe un riesgo latente que la delincuencia evolucione y utilice métodos más sofisticados y peligrosos para realizar sus fechorías. “El país debe preservar uno de sus logros en materia de seguridad, tenemos también problemas que

¹⁶⁸ <http://www.un.org/disarmament/convarms/NLDU/docs/NLDU/NicaraguaS%20Ley%20Especial.pdf>

¹⁶⁹ <http://impreso.elnuevodiario.com.ni/2010/03/29/nacionales>



resolver que si no los resolvemos oportunamente, se nos puede desembocar en una situación de delincuencia organizada”, analizó el Comisionado General

- **Costa Rica**

“La adquisición, posesión, inscripción, portación, venta, importación, exportación, fabricación y el almacenaje de armas, municiones, explosivos y pólvora, en cualquiera de sus presentaciones, en Costa Rica se regula en la LEY DE ARMAS Y EXPLOSIVOS, Decreto 7530 de la Asamblea Legislativa”¹⁷⁰ de dicho país.

El delito, objeto de estudio, se regula de conformidad con el Artículo 88, que indica: Tenencia y portación ilegal de armas permitidas. Se le impondrá pena de uno a tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades, a quien tenga en su poder armas permitidas por la presente ley que no se encuentren inscritas en el Departamento.

Se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, a quien porte armas permitidas por esta ley y no cuente con el respectivo permiso. “A quien porte armas permitidas por la presente ley y, habiendo contado con el respectivo permiso en el período anterior, no lo haya renovado dentro de los nueve meses posteriores al vencimiento, se le impondrá pena de uno a tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades”¹⁷¹.

Es de suma importancia hacer referencia a los siguientes artículos de esta ley por la sanción que se asigna a otras figuras delictivas de mayor peligrosidad.

¹⁷⁰ <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leydearmas.pdf>

¹⁷¹ Artículo 88 Ley de Armas y Explosivos. Decreto 7530 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.



ARTÍCULO 89.- Tenencia de armas prohibidas.

Se le impondrá prisión de dos a cinco años, a quien posea armas prohibidas reservadas para uso exclusivo de los cuerpos de Policía.

“Conservará el carácter de arma prohibida, la que en el momento de su fabricación, tenga las características descritas en el Artículo 25 de esta ley, aunque las pierda al ser suprimido alguno de sus componentes o le modifiquen mecánicamente su funcionamiento”¹⁷².

ARTÍCULO 90.- Acopio de armas prohibidas.

“Se impondrá prisión de tres a seis años a quien acopie armas clasificadas como prohibidas. Se entenderá como acopio la posesión de más de tres armas prohibidas”¹⁷³.

Aquí podemos observar una interesante variante de sanción para quienes tengan en su poder armas no registradas, que consiste en la prestación de servicio de utilidad pública, lo cual obliga a registrar todas las armas de fuego. Y para el delito objeto de estudio estipula una pena de seis meses a tres años de prisión, similar a la pena que se regulaba en La Ley de Armas y Municiones de Guatemala que fue derogada.

Armas de fuego en Centroamérica

“Si el mayor problema de Centroamérica es la violencia, y el 77% de todos los homicidios de la región son cometidos con arma de fuego, entonces, detener el flujo de armas hacia los criminales debe ser una cuestión de máxima prioridad. La amenaza de la violencia de las armas de fuego también está socavando la gobernanza en la región. La policía local siente aprehensión porque están desarmados, porque los delincuentes organizados tienen acceso a armas militares residuos de las guerras civiles, y porque ha habido algunos actos de violencia dramáticos que respaldan este temor. Este presunto desequilibrio de poder es utilizado para justificar la militarización de las

¹⁷² Ídem, Art. 89

¹⁷³ Ídem, Art. 90



funciones policiales. Por estas razones, es importante entender la naturaleza del mercado ilícito de armas de fuego regional”¹⁷⁴.

“Como ha sido bien documentado en otros lugares, durante las tres guerras civiles se importaron y diseminaron por Centroamérica cantidades enormes de armas de fuego: Guatemala (1960-1996), El Salvador (1980-1992) y Nicaragua (1972-1991). Muchas de estas fueron proporcionadas tanto al Estado como a los grupos rebeldes. En este último caso, el contrabando también estableció rutas para transportar armas por toda la región. Parte de los programas de contrainsurgencia de estos países, especialmente en Guatemala contemplaron armar a grupos de protección civil, así que estas armas fueron diseminadas a lo largo de una gran área, de las que fueron recopiladas un número relativamente pequeño. Las armas de fuego son bienes duraderos, y aquellas que fueron importadas permanecen en circulación con el final de las guerras”¹⁷⁵.

“Las fuentes de pistolas son completamente diferentes de aquellas para rifles de asalto. La mayoría de las pistolas fueron compradas legalmente en los Estados Unidos. Aunque algunas fueron traficadas en la región, muchas de estas son importadas legalmente y solo más tarde son desviadas al uso ilícito. Por lo que el problema en Centroamérica consiste en el desvío de armas tanto desde el mercado civil lícito como desde las armerías de la policía local y del ejército. En general, el uso de rifles de asalto no es una gran característica de la delincuencia urbana – las pistolas son más fáciles de ocultar, más fáciles de usar desde cerca y efectivas para casi todas las tareas criminales.

Por ejemplo, las incautaciones de armas de fuego en Guatemala han sido notablemente consistentes en volumen y composición a lo largo de los últimos años. Entre 2008 y 2011, fueron incautadas entre 4.000 y 5.000 armas de fuego cada año, de las cuales entre el 58% y 60% eran pistolas. También fueron incautados rifles de asalto, pero estos constituyen menos del 4% del total, constantemente menores que el número de

¹⁷⁴http://www.unodc.org/documents/toc/Reports/TOCTASouthAmerica/Spanish/TOCTA_CA_Caribb_armasFuego_CA

¹⁷⁵ Ídem



incautaciones de armas caseras. El calibre más popular es el 9mm (61% de las incautaciones de pistolas), el cartucho más popular en las calles de cualquier lugar del mismo sucede en Honduras, donde el 63% de las pistolas incautadas entre 2008 y 2011 fueron 9mm.

“Entonces, mientras que las armas militares abandonadas por la guerra son una preocupación, el mercado local de armas de fuego no está realmente basado en ellas. Más bien, el problema es de filtración. La fuga de armas desde el uso civil lícito al uso ilícito. Se filtran del uso lícito militar y policial al uso ilícito. Y lo hacen a través de las fronteras, en cualquier dirección imaginable. La clave de la fuga es el excedente. Si cada soldado y oficial de policía solo tuviera las armas necesarias para el uso inmediato, se solicitarían explicaciones cuando se perdiera un arma”¹⁷⁶.

“Desafortunadamente, varios países en la región manejan grandes excedentes, el legado de la disminución de los ejércitos durante el proceso de paz. Nicaragua, en particular, tiene un gran número de pistolas, desproporcionado en relación con su número de soldados, y el país continúa importando armas”¹⁷⁷.

¿Cómo se conduce el tráfico?

“Dado el excedente general de armas en la región, existen dos clases de flujo establecidos: movimiento de armas dentro de los países y a través de las fronteras dentro de la región, y movimiento de armas desde Centroamérica hacia otros países, particularmente Colombia y México. Los arsenales militares y policiales en Honduras, El Salvador y Guatemala han sido identificados como las mayores fuentes de armas de fuego ilegales en la región. Lo que no es sorprendente dados los niveles de violencia relacionada con las armas de fuego en estos países. Pero otros dos países también son importantes en este comercio: Nicaragua y Panamá”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Ídem

¹⁷⁷ Ídem

¹⁷⁸ Ídem



Implicaciones para las respuestas

“Como manifiesta el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, un buen primer paso sería tener un registro adecuado de las armas en la región. Gran parte de los datos utilizados en este capítulo son estimaciones, incluyendo aquellas sobre las armas que poseen oficialmente los Estados. En este momento, es imposible decir si un arma ilegal en particular fue una vez parte de las existencias del Estado, porque algunos países no registran los números de serie de las armas que poseen. Esto no es algo insólito en los países en vías de desarrollo. Dado el estado de violencia relacionada con armas de fuego en la región, debe abordarse este desorden de información”¹⁷⁹.

“A tiempo, sin embargo, se necesitan realizar mayores esfuerzos para reducir el número de armas ilegales en circulación. La policía de la región esta incautado actualmente 16,000 arma cada año. Incluso si no entraran más armas en el mercado llevaría 188 años sacar todas las armas de las calles a este ritmo En Honduras, por ejemplo, existen casi cuatro veces más homicidios por arma de fuego que armas incautadas. Se debe llevar a cabo más operaciones específicas con el objetivo de desarmar las áreas más violentas.

Finalmente, es necesario racionalizar en algunos países las armas pertenecientes al ejército. En el Triángulo Norte y Nicaragua no parece haber suficientes soldados para justificar la posesión de armas vigente. La comunidad internacional puede auxiliar en los esfuerzos de eliminación, como el empleo de la máquina de destrucción de armas móvil de la Organización de los Estados Americanos (OEA)”¹⁸⁰

¹⁷⁹ Ídem

¹⁸⁰ Ídem



4.2 La pena del delito de portación ilegal de armas de fuego en la ley de armas de fuego derogada. Decreto 39-89

En el Decreto Número 39-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley De Armas y Municiones derogada, se encontraba regulado el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, en el Artículo 97 A, el cual fue adicionado mediante el Artículo 30 del Decreto No. 74-90, del Congreso de la República. Su texto es el siguiente: *“Portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas. Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, quien sin licencia del DECAM o sin estar autorizado legalmente, portare armas de fuego de las clasificadas en esta ley como defensivas, deportivas o de ambas clases. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a un año. En este delito procederá la excarcelación bajo fianza y atendiendo al grado de peligrosidad social del responsable, el Juez podrá otorgar el perdón judicial de toda pena, salvo el caso de reincidencia. También podrá concederse la detención domiciliaria, atendiendo a las circunstancias, sexo y peligrosidad social del responsable¹⁸¹.”*

Al hacer el análisis de este artículo, pueden extraerse varias conclusiones importantes:

- 1) El marco penal establecido por el legislador, no sobrepasaba el año de prisión; Si comparamos la pena contemplada en la legislación derogada con la prevista en la legislación vigente, veremos que el incremento en la gravedad de la sanción punitiva para el delito de portación de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, fue elevado aproximadamente a un ochocientos por ciento, con respecto del máximo contemplado en el Artículo 97 de la Ley de Armas derogada, que no sobrepasaba el año de prisión, toda vez que el Artículo 123 de la actual Ley de Armas y Municiones tiene fijada la pena, para el delito en referencia, de diez años de prisión como máximo de la pena; Este enorme salto cuantitativo en la gravedad de la pena para el mismo delito, no ha encontrado justificación alguna en los principios que le son propios al Derecho Penal o a las más avanzadas teorías respecto de los fines de la pena como mal necesario para

¹⁸¹ Decreto 39-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de armas y municiones, derogada.



la sociedad, y responden por lo tanto, a una política criminal exacerbada y desesquematizada por parte de Estado ante el desborde del fenómeno delictual en los tiempos modernos.

2) Si en la legislación derogada, la propia norma penal de carácter sustantivo obligaba al juez a otorgar al procesado por este delito, la excarcelación bajo fianza, en la vigente se estableció como mínimo la pena de ocho años de prisión, con el objeto de transferir a la lista de los delitos de gravedad, el de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, a efecto de reducir o anular las posibilidades del procesado de obtener un sustituto de la prisión preventiva, como forma de recobrar su libertad.

3) como beneficio de naturaleza sustantiva, el legislador incluyó en el texto de dicha norma, el perdón judicial, el cual podría el juez otorgarlo siempre que se diesen las circunstancias concretas de cada caso, mientras que en la actual Ley de Armas y Municiones, la pena mínima de ocho años impide al procesado, en el caso de una eventual condena, la obtención del beneficio de la conmuta de la pena, dadas las limitaciones que se contemplan en el Artículo 50 del Código Penal, para la aplicación de la conmuta, como beneficio penal sustantivo.

4) finalmente, no obstante tratarse de una norma penal de índole sustantiva, el legislador incluyó en su texto la posibilidad de otorgarle como medida sustitutiva de la prisión preventiva, el arresto domiciliario, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sexo y peligrosidad social del responsable, en contraste con ello, con la más reciente reforma al Código Procesal Penal, se ha reducido esta posibilidad al sindicado, al prohibir al juez otorgar medidas sustitutivas de la prisión preventiva si se comprueba que este es reincidente. Dicha reforma, -dicho sea de paso- fue impulsada por el Poder Ejecutivo, hasta concretarse en el Decreto 6-2013 como una muestra más de la proclividad del Estado a legislar atendiendo a las políticas criminales de turno.

Vemos, entonces, que la regulación anterior se adecuaba más a los fines resocializadores de la pena, y a los principios de lesividad y proporcionalidad, que la legislación vigente, lo cual se analizará pormenorizadamente más adelante.



4.3 La pena del delito de portación ilegal de armas de fuego, como delito de mera actividad, en relación a delitos de resultado de mayor gravedad

Como se ha analizado en los capítulos anteriores, los delitos de mera actividad se siguen definiendo como delitos carentes de resultado, son delitos sin afección al bien jurídico a través del resultado y, por tanto, sostenidos exclusivamente en el desvalor de acción. El desvalor de acción constituye un juicio negativo sobre el comportamiento, es decir, se juzga sobre la decisión del acusado de realizar el hecho típico, o en otras palabras, es una desobediencia a lo regulado por la norma. En el caso del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas se sanciona porque el sindicado no cumple con realizar el trámite administrativo para obtener la licencia de portación de arma de fuego. Por otro lado, en los delitos de resultado se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. El resultado constituye una modificación producida en el mundo exterior, distinto de la acción misma y obviamente el bien jurídico se lesionará cuando el agente consiga su propósito que modifica el mundo exterior, y por ello en este último caso se castiga más gravemente por el legislador.

Sin embargo, en el tema de estudio se evidencia que con el aumento de la pena asignada al delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivo que se encuentra entre los delitos de mera actividad, este se sanciona con una pena de PRISIÓN DE OCHO A DIEZ AÑOS INCONMUTABLES, la cual supera la pena para delitos de mayor daño por ser de resultado como por ejemplo: a) Homicidio preterintencional, (Artículo 126 del Código Penal) que ocurre cuando habiendo intención o dolo en el agresor, de provocar lesiones a otra persona con un medio idóneo, le provoca la muerte, sin que razonablemente el medio utilizado sea apto para ese fin. Se recalca que el resultado de este delito es la muerte del sujeto pasivo y existe intención del sujeto activo de causar un daño, aunque no de tanta gravedad, como el que se produjo, aun así, la pena asignada a este delito es de dos a diez años de prisión. El hecho que este delito tenga asignada una pena mínima de dos años, permite que una



persona acusada por este delito pueda resolver su situación jurídica sin tener que cumplir necesariamente la pena de prisión; b) los delitos de lesiones graves y gravísimas (Artículos 146 y 147 del Código Penal) cuyo resultado es por ejemplo la pérdida de un miembro principal, de un órgano o un sentido, incapacidad para el trabajo por más de un mes y/o deformación permanente en el rostro y cuya pena es de dos a ocho años y de tres a diez años respectivamente; c) el delito de Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad, (Artículos 193 del Código Penal) el cual se considera de mayor gravedad por atentar contra los derechos de personas menores de edad, pero tiene pena de prisión de cinco a ocho años; d) el hurto y el hurto agravado, que afecta el bien jurídico patrimonio, con penas de uno a seis años y de dos a diez años respectivamente; y e) el delito de disparo sin causa justificada contemplado en la misma ley de armas y municiones, cuyo riesgo de causar daño es más inminente que el de portación ilegal de armas de fuego, es decir es un delito de peligro concreto y hemos visto o leído noticias sobre consecuencias lamentables por la comisión de este delito, sin embargo tiene una pena de uno a tres años de prisión.

En ese orden de ideas y si bien el Estado ha de intervenir de forma activa en la vida social para la defensa de bienes jurídicos ante peligros y hay diversas teorías que le atribuyen a la pena una forma de lucha contra el delito como fenómeno, sin embargo, autores como Roxin sostiene que si bien la pena tiene que intimidar –como fin preventivo-, pues se debe buscar sanciones adecuadas cuyo contenido de algún modo intimide a los potenciales delincuentes. Pero si llega el momento en que no intimidan más, no se debe poner penas superiores, es decir que es un criterio de intimidación que más o menos se presta a una cierta graduación.

Se considera, por el investigador del presente trabajo, que esta última circunstancia se observa en el delito que es objeto de estudio, es decir que por más que se ha aumentado la pena al delito, no se alcanza la prevención general que se busca, pues las estadísticas del centro nacional de análisis y documentación judicial CENADOJ confirman que los casos ingresados a los órganos jurisdiccionales respecto a este delito de los años 2007 al 2013, no hay una diferencia sustancial porque la cantidad de delitos



sigue siendo similar o sea que la cantidad de delitos anuales con la ley de armas municiones derogada y la actual ley siguen siendo en una cantidad equivalente.

Por esa razón, se debe intensificar la búsqueda de sustitutos penales que sean una alternativa viable y justa a la pena de prisión. Respecto de ello ya se ha hecho mención de algunas otras opciones a la pena de cárcel y se mencionarán más adelante. Ahora bien, los sustitutos penales en Guatemala u otra salida alterna del proceso, no será posible aplicarlos a este delito, en tanto no se reforme la norma que lo regula toda vez que la pena mínima supera los cinco años.

4.4 El incremento a la pena en el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, en relación con los fines de la pena y los principios de lesividad y de proporcionalidad

4.4.1 En cuanto a los fines de la pena

Como quedó plasmado en el primer capítulo de este trabajo, los autores citados consideran que las penas cumplen distintas funciones o fines, incluso algunos consideran que los fines de la pena se cumplen según el momento del proceso. Por ejemplo, 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 retributivo pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que la sentencia debe establecerse considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor. Y las consideraciones preventivas especiales vinculadas a la personalidad del autor o al pronóstico de reincidencia serán aplicables durante la ejecución de la pena¹⁸².

Ahora bien, el Artículo 5 numeral 6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece: *“las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial*

¹⁸² <http://www.monografias.com/trabajos13/penol/penol.shtml#ixzz3VFqepASz>



*la reforma y readaptación social de los condenados*¹⁸³. La finalidad entonces está dirigida a la resocialización, a la readaptación, reincorporación o reinserción del condenado al medio social, precisamente para que no vuelva a cometer delitos.

En este punto, considero importante mencionar las objeciones o críticas en cuanto a las teorías de la prevención especial, puesto que para prevenir nuevos delitos del autor, debe someterlo a un tratamiento contra su voluntad, lo que se traduce en una manipulación de su personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. El fin de resocialización es de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Además, su utilización como alternativa ha tropezado, ante todo, con su ineficacia, por la insuficiencia de mecanismos, programas y técnicas de tratamiento disponibles.

Ello alcanza mayor relevancia si consideramos que “el alto grado de promiscuidad y hacinamiento de todo el sistema carcelario, no es un argumento superficial a la hora de definir si es posible la rehabilitación del interno. La superpoblación de los lugares de encierro y el aumento de los índices de delictividad nos muestran un panorama sombrío en la materia, específicamente porque la palabra prevención parece ser la eterna ausente a la hora de tomar decisiones ejecutivas en el plano político”¹⁸⁴. En Guatemala, de acuerdo con la noticia del diario “La noticia en Guatemala” de fecha 26 de junio de 2014, el director del Sistema penitenciario Edgar Camargo, señaló que las prisiones guatemaltecas tienen un 276 por ciento de sobrepoblación ya que albergan 19,751 presos. Camargo detallo que, en promedio, hay un agente penitenciario para custodiar 49 reos en los 22 centros de detención distribuidos en los departamentos del país. A su vez, el Ministro de Gobernación Mauricio López Bonilla, según la misma noticia, indicó que será necesario ampliar dos prisiones (la de Cantel en Quetzaltenango y la de Canadá, en Escuintla) que tendrán capacidad para albergar 5,700 detenidos.

¹⁸³ Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 5 numeral 6.

¹⁸⁴ Diario La Nación, 12/07/02. pág. 16, nota editorial: Cárceles peligrosas.



“La prevención especial es muy importante, al punto de llegar a transformar la rigidez de una pena y poner límite a la pretensión punitiva del Estado en su potestad de imponer ciertas sanciones penales, cuando estas generan riesgos a favor de la comisión de futuros delitos. Por ejemplo, la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración, tratándose de delincuentes primarios, porque la aplicación de tales penas genera efectos perniciosos. El infractor primario, una vez que entro en la cárcel se sabe estigmatizado por la afrenta social de ex penado, al salir; se relega su sano temor a la cárcel porque al conocerla, pierde el natural miedo a lo desconocido y ya no la ve tan apocalíptica; se habitúa a la relación con criminales indiscutidos, a sus costumbres viciosas y, además, frustra su trabajo, su familia queda abandonada, sus hijos pierden en ese tiempo la relación con su padre”¹⁸⁵. Estas consideraciones en cuanto a las consecuencias de la pena de prisión, deben tenerse en cuenta al fijarse las penas para los de delitos de mera actividad, puesto que como ya se indicó, al no causarse ningún resultado no debería imponerse esta pena desproporcionada.

Como lo indica el autor Zaffaroni: “... ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados... se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico...”¹⁸⁶

Pueden sumarse a estas objeciones que en los delitos no graves es poco el interés de la víctima por el encierro del delincuente y más el interés pecuniario, es decir, que se le pueda resarcir el daño causado. Ante este conjunto de cuestionamientos y el fracaso histórico de las penas de prisión, es necesario revisar si la política criminal y el Derecho Penal en su conjunto, es la respuesta al fenómeno criminal por el cual se intensificó la pena al delito objeto de estudio, o bien se deben buscar rumbos de menos riesgo que la aplicación de encierro a las personas a quienes se les atribuye la comisión de este delito de mera actividad.

¹⁸⁵ A. Rodríguez W. y B. Galetta de Rodríguez, Argentina: Editorial Juris 2001, Pág. 166

¹⁸⁶ E. Zaffaroni, Eugenio; Ob. Cit. Pág. 891



La pena no es la única forma para la prevención de la sociedad, puesto que también a partir de políticas de Estado, este tipo de conflictos pueden apaciguarse, así, si el Estado hace hincapié en el control social institucionalizado no punitivo, puede también lograr una disminución de delitos y por consiguiente dar una mayor seguridad jurídica a la sociedad. Por ejemplo en el caso del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas cuya reforma fue producto de los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala al ratificar distintos instrumentos internacionales en materia de armas de fuego que establecieron un marco de acción con relación al tema de armas de fuego.

Entre los instrumentos internacionales más importantes se encuentran: La Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego (CIFTA); El Protocolo contra la Fabricación y Tráfico Ilícitos de armas de fuego, sus piezas y municiones que forman parte de los protocolos complementarios de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Varios de los compromisos se referían a la necesidad de incorporar a la legislación nacional algunas figuras para garantizar no solamente el control sobre la circulación de armas y municiones, sino también las herramientas jurídicas para perseguir y procesar a los imputados por estos delitos. En ese sentido, se estableció en la Ley de Armas y Municiones el marcaje de las armas de fuego que efectiviza el rastreo de las armas de fuego ya que por medio de una simbología se conoce el país en el cual se fabrican o cuando son importadas. En el caso de Guatemala, la Ley de Armas y Municiones y su reglamento establecieron la obligatoriedad de marcar las armas con la leyenda "GUA", y en el caso de las armas destinadas para el uso Oficial, la DIGECAM debe marcar en las armas la leyenda: ESTADO DE GUATEMALA". Otro de los compromisos es el relacionado con la idoneidad de las personas para obtener una licencia de portación de armas, por lo que se incorporó a la ley la figura de las evaluaciones, por medio de las cuales el interesado debe someterse a un proceso de evaluación para garantizar que tenga conocimiento sobre su uso, sobre la legislación aplicable y que no represente un peligro para la sociedad.



Con la aplicación de un criterio muy particular, este tipo de medidas son las idóneas para cumplir los compromisos y alcanzar el objetivo de garantizar la seguridad y el orden público a toda la sociedad guatemalteca, lo inaceptable e inexplicable es la razón por la cual se aumenta ostensiblemente la pena al delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas; el tercer considerando de la Ley de Armas y Municiones actual indica que: “la proliferación de armas de fuego en la sociedad guatemalteca pone en riesgo la integridad física de la mayoría de habitantes de la República, debido a la relación existente entre hechos violentos y armas de fuego, lo que hace necesario que se regule las formas y medios por los cuales una persona puede ejercitar sus derechos de tenencia y portación de armas de fuego”. El último considerando, a su vez, señala que: Guatemala se comprometió a generar las medidas legislativas para erradicar el tráfico ilícito de armas de fuego, establecer el control y penalización correspondiente”.

Considero que para alcanzar dichos compromisos, no necesariamente el aumento de la pena de prisión es la única alternativa, sino que es necesario buscar otras medidas de control social, menos drásticas para quienes incurrir en este delito. Si el problema es la proliferación de armas de fuego y el compromiso es erradicar el tráfico ilícito de armas de fuego, la principal solución es el comiso de toda arma que sea incautada a personas que no cuenten con la autorización respectiva, y si se buscaba evitar que los autores incurran de nuevo en el mismo delito por medio de la prevención general, se pudo legislar de manera similar a la Ley de Armas y Explosivos de Costa Rica que impone pena de trabajo de utilidad pública por un tiempo determinado que contribuiría más a la readecuación de la conducta del imputado; una alternativa más, sería la imposición de una multa, como lo regulan las leyes de control de armas de fuego tanto de El Salvador como de Honduras, y también en la Ley de Armas y Municiones de Guatemala se regula en el Artículo ciento treinta y dos (132) la Falta en la portación de arma de fuego con licencia vencida, la acción de la persona en este caso, a criterio personal, es similar al delito objeto de estudio, porque el portador del arma no cumple con el trámite administrativo de renovación de la licencia de portación; la sanción



consiste en multa de mil quinientos a tres mil quetzales, pero las fuerzas de seguridad recogen el arma poniéndola a disposición de juez competente y la remiten a DIGECAM, a donde podrá reclamarla el propietario al cumplir con los requerimientos de la ley respectiva; también pudo haberse optado por conservar la pena que tenía asignado este delito en la ley de armas y municiones derogada, con el agregado del comiso del arma de fuego o, en último caso, si se consideraba que por medio de la intimidación la reforma a la ley sería más eficaz, pudo haberse aumentado la pena en un cien por ciento, lo cual equivaldría a una pena de uno a dos años de prisión.

Es oportuno señalar las siguientes objeciones a la teoría de la prevención general negativa que suele identificarse con el aspecto intimidatorio de las penas y que es la que inspira el incremento de la pena en el delito que nos ocupa:

- Puede terminar en una tendencia al terror estatal porque podría conducir a un Derecho Penal más ocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos.
- No es posible determinar cuál es el énfasis punitivo que es necesario aplicar al delincuente para lograr el efecto intimidatorio en el resto del tejido social.
- El interés público en la evitación de delitos no basta para justificar, respecto del afectado, lo que la pena a él le ocasiona: la garantía de la dignidad humana prohíbe utilizar al hombre como medio para los fines de otros hombres.

También es pertinente hacer mención que el legislador, en el momento de promulgar o reformar una ley, está obligado no solo a conocer sino analizar los fines y funciones de la pena, los principios que rigen el Derecho Penal como los ya indicados u otros principios como: el principio de "*la Adecuación social*" por el cual una interpretación orientada a la protección del bien jurídico, excluye del tipo penal aquellos actos insignificantes y en general socialmente tolerados. El punto de partida es la comprensión de que el Derecho Penal resulta la última ratio de la protección de bienes



jurídicos. Perjuicios insignificantes prescinden de estos instrumentos de control cuando que el autor no representa un peligro social en cuanto a relevancia jurídico-penal.

Hans Welzel entiende como adecuadas socialmente aquellas acciones determinadas o inducidas intrínsecamente por el ordenamiento ético-social histórico de la vida en sociedad. Estas acciones caracterizarían solamente el normal estado de libertad de acción en lo social, mientras que en los tipos penales se encuentran aquellas acciones socialmente inadecuadas, es decir, aquellas que exceden gravosamente el marco de los órdenes sociales históricamente dados. Aunque también hay autores o críticos que han expresado, al respecto, que excluir una conducta del tipo penal con el fundamento de ser socialmente adecuada no puede justificarse desde el punto de vista de la legalidad. Los criterios de la adecuación social se transforman con demasiada frecuencia, y resulta intolerable tal inseguridad, vista desde la función de garantía del tipo penal¹⁸⁷. Quien rechaza por inseguro el punto de vista de adecuación social, no obstante, en esta clase de casos deberá recurrir forzosamente a no menos inseguras e indeterminadas cláusulas generales, tales como la 'teoría de la finalidad' o bien la defectuosa 'peligrosidad social'.

Este último concepto es el que ha prevalecido para criminalizar el acto de portar un arma de fuego, si la licencia que autorice su portación y fue plasmado en los motivos para la última reforma relacionada a este delito, por la cual se prohíbe otorgar medida sustitutiva a una persona reincidente, de la cual se transcribe a continuación el siguiente párrafo: “La portación de armas ilegales es un delito que implícitamente conlleva un impacto social. Además, si a una persona que se le sindique de portar un arma de fuego sin la debida autorización para hacerlo, es muy probable que tenga en su mente el deseo de usarla en forma indebida, consecuentemente esta persona es de alta peligrosidad”¹⁸⁸

¹⁸⁷ ALBIN ESER “La Adecuación social” http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3716/pdf/Eser_La_adequacion_social.pdf

¹⁸⁸ Exposición de motivos del proyecto del Decreto 6-2013 del congreso de la República



Se hace mención del principio de la adecuación social, toda vez que una característica de la ley es su generalidad, es decir, se aplica a todos por igual, y en el caso del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, en el momento de aumentar la pena a imponer, se realizó por el incremento de la criminalidad en la ciudad capital de Guatemala, sus municipios y otros departamentos cercanos como: Escuintla, Santa Rosa y Chimaltenango, pero, no se consideró que en la región de oriente de nuestro país, la mayoría de personas portan armas de fuego no con un propósito de cometer actos ilícitos, sino por costumbre o tradición, su error consiste en no realizar el trámite para obtener la licencia correspondiente, por lo que, de acuerdo con el tercer considerando del Decreto 15-2009, es necesario regular las formas y medios por los cuales una persona puede ejercitar este derecho, pero no es por medio del aumento de la pena desmedida como el Estado provee la solución.

Otro ejemplo relacionado con el principio de la adecuación social en la regulación de este tipo de delitos, es que, no obstante, haberse prohibido penalmente en la Ley de Armas y Municiones, la ostentación pública del arma de fuego llevándola a la vista de los demás, esta práctica continúa campante en todo el Oriente y otras partes del país, al grado de que las fuerzas de seguridad han tolerado esta costumbre tan arraigada en nuestra cultura "machista" pues son raras y excepcionales las veces en que detienen a una persona en estas circunstancias.

Al contrastar las funciones y fines de la pena, tal como lo sintetizamos líneas arriba, con el incremento realizado a la pena que corresponde al delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de uso civil y/o deportivas, resulta del todo innegable que tales postulados doctrinales respecto de la punición, fueron ignorados por el legislador, cuando decidió aumentar aproximadamente en un ochocientos por ciento, el mínimo y el máximo de la pena del delito referido.



4.4.2 En cuanto a los principios de lesividad y proporcionalidad

Con los ejemplos anotados en el apartado 4.3 de este capítulo, se establece que se vulneran los principios de proporcionalidad, lesividad y otros principios que deben observarse en el momento de la incriminación penal, que serán analizados a continuación. La incriminación es el procedimiento por medio del cual el Estado selecciona las conductas antisociales que lesionan bienes jurídicos, para prohibirlas, pero debe basarse en los principios de: legalidad, proporcionalidad, lesividad, culpabilidad e intervención mínima.

El tipo penal tiene como fin, describir una conducta prohibida que conlleva la imposición de una pena, lo cual implica como ya se ha mencionado, una privación de bienes jurídicos de la persona sindicada de un delito y en el caso de la pena de prisión, este bien jurídico es la libertad individual. El Estado para cumplir con el deber de proteger a la persona, debe respetar la libertad del hombre, limitando la ingerencia de agencias de control penal, solo a aquellos sectores de la sociedad que requieran una tutela, atendiendo a la jerarquía de bienes jurídicos, toda vez que entre los bienes jurídicos protegidos existen unos de mayor relevancia que otros y se debe atender a la relevancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; de la misma manera, se debe considerar en qué momento el bien ha sido lesionado y en qué momento únicamente ha sido puesto en peligro, porque aunque en cualquier delito las acciones van en detrimento del sujeto pasivo del delito se debe considerar cuando el delito es consumado y cuando es en grado de tentativa para asignar la pena que proporcionalmente le corresponda según el grado de ejecución, o en el mejor de los casos, si no existe ni lesión ni puesta en peligro, sino que el delito es la realización de una mera actividad que, por sí misma, es incapaz de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, no debe incriminarse.

El jurista alemán Claus Roxin señala que un Derecho Penal propio de un Estado democrático de derecho, solo puede proteger bienes jurídicos. De allí, la exigencia de



una sustancial restricción de la punibilidad en el sentido de que solo pueden protegerse por medio del Derecho Penal, bienes jurídicos, entendidos como condiciones vitales necesarias para el libre desarrollo del individuo en el marco del sistema social. Este criterio coincide con la del autor Bustos Ramírez quien señala que el poder de restringir un derecho fundamental, como lo es la libertad individual de las personas, a través de la tipificación de una conducta penal, encuentra como límite el reconocimiento de la calidad de persona de todo ser humano, su libertad en el ejercicio de sus derechos, en la medida en que no perjudiquen derechos ajenos. Este principio se conoce como “*nullum crimen sine injuria*” o principio de lesividad por medio del cual no hay delito sin afectación de un bien jurídico, y exige que la acción se exteriorice y que sea idónea para la afectación de un bien jurídico. Pero, además, exige que la intervención del Derecho Penal atienda a la entidad del daño causado y al grado de culpabilidad del infractor, en la creación de las normas penales. De ello se puede derivar la ilegitimidad de castigar las conductas humanas catalogadas como “de mera actividad” con la misma gravedad que para aquellas que lesionan gravemente bienes jurídicos.

Por otro lado, el Principio de Fragmentariedad, que forma parte del principio de mínima intervención, impide la protección penal de todo tipo de intereses, en otras palabras, la función protectora del bien jurídico, no debe ser exagerada sino limitarse a bienes fundamentales. Refiriéndome nuevamente al delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, este lo podemos ubicar en la clasificación de los delitos de mera actividad y la subclasificación de delitos de peligro abstracto, es decir, de un peligro vago o impreciso en cuanto a la posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico, más bien es un delito de peligro “ficto”, o sea producto de una ficción legal, por lo tanto, el delito objeto de estudio y todos los delitos de mera actividad deben ser sometidos a una crítica disolvente, o sea que debe analizarse si es necesario que continúen tipificados como delitos o que puedan ser prevenidos más efectivamente a través de medidas protectoras de tipo administrativo.

De la lectura del Artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones, no puede establecerse cuál es el peligro que conlleva hacia el bien jurídico, pero si se determina que comete



este delito quien porte armas de fuego, es decir, debe llevar más de un arma para incurrir en este delito, pero en la práctica se somete a proceso y se sanciona a una persona que lleva solo un arma, lo cual viola el principio de legalidad toda vez que la norma define cuales van a ser los actos u omisiones que se van a conocer dentro del proceso penal.

Todo lo arriba analizado es con el fin de no incurrir en un Derecho Penal autoritario o modelo subjetivista del que habla el autor Ferrajoli, que, a su vez, da lugar a un Derecho Penal de autor y/o de animo, en donde el fundamento de la pena no es la culpabilidad sino la peligrosidad del sujeto, su ser perverso o su desobediencia al estado y todas las formas de delitos donde se ha prescindido de un resultado, los delitos de peligro abstracto y todas las figuras típicas en donde se puede presumir, de derecho, la relación de causalidad como es el caso del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas. Y el autor Zaffaroni concluye que una ley que pretenda penalizar un hecho que no lesiona o no pone en peligro un derecho ajeno, es un acto que lesiona el modelo de estado de derecho, por ello cabe rechazar la idea de bien jurídico tutelado y sostener el concepto limitativo de bien jurídico afectado como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere una entidad mínima de afectación excluyendo las bagatelas o afectaciones insignificantes.

Con lo expuesto anteriormente no se está tratando de decir que el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas sea un delito de afectación insignificante, porque no se trata de ir a extremos que no se ajusten a la realidad que se vive en nuestro país donde sabemos que el 85 % de los homicidios y víctimas de lesiones son por proyectil de armas de fuego, de lo que se trata es que el delito sea penado de acuerdo con los principios de proporcionalidad y lesividad, asignándole una pena de prisión que sea menor a los delitos más graves que se han mencionado en los ejemplos arriba indicados y a ejemplo de las normas de derecho comparado analizadas, se impongan penas que coadyuven con los fines de las mismas, como multas, comiso de armas y servicios comunitarios.



Resumiendo lo expuesto en los párrafos que preceden, en cuanto a la inobservancia de los principios objeto de estudio podemos afirmar:

Principio de Lesividad

El principio de lesividad, derivado de la Constitución, exige, a prima fase, no solo una acción, sino una acción externa, idónea para la afectación de un bien jurídico. Mientras no se exteriorice la acción, el Derecho Penal no puede intervenir. Pero, además de ello, exige también que la intervención del Derecho Penal atienda a la entidad del daño causado y al grado de culpabilidad del infractor, en la creación y aplicación de las normas penales.

Al realizar el análisis del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas en contraste con este principio, lo haré iniciando por indicar que la Constitución política de la República de Guatemala en su Artículo 38, reconoce el derecho de tenencia de armas de uso personal y el derecho de portación de armas, regulado por la ley. Por su parte, la Ley de Armas y Municiones en sus Artículos 70 y 72 regula: con autorización de la DIGECAM, los ciudadanos guatemaltecos y extranjeros, podrán portar armas de fuego de las permitidas por la presente ley; los ciudadanos para portar armas de fuego, deben obtener previamente la licencia de portación. Luego señala los datos que debe contener el formulario de solicitud, los documentos que debe acompañar y el pago de la tarifa respectiva. Además, se indica en el Artículo 75 de la misma ley que el solicitante debe aprobar la evaluación que demuestre que tiene aptitud para el manejo de armas.

Podemos darnos cuenta, entonces, que la sanción que se establece para este delito es por no cumplir con el trámite administrativo arriba indicado para obtener la licencia que lo autorice para portar un arma de fuego; dicho en otras palabras, se sanciona por el hecho de la desobediencia a las normas mencionadas, por el hecho que su voluntad es contraria a la norma, pero sin ninguna afectación a bien jurídico alguno, con lo cual



establecemos que caemos en el Derecho Penal de ánimo a que se refiere el autor Ferrajoli.

Sería pues, un delito de mera desobediencia y estaría fuera de los límites dentro de los cuales el Derecho Penal está legitimado para actuar.

Con la exigencia de afección al bien jurídico para la constatación del injusto, se excluye toda posibilidad de castigar basados únicamente en el desvalor de la acción, cuando esta no lesiona o pone en peligro (inminente) un bien jurídico tutelado.

De ello se puede derivar la ilegitimidad de castigar las conductas humanas catalogadas como “de mera actividad” con la misma gravedad que para aquellas que lesionan gravemente bienes jurídicos, que es lo que ocurre, precisamente, en la legislación guatemalteca, con la promulgación de la actual Ley de Armas y Municiones, en la que se castiga el delito de Portación Ilegal de Armas de Uso, Civil y/o Deportivas, con no menos de ocho años de prisión, sin que exista un bien jurídico vital lesionado o puesto en peligro.

Podemos concluir, con toda certeza, que el incremento a la pena contemplada para el delito de Portación Ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas que antes era entre un mínimo de tres meses y un máximo de Un año, y ahora es de un mínimo de ocho años y un máximo de diez años, es contrario, conculca y niega rotundamente el principio de lesividad consagrado en nuestra Constitución Política, y en los Tratados y Convenciones Internacionales en materia de derechos humanos.

El principio de Proporcionalidad

La proporcionalidad como principio del Derecho Penal tiene dos estadios de aplicación u observancia: Uno) Desde el establecimiento por parte del Estado de las conductas ilícitas relevantes para el Derecho Penal, y la consecuencia jurídica para cada delito; y Dos) Desde la facultad del juez (intérprete de la ley) para dosificar la pena en el caso



concreto, de acuerdo con los parámetros de aplicación del Artículo 65 del Código Penal dentro del marco penal preestablecido.

Ambos estadios de aplicación de este principio deben llevar implícitas, el primero la observancia de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados respecto de la gravedad de las penas a imponer y el segundo, la posibilidad del juzgador de dosificar la intensidad (o gravedad) de la pena, dentro de un mínimo y máximo, en cada caso concreto, atendiendo a todas aquellas circunstancias o parámetros establecidos en el Artículo 65 del Código Penal o también a la posibilidad de aplicar los sustitutos sustantivos penales de la prisión, como beneficios alternativos que propicien la rehabilitación del infractor y la interiorización de las normas penales.

Si bien es cierto, en el presente trabajo de tesis, el estudio y la investigación se centra principalmente en el primer estadio, es decir, la facultad del Estado de seleccionar las conductas relevantes penalmente, y su correspondiente consecuencia jurídico penal, no por ello se deja de lado el análisis necesario del margen que el legislador le impone al juzgador para la dosimetría de la pena o la aplicación de los sustitutos sustantivos penales.

Esto es así, porque como nos damos cuenta, en el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, como lo contempla la legislación vigente, se ha dejado poco o nada de margen al juez para aplicar la norma sustantiva con parámetros de dosificación que satisfagan el valor justicia en la imposición de la pena, con el cual se viola el principio de culpabilidad. Al aplicarse una pena por demás desproporcionada sin que el juez establezca cuál es el resultado de la acción, porque no lo hay.

Hemos establecido que el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, es un delito de mera actividad, porque carece de un resultado lesivo para un bien jurídico tutelado cualquiera que este sea, y lo que se sanciona es la mera desobediencia a una norma prohibitiva. Asentimos con Lorenzo Copello que, entonces, no solo estaremos ante un delito sin resultado, sino también, ante una



conducta punible sin referencia alguna a un desvalor de resultado. Este delito (de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas), que inequívocamente puede calificarse como de 'simple actividad' carece de toda justificación en un ordenamiento penal, orientado a la protección de bienes jurídicos y, por lo mismo, etiquetarle una gravedad que intrínsecamente no posee, es construir artificiosamente una figura penal grave, como una ficción legal de naturaleza impositiva propia de los estados fascistas de antaño.

Por lo tanto, y reiterando que con los ejemplos plasmados en el punto número 4.3 del presente trabajo de investigación, podemos concluir sin lugar a equívocos, que al imponerse a este delito de mera actividad, una pena superior a los delitos de resultado y contrastarlo con el principio de proporcionalidad, tal como quedó asentado en el marco teórico conceptual del presente trabajo de tesis, que el incremento de la pena al delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, es contrario a aquellos tres pilares del Derecho Penal, (los fines de la pena y los principios de lesividad y proporcionalidad del Derecho Penal) y ante el propio fracaso del Estado en el combate del delito como fenómeno social se sacrifican valores sostenidos por nuestra sociedad como lo son la justicia, la unidad familiar, la resocialización del delincuente, y la jerarquía de valor de los bienes jurídicos tutelados, en aras de justificar una política criminal irracional forjada en el crisol de la impaciencia y de la ineficacia estatal.

Propuesta de reforma del Artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala

Al haberse establecido que en la actual legislación se incrementó la pena del delito de portación ilegal de armas de uso civil y/o deportivas, en franca contradicción de los principios de proporcionalidad y lesividad, la lógica consecuencia es requerir al Congreso de la República de Guatemala que en uso de las facultades que le confiere la Constitución política de la República de Guatemala, introduzca a dicha ley las reformas necesarias que se ajusten a los postulados mencionados, sin perjuicio de que también



analice si debe continuar la incriminación de esta conducta o regularla por otros medios no penales.

Para la reforma del Artículo 123 de la Ley de armas y municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, se propone que la pena de prisión no supere los tres años, toda vez que con ello se pretende que dicha pena no supere la pena de otros delitos de resultado como los mencionados en los ejemplos de este trabajo de investigación, para evitar la violación de los principios ya enunciados. Conjuntamente se viabiliza la posibilidad de aplicación de otras salidas alternas de las contempladas en el Código Procesal Penal, dentro de las cuales se pueden imponer reglas de abstención como: la prohibición de obtención de la licencia de portación de armas durante el tiempo de cumplimiento de tales reglas; con ello se evitaría, a su vez, la desintegración familiar y la pena de prisión de los responsables de este delito y, por ende, los vejámenes de los reos, la corrupción, el hacinamiento y los gastos excesivos en alimentación tanto de reos como de personal del sistema penitenciario, así como de infraestructura.

Con el fin de no degradar frente a la sociedad al condenado por este delito, se propone imponer, además, como pena, una multa de mil a tres mil quetzales que la graduará el juez de acuerdo con la capacidad económica del inculpado en la forma establecida en el Artículo 53 del Código Penal, con lo cual se persigue que el condenado continúe cumpliendo con sus actividades rutinarias en vez de constituir una carga para el Estado.

En caso de insolvencia y para evitar nuevamente la privación de libertad por esta razón, se impondrá la obligación de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades, en periodos de diez horas semanales por seis meses.

Finalmente, y con el fin de paliar la proliferación de armas de fuego en la sociedad guatemalteca que ponen en riesgo la vida e integridad física de sus habitantes, así como erradicar el tráfico ilícito de armas de fuego, se debe imponer la pena del comiso de las armas de fuego, aun cuando se otorgue una salida alterna del proceso, tal como



lo establece el Artículo 60 del Código Penal y toda vez que el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas supone que no se encuentran amparadas ni registradas.

Es importante hacer mención que con la redacción actual del delito objeto de estudio, en el momento de encuadrar la conducta de un sindicado a este tipo penal, se vulnera el principio de legalidad, el cual exige que toda conducta reprimible penalmente debe encontrarse previa e inequívocamente detallada en la ley de la materia. Dicho principio ha sido elevado a rango constitucional tal como lo establece el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala. La importancia de dicho mandato es fijar un límite jurídico al poder de persecución penal por parte del Estado, creando certeza legal en los ciudadanos quienes deben tener total seguridad acerca de cuál es la conducta que el Estado reprime. “Sin embargo, el verbo rector en del delito de tenencia ilegal de armas de fuego requiere "... portar... armas...", es decir, exige un dominio o posesión permanente de más de un arma. Por lo que resulta ilegal que se condene a una persona que tiene en su poder una sola arma de fuego y por lo tanto debe también contemplarse esta circunstancia en la reforma de este artículo”¹⁸⁹.

El Artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2099 del Congreso de la República de Guatemala, según la propuesta de reforma quedaría de la siguiente manera:

Comete delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva, quién sin la licencia de la DIGECAM, porte arma de fuego de las clasificadas en esta ley como de uso civil y/o deportivas o de ambas clases.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años, multa de mil a tres mil quetzales y comiso del o las armas. En caso de insolvencia se impondrá la obligación de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de

¹⁸⁹ <http://www.monografias.com/trabajos89/delito-tenencia-ilegal-armas/delito-tenencia-ilegal-armas2.shtml>

bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades, en periodos de diez horas semanales por seis meses.





CONCLUSIONES

1. Después de realizar el análisis jurídico del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas contenido en la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, en contraste con los Principios de proporcionalidad y de lesividad que se derivan de la Constitución Política de la República de Guatemala, se ha establecido que el desproporcionado incremento de las penas en este delito, vulnera tales principios constitucionales. Tal incremento no ha logrado la disminución de la proliferación de armas de fuego en la sociedad guatemalteca, según las estadísticas del Organismo Judicial. Por lo tanto, es imprescindible introducir en dicha ley la reforma del Artículo 123 que regula este delito, asignando una pena que se ajuste a los postulados mencionados o, en su caso, regularlo por otros medios no penales.
2. Con el presente trabajo de investigación, se determina que en otras legislaciones estudiadas, es decir, en el Derecho Comparado, no existe el mismo fenómeno legislativo, del aumento de las penas a los delitos contemplados en las respectivas leyes de armas, y en específico: al delito de portación ilegal de armas de fuego, pese a que Las leyes de armas en México son de las más estrictas del mundo y que el ambiente relacionado con la criminalidad, violencia y/o delincuencia en los países centroamericanos son similares a la situación que se vive en Guatemala. Por ello, se deben considerar las distintas sanciones que imponen los diversos ordenamientos jurídicos de Centro América y México, en la regulación del mencionado delito, tales como trabajo de utilidad pública, multas y comiso de las armas, que coadyuvarían a reducir los costos de reclusión, los vejámenes que sufren los inculpados y, a su vez, se logra la resocialización de quienes incurren en este delito.



3. El incremento desproporcionado de la pena asignada para el delito objeto de estudio, conculca los derechos garantizados en la Constitución Política de la República, causando como efectos colaterales: a) la prisión para los autores de un delito de mera actividad, equiparándolo a delitos de resultado por la gravedad de la pena; b) La negación de los fines rehabilitadores de la pena, en proporción al delito cometido; c) La incidencia social de la desintegración familiar del penado, por la falta de aplicación de soluciones alternativas a la pena de prisión.



BIBLIOGRAFÍA

1. Busto Ramírez, Juan Manuel. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Barcelona: Editorial Trotta, 1999
2. Solorio Banda, Daniel. *La función de la pena*. Revista “Realidad Jurídica”, Vol. 3. No.1-2004
3. Jescheck, Hans H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1981.
4. *Santiago Mir Puig Función de la pena y teoría del delito en el Estado*, Barcelona: Editorial Bosch, 1982
5. Heiko H. Lesch. *La función de la pena*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. Madrid, España. Editotal Dykinson, 1999
6. J.M. Silva Sánchez, aparece citado en: *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito Enrique Peñaranda Ramos. Doxa. p.289*
7. G, Jakobs aparece citado en el trabajo de *Enrique Peñaranda Ramos. Doxa p. 291*
8. Bacigalupo, Enrique; *Manual de Derecho Penal*; Bogotá: Editorial Temis, 1998.
9. Hirsch, Andrew von; “Prevención general positiva y reprobación”, Conferencia dictada en el Seminario de Derecho Penal en el Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2005, traducción Enrique Bacigalupo.
10. Buteler, Enrique, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, obra dirigida por Carlos Lascano. Argentina. Editorial Advocatus, 2000.



11. Roxin, Claus – *Derecho Penal Parte General* –Tomo I- Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito- Madrid: Ed. Civitas S. A. 1997.
12. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal parte general*, 2ª. Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995
13. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, 2ª. edición Bogotá, Colombia, Editorial Temis S. A., 2004
14. De la Mata Amaya, José. *Teoría del Delito*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo República Dominicana, 2007.
15. Machicado Jorge, Clasificación del delito, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/3/clasificación-del-delito.html>
16. María Acale Sánchez, Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_07.pdf
17. Lorenzo Copello, *Derecho Penal*, 1992; citado por la autora Acalé Sánchez.
18. Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª. Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. 1999
19. De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. *Derecho Penal Guatemalteco* 7ª. Edición, Guatemala: Imprenta Centroamericana. 1995
20. Paz y Paz Claudia, Tema I, Política Criminal, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª. Edición, Guatemala: Serviprensa S. A. 2005
21. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, S. A. 1995.
22. Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias Jurídicas del delito*, 4ª. Edición revisada. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1996.



23. Diez Ripollés, José Luis Coordinador. *Manual de Derecho Penal Guatemala*. Parte General, Guatemala: Impresos Industriales, S. A., 2001.
24. Mapelli Caffarena, Borja. *Las consecuencias Jurídicas del Delito*. 3ª. Edición. España: Editorial Civitas, S.A., 1996.
25. Neuman - Irurzun; *La sociedad carcelaria*; 4ta. reimpresión; EE.UU., Universidad de Texas: Editorial Depalma. 1984.
26. Luigi Ferrajoli, Profesor de Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho en la Università degli Studi Roma Tre. Revista Nuevo Foro Penal No. 79, julio-diciembre 2012, Universidad EAFIT.
27. Jakobs, Gunther. *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid: Civitas. 2003.
28. Parma, Carlos. *Derecho Penal Posmoderno*, Perú: Editorial ARA, 2005.
29. Rodríguez Barillas, Alejandro, Binder Alberto y Ramírez Silvana, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª. Edición, Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.
30. Zafarroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal parte general*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina: EDIAR S.A. 2000.
31. <http://es.Wikipedia.org/wiki/Derecho-comparado>.
32. <http://www.monografias.com/trabajos89/teoria-delincuencia-y-pena/teoria-delincuencia-y-pena2.shtml#ixzz3ArUXQf7e>
33. <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/>



LEYES

1. Constitución Política de la República de Guatemala
2. Ley de Armas y Municiones (Decreto 39-89 derogado)
3. Ley de Armas y Municiones (Decreto 15-2009 vigente)
4. Decreto N° 655 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Ley de control y regulación de Armas, Municiones, Explosivos y Artículos similares.
5. La Ley de Armas y Explosivos, Decreto 7530 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.
6. Ley 510 de la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. Ley Especial para el control y regulación de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.
7. Decreto número 30-2000 Ley de Control de armas, municiones, explosivos y otros similares de Honduras.
8. http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/El_Salvador/SV_Reglamento_de_Control_de_Armas.pdf



ANEXOS



DECRETO NÚMERO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

CONSIDERANDO

Que la Constitución política de la republica de Guatemala establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común y su deber es garantizar a los habitantes de la republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

CONSIDERANDO:

Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades.

CONSIDERANDO:

Que la Constitución política de la Republica de Guatemala reconoce el derecho de tenencia y portación de armas de uso personal no prohibidas de conformidad con lo regulado en la ley específica.

CONSIDERANDO:

Que para el cumplimiento de los fines de la pena, deben considerarse también los valores como: la justicia, la unidad familiar, la resocialización del delincuente, y la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados, así como los principios del derecho penal derivados de la Constitución política de la republica de Guatemala y de los tratados en materia de Derechos humanos.



POR TANTO:

En el ejercicio de sus atribuciones que le confiere el artículo 171 literal a) de la constitución política de la Republica de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA A LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES, DECRETO 15-2009 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.

Artículo 1. Se reforma el artículo 123, el cual queda así:

Comete delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva, quién sin la licencia de la DIGECAM, porte **arma de fuego** de las clasificadas en esta ley como de uso civil y/o deportivas o de ambas clases.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años, multa de mil a tres mil quetzales y comiso de las armas. En caso de insolvencia se impondrá la obligación de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades, en periodos de diez horas semanales por seis meses.

Artículo 2. El presente Decreto entrara en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACION Y PUBLICACION.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL CATORCE DE FEBRERO DE DOS MIL QUINCE.

CASOS INGRESADOS POR DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DECRETOS 39-89, EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL RAMO PENAL DE ZACAPA, CHIQUIMULA Y EL PROGRESO, CORRESPONDIENTE AL AÑO 2007

LEY	ARTÍCULO	ZACAPA	CHIQUIMULA	EL PROGRESO
1	102.- (DEROGADO) REPARACIÓN DE ARMAS NO REGISTRADAS	1	0	0
1	85.- (DEROGADO) FABRICACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	1	0	0
9	90.- (DEROGADO) EXPORTACIÓN ILEGAL DE MUNICIONES PARA ARMAS DE FUEGO	9	0	0
0	93.- (DEROGADO) TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO OFENSIVAS, EXPLOSIVOS, ARMAS QUÍMICAS, BIOLÓGICAS, ATÓMICAS, TRAMPAS Y ARMAS EXPERIMENTALES	0	2	0
0	94.- (DEROGADO) DEPÓSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DEFENSIVAS Y/O DEPORTIVAS	0	1	0
0	95.- (DEROGADO) TENENCIA Y DEPÓSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO OFENSIVAS, EXPLOSIVOS, ARMAS QUÍMICAS, BIOLÓGICAS, ATÓMICAS, TRAMPAS Y ARMAS EXPERIMENTALES	0	2	0
2	97.- (DEROGADO) PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS BLANCAS OFENSIVAS	2	0	0
40	97A.- (DEROGADO) PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DEFENSIVAS Y/O DEPORTIVAS	40	97	41
0	97C.- (DEROGADO) PORTACIÓN ILEGAL DE EXPLOSIVOS, ARMAS QUÍMICAS, BIOLÓGICAS, ATÓMICAS, TRAMPAS BÉLICAS Y ARMAS EXPERIMENTALES	0	0	2
2	98.- (DEROGADO) TENENCIA DE ARMERÍA ILEGAL	2	0	0
TOTAL		55	102	43

Fuente: formato estadístico Penal-2

Observaciones: los datos incluyen casos ingresados en los juzgados de paz, primera instancia ramo mixto, primera instancia penal, narcotráfico y delitos contra el ambiente y tribunales de sentencia penal y juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal. Procesamiento de la información el día 14 de marzo 2014



CASOS INGRESADOS POR DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DECRETO 39-89, EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL RAMO PENAL DE ZACAPA, CHIQUIMULA Y EL PROGRESO CORRESPONDIENTE AL AÑO 2008

LEY	ARTÍCULO	ZACAPA	CHIQUIMULA	EL PROGRESO
LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DECRETO NÚMERO 39-89 (DEROGADO POR DTO. 15-2009)	85.- (DEROGADO) FABRICACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	3	0	0
	86.- (DEROGADO) FABRICACIÓN ILEGAL DE MUNICIONES PARA ARMAS DE FUEGO	0	27	0
	91.- (DEROGADO) TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	7	0	1
	92.- (DEROGADO) TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES PARA ARMAS DE FUEGO	7	0	1
	93.- (DEROGADO) TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO OFENSIVAS, EXPLOSIVOS, ARMAS QUÍMICAS, BIOLÓGICAS, ATÓMICAS, TRAMPAS Y ARMAS EXPERIMENTALES	7	0	1
	95.- (DEROGADO) TENENCIA Y DEPÓSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO OFENSIVAS, EXPLOSIVOS, ARMAS QUÍMICAS, BIOLÓGICAS, ATÓMICAS, TRAMPAS Y ARMAS EXPERIMENTALES	0	1	0
	96.- (DEROGADO) TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES PARA ARMAS DE FUEGO	3	0	0
	97.- (DEROGADO) PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS BLANCAS OFENSIVAS	0	4	0
	97A.- (DEROGADO) PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DEFENSIVAS Y/O DEPORTIVAS	104	158	80
	97B.- (DEROGADO) PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO OFENSIVAS	3	0	0
	97C.- (DEROGADO) PORTACIÓN ILEGAL DE EXPLOSIVOS, ARMAS QUÍMICAS, BIOLÓGICAS, ATÓMICAS, TRAMPAS BELICAS Y ARMAS EXPERIMENTALES	0	0	2
TOTAL		134	190	85

Fuente: Formato estadístico Penal-2

Observaciones: los datos incluyen casos ingresados en los juzgados de paz, primera instancia ramo mixto, primera instancia penal, primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente y tribunales de sentencia penal y juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal. Procesamiento de la información el día 14 de marzo 2014



CASOS INGRESADOS POR DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DECRETOS 15-2009, EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL RAMO PENAL DE ZACAPA, CHIQUIMULA Y EL PROGRESO CORRESPONDIENTE AL AÑO 2009

LEY	ARTÍCULO	ZACAPA	CHIQUIMULA	EL PROGRESO
LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DTO. 15-2009	108- FABRICACIÓN ILEGAL DE MUNICIONES 112 - TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO ESTADO EXPI... 113 - TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO ARTESANALES O HECHIZAS, ARMAS CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, ARMAS CON NÚMERO BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA... 114 - TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES 115 - DEPÓSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS 119 - TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES 122 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS BLANCAS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO 123 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS 124 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS HECHIZAS O DE FABRICACIÓN ARTESANAL 125 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS, O DE SU EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO 127 - DISPAROS SIN CAUSA JUSTIFICADA 128 - PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO EN ESTADO EMBRIAGUEZ O BAJO EFECTOS DE DROGAS, ESTUPEFACIENTES O BARBITÚRICOS 130 - FALTA DE LA PORTACIÓN DE UN ARMA DE FUEGO SIN LA LICENCIA CORRESPONDIENTE 131 - FALTA PORTACIÓN OSTENSIVA DE ARMA DE FUEGO 132 - FALTA EN LA PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON LICENCIA VENCIDA 134 - MODIFICACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	0 3 1 1 0 0 0 51 0 0 15 3 2 6 1	12 0 0 0 0 0 0 97 2 1 11 7 0 0 1 0 0	0 0 0 0 0 6 50 2 0 9 15 1 5 0 0 0
TOTAL		83	133	88

Fuente: formato estadístico Penal-2
Observaciones: los datos incluyen casos ingresados en los juzgados de paz, primera instancia ramo mixto, primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente y tribunales de sentencia penal y juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal.
Procesamiento el día 14 de marzo 2014



CASOS INGRESADOS POR DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DICTADO 15-2009, EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL RAMO PENAL DE ZACAPA, CHIQUIMULA Y EL PROCESO, CORRESPONDIENTE AL AÑO 2010

LEY	ARTÍCULO	ZACAPA	CHIQUIMULA	EL PROCESO
LEY DE ARMAS Y MUNICIONES D.T.O. 15-2009	112 - TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO, EXPL...	1	0	0
	113 - TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO ARTESANALES O HECHIZAS, ARMAS CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, ARMAS CON NÚMERO BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA.	5	4	1
	114 - TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES	6	0	1
	115 - DEPÓSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	0	0	2
	118 - TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	0	0	1
	119 - TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES	1	0	0
	122 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS BLANCAS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO	0	0	5
	123 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	112	160	57
	124 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS HECHIZAS O DE FABRICACIÓN ARTESANAL	10	2	0
	125 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS, O DE SU EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO	0	1	0
	127 - DISPAROS SIN CAUSA JUSTIFICADA	21	19	16
	128 - PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO EN ESTADO EMBRIAGUEZ O BAJO EFECTOS DE DROGAS ESTUPEFACIENTES O BARBITÚRICOS	20	9	14
	129 - TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM	4	0	0
	130 - FALTA DE LA PORTACIÓN DE UN ARMA DE FUEGO SIN LA LICENCIA CORRESPONDIENTE	5	3	1
	131 - FALTA PORTACIÓN OSTENTOSA DE ARMA DE FUEGO	5	1	5
	132 - FALTA EN LA PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON LICENCIA VENCIDA	2	1	1
	134 - MODIFICACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	1	0	0
TOTAL		193	200	104

Fuente: formato estadístico Penal-2
 Observaciones: los datos incluyen casos ingresados en los juzgados de paz primera instancia ramo mixto, primera instancia penal narcosociedad y delitos contra el ambiente y tribunal de sentencia penal y juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal.
 Procesamiento de la información el día 14 de marzo de 2014



CASOS INGRESADOS POR DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DECRETOS 15-2009, EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL RAMO PENAL DE ZACAPA, CHIQUIMULA Y EL PROGRESO CORRESPONDIENTE AL AÑO 2011

LEY	ARTÍCULO	ZACAPA	CHIQUIMULA	EL PROGRESO
LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DTO. 15-2009	112.- TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO ESTADO. EXPL-MARCADA-	3	0	0
	113.- TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO ARTESANALES O HECHIZAS. ARMAS CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, ARMAS CON NÚMERO BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA-	2	0	0
	114.- TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES	1	0	0
	118.- TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	1	5	4
	119.- TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES	1	7	2
	120.- TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES	0	1	0
	121.- TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES	0	2	0
	122.- PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS BLANCAS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO	1	0	3
	123.- PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	52	194	65
	124.- PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS HECHIZAS O DE FABRICACIÓN ARTESANAL	3	1	0
	125.- PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE SU EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO	0	4	0
	126.- PORTACIÓN ILEGAL DE EXPLOSIVOS, ARMAS QUÍMICAS BIOLÓGICAS, ATÓMICAS, TRAMPAS BÉLICAS Y ARMAS EXPERIMENTALES	0	0	3
	127.- DISPAROS SIN CAUSA JUSTIFICADA	12	45	30
	128.- PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO EN ESTADO EMBRIAGUEZ O BAJO EFECTOS DE DROGAS, ESTUPEFACIENTES O BARBITÚRICOS	12	21	8
	131.- FALTA DE PORTACIÓN OBTENTOSA DE ARMA DE FUEGO	1	0	2
	132.- FALTA EN LA PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON LICENCIA VENCIDA	0	0	1
	105.- VENTA ILEGAL DE EXPLOSIVOS	0	0	1
TOTAL		89	280	119

Fuente: formato estadístico Penal-2
 Observaciones: los datos incluyen casos ingresados en los juzgados de paz, primera instancia ramo mixto, primera instancia penal, tribunales de sentencia penal y juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal.
 Procesamiento de la información el día 14 de marzo de 2014





CASOS INGRESADOS POR DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DECRETO 15-2009, EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL RAMO PENAL DE ZACAPA, CHIQUIMULA Y EL PROGRESO CORRESPONDIENTE AL AÑO 2012

LEY	ARTÍCULO	ZACAPA	CHIQUIMULA	EL PROGRESO
LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DTO. 15-2009	112.- TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO, EXP. MARCANAL	5	2	1
	113.- TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO ARTESANALES O HECHIZAS, ARMAS CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, ARMAS CON NÚMERO BORRADO O NO LEGALMENTE MARCANAL	1	1	2
	114.- TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES	0	4	2
	115.- DEPÓSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	5	1	1
	118.- TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO	0	2	3
	119.- TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES	1	2	1
	120.- TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES	0	3	0
	121.- TRÁNSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES	1	0	0
	122.- PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS BLANCAS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO	0	1	0
	123.- PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS	46	198	75
	124.- PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS HECHIZAS O DE FABRICACIÓN ARTESANAL	1	7	0
	125.- PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS, O DE SU EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO	1	3	0
	126.- PORTACIÓN ILEGAL DE EXPLOSIVOS, ARMAS QUÍMICAS, BIOLÓGICAS, ATÓMICAS, TRAMPAS BÉLICAS Y ARMAS EXPERIMENTALES	1	1	2
	127.- DISPAROS SIN CAUSA JUSTIFICADA	10	29	24
	128.- PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO EN ESTADO EMBRIAGUEZ O BAJO EFECTOS DE DROGAS, ESTUPEFACIENTES O BARBITÚRICOS	6	20	10
	131.- FALTA, PORTACIÓN OSTENTOSA DE ARMA DE FUEGO	0	5	3
	132.- FALTA EN LA PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON LICENCIA VENCIDA	0	2	0
	102.- EXPORTACIÓN ILEGAL DE MUNICIONES PARA ARMAS DE FUEGO	1	0	0
	116.- DEPÓSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS, O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO, EXP.	0	5	0
	117.- TENENCIA DE ARMENÍA ILEGAL	0	1	0
TOTAL		79	267	124

Fuente: formato estadístico Penal-2
 Observaciones: los datos incluyen casos ingresados en los juzgados de paz, primera instancia ramo mixto, primera instancia penal, narcosactividad y delitos contra el ambiente y tribunales de sentencia penal y juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal.
 Procesamiento de la información el día 14 de marzo 2014

CASOS INGRESADOS POR DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DECRETO 15-2009, EN LOS ORGANOS JURISDICCIONALES DEL RAMO PENAL DE ZACAPA, CHIQUIMULA Y EL PROGRESO, CORRESPONDIENTE AL AÑO 2013.

LEY	ARTÍCULO	ZACAPA	CHIQUIMULA	EL PROGRESO
LEY DE ARMAS Y MUNICIONES DTO. 15-2009	112 - TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO, EXPL... 113 - TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO ARTESANALES O HECHIZAS, ARMAS CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO, ARMAS CON NÚMERO BORRADO O NO LEGALMENTE MARCADA... 114 - TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES 118 - TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO 119 - TRANSPORTE Y/O TRASLADO ILEGAL DE MUNICIONES 121 - TRÁNSITO ILÍCITO DE AMRAS DE FUEGO O MUNICIONES 123 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS 124 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS HECHIZAS O DE FABRICACIÓN ARTESANAL 125 - PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS, O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO 127 - DISPAROS SIN CAUSA JUSTIFICADA 128 - PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO EN ESTADO EMBRIAGUEZ O BAJO EFECTOS DE DROGAS, ESTUPEFACIENTES O BARBITÚNICOS 129 - TENENCIA O PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON NÚMERO DE REGISTRO ALTERADO O NO LEGALMENTE MARCADA POR LA DIGECAM 131 - FALTA PORTACIÓN OSTENTOSA DE ARMA DE FUEGO 132 - FALTA EN LA PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO CON LICENCIA VENCIDA 116 - DEPÓSITO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO BÉLICAS, O DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA O DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO, EXPL.	3 0 2 1 0 117 2 3 15 10 0 3 0 0 1	1 2 2 3 1 0 165 6 1 42 21 1 7 6 2	1 0 1 3 1 1 51 0 0 16 13 0 2 0 0
TOTAL		157	260	89

Fuente: formato estadístico Penal-2
Observaciones: los datos incluyen casos ingresados en los juzgados de paz, primera instancia ramo mixto, primera instancia penal, macroactividad y delitos contra el ambiente y tribunales de sentencia penal y juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal.
Procesamiento de la información el día 14 de marzo de 2014.



