

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



**ANÁLISIS DE LAS PENAS EN EL DELITO
DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**

LICENCIADO

JULIO BONIFACIO BAQUIAX BULUX

GUATEMALA, JUNIO DE 2016

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

**ANÁLISIS DE LAS PENAS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO U OTROS
ACTIVOS**

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 BONIFACIO BAQUIAX BULUX

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

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

Guatemala, junio de 2016



**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. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
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**

PRESIDENTA: Dra. Blanca Odilia Alfaro Guerra
VOCAL: Dr. José Gustavo Girón Palles
SECRETARIA: Dra. Sonia Judith Alvarado

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, 18 de septiembre de 2015.

M. Sc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetuosamente me dirijo a usted en mi calidad de tutor de tesis del Licenciado JULIO BONIFACIO BAQUIAX BULUX, de Maestría en Derecho Penal y al respecto presento el siguiente dictamen:

En el tema investigado "ANÁLISIS DE LAS PENAS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y OTROS ACTIVOS", se inquirió sobre la incongruencia de los fines y principios de la pena en un Estado democrático, con el tipo penal de Lavado de dinero u otros activos, que tiene asignadas penas múltiples (prisión, multa, decomiso de la cantidad de dinero incautada, y publicación de la sentencia) y cuando el condenado no cuenta con los recursos económicos para el pago de la multa, esta se convierte en prisión.

Demostó un buen uso del método científico desde la recolección de información, la comprobación de la hipótesis de trabajo, y una buena exposición en la conceptualización y generalización de su informe final. Asimismo, un análisis adecuado de los datos consultados en la bibliografía.

El investigador, realizó análisis de sentencias condenatorias ejecutoriadas por el delito de Lavado de Dinero y otros Activos, por lo que la consulta en fuentes primarias le permitió cumplir con los objetivos de la investigación y arribar a conclusiones precisas. La hipótesis de trabajo fue analizada en relación al problema abordado y se comprobó en forma coherente con la consistencia científica y técnicas pertinentes.

El marco teórico, incluye lo relacionado con las consecuencias jurídicas del delito, el tipo penal de Lavado de Dinero u otros activos y hasta arriba a un estudio del derecho comparado especialmente en cuanto al bien jurídico tutelado, y las penas que establecen las diversas legislaciones latinoamericanas. No está demás indicar que inicialmente el tema se intituló "Sistema de Penas Mixtas en el Código Penal, hacia un sistema de pena Democrática", pero se reestructuró el trabajo y al final cambió al título "Análisis de las penas en el delito de Lavado de dinero y otros activos", de acuerdo a la resolución D.E.E.P. D.P. 103-2015 de fecha 11 de los corrientes emitida por el Director de la Escuela de Estudios de Postgrado de esta Unidad Académica.

Todo lo anteriormente expuesto, razonado y analizado, me conduce a considerar que el trabajo de tesis de maestría presentado por el postulante, además de cumplir con todas las exigencias que impone la legislación universitaria y desarrollarse conforme el marco metodológico adecuado, constituye un esfuerzo de investigación importante y propio del tercer nivel de educación superior, por lo cual emito mi **dictamen favorable**.

Atentamente,

Armando Santizo Ruiz
Licenciado
Armando Santizo Ruiz
Abogado y Notario

Armando Santizo Ruiz
M. Sc. Armando Santizo Ruiz
Tutor

"Id y enseñad a todos"

Guatemala, 22 de abril de 2016

Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**ANÁLISIS DE LAS PENAS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO
U OTROS ACTIVOS**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Julio Bonifacio Baquix Bulux, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



~~Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450~~

~~Gladys Tobar Aguilar
Colegiada 1450~~

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 mayo del dos mil dieciséis.-----

En vista de que el Lic. Julio Bonifacio Baquix Bulux, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 50-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ANÁLISIS DE LAS PENAS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS”**. 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





ACTO QUE DEDICO

A DIOS: “Porque da la sabiduría, y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia”. Proverbios 2.6

A MIS PADRES: Juan Lázaro Baquix y Manuela Cipriana Bulux (Q.E.P.D.)
Por inculcarme principios y valores que contribuyeron alcanzar mis éxitos

A MIS SUEGROS: José Ángel Yax y Petrona Juliana Velásquez, por su aprecio.

A MI ESPOSA: María del Carmen Yax Velásquez, por su comprensión e Incondicional apoyo.

A MIS HIJOS: Lic. Yonathan Alexander, Dr. Juan José, Ingrid Manuela, Zulmy Jeanteh Baquix Yax.
Por ser ellos la razón de mi vida y de mí lucha cotidiana.

A MI NIETA: Katery Julieth.
Por ser la alegría de mi familia.

A MIS HERMANAS: Angelina, Juana, Florida,
Por su cariño y apoyo espiritual.



A MIS SOBRINOS: Orlando Raúl, Julio Armando, María del Carmen.
Por su respeto y cariño.

A MIS CUÑADOS: Francisco, Guillermo, José, Edith.
Por su respeto y cariño.

A MI HERMANO

ESPIRITUAL: Pedro Cutz, en especial.

A MIS COMPAÑEROS

DE TRABAJO Y AMIGOS: Con especial aprecio.

A MI CANTÓN: Mi recordado Cantón Juchanep, Totonicapán,
tierra que me vio nacer.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Alma Mather de Estudios Superiores y artífice de mi formación profesional.



ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	
FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL	
1.1. Costes y fines	1
1.2. Legitimación o justificación del derecho penal.	2
1.3. Justificación externa e interna del derecho penal.....	3
1.3.1 ¿Cuándo castigar?	4
1.3.3 ¿Cómo castigar?	6
1.4. El <i>Ius Puniendi</i>	9
1.4.1 <i>Ius Puniendi</i> en un Estado social y democrático	14
1.4.2 El estado social y democrático de derecho como fundamento del <i>Ius puniendi</i>	17
1.4.2. El principio de legalidad como exigencia del estado de derecho.....	18
1.4.2.1 Origen y sentido político	18
1.4.2.2 Garantías del principio de legalidad.....	21
1.4.2.3 Prohibición de la analogía	24
1.5. Límites del <i>Ius puniendi</i> en un Estado social.....	26
1.5.1 El principio de utilidad de la intervención penal	26
1.5.2 Principio de subsidiaridad y carácter fragmentario del derecho penal.....	27
1.6. Límites del <i>Ius puniendi</i> en un Estado democrático.....	28
1.6.1 El principio de humanidad de las penas	31
1.6.2 El principio de culpabilidad	33
1.6.3 El principio de proporcionalidad.....	36
1.6.4 El principio de resocialización.....	37
1.7. Principios limitadores del poder punitivo del Estado.....	44



1.7.1	Principio de mínima intervención.....	
1.7.2	Principio de última ratio	
1.7.3	Principio de subsidiariedad.....	45
1.7.4	Principio de equidad	47
1.7.5	Principio de igualdad	48
1.7.6	Principio de conocimiento de la ley.....	49
1.7.7	Protección de bienes jurídicas.....	50
1.7.8	Principio de legalidad de la pena.....	52
1.7.9	Principio de proporcionalidad de la pena.....	53
1.8.	Características de un derecho penal democrático.....	54
1.8.1	La pena es un mal	54
1.8.2	La pena es un mal necesario.....	55
1.8.3	La pena debe estar prevista por la ley.....	56
1.8.4	La pena ha de ser ejecutada conforme a la ley	58
1.8.5	La pena se impone al responsable de un delito	58
1.8.6	La pena está dirigida hacia la prevención del delito	59

CAPÍTULO II

LA PENA

2.1.	Definición de la pena	61
2.2.	La pena como consecuencia jurídica del delito	63
2.2.3.	Características de la pena	66
2.3.1	Legalidad	67
2.3.2	Proporcionalidad.....	68
2.3.3	Individualidad.....	69
2.3.4	Irrevocabilidad	70
2.3.5	Aflictividad	70
2.3.6	Publicidad	71
2.3.7	Personal	72



2.3.8	Necesaria y suficiente.....	
2.3.9	Pronta e ineludible	
2.4.	Función y fines de la pena.....	74
2.4.1	Función.....	75
2.4.2	Fines de la pena	76
2.5.	Función de la pena en un Estado liberal.....	77
2.6.	Función de la pena en un Estado social	79
2.7.	Función de la pena en un Estado democrático de derecho.....	80

CAPÍTULO III

TEORÍAS QUE JUSTIFICAN LA PENA

3.1.	Las teorías absolutas.....	85
3.2.	Las teorías relativas.....	91
3.3.	División de las teorías absolutas y relativas	96
3.3.1	Teorías de la pena más reconocidas.....	97
3.3.2	Prevención general y prevención especial	101
3.3.2.1	Prevención general.....	103
3.3.2.1.1	Definición.....	103
3.3.2.1.2	Origen.....	104
3.3.2.1.3	Clases.....	105
3.3.2.2	Prevención especial.....	112
3.3.2.2.1	Definición.....	112
3.3.2.2.2	Origen.....	115
3.3.2.2.3	Clases.....	116
3.4.	Teorías mixtas o de la unión.....	119
3.5.	La Teoría unificadora retributiva	122
3.6.	La Teoría unificadora preventiva	123
3.7.	La Teoría agnóstica de la pena	124
3.8.	Teorías de la pena adoptado por el sistema penal.....	126



CAPÍTULO IV

CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

4.1. Clases de penas según la doctrina.....	129
4.1.1 Atendiendo al fin que se proponen alcanzar.....	129
4.1.1.1 Intimidatorios	129
4.1.1.2 Correccionales o reformatorias.....	130
4.1.1.3 Eliminatorias	130
4.1.2 Atendiendo al bien jurídico que privan o restringen.....	131
4.1.2.1 Pena capital.....	131
4.1.2.2 Privación al derecho de libertad ambulatoria.....	132
4.1.2.3 Pena restrictiva de libertad	134
4.1.2.4 Pena restrictiva de derechos	134
4.1.2.5 Pena pecuniaria.....	135
4.1.2.6 Penas infamantes	136
4.1.2.7 Penas aflictivas.....	136
4.1.3 Atendiendo a su magnitud	137
4.1.3.1 Penas fijas o rígidas	137
4.1.3.2 Penas variables, flexibles o divisibles.....	137
4.1.3.3 Pena mixta o cumulativas y alternativas.....	138
4.1.3.4 Penas originarias y sustitutivas	140
4.1.4 Atendiendo a su importancia	142
4.1.4.1 Penas principales	142
4.1.4.2 Penas accesorias	142
4.2. El Sistema de penas en la legislación guatemalteca	143
4.2.1 La Pena de muerte	143
4.2.2 La Pena de prisión.....	147
4.2.3 La Pena de multa	148



4.3. Las penas accesorias en el código penal de Guatemala	
4.3.1 Inhabilitación absoluta	
4.3.2 Inhabilitación especial.....	150
4.3.3 Comiso	150
4.4. Los sustitutivos	151
4.4.1 Sustitutivos penales “restrictivos” de libertad.....	152
4.4.1.1 La semilibertad	152
4.4.1.2 El arresto de fin de semana	153
4.4.1.3 El confinamiento	154
4.4.1.4 El arresto domiciliario	154
4.4.1.5 Servicios comunitarios.....	154
4.4.2 Sustitutivos penales “no privativos” de libertad.....	155
4.4.2.1 Las sanciones pecuniarias	155
4.4.2.2 Deportación o destierro	156
4.4.2.3 La amonestación	156
4.4.2.4 La condena condicional.....	156
4.4.2.5 La <i>Probation</i>	156
4.4.2.6 La <i>Parole</i>	157
4.4.2.7 El <i>Sursis</i>	158
4.5 Sustitutivos penales en el código penal guatemalteco	160
4.5.1 Suspensión condicional de la pena	160
4.5.2 Libertad condicional y anticipada.....	160
4.5.3 El perdón judicial	162
4.6. Las medidas de seguridad.....	163
4.6.1 Finalidad de las medidas de seguridad	165
4.6.2 Características de las medidas de seguridad.....	166
4.7. Diferencias entre penas y medidas de seguridad.....	171
4.8. Medidas de seguridad contenidas en el código penal guatemalteco.....	172
4.9. Determinación de la pena.....	174
4.9.1 Generalidades	174
4.9.2 Concepto	176



4.9.3	Sistemas y fases de determinación de la pena	
4.9.4	La Individualización de la pena.....	
4.9.4.1	Concepto de la individualización de la pena.....	181
4.9.5	Fases de la Individualización de la pena	182
4.9.5.1	Individualización legal de la pena	182
4.9.5.2	Individualización judicial	182
4.9.5.3	Individualización ejecutiva	187
4.9.6	La finalidad de la individualización de la pena.....	190
4.9.7	Criterio para la individualización de la pena por el juez.....	190
4.9.8	Los parámetros que deben servir para aplicar la pena en un Estado democrático	191
4.9.8.1	La pena que corresponda dentro de un máximo y mínimo señalado por la ley para cada delito	192
4.9.8.2	La mayor o menor peligrosidad del culpable.....	192
4.9.8.3	Peligrosidad.....	193
4.9.8.4	Peligrosidad del culpable.....	193
4.9.8.5	Los antecedentes personales de éste y de la víctima.....	195
4.9.8.6	Los antecedentes personales del culpable.....	197
4.9.8.7	El móvil del delito.....	204
4.9.8.8	La extensión o intensidad del daño causado.....	205
4.9.8.9	Principios que afectan la sanción penal.....	205
4.9.8.10	Las Circunstancias atenuantes y agravantes que concurren.....	212



CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LAS PENAS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA

5.1. Antecedentes del delito	217
5.2. Concepto legal del delito de lavado de dinero u otros activos	221
5.3. Elementos del delito de lavado de dinero u otros activos	224
5.3.1 Elementos objetivos.....	225
5.3.2 Elementos subjetivos.....	229
5.4. Bien jurídico tutelado del delito de lavado de dinero u otros activos	232
5.5. Consecuencia jurídica del delito de lavado de dinero u otros activos.....	233
5.6. El delito de lavado de dinero u otros activos en el derecho comparado	244
5.6.1 En la legislación de Argentina	244
5.6.2 En la legislación de Chile.....	247
5.6.3 El lavado de dinero en Colombia.....	250
5.6.4 El lavado de dinero y otros activos en Costa Rica.....	253
5.6.6 El delito de lavado de dinero en el Estado Federal de México.....	257
5.7. Cuadro comparativo del delito de lavado de dinero en el derecho comparado.....	262
5.8. Interpretación del cuadro comparativo del delito de lavado de dinero en el derecho comparado.....	263
5.9.1 Interpretación del cuadro de sentencias.	266
5.10. Cuadro de sentencias condenatorias por el delito de lavado de dinero u otros activos en Guatemala.....	272
5.11. Principios vulnerados en la regulación y aplicación de la pena, en el delito de lavado de dinero u otros activos, en el sistema penal guatemalteco.....	274
5.11.1 Principio de proporcionalidad	274
5.11.2 Principio de resocialización	275



5.11.3	Principio de dignidad humana	280
5.11.4	Principio de equidad	280
5.12.	Interpretación de resultados	280
CONCLUSIONES.....		287
BIBLIOGRAFIA.....		288



INTRODUCCIÓN

La pena como instrumento legal que utiliza el Estado, para llevar a cabo el control social y garantizar el orden y la paz entre sus habitantes, constituye un medio de manifestación del poder punitivo del Estado, *Ius Puniendi*, que representa la reacción del Estado ante el fenómeno llamado delito, mediante el ejercicio del poder judicial, por medio de los jueces de sentencia, previo debido proceso, para determinar la pena como medio de reproche para el restablecimiento del orden social.

Actualmente, la pena se ha considerado como un instrumento de retribución o castigo en la persona del delincuente, justificando su aplicación como un merecido castigo, como expiación de la conducta delictiva y, de esa forma, su contenido, su función y finalidad han sido aplicadas de una manera superficial y no se le ha dado la mayor importancia en su formulación y creación en las normas penales, por parte del legislador, como también en su determinación aplicación y ejecución.

El Derecho Penal en un Estado democrático y de derecho, debe garantizar la protección de los derechos fundamentales de la persona frente al poder arbitrario del Estado y, de esa forma, la justicia puede ser el sustento de la democracia en un Estado de derecho. La pena debe estar justificada en su regulación, determinación, aplicación y ejecución, con base en principios filosóficos de prevención y resocialización, sustentada en una política criminal congruente con



los principios constitucionales. En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República, en el Artículo 19, sustenta un fin resocializador de la pena.

La presente investigación tiene como propósito analizar las penas y determinar la humanización o no de las mismas y si constituye un medio para el fin de la resocialización de la persona, de las penas contenidas en el Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, al regular el delito de lavado de dinero u otros activos, tipo penal al que se le ha asignado la pena privativa de libertad de seis a veinte años inconvertibles, más una multa igual del valor de los bienes, instrumentos o productos objetos del delito, el comiso o, en su defecto, la extinción de dominio, el pago de costas y gastos procesales; y la publicación de la sentencia. Sin embargo, en caso de impago de la multa, esta se convertirá en prisión a razón de cinco a cien quetzales diarios, lo que se conoce en doctrina como la prisión ampliada. Con base en esta consideración, en la presente investigación formulé el planteamiento.

¿Es congruente con los fines y principios de la pena en un Estado democrático, que en el delito de lavado de dinero u otros activos, la sanción sea de prisión y multa, además del decomiso y/o extinción de dominio de la cantidad de dinero incautada, cuando el condenado no cuenta con los recursos económicos para el pago de la multa, esta se convierta en prisión? Para dar respuesta a la interrogante mediante la investigación fue realizado un estudio, doctrinario, jurídico y práctico de algunas sentencias emitidas en Guatemala, en relación con este tipo penal.



El presente trabajo de investigación se ha desarrollado en cinco capítulos a saber.

El primer capítulo relaciona la fundamentación del Derecho Penal para definir el catálogo de delitos en un sistema jurídico penal, es decir, el deber ser, el sometimiento a un proceso de juzgamiento penal y la limitación de los derechos fundamentales de la persona mediante la aplicación de las penas. Así como la justificación del poder punitivo del Estado, y las características del derecho penal en un Estado democrático de derecho.

El segundo capítulo enfoca lo relacionado con algunas definiciones doctrinarias de la pena, las características de la pena como el principio de personalidad, de legalidad, proporcionalidad, humanidad, flexibilidad. La función de la pena, así como la finalidad de la pena, especialmente la resocialización de la persona que cumple una sanción penal, para su reinserción en la sociedad, como lo establece el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El tercer capítulo trata de las teorías que explican la justificación de la pena, conocidas como las teorías absolutas, relativas y mixtas; asimismo, el pensamiento filosófico moderno en relación con la teoría agnóstica de la pena. Es importante considerar estas teorías porque permiten ilustrar las diferentes posturas para determinar las justificación de la pena, también permite relacionarlo con el sistema penal guatemalteco, para determinar la teoría adoptada en este sistema.



El cuarto capítulo se refiere a la clasificación de las penas, relacionadas con la afectación de un bien jurídico del penado, ya sea en su esfera personal, patrimonial o un derecho real sobre él o, en su caso, al ejercicio de un derecho político e incluso en el ejercicio de alguna profesión; estos bienes jurídicos, se ven limitados por el Estado desde el momento que una persona es declarada responsable de un hecho criminal, por un juez o tribunal, clasificación que la doctrina ilustra dependiendo el bien jurídico que se limita, el fin que persigue, así como la magnitud de la pena, y la clasificación de la pena en el sistema jurídico guatemalteco.

En el quinto capítulo se desarrolla el contenido de las penas determinadas por el legislador en el delito de lavado de dinero u otros activos, específicamente, en lo relacionado con las penas asignadas, cuando el responsable es una persona individual, con la finalidad de ilustrar que las penas asignadas en este tipo de delitos son mixtas y que a la luz de la doctrina y de la Constitución vulneran derechos fundamentales que el Estado reconoce y garantiza para la persona individual en Guatemala y que constriñen en relación con principios constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como con las finalidades asignadas a la pena en la Constitución Política de la República y por la doctrina. Los antecedentes de este delito y la regulación en el Derecho Comparado así como el análisis de algunas sentencias emitidas en Guatemala en relación con este tipo penal.



En las conclusiones, el lector podrá advertir si las penas en el delito de lavado de dinero cumplen el fin de resocializar a la persona y si dichas penas son humanas o inhumanas.

Con el deseo de motivar a los profesionales del Derecho y contribuir a la visión de la Escuela de Estudios de Postgrados de la Tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala, así como lograr el convencimiento de la honorable terna examinadora, me permito presentar el presente tema.



CAPÍTULO I

1. Fundamentos del Derecho Penal

1.1 Costes y fines

El Derecho Penal constituye una técnica de definición, comprobación o represión de la desviación, que se manifiesta como restricciones o constricciones sobre las personas potencialmente desviadas o de las que se sospecha o son condenados como responsables de hechos penales. Las restricciones son tres como lo ilustra la doctrina. “La primera restricción consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por lo tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. La segunda consiste en el sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. La tercera consiste en la represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones.”¹

El conjunto de constricciones enumeradas constituyen para el Estado un coste que debe justificarse. En el caso práctico de Guatemala, representa un alto costo la emisión de una ley penal por el Organismo Legislativo, los sueldos de los diputados y dietas por asistir a sesiones, el costo que representa el proceso penal en el juzgamiento de una persona, consistente en el sueldo de jueces, auxiliares judiciales, fiscales, auxiliares fiscales y defensa pública, pero además de esto el costo que representa el cumplimiento de la pena de la persona en los centros de rehabilitación o cumplimiento de penas. Las restricciones recaen no solo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes.

¹ L. Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A. 1995. Pág. 209.



“Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni solo aquellos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena; no todos ellos porque muchos se sustraen al juicio y más aún a la condena ; ni solo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y facilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial.”²

En el caso de personas inocentes, que por error judicial o alguna circunstancia se encuentran cumpliendo una condena injusta, también representa un gasto no solo oneroso para el Estado, sino que también un grado de afectación de derechos fundamentales reconocidos por el mismo Estado y la injusticia representan un alto costo en el funcionamiento concreto de cualquier sistema penal.

No se descarta el caso donde algunas personas son procesadas injustamente y, por error, podrían ser condenados. Esta circunstancia no escapa de la realidad, toda vez que el sistema podría fallar.

1. 2. Legitimación o justificación del Derecho Penal

La regulación de la pena como institución jurídica debe ser justificada, así como su aplicación. “El problema de la legitimación o justificación del Derecho Penal, consiguientemente, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del Estado de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar que puede llegar hasta el *ius vitae ac necis*, la necesidad, la manifestación más violenta, más

² Íbidem. Pág. 209



seriamente lesiva de los interés fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de generar en arbitrariedad.” “La falta de correspondencia entre culpables, procesados y condenados y en particular la “cifra de la injusticia” formada por los castigos aun involuntarios de inocentes crea por otra parte complicaciones gravísimas y usualmente ignoradas con relación con el problema de la justificación de la pena y del Derecho Penal.”³

Es decir, que el Derecho Penal se justifica por el poder que el Estado ostenta mediante su soberanía delegada por el pueblo, como lo regula el Artículo 142 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Esta justificación es utilizada, en algunos casos, para cometer arbitrariedad vulnerando derechos fundamentales de las personas, es decir, que se confunde realmente la justificación del Derecho Penal.

El autor citado expone que la justificación del Derecho Penal, muchas veces, se confunde con el problema del garantismo. No obstante, esta conjunción se desliga, de los modelos normativos de derecho y de proceso penal que se escojan y de su funcionamiento efectivo.

1.3 Justificación externa e interna del Derecho Penal

El pensamiento jurídico filosófico, al tratar el tema de las razones del Derecho Penal, estudia la estructura normativa del Estado de Derecho, y para justificar la pena, explica una justificación desde un punto de vista normativo externo y un punto de vista interno. “Por legitimación externa o justificación del Derecho Penal

³ Ibidem. Pág. 210



se entiende a principios normativos externos al Derecho Positivo, es decir a criterios de valoración morales o políticas o de utilidad de tipo o meta jurídico. Por legitimación interna se entiende por el contrario la legitimación del Derecho Penal por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto por valoración jurídica o si se quiere *intra* jurídico”.⁴

El sistema penal se considera legítimo desde un punto de vista externo, si esta se ajusta cuando responda a los motivos de su aplicación por consideraciones sociales políticas o morales. Estas consideraciones se consideran legítimas desde un punto de vista interno si su aplicación de normas es válida, es decir, que estén conforme al Derecho Positivo, o sea, si guarda congruencia con la constitución.

Acerca de la justificación o legitimación del Derecho Penal, el maestro Ferrajoli se formula interrogantes que permiten comprender la justificación de este instituto penal, expresado mediante máximas que en nuestro medio se conocen como principios. Las interrogantes que se plantea el maestro Ferrajoli son las siguientes:

1.3.1 ¿Cuándo castigar?

Esta interrogante representa el principio de retribución de la conducta de la persona que ha cometido un hecho criminal reprochable por el Estado.

“La respuesta que se da generalmente a esta pregunta por parte del pensamiento jurídico filosófico es la expresada por la máxima *nullum poena sine crimine*, que constituye un axioma de nuestro sistema. La pena según este principio formulado nítidamente las célebres definiciones de Grocio, Pufendorf y Thomasius, es una

⁴ L. Ferrajoli. Ob. Cit. Pág. 213.



sanción infligida *ob malum actionis*, o *antegressi delicti*, o *propter delictum*, esto es, aplicable cuando se haya cometido un delito que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica.”⁵

Este principio explica que la pena es una sanción motivada. Se trata del principio de retribución que es la primera garantía del Derecho Penal, puesto que a los que infringen la norma penal deberá de imponérseles el castigo conforme a su culpabilidad; se castiga la conducta reprochable por la sociedad, es decir, la conducta regulada por una ley penal, y es necesaria la existencia de la descripción legal del hecho para que sea considerado delito. Este principio permite la garantía de seguridad jurídica de la persona humana, y es una manifestación concreta del principio de legalidad estipulada en el Artículo 17 de nuestra Constitución Política. Es conocido por la doctrina como principio de mera legalidad como primer postulado del Derecho Positivo. El autor indica que, en este caso, la pena no es un *prius* es un *posterius*, es decir, no es de carácter preventivo en virtud de que su aplicación no es anterior a la comisión del hecho; se trata de una mera retribución por su aplicación posdelictual.

Es por ello que surge como garantía el carácter retributivo de la pena, y en palabras del autor: “nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho, y no por lo que es, sirve para excluir al margen de cualquier posible finalidad preventiva o de cualquier modo utilitarista el castigo de inocente solo hay pena para la trasgresión de la ley.”⁶ No obstante, resulta cuestionable lo planteado referente a la prevención general de los delitos respecto de aquellos sujetos a los cuales no son motivados por esa prevención general. Pero también el carácter retributivo constituye el castigo de la acción ilícita de una persona, es decir que el Derecho Penal en ese sentido es de acto y no de autor.

⁵ *Ibidem* Pág. 368

⁶ *Ibidem* Pág. 369.



1.3.2 ¿Cómo castigar?

Se hace necesario citar los principios de necesidad y humanidad en la forma de llevar a cabo el castigo, como consecuencia de un hecho ilícito, es decir, cómo se debe castigar o, en otras palabras, de qué forma se debe penar una conducta criminal; sin embargo, según el devenir histórico, esta institución penal ha variado según su regulación jurídica y el sustento jurídico que se le ha dado.

El ilustre jurista italiano Luigi Ferrajoli se basa en la premisa de la abolición de la pena de prisión. Surge en el devenir histórico como respuesta y evolución a los argumentos “monótonos” que justifican la aplicación de penas largas y excesivas como la pena de muerte o la pena de prisión: la justa retribución y la prevención, tanto general como especial, que incluso han llevado a considerar a las penas en general como una especie de contraprestación o precio del delito, pero que en ningún momento toman en cuenta principios de carácter moral como la inviolabilidad incondicional de la vida humana o que la intensidad de la pena deba ser “suficiente” para efecto de evitar que el condenado sea reducido a la condición de cosa, es decir, un medio y no un fin en sí mismo.

“La historia de las penas es vergonzosa, no lo es menos la historia del pensamiento jurídico y filosófico en materia de penas que no lleva poca responsabilidad por los errores cometidos, por omisión, por no haber levantado su voz nunca, hasta el siglo de las luces, contra la inhumanidad de las penas.” “Los argumentos son monótonamente los mismos: la justa retribución, la intimidación, la defensa social, la idea de la sociedad como organismo del que está bien amputar el órgano infectado”⁷

La historia de las penas representa la forma inhumana de aplicación de las mismas, como tener que privar de un miembro del cuerpo de la persona

⁷ Ídem. Pág. 387



responsable del delito y según con esto se está retribuyendo el mal causado al responsable del hecho criminal. No cabe duda de que el Derecho Penal en la historia de la humanidad ha sido inhumano, vulnerando derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, las penas, como una consecuencia jurídica de un hecho calificado como delito, no debería servir como instrumento del Estado, con la justificación de mantener un orden social o control social, si no que la existencia del Derecho debe constituir límites también para el poder penal del Estado, porque, como expone Dworkín, “El Derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno.”⁸

No se puede soslayar la necesidad que tiene el Estado de ejercer un control social mediante el Derecho Penal, pero este debe ser con base en parámetros de humanidad. Debe considerarse que la pena no simplemente viene a legitimar el poder punitivo que tiene el Estado, solo por cumplir el fin de este y vulnerar un derecho fundamental, es decir; no podría decirse que un interés colectivo legitima la vulneración de un derecho individual.

Los principios de Proporcionalidad, Equidad y Certeza de las penas. El problema del cómo y el cuándo castigar la pena nos lleva analizar la interrogante ¿cuánta pena?, que ha resultado objeto de estudio de diferentes autores a lo largo del tiempo, para establecer la medida y proporcionalidad en el momento de determinar la pena.

El autor toma como base y fundamento para la función de la pena el principio de proporcionalidad, aplicado desde la fase de la amenaza legal, en el sentido que la

⁸ R. Dworkín. *Los Derechos En Serio*. Barcelona, España: Editorial Planeta, S.A. 1984. Pág. 17



pena debe asumir una relación de congruencia y adecuación con respecto al delito; es decir que la ponderación de la fijación de la pena debe tener relación con el mal causado por el delito, es decir, que va a depender del bien jurídico que ha sido lesionado por la conducta ilícita; así debe ser la pena que se aplica, para que exista proporcionalidad y, consecuentemente, equidad en el momento de la aplicación de la pena.

“Pero ¿En qué deben consistir los males penales, y en qué forma y medida se justifica su irrogación? Me parece que este problema, aquí abordado bajo la pregunta ¿Cómo castigar?, debe ser articulado en sub problema: el de la calidad y el de la cantidad de la pena.” “La misma aparente igualdad entre pena y delito perseguido por el talión, que al menos en abstracto debería garantizar la igualdad del tratamiento de desigualdad social que hasta el siglo pasado animó a la cultura no sólo política si no filosófica.”⁹

Se entiende que una pena debe responder a una ponderación de la afectación del bien jurídico tutelado por el derecho, es decir debe responder a una relación proporcional o equitativa, tanto en calidad de la pena como en la calidad del bien jurídico afectado por el hecho criminal, a manera de la pena que cumpla su fin, es decir que la pena funcione como un medio resocializador. Se busca que el penado recupere la conciencia de su actitud, pero mediante el análisis que haga, acerca del porqué está cumpliendo la pena, cómo debería comportarse en el futuro y enfrentarse nuevamente al medio social.

Es importante considerar, lo expuesto por el maestro Ferrajoli a cerca que, en el tema de la pena, el principio de igualdad constituye una garantía que debe observarse, a mi criterio en el momento de que el legislador regula una pena, debe ponderar entre la calidad de la pena y la del bien jurídico afectado por el delito,

¹⁰L. Ferrajoli. Ob. Cit. Pág. 387



considerar el cumplimiento real del fin de la pena, pero además de eso también es necesario observar el principio de igualdad en la determinación de la pena por el juez sentenciador.

1. 4. El *ius puniendi*

Es la facultad del Estado para aplicar una pena o medida para seguridad, es decir, el derecho del Estado para sancionar por medio de los tribunales legalmente constituidos.

Concepto y características. “Dijimos que el Derecho Penal como conjunto de reglas o leyes, con el particular contenido que le hemos atribuido, delimita la potestad del Estado de castigar, esto es, de imponer penas; y como tal es legislativamente previa la *ius poeonale*, es decir, al conjunto de reglas penales que lo delimitan, y constituyen una facultad necesaria para que el Estado, como gobierno de la sociedad política, pueda ejercer eficientemente su función”.¹⁰

El concepto de Derecho Penal subjetivo está sujeto a las objeciones teóricas que se han hecho a la teoría del Derecho Subjetivo. “Sin embargo, el concepto de Derecho Penal subjetivo tiene un sentido correcto si se lo considera como el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado. Estas condiciones tienen carácter constitucional y, por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal.

Derecho Penal subjetivo de punir (*ius puniendi*) es la facultad del Estado de actuar de conformidad con las normas de derecho (Derecho Penal en sentido objetivo)

¹⁰ C. Creus. *Derecho Penal Parte General*. 3ra Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. 1994. Pág. 5



que garantizan el alcance de su fin punitivo y la pretensión de que otros (reos) actúen de acuerdo con lo que la misma norma los obliga por fuerza”.¹¹

El Estado actúa en su actividad punitiva conforme a las normas de los códigos penales, tanto ordinarias como especiales, pero estas leyes deben tener congruencia con normas constitucionales por constituir esta última la base fundamental del sistema jurídico guatemalteco.

El poder punitivo del Estado ha transitado por diferentes formas de ejercicio del mismo, con base en la historia de la humanidad en correspondencia con las diferentes etapas sociopolíticas de la sociedad, las que han enmarcado las formas de política criminal que el Estado ha asumido como respuesta al fenómeno criminal como medio de control social, al respecto, la doctrina expone las formas de manifestación del poder punitivo del Estado:

“El poder punitivo de la Revolución Mercantil siglo XIV: La característica diferencial del poder punitivo es la confiscación, o sea, la usurpación del puesto del damnificado o víctima por parte del señor (poder público) degradando a la persona lesionada o víctima a la condición de puro dato para la criminalización. Lo cierto es que desde el momento de la confiscación de la víctima el poder público adquirió una enorme capacidad de decisión (no de solución) en los conflictos y también de consiguiente arbitrariedad, dado que selecciona libremente a las personas las que en contados casos quiere ejercer el poder (...)”¹²

¹¹ E. Bacigalupo Z. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. 1996. Pág. 25

¹² A. G. Bidart Campos. *El enemigo en el Derecho Penal*. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. 2006 Pág. 20



Este momento histórico marca la importancia de criminalización que el Estado realiza para procesar a la persona criminal y deja a un lado a la víctima del delito, toma el poder penal con decisiones arbitrarias con la característica de seleccionar a quienes considera imponer su poder punitivo. Entiendo que el Estado le da respuesta al fenómeno delito, asumiendo una política criminal en forma despótica, es decir, desprovista de garantías de protección de los derechos fundamentales, pero marcadamente por distinción que el Estado hace en aplicación de ese poder punitivo hacia los extraños considerados enemigos y para los amigos o sus ciudadanos.

“El poder punitivo de la Revolución industrial: el panorama inquisitorial, más o menos puro se mantuvo hasta revolución industrial, que dio lugar a cambios que no borraron el control penal diferenciado, como no era tolerable continuar matándolos en las plazas, debieron buscarse otras formas de eliminación, lo que se logra encerrándolos en prisiones con altas. El poder punitivo en la periferia neocolonizada; Los colonizados debían trabajar para aprender a ser libres. El poder punitivo no tenía límites. Las leyes las redactaban juristas, y no podía dirigirse a los autócratas, a quienes sus escribas debían agrandar para no caer en desgracia, o el público ante el cual debían servir de propaganda. Solo secundariamente tendían a burocratizar la supresión de enemigos, que eran los extraños *hostis*. El nuevo autoritarismo *cool* del siglo XXI pasada la Segunda Guerra Mundial y la llamada Guerra Fría, el capital cambio su naturaleza con la globalización. En los años veinte del siglo pasado la fluencia de capital hacia Estados Unidos provocó también la de inmigrantes, seleccionados conforme a criterios racistas. El sistema penal norteamericano fue interesante en cuanto a penas no privativas de la libertad, la odiosa presencia de la pena de muerte llegó a su fin cuando, en 1972, la Corte suprema declaró su inconstitucionalidad. Además, ha cundido legislación penal que impone pena perpetua a quienes hayan cometidos tres o más delitos, o sea que restableció la relegación definitiva de los indeseables o enemigos violatorios del principio de proporcionalidad. En el



proceso penal el juicio se ha vuelto extraordinario, de modo que las garantías del jurado han sido suprimidas para las personas de escasos recursos económicos.”¹³

Según lo expuesto por el autor citado, el poder penal del Estado, a lo largo de la historia, ha marcado diferentes formas de ejercer ese poder, pero siempre en menoscabo de derechos fundamentales de la persona. Se ha caracterizado por que el poder penal ha sido selectivo para los destinatarios, es decir, a quienes va dirigida la aplicación del poder penal; se caracteriza por ser inquisitivo, y el control penal que ejerció el Estado fue diferencial entre los súbditos y destinatarios de ese poder, se suprimió la pena de muerte pero esta fue sustituida por la pena perpetua, es decir, no dejan de ser penas infamantes. Surgieron fenómenos criminales como el terrorismo, crimen organizado, corrupción, narcotráfico, entre otras, las cuales permiten habilitar el poder punitivo del Estado, tratándose de justificar la aplicación penal, en la mayoría de casos, en forma ilimitada. La situación antes descrita ha permitido que el Estado de derecho haya sido debilitado, caracterizándose, en la mayoría de casos, en que el Derecho Penal se ha basado en presunciones, peligrosidad social, lo que trae aparejada un alto porcentaje de prisión preventiva, es decir, presos sin condena.

“El Derecho Penal pre moderno se desarrolló en el pensamiento occidental, la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas públicas y, cuando esta sea irreversible sea eliminado, Protágoras sostenía una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un Derecho Penal diferencial, según la cual los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad”¹⁴

¹³ Ibídem. Pág. 45

¹⁴ Ibídem. Pág. 67.



De esa manera, en la época antigua, la persona responsable de un delito era considerada inferior o falta de capacidad para entender las ideas públicas, es decir, la paz y la armonía. Sin embargo, esa circunstancia hace al delincuente diferente de los demás, es decir, es marginado y no existía una política pública para reencauzarlo en la sociedad; al contrario, si este era incorregible, debía ser excluido de la sociedad, mediante penas infamantes o degradantes que sobrepasan pasa los límites de su persona humana.

La doctrina penal de la modernidad aporta aspectos muy elementales de tratamiento de la persona del delincuente: “El giro más importante del autoritarismo por vía del Derecho Penal de autor se produjo en el siglo XIX, cuando las clases industriales y comerciantes habían alcanzado la hegemonía social desplazando a la nobleza y al clero y por ende ya no necesitaba el discurso de contención del poder punitivo elaborado por los juristas y los filósofos, o sea el discurso penal liberal proveniente del iluminismo. Esta vuelta al inquisitivo la llevo a cabo el positivismo criminológico, que teorizo todo el Derecho Penal como derecho administrativo y todas las penas como medidas de coerción directa frente a peligrosos. Las expresiones más groseras de esta teorización de la peligrosidad y de la pretensión de la individualización óptica del enemigo pertenece a Rafael Garofalo, quien afirmaba que la ciencia penal tiene por objeto la defensa contra los enemigos naturales de la sociedad.

A finales del siglo diecinueve se teorizó un derecho penal para iguales y otro para extraños o enemigos, destinando a los primeros penas retributivas y a los segundos medidas administrativas que está con un pie en el penal y otro en la coerción administrativa directa, pues no responden a la gravedad del hecho, si no a derecho o penal de autor conforme a su peligrosidad positiva.



La garantía del Derecho Penal de acto se establece, al igual que todas las garantías, como un límite al poder punitivo, pero nada impide que haga Derecho Penal de autor para ejercer menor, poder punitivo que el señalado por la culpabilidad por el acto. “¹⁵

Llama mucho la atención la forma en que la doctrina fue incursionando en el trato que el poder penal le da a la persona del delincuente, las teorías implantadas por la doctrina, han sido muy determinantes en la forma como el Estado por medio del poder penal ha reaccionado. En la teoría del Derecho Penal de autor, a la persona se le aplicaba una medida de coerción por su peligrosidad social y esta misma es considerado enemigo natural de la sociedad, en este caso del Estado, su peligrosidad debe ser reprimida. Esta teoría que trató de reemplazar el Derecho Penal de acto, es decir, que el poder penal se dirigía a la acción de la persona, a quien constriñe la ley, es decir, la conducta ilícita de reproche. Esto último constituye una garantía de la persona humana ante el poder punitivo y, al mismo tiempo, un límite a este poder del Estado. A la fecha ha sido muy difícil su observancia, toda vez que imperan aún las teorías de la peligrosidad, del enemigo, y consecuentemente hay un sistema inquisitivo en el tratamiento de la persona del delincuente, pues se ha considerado que con el Derecho Penal puede el Estado obtener la paz social, lo cual es inaudito, toda vez que la criminalidad radica y tiene su origen en algunos otros aspectos, tales como, educación, oportunidades laborales, igualdad de oportunidades (...)

1.4.1 El *ius puniendi* en un Estado social y democrático

El *ius puniendi* representa la reacción del Estado ante el delito, que por medio del Organismo Judicial lleva a cabo los procedimientos establecidos en las leyes de la República de Guatemala para imponer una sanción penal y así restablecer el

¹⁵ A. G. Bidart Campos. Ob. Cit. Pág. 74.



orden jurídico social. Para el ejercicio de esa facultad que tiene el Estado, para darle respuesta a la criminalidad que perturba la paz social, el Estado ha adoptado mecanismo legales a fin de poder juzgar y castigar a los responsables de los hechos que son calificados como delitos y faltas. Estos mecanismos se dan mediante de los procedimientos establecidos en las leyes, en este caso, por la ley adjetiva penal, en aplicación de las leyes sustantivas penales, aplicados por los jueces que conocen de los juzgamientos de las personas a quienes se les inculpa conductas reprochables por el Estado, procedimientos que deben ser desarrollados por los juzgadores con observancia de garantías de derechos fundamentales de las personas sometidas a juicio penal.

“El Derecho Penal suele entenderse en dos sentidos distintos, objetivo y subjetivo. En sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. El Derecho Penal subjetivo también llamado derecho a castigar o *ius puniendi* es el derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho Penal objetivo.

El Derecho Penal subjetivo se identifica con el derecho a castigar, que significa el derecho o facultad del Estado para castigar. El *ius puniendi* sólo es potestativa del Estado, pues el único con facultad para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de una pena”.¹⁶

La facultad que tiene el Estado para crear normar penales y aplicarlas se debe al poder que los ciudadanos le han conferido, esta facultad del Estado debe utilizarlo con base en los límites establecidos en la Constitución, creando leyes penales con base en la realidad social, pero respetando la dignidad humana. De igual forma, al aplicar dichas normas penales, es necesario tomar en cuenta que el Estado de Guatemala es signataria de Instrumentos Internacionales que tutelan los Derechos Humanos.

¹⁶ S. Mir Puig. *Derecho Penal Parte General*. 4ta Edición. Barcelona: Editorial Ariel. 1996. Pág. 8



De esa manera, el Estado es el único ente encargado de regular penas para los delitos, y administrar justicia, a fin de evitar que la sociedad tome por sus manos la justicia. Actualmente esa facultad se ve debilitada por los linchamientos que se dan en algunos casos, toda vez que la sociedad guatemalteca ve, en la administración de justicia, un trámite lento en el juzgamiento de las personas, sin tomar en cuenta que muchas veces se debe a que en algunos casos el ente acusador no logra acreditar hechos en un juicio oral y público, y esto da como resultado la absolución del acusado de un hecho criminal. Esta circunstancia ha propiciado que la sociedad, en algunos casos, tome la justicia por sus propias manos, desde luego, que esta actitud no es justificable, pero de esa forma ha reaccionado la sociedad guatemalteca en algunos casos.

“El Derecho Penal objetivo o *ius poenale* se define como el conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos a quienes se les prohíbe, bajo la amenaza de una sanción, la realización o comisión de delitos”.¹⁷

Las normas que integran el sistema penal en su aspecto sustantivo, están regulados en un catálogo de figuras delictivas o supuestos de conductas en las que la persona podría caer mediante su acción cuyas consecuencias provocan su penalización. Esa regulación constituye como una advertencia a la sociedad para evitar incurrir en las acciones reguladas. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que no todas las personas comprenden el contenido o la magnitud, ni mucho menos, las consecuencias de un delito. En Guatemala, existe un alto índice de analfabetismo, y esto ha propiciado el desconocimiento de figuras delictivas, lo que sucede específicamente con el delito de lavado de dinero, pues algunos casos las personas son utilizadas en la operación de dicho ilícito penal.

¹⁷ E. López Betancourt. *Introducción al Derecho Penal*. Novena Edición. México: Editorial Porrúa Av. República Argentina. 2001. Págs. 65 y 66.



Claro está que, según la Ley del Organismo Judicial, no puede alegarse ignorancia del contenido de una norma, pero también es cierto que el Estado tiene la obligación de socializar el contenido de las mismas.

“Derecho Penal subjetivo es la expresión con que se designa el Derecho Subjetivo de penar correspondiente al Estado. El Derecho Penal subjetivo se opone, de esta manera, al Derecho Penal objetivo, es decir, al constituido por las manifestaciones concretas de aquella contenida en leyes penales”.¹⁸

El Derecho Objetivo, en Guatemala, está constituido por las leyes penales; en este caso, el Código Penal y las leyes especiales penales, tales como: la Ley contra la Narcoactividad, Ley contra el lavado de dinero u otros activos.

1.4.2 El estado social y democrático de derecho como fundamento del *ius puniendi* y sus límites

El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas, partiremos de la concepción del Estado social y democrático de derecho. El principio de estado de derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. Es decir, que el Estado actúa en su actividad punitiva con base en el marco de legalidad, es decir, que su función punitiva debe realizarla, con base en las normas establecidas en la Constitución Política y demás leyes, siempre en observancia de las garantías de los derechos fundamentales de la persona.

¹⁸ E. M. Bacigalupo Z. Ob. Cít. Pág. 25



La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria, para proteger a la sociedad. Ello implica varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga, en lo posible, a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano, que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian con respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación ciudadana. Es decir, el Derecho Penal constituye límites al derecho de libertad de acción, que constriñe con normas penales para proteger bienes jurídicos fundamentales.

1.4.2.1 El principio de legalidad como exigencia del Estado de derecho

1.4.2.1.1 Origen y sentido político

“La significación técnica del principio de legalidad, expresando en la reserva de ley penal, fue enunciada por Feuerbach con el aforismo latino *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*; si bien hoy suele formularse como *nullum crimen sine lege*.

El principio de legalidad continúa ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierten en garantía de seguridad jurídica del ciudadano, y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas. Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (*lex scripta*), la prohibición de analogía (*lex stricta*), el principio de irretroactividad (*lex praevia*), así como el principio *non bis in ídem*, en virtud del cual no pueden ser castigados unos mismos hechos más de una vez. El principio de legalidad ha sido calificado por algún autor como el eje dinámico de



todo Derecho Penal un tanto evolucionado; sólo así se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el principio *non bis in idem*, puede considerarse el Derecho Penal ajustado a las exigencias de un Estado de derecho.”¹⁹

El principio de legalidad representa una doble función, como lo explica la doctrina primero, en el aspecto político, representa una manifestación del poder legislativo de seguridad jurídica ante los demás órganos del Estado; y el segundo explica que solo el Congreso de la República tiene la facultad de crear leyes con carácter penal, es decir, solo él puede crear figuras delictivas mediante las leyes, previo procedimiento legislativo, y esto representa seguridad jurídica para los ciudadanos.

Al referirse a este principio, la doctrina formula una distinción, llamándolo como “principio de mera legalidad, el cual actúa con arreglo a la formula *nulla poena nullum crimen sine lege* como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta científica a la que llamare, como primer postulado del positivismo jurídico: regla semántica que identifica el derecho vigente como objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que solo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes sólo dicen lo que es delito(y no también que es pecado).”²⁰

¹⁹ J. C. Carbonell Matéu. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. 3ra. Edición. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.1999. Págs. 110 y 111.

²⁰ L. Ferrajoli. Ob. Cit. Pág. 374.



La definición legal del delito, representado por el principio de estricta legalidad, constituye el segundo postulado del Derecho Positivo; es decir, que las figuras delictivas deben estar previstas en normas penales vigentes legitimadas internamente, no obstan si el substancialismo jurídico penal converge con él con formalismo ético. Desde un punto de vista externo, en la atribución del valor del Derecho Penal vigente, las orientaciones sustanciales se opondrían al principio de estricta legalidad del delito y serían acordes con sistemas autoritarios de un Derecho Penal máximo; por ejemplo, la producción de un hecho nuevo, que sea sustancialmente penal, pero no formalmente delito previsto en una norma penal.

En Guatemala, el principio de estricta legalidad que enseña la doctrina, está previsto en el Artículo 17 de la Constitución Política de La República, al regular que no son punibles las acciones u omisiones que no están calificadas como delito o falta. Este principio encuentra relación con lo que expone la doctrina bajo el principio de que el Derecho Penal debe ser un derecho de acto y no un de un derecho de autor; es decir que las acciones de la persona son las que deben ser objeto de calificación jurídica en tanto vulneren bienes tutelados en las normas jurídicas; es decir que la conducta debe encerrar cierta lesividad de un bien jurídico protegido por el derecho. Sin embargo, los hábitos morales de la persona, mientras no riñen con normas jurídicas, no constituyen delitos.

En el Código Penal guatemalteco, este principio se ha previsto en el Artículo 1º donde regula “nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”.

Este principio constituye, en la práctica, una verdadera manifestación de la seguridad jurídica al cual tiene derecho toda persona, cuando su comportamiento



es sindicado de un hecho calificado como falta o delito, principio que debe ser observado en toda calificación que se hace de un hecho. Es por eso que considero necesario recordar lo que la mayoría de autores y la misma ley han establecido; que en materia penal no puede considerarse o determinarse comportamientos a base de presunciones o sospechas.

“El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica que requiere sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas.”²¹

De esa manera, el Estado en su función punitiva, no debe someter penalmente al ciudadano o a la persona de manera arbitraria en perjuicio de sus derechos fundamentales reconocidos por el mismo en la Constitución, sino que debe velar, y en el momento de realizar su función punitiva, con el cumplimiento de lo reglado en la ley; es decir, esto tiene lugar en el momento en que los jueces califican un hecho señalado a una persona, deben adecuar ese hecho a una norma que constituye relevante, es decir, que esté calificado ese hecho con todos sus elementos tipificantes.

1.4.2.2 Garantías del principio de legalidad

Este principio de legalidad propicia diferentes aspectos que constituyen garantías para la persona, que son:

²¹ S. Mir Puig. Ob. Cít. Pág. 76



a. “una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución. La garantía criminal exige que el delito (crimen) se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*).

b. Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.

b.1 Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena.

b.2 Con la exigencia de una *lex scripta* queda, desde luego, excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas, mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad.

b.3 El tercer requisito, de *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado mandato de determinación, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituyen éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que



tendría si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas. El mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial.”²²

La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito, previo a la comisión del ilícito, y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido; es decir, con base en el principio del debido proceso, el juzgador determinara si el hecho constituye delito o no, y su calificación jurídica, subsumiendo la conducta reprochable al tipo penal regulado en la ley ordinaria o especial de naturaleza penal, pero junto demás de esto debe también determinar la existencia de las consecuencias jurídicas de la conducta, es decir, la pena. Su aplicación debe realizarla en el momento de la determinación de la pena; como parámetros legales, se aplican el Artículo 17 de la Constitución Política de la República, el Artículo 1º del Código Penal. Sin embargo, esta actividad jurisdiccional la realiza el juez al emitir la sentencia, como establecen los Artículo 386 de la Ley adjetiva penal y Artículo 65 de La Ley sustantiva penal.

La garantía de ejecución requiere también que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Estas distintas garantías también deben exigirse con respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos. Es importante resaltar que, para la determinación de una medida de seguridad, primero se debe determinar condiciones necesarias y comprobados sobre el estado de una persona que amerite la decisión de la aplicación de una medida de seguridad,

²² S. Mir Puig. Ob.Cit. Pág. 78



pero también se debe considerar la existencia legal de este tipo de medida, es decir, que esté regulada en la ley.

1.4.3 La prohibición de analogía

Otra consecuencia del principio de legalidad es la prohibición de la analogía. “La analogía consiste en la aplicación de una ley a un supuesto no previsto en ella pero de similares características a otro que sí pertenece a su ámbito de aplicación”.²³

De esa manera, es necesario que la figura delictiva de una conducta de reproche esté plenamente regulada en la ley específica y en el momento de la calificación jurídica de la conducta por parte del juzgador. Este debe tener cuidado, para determinar que concurren los elementos normativos en que puede encuadrarse esa conducta, y en ningún momento se debe creer la posibilidad de adecuar una conducta en forma análoga. Es importante considerar que el juzgador, en el momento de calificar jurídicamente un hecho, debe tener cuidado de que concurren los elementos tipificantes en el hecho para poder encuadrarlo a una norma penal, pero sobre todo, en ese ejercicio mental debe considerarse la concurrencia de extremos y circunstancias del hecho que permitan calificar como delito esta conducta y evitar presumir circunstancias no concurrentes en el hecho.

“Un aspecto particular del principio de legalidad que merece atención especial es la prohibición de la analogía contra reo. Frente a ésta, siempre se considera lícita aquella aplicación de la ley penal que no desborda los límites que permiten su interpretación. La diferencia entre interpretación (siempre permitida) y analogía

²³ J. C. Carbonell Matéu. Ob. Cit. Pág.132



(prohibida si perjudica al reo) es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su “sentido literal posible”, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal.

La interpretación es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas. Con ello no se sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación se mueve dentro de este límite (el sentido literal posible). En cambio, como la analogía traspasa esta frontera no será admisible si perjudica al reo (analogía *in malam partem*). Cuando favorezca al reo (analogía *in bonam partem*) no chocará, en cambio, con el sentido de límite garantizador que posee el texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio”.²⁴

El principio de legalidad representa, para el Estado, un límite del poder punitivo, pues solo puede actuar penalmente frente a una conducta ilícitamente calificada por una ley penal, pero así mismo representa, para la persona, una garantía a sus derechos fundamentales, y consecuentemente, la seguridad jurídica de sus derechos. Un hecho criminal que pudiera configurarse en una norma penal o que no se encuentra regulada, al juzgador en el momento de subsumir la conducta, le es prohibida analógicamente calificar mientras no encuentre regulada jurídica esa conducta, incluso si tiene duda al respecto, este debe favorecer al sindicado.

²⁴ S. Mir Puig. Ob. Cit. Págs. 86 y 87



Es importante tomar en cuenta la interpretación que debe realizar el juzgador, al calificar la conducta que encierra un hecho con carácter de ilícito penal; pues debe ser restringida la interpretación de manera que debe estrictamente determinarse si la norma se encuadra en la conducta criminal. Debe establecer detenidamente los elementos objetivos y subjetivos contenidos en la norma penal y que según deben concurrir en la conducta ilícita a calificar, sin embargo, la ley penal permite hacer una interpretación extensiva de la norma y siempre debe favorecer a la persona sindicada de un hecho penal.

1.5. Límites del ius puniendi en un estado social

1.5.1 El principio de utilidad de la intervención penal

Si el Derecho Penal de un Estado social se legitima solo en cuanto protege a la sociedad, perderá justificación cuando su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de necesidad conduce, pues, a la exigencia de utilidad. Esto plantea, por de pronto, la cuestión de si realmente el Derecho Penal sirve para evitar delitos.

En contra de la eficacia de la pena, podrían alegarse los elevados porcentajes de reincidencia, pese al cumplimiento de una pena. Lo anterior encuentra fundamento doctrinario en lo siguiente.

“La eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de los que ya han delinquido. Precisamente en éstos el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la



pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que no han delinquido y acaso lo hubieran hecho de no concurrir la amenaza de la pena”.²⁵

Entiendo, a partir de lo citado anteriormente, que la eficacia de la pena debe demostrarse a partir de la prevención que ha tenido en las demás personas, que han observado la pena de los condenados. No estoy totalmente de acuerdo con esta postura, porque lo correcto sería que la valoración de efectividad de la pena debe realizarse conforme a los resultados obtenidos en la persona que ha padecido y cumplido una pena, y verificar si ha cumplido su fin en la persona del penado para verificar cuáles hayan sido sus beneficios para el penado, si se toma como un fin resocializador que va directamente dirigido la finalidad al condenado o, en todo caso, si no se ha obtenido ese fin, debe establecer las deficiencias de la referida pena.

1.5.2. Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal

“El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social”. El principio de la “máxima utilidad posible” para las posibles víctimas debe combinarse con el de “mínimo sufrimiento necesario” para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra en juego así el “principio de subsidiariedad”, según el cual el

²⁵ S. Mir Puig. Ob. Cit. Pág. 88



Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado “carácter fragmentario del Derecho Penal” constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado “principio de intervención mínima”.²⁶

En materia penal, la intervención del Estado se debe a hechos de carácter relevante, toda vez que si no tuvieran esas características, sin dejar de prestarles la atención, los casos pueden ser solventados por institutos procesales con los métodos alternativos de solución de conflictos, entre estos la mediación, conciliación, criterio de oportunidad o podría ser en otras ramas del derecho como ejemplo en el ramo civil, en los casos de usurpación, pues en la mayoría de casos los sujetos procesales disputan la posesión de bienes inmuebles; esto sucede en el interior de la República.

1.6. Límites del *ius puniendi* en un Estado Democrático

“Si el Estado de derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad y en el Estado social sólo se legitima si sirve de eficaz y necesaria protección de la sociedad, un Estado que además pretende ser democrático tiene que llenar el Derecho Penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social. Pueden así fundamentarse ciertos principios políticos criminales generalmente aceptados en el presente, los cuales pueden y deben aún profundizarse si se quiere ahondar en el camino de un Derecho Penal realmente democrático no sólo de garantías formales, sin duda imprescindibles, sino también

²⁶ *Ibidem*. Pág. 88 y 89



al servicio efectivo de todos los ciudadanos. Los principios de humanidad, culpabilidad, de proporcionalidad y de resocialización”²⁷.

Al hablar de Derecho Penal democrático, es necesario recordar lo aprendido en los cursos de Derecho Constitucional en las aulas universitarias; por lo que, primero, considero necesario hacer un repaso de los términos relacionados con este tema: la democracia está referida a una serie de procedimientos y mecanismos para llegar a obtener el poder y ejercer el mismo. Para que exista legitimidad, deben existir mecanismos que se encuentran normados en las leyes, tales como el derecho de elegir y ser electo y las condiciones reguladas para ejercer tales derechos, por lo que han de cumplirse los preceptos legales de la organización de la sociedad en forma política. Se determina la estrecha relación entre Democracia y Estado de derecho y este último consiste en la garantía y respeto de los Derechos Humanos, es decir, los derechos fundamentales de la persona humana; pero, además, es necesario que exista el imperio de la ley en donde gobernados y gobernantes estén sometidos a las prescripciones legales, para que, de esa forma, exista legalidad de la administración pública. Al coexistir en un Estado los elementos indicados, se puede decir que los Derechos Humanos subsisten en un diseño institucional de Estado democrático y constitucional, que limite el poder soberano en tutela de las garantías fundamentales de toda persona.

“El Derecho Penal de un estado de derecho, por ende, no puede dejar de esforzarse por mantener y perfeccionar las garantías de los ciudadanos como límites reductores de las pulsiones del estado de policía, so pena de perder su esencia y contenido, pues de otro modo pasaría liberar poder punitivo irresponsablemente y contribuiría a aniquilar al estado de derecho”²⁸

²⁷ Ibidem. Pág. 93

²⁸ A. G. Bidart Campos. Ob. Cit. Pág.148



De lo anterior se puede inferir que, el Estado, en función de su poder punitivo, en todos los casos, debe observar el respeto y garantía de los derechos fundamentales, para que el mismo en su función de Estado propicie un Estado de derecho y, de esa forma, mantenga y garantice la seguridad jurídica de la persona humana. De esa forma, se estaría hablando de un Derecho Penal de garantías, como lo expone la doctrina.



1.6.1 El principio de humanidad de las penas

Este principio se caracteriza porque se pasa de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otras penas cuya base elemental han sido las penas privativas de libertad.

Las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida en los últimos tiempos en muchos países civilizados. En el caso de Guatemala, esto todavía no se da, toda vez que existe regulación de esta clase de pena en algunos delitos, solo a manera de ejemplo, cito el delito de plagio o secuestro que aún tiene como principal pena la de muerte de la persona.

“De una manera general, el principio de la humanidad de las penas implica evolución, hacia un Derecho Penal humanitario que tiene como punto de partida el completo e incondicional de los derechos humanos internacionales (cuya base la constituye la Declaración Universal de 1,948) y de todas las normas de garantía que el ordenamiento constitucional y legal de cada país. Desde el punto de vista positivo, el humanitarismo penal implica el reconocimiento y trato efectivo del hombre como persona, lo que lleva consigo la dignidad humana y la autonomía ética del ser humano, la fundamental libertad de la conciencia, la igual de la persona ante la ley (y ante la pena) y el carácter laico del Derecho Penal. Por el aspecto negativo, no solo se excluyen las o penas crueles infamantes o inhumanitarias, sino también las “absolutas”, o sea aquellas que no admiten redención o rehabilitación”²⁹

²⁹ J. Hernández Carrasquillo. *Derecho penal Fundamental II Tomo*. Segunda impresión. Colombia: Editorial Temis. 1995. Pág. 466



Actualmente, se aprecia una importante y progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas, como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad, y hasta por otras medidas, consistentes en la suspensión del cumplimiento de la pena o de su propia imposición.

Es por ello que se le ha dado mucha importancia al principio de humanización dado por la doctrina para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, que son importante para la resocialización. En cuanto sean inevitables, las cárceles tienen que garantizar unas condiciones de humanidad mínimas; sin embargo, la realidad de la prisión no acaba de adaptarse a estas exigencias.

“Ningún ejercicio del poder punitivo es tolerante importa una crueldad inusitada (5.2 CADH; 7 PIDCP). No solo deben excluirse las penas en abstracto, sino que la crueldad puede resultar de su aplicación en concreto, como cuando convierte a la privación de libertad en una amenaza para la vida o la salud de la persona o cuando en razón de las circunstancias concretas se produce una grosera desproporción entre la pena y la culpabilidad, (...)”³⁰

Los elementales derechos de las personas conocidas como Derechos Humanos, como lo expone el autor citado, ha transitado su reconocimiento a lo largo de la historia sociopolítica de la humanidad. Hoy día ha sido de reconocimiento internacional, gracias a la organización internacional de las Naciones Unidas, que crea por primera vez la Declaración Universal de los Derechos Humanos a fin de regular especialmente las tutelas de los derechos del hombre y que es reconocida en todas las legislaciones del mundo. El principio de la humanidad de las penas consiste en que el Estado, al aplicar o regular la pena, debe hacerlo tomando en

³⁰ E. Zaffaroni. *La estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Ediar. 2009. Pág. 44.



cuenta la dignidad humana, regulando y aplicando penas no degradantes, indignantes e inhumanas, sino que lo debe hacer en observancia de los principios de razonabilidad, humanidad y proporcionalidad pero sobre todo que la pena lleva implícita la finalidad de reencausar a la persona en el seno de la sociedad y no excluirla de ella.

1.6.2 El principio de culpabilidad

En el principio de culpabilidad existen diferentes límites del *lus puniendi*, que tienen en común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho. Para ello, es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos; es decir, me refiero al principio de personalidad de las penas, significa que solo se debe penar a la persona que tomó parte directa en la comisión del hecho. No pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración, por parte del sujeto, es difícil de determinar, sino solo conductas, hechos. El principio de responsabilidad por el hecho, tiene la exigencia de un “Derecho Penal de hecho”; lo que se pena por el Estado es la conducta delictiva de la persona, es decir, la acción que realizó la persona.

Sin embargo, no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él; es preciso, además, que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: como principio de dolo o culpa, me refiero al elemento volitivo de la persona, el ánimo de realizar determinada acción; por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor, ha de poder atribuírsele normalmente a este, como producto de una motivación racional normal: principio de imputación personal (también denominado de culpabilidad en sentido estricto) me refiero a la



capacidad penal de la persona, lo que no sucede cuando el sujeto del delito es inimputable, como lo son, por ejemplo, el menor de edad y el enfermo mental.

“Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en dignidad humana, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo. Este Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho. Ello guarda también relación con una cierta seguridad jurídica: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado. Se opondría a estas ideas poder castigar a alguien inocente, por un hecho de otro o por un hecho no querido ni imprudente. La exigencia de igualdad real de todos los ciudadanos, que también afecta a lo anterior, sirve de base a la prohibición de castigar a un sujeto que no alcanza el nivel de notabilidad normal previsto por la ley”.³¹

El Estado solo debe penar la conducta consciente y voluntaria de una persona que ha cometido un hecho criminal, es decir, que tenga capacidad de obrar y comprender que su conducta es lesiva o contradice una norma legal. La persona es libre de actuar como lo considera conveniente, siempre y cuando su actuar no riña con una norma penal.

La culpa es un elemento muy esencial de la acción que realiza la persona al cometer un hecho penal. Sin embargo, debe entenderse que la culpa, para ser determinada su existencia, es necesario que exista capacidad por parte del agente activo del delito, es decir, que tenga capacidad de comprensión, capacidad legal de imputación y el conocimiento de que la acción que realiza es antijurídica, es decir, que una persona debe saber que su obrar riña con la ley, por ejemplo, si

³¹ S. Mir Puig. Ob. Cit. Págs. 95 y 96



mata, sabe que su actuar no es permitido por la ley; pero además sabe que la ley le exige comportarse de una manera distinta. Otro ejemplo: a una persona que tiene conflicto con otra persona, la ley le exige solventar el problema conforme a ley y no matando a su adversario; es decir, le exige un comportamiento distinto al de delinquir.

“Para la imposición de una pena principal, principal consecuencia jurídico penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico como se deduce de algunos preceptos del Derecho Penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Esta categoría es la culpabilidad, una categoría cuya función consiste, precisamente en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito, que sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son necesarios también para la imposición de una pena.”³²

La culpabilidad es un elemento esencial para la imposición de una pena; es decir, que constituye una exigencia jurídico penal la determinación de la culpabilidad en la comisión de un hecho, porque esta conducta tiene consecuencia jurídica, que es la pena; es decir que la conducta o la acción puede ser antijurídica y típica pero también puede no ser culpable el sujeto activo de la acción, porque podrían concurrir ciertas causas de inculpabilidad o inimputabilidad del agente activo del delito. En la práctica, para demostrar la culpabilidad es necesario que el juez que conoce un caso concreto determine si la misma ha sido acreditada por cualquier medio de prueba permitida por la ley, por el principio general de libertad probatoria, para que pueda declararse autor y responsablemente a una persona en relación con un hecho por el que se sindicó y acusa.

³² F. Muñoz Conde. *Teoría General Del Delito*. 3ª. Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. 2010. Pág. 11



1.6.3. El principio de proporcionalidad

“No sólo es preciso que pueda “culpase” al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido, criterio éste que sirve de base a la graduación de las penalidades en nuestro Derecho.

Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho Penal.

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho. La necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatorio, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva). Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquéllas se devalúen. Pero un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un Derecho Penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la “nocividad social” de ataque al bien jurídico”.³³

³³ S. Mir Puig. Ob. Cit. Pág. 99



La importancia que tiene el principio de proporcionalidad en la pena, en un sistema jurídico democrático de derecho, lo constituye la función o utilidad en un sistema penal. La doctrina se refiere a que este principio sirve de límite al poder punitivo del Estado; esto es muy importante, toda vez que el Estado no puede, en uso del poder penal, extralimitarse en la regulación de las penas y en su aplicación, así mismo sirve como un instrumento de graduación entre el daño, nocividad social o del bien jurídico lesionado por el delito en correspondencia con el bien jurídico que con la sanción penal se le va a privar a la persona responsable del hecho penal. Pero es necesario también considerar que una pena debe ser proporcional a la importancia o gravedad del daño causado por el delito, ya sea a la sociedad o una persona individual; podría citar un ejemplo en el caso que la afectación sea personal podría ser el daño personal y la gravedad de una lesión sufrida o causada a una persona.

1.6.4. El principio de resocialización

“La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho Penal evite la marginación indebida del condenado a una pena o del sometimiento a una medida de seguridad. Ello hace preferible en la medida de lo posible las penas y medidas que no entrañen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad”³⁴.

³⁴ Ibídem. Pág. 100.



Con la aplicación de la pena, el Estado debe procurar que la persona, a quien se le aplique la pena, no se excluya de la sociedad y que este se vuelva su enemigo, al contrario, debe procurarse que la pena cumpla su fin resocializador. En la práctica, nos podemos dar cuenta de que el que cumple una pena, al tratar de retomar su vida social es marginado, primero por la sociedad, ya que lo etiquetan de criminal, y segundo, le vedan de oportunidad laboral, porque lo primero que solicitan en una empresa es la constancia de carencia de los antecedentes penales y policiales, entonces se pregunta de qué manera la pena cumple su finalidad si el mismo Estado lo limita.

En Guatemala, con base en la Constitución Política de la República, el fin que el legislador le ha señalado a la pena lo constituye la resocialización o reeducación de la persona que ha sido condenado por un delito. Es importante considerar que el Estado, en aplicación de protección a la persona humana según el preámbulo, tiene la intención de rescatar al seno social a una persona que por su conducta se ha desviado de la sociedad y se quiere que vuelva a recobrar los aspectos que lo desvincula socialmente, es decir su personalidad, social, moral y jurídica para que continúe en forma normal como ciudadano, capaz de desarrollarse en todos los niveles de su vida, y poder nuevamente continuar en la social con la diferencia de haber tenido una experiencia durante el padecimiento de una pena por su conducta ilícita, y al haber sufrido y durante el cumplimiento de la misma ha cobrado un cambio en sus actitudes para enfrentarse nuevamente como persona en el ámbito social. Sin embargo, para que se cumplan ese fin por parte del Estado, es necesario que los centros preventivos o de cumplimiento de pena cuenten con programas resocializadores o reeducadores y que en los penales se lleve un estricto control de la eficacia de los programas para poder determinar el cumplimiento del fin de la pena, incluso puede adoptar el Estado de Guatemala algún tipo de sistema penitenciario para ir haciendo un cambio de paradigma en el tipo de sistema penitenciario guatemalteco, tales como: “El sistema Filadelfito Pensilvánico o Celular utilizado en el Estado de Pensilvania (...) Se caracteriza por



un aislamiento celular absoluto (día y noche). Interrumpidos por simples paseos en patios celulares y visitas de las autoridades penitenciarias, algunos miembros de las asociaciones penitenciarias y el sacerdote quienes le hablaban con bajo volumen pues era prohibido hablar y acoger otra clase de visitas a si como recibir y enviar cartas. Los privados de libertad trabajan durante el día en la celda, asistían a la escuela y al servicio religioso, pero en forma aislada de los demás, se centra en la formación religiosa para hacerlos reflexionar moralmente, pues era solo permitida la lectura de *La Biblia*³⁵

Este sistema penitenciario, a mi consideración, tiene sus ventajas porque permite al penado de libertad que durante el tiempo de su privación, reflexione y forme nuevamente una manera de concebir la situación de forma diferente a como lo consideraba en el momento de haber cometido el hecho. El aislamiento también es beneficioso, porque contribuye a evitar el desarrollo de una escuela de crimen, pero lo esencial es que la resocialización se lograría, ya que los programas son más personalizados. La desventaja es el costo que representa para el Estado, sin embargo, todo resultado positivo tiene un precio y el precio sería la obtención en un gran porcentaje la resocialización de la persona. Al adoptar este tipo de pena, sería necesario hacer un estudio en relación con qué tipo de delitos se podría aplicar este sistema.

El sistema progresivo “se caracteriza por la ubicación del recluso del centro de cumplimiento de condena de acuerdo con un estudio de su personalidad, la forma de tratamiento que recibirá para prepararlo para su libertad anticipada y para incorporarse a la sociedad. Se realiza una individualización científica por medio de la planificación de la fase ejecutiva, Grosso modo, la planificación responde a dos fases diferenciadas y coordinadas entre sí. La primera de ellas es una

³⁵ G. Landrove Díaz. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. España: Editorial Tecnos, S.A. 1996
Pág. 50.



planificación terapéutica que sucede en una investigación de la personalidad y las reflexiones vitales del interno. La investigación que cuente con la voluntad del interesado, se limita a estudiar aquellas circunstancias cuyo conocimiento es necesario para un tratamiento global de cara a su incorporación futura a la sociedad. La segunda es profunda la planificación penitenciaria (o de ejecución) que, basada en la investigación terapéutica, sirva para determinar el internamiento en un centro cerrado o abierto, el traslado a una vivienda colectiva a un grupo de tratamiento, el destino laboral o los programas formativos u otras circunstancias del régimen similares. Los resultados de este plan se van valorando en el transcurso de la ejecución y en colaboración con el interno, para los que se pueden preestablecer algunos plazos de garantía”³⁶

Este sistema de ejecución de la pena es propio de los sistemas de Derecho Penal en los países de un Estado democrático. Lo importante de este sistema es que se inicia por medio de la calificación de las personas condenadas con respecto a su personalidad, para adoptar el programa que se le va aplicar al penado. Luego, viene la ejecución del programa; es importante que se verifique el interés que tiene la persona para su rehabilitación, porque tiene que ver mucho la voluntad a resocializarse. Sin embargo, también es necesario tomar en cuenta una clasificación de los delitos cometidos por las personas condenadas para que, de esa forma, exista individualización de la gravedad de su conducta y con base en este parámetro le sea asignado un programa de rehabilitación.

Guatemala ha adoptado y regulado la aplicación de este sistema, como podemos establecer en la Ley de Redención de Penas, en lo relacionado con las penas anticipadas por buena conducta; lo importante de este sistema es que el progreso o mejoría de la conducta del recluso se va verificando en forma gradual.

³⁶ B. Mapelli Cafferana, y J. Terradillos Basoco. *Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid, España: Editorial Grijalva S.A. 1996. Pág. 140.



Considero que este sistema podría ser eficaz si su implementación se lleva a cabo en forma eficiente; es decir, el programa puede ser bueno en teoría pero en la práctica habría que complementarlo cumpliendo a cabalidad cada de uno las fases, siempre y cuando se asigne un presupuesto por el Estado para implementarlo el cien por ciento en la ejecución.

En Guatemala, la Ley de Redención de Penas, Decreto 56-69, que tuvo vigencia por más de treinta años, reguló importantes avances y políticas resocializadoras que benefician al penado tales como: goce de reducción del tiempo de su condena en un día de la misma por cada dos días de trabajo o de instrucción; también existe un renglón importante como lo es la educación que lo capacite y prepare, y con eso lograr un lugar en la sociedad. Sin embargo, esta ley sufrió reformas y surgieron nuevas corrientes en la ejecución penal. Entre las reformas más importantes considero: La no aplicación de la redención a los reincidentes, la intervención del Consejo Técnico interdisciplinario con la finalidad de obtener un estudio especializado y profundo de los transgresores y determinar con precisión la existencia o no de peligrosidad social, se regula la intervención del juez de ejecución penal como órgano de aplicación de la ley, toda vez que, cuando anteriormente funcionaba un patrono de cárceles y liberados de la Corte Suprema de Justicia, ejemplo la Granja de rehabilitación Cantel de la ciudad de Quetzaltenango, donde el penado analfabeto debía inscribirse en los programas de alfabetización para poder ser titular del derecho de redención de penas, creación de bancos de materia prima dentro del penal, para que los reclusos obtengan sus materiales por un costo accesible, con el fin de realizar sus trabajos, por ejemplo para quienes tejen cortes típicos, fajas de seda, canastos, zapatos, cinchos, sastrería, entre otros.

La citada Ley de Redención de Penas fue derogada por La Ley del Régimen penitenciario del 2006, y el 31 de diciembre del 2011 cobró vigencia el



Reglamento de La Ley del Régimen Penitenciario, mediante la cual se regula la implementación del sistema penitenciario progresivo y que trajo como consecuencia la ubicación y clasificación de los reclusos y el desarrollo de las fases siguientes: fase de tratamiento, que consiste en el diagnóstico de la persona del penado y la evaluación respectiva, en forma periódica; fase de prelibertad, la cual consiste en que el penado vaya adaptándose en su relación con la familia y la sociedad para alcanzar en forma gradual su libertad; en esta fase, se permite el trabajo fuera de la prisión dentro del perímetro departamental del centro del cumplimiento de condena, también se puede gozar de permisos en fin de semana, que son autorizados por el juez de ejecución; fase de libertad controlada, durante la cual el penado puede obtener su libertad, si ha cumplido un cincuenta por ciento de la condena y acredita trabajo o estudio durante su cumplimiento.

“la resocialización, entendida como la pretensión de hacer partícipe mejor, de volver a hacer partícipe de los valores de una sociedad aquél a quien se ha impuesto una pena, ha sido cuestionado por el español Muñoz Conde de la forma siguiente: el optimismo en la idea de la resocialización, quizás excesivo hasta tal punto acrílico, no ha permitido a nadie rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y definitivo; por ello, en ningún caso es aceptable plantearse la resocialización sin antes haberse planteado críticamente del análisis de modelo social en el cual se requiere integrar al reo y sin haber efectuado el estudio de las causas que han llevado a ese reo a delinquir.”³⁷

La resocialización constituye, según los autores citados, la recuperación de los valores de la persona en la sociedad, cuando se habla de valores son considerados varios aspectos; es decir, los valores principalmente morales de la persona, tales como el respeto que se le tiene en la sociedad, la confianza en su

³⁷ D y S. Madrazo Mazariegos. *Teoría de la Penal Utopía y Realidad*. Guatemala: Editorial Magna Terra. 2008. Pág. 67.



persona, la dignidad, su prestigio como persona, su honra, incluso sus valores espirituales en el sentido de la fe que puede tener en perseverar mejor en su vida personal y poder enfrentar los retos de la vida cotidiana en el seno de su familia y de la sociedad así como la perseverancia de las alcanzar metas que se propone y demostrar el cambio en su persona. Sin embargo, la crítica que le hace el maestro Muñoz Conde consiste en que es ilusorio hablar de resocialización de la persona pues él considera que es necesario considerar un modelo social en que debe desarrollarse la persona convicta. Me parece que esta crítica del maestro tiene cierta razón, porque, si consideramos que la persona, al recobrar su libertad encuentra a la sociedad en las mismas condiciones, en el peor de los casos, ejemplo: la escasez de fuentes de trabajo y oportunidades del mismo, más aún cuando existe en el seno social un acentuado etiquetamiento para los convictos, un ejemplo claro tenemos en la constancia de carencia de antecedentes penales y policiacos que es un documento que marca a una persona y este documento es uno de los requisitos esenciales que un patrono requiere para contratar los servicios laborales de una persona. Considero entonces que el Estado debe complementar políticas para que opere el fin resocializador de la pena; además, si en el programa de resocialización en Guatemala, según la Ley del régimen penitenciario y su reglamento, es necesario considerar que no a todos los delitos le son aplicados dicha redención, lo que tergiversa el contenido del Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala y, consecuentemente, el principio constitucional de igualdad.



1.7. Principios limitadores del poder punitivo del Estado

1.7.1. Principio de mínima intervención

“Este principio político pretende minimizar el Derecho Penal hacerlo mínimo, no se pretende crear constantemente tipos penales nuevos y novedosos que protejan bienes jurídicos poco relevantes. Lo que se pretende es que el *ius puniendi* sea cada vez mínimo y que el sistema penal sea más garantista opuesto a un sistema penal autoritario”.³⁸

El Estado debe optar por una política criminal más eficiente y que las normas penales que cree sean eficaces y cumplan su finalidad, y debe optar por alternativas procesales simples. Lo importante es que los legisladores tomen en cuenta al crear figura delictivas, que estas realmente sean útiles y eficaces para disuadir o prevenir conductas delictivas que efectivamente limitan bienes jurídicos protegidos por el Estado en vista de que este no tiene otra forma de contrarrestar determinadas conductas para poder tener un control social, debe tomarse en cuenta que en Guatemala hay una infinidad de leyes que podrían ser vigentes porque han sido creadas con base en las formalidades determinadas por la constitución, sin embargo, algunas no son positivas porque sencillamente no son eficaces.

³⁸ L. G. M. Villalta Ramírez. *Principios, Derechos y Garantías Estructurales en el Proceso Penal*. 2ª. Edición. Guatemala: Editorial NG Ediciones. 2007. Pág. 56



1.7.2. Principio de *última ratio*

“El Estado solo debe crear Derecho Penal en última instancia cuando sea absolutamente indispensable y necesario”.³⁹

La característica de *última ratio* del Derecho Penal es muy importante, en virtud de su contribución para que el Estado preste atención a los casos de impacto, y debe optar por otras vías de solución de conflictos a los delitos menos graves. Esto no significa que tales ilícitos sean de menor importancia; lo que pasa es que sí son importantes, solo que la legislación les da otro tratamiento en otra vía siempre legal y judicial; es el caso de los delitos aparentemente de su usurpación pero que al final el litigio con característica civil por tratarse cuestiones de posesión o propiedad de inmuebles, lo que sucede en la mayoría de casos en el interior de la República.

1.7.3. Principio de Subsidiariedad

“Este principio tiene relación con el anterior en el sentido que muchas veces el Derecho Penal es la última placea para el derecho en general, muchas veces el Derecho Penal se convierte en el instrumento sancionatorio de supuestos de hecho cuya regulación correspondería a las demás ramas del derecho, aun así lo que se busca es que primero se ventilen cuestiones prejudiciales es decir, cuestiones administrativas, civiles, laborales o familiares para luego entrar en el campo del Derecho”.⁴⁰

³⁹ Idem. Pág. 57

⁴⁰ Idem. Pág. 57



En el sistema penal guatemalteco, existe el Instituto Procesal de Prejudicialidad, llamado también obstáculos a la persecución penal; este es importante, toda vez que permite que algunos casos deban ser ventilados en otras materias legales. Este mecanismo procesal o alternativa procesal, desde mi consideración, es bastante útil porque evita el desgaste de recursos para el Estado, en muchos casos, por acciones infructuosas. Un ejemplo son las disputas de tierras, pues en la mayoría de casos, las personas, por ejercer presión en contra de otros, inician acciones penales por usurpación, aunque, en muchos casos, lo que se discute son cuestiones de posesión o de propiedad, los cuales deberían ser objeto de conocimiento en la vía civil.



1.7.4. Principio de equidad

“Cada individuo es diferente y cada hecho tiene sus particulares aristas, un derecho que no tenga en cuenta las diferencias o connotaciones de cada caso, no podrá ser equitativo al no poder establecer un equilibrio entre las consecuencias que constituyen el pronunciamiento del derecho con los hechos que conforman el presupuesto”.

“Para ser equitativo el legislador y el juez deben tener un cierto conocimiento de la realidad social, que se traduzca en una sensibilidad en una conciencia y comprensión de los factores y las necesidades que acompañan al delito y al delincuente”.⁴¹

El principio de equidad, como el de igualdad, es válido para todas las áreas del Derecho; su importancia reside en la interpretación y aplicación del Derecho Penal, es mayor en la medida de su menor formalismo y de la infinita gama de hipótesis que tiene que cubrir en el campo penal. Este principio muchas veces se prostituye, convirtiéndose en arbitrariedad de quien aplica o quien crea la norma penal.

Entre los fenómenos conflictivos de naturaleza penal, cada uno tiene su peculiaridad; por tanto, el Estado al aplicar justicia mediante los órganos jurisdiccionales, debe tratar según las circunstancias y extremos de cada caso.

⁴¹ L. G. M. Villalta Ramírez. Ob. Cit. Pág. 58



Es importante considerar que cada caso tiene su particularidad, en la comisión intervienen varios factores que va desde la personalidad del victimario y el ambiente en que se ha desarrollado; como por ejemplo, en una familia humilde donde impera una precariedad y que no tenga un buen nivel de escolaridad, es lógico considerar que en algunos casos son utilizado para el trasiego de dinero. Otro caso es lo que pasa en los campos de cultivo de plantas de drogas, lo cual sucede en el altiplano occidental, esos lugares marginados son utilizados por narcotraficantes para el arrendamiento de sus tierras y les encomiendan el cuidado de sembradío sin conocer, en la mayoría de casos, la clase de cultivo, por lo que en este caso debe aplicarse el derecho con base en el principio de equidad en la aplicación de la pena; no quiero decir que se propicie impunidad de la conducta ilícita, pero debe adecuarse la calificación jurídica de su conducta penal.

1.7.5. Principio de igualdad

“Este principio busca establecer una proporcionalidad y compensar la desigualdad logrando una efectiva equidad. La igualdad a de atender a buscar una efectiva proporcionalidad y de esta manera lograr una justa equidad”.⁴²

Este principio es muy importante toda vez que constituye uno de los principios filosóficos del valor justicia. La igualdad en el tratamiento de las personas es importante porque permite mantener un estado de derecho, puesto que constituye un valor fundamental del ser humano.

⁴² Ídem. Pág. 58



Este principio político, analizado desde la perspectiva social guatemalteca, nos hace reflexionar de la siguiente manera: existe un derecho de igualdad en tanto que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

La igualdad como principio debe atender las diferencias sociales que coexisten en Guatemala en busca de establecer una proporcionalidad y compensar la desigualdad, logrando una efectiva equidad.

Un trato igual a lo diferente implica injusticia, lo mismo que un trato desigual a lo igual; lo anterior se ilustra con el siguiente ejemplo: un sujeto que ha robado millones, que constituyen los ahorros de pensión de unos ancianos jubilados, no podría ser penado de igual manera que una persona que ha sustraído una celular o una cartera.

1.7.6. Principio de conocimiento de la ley

“Es un principio que supone un acceso generalizado al conocimiento de la ley por parte de la sociedad, si bien en Guatemala la ignorancia de la ley no sirve de excusa, tampoco es excusa del Estado dar a conocer una ley simplemente en un diario oficial que no tiene acceso la mayoría de la población.”⁴³

La sociedad guatemalteca está constituida por varias culturas, tales como ladinos, xincas, garífunas, mayas, lo cual la caracteriza por ser, multilingüe, pluricultural y multiétnica. Esta situación ha dado como resultado un alto índice de analfabetismo en la sociedad, que el Estado no ha podido contrarrestar a la fecha; no obstante,

⁴³ *Ibíd.* Pág. 60



se exige el conocimiento de una ley, y no se puede alegar ignorancia al respecto, circunstancia que, lógicamente viene a limitar a un alto porcentaje de la población que desconoce la existencia y la vigencia de muchas leyes. En este caso, el principio de conocimiento de la ley se hace difícil para su cumplimiento; sin embargo, para suplir estas deficiencias, debe implementarse en los programas educativos un curso de conocimiento básico de las principales leyes en Guatemala, y especialmente como política criminal del Estado implementar el conocimiento de leyes penales.

1.7.7 Protección de bienes jurídicos

El Estado, como ente producto de la organización política o jurídica de una sociedad y que desarrolla su actividad enmarcada en la ley para la obtención del bien común, tiene varias finalidades, pero una de ellas con carácter esencial lo constituye la protección de la persona humana y lo debe hacer respetando y observando los derechos reconocidos por el mismo Estado en la Constitución Política de la República, por medio de ofrecer y garantizar una seguridad jurídica en resguardo de los derechos fundamentales de la persona humana. De esa cuenta, en un estado de derecho democrático, el derecho constituye un instrumento jurídico de limitación del poder del Estado; en el caso de este estudio, sería del poder penal del Estado.

“El criterio constitucionalista de bien jurídico que defendemos, no es absoluto existen otras concepciones y estamos abiertos a otras concepciones, pero somos del criterio de que sólo la constitución en este modelo de Estado que defendemos estaría en condiciones de suministrar pautas al legislador que permitan concretar un concepto tan importante para la limitación del poder punitivo del Estado, como el bien jurídico que hay que proteger. Es claro dejar sentado el criterio de la



necesidad de referirnos de la Constitución para determinar bienes jurídicos susceptibles de protección penal, sustentada en la interpretación de todo ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, de esta manera la interpretación de la norma penal depende de la interpretación de la Constitución. El ordenamiento penal está subordinado a la Constitución, lo cual no significa que el Derecho Penal solo aporte sanciones a preceptos constitucionales. La validez de los textos y de las interpretaciones de estos dependerá de la compatibilidad con los principios superiores.”.⁴⁴

Nótese que, en la fijación y aplicación de la pena, según la epistemología jurídica, los principios juegan un papel preponderante toda vez que sirve para fundamentar, para interpretar y orientar al juzgador en la aplicación de una norma. En el caso del presente estudio para la creación de una norma, el legislador debe considerar que esta tenga congruencia con la Constitución en el sentido de responder a los bienes jurídicos que protege, siempre con el respaldo de principios que tutelan los bienes jurídicos establecidos en la misma Constitución, y no simplemente por razones políticas o intereses particulares, sino que debe tomarse en cuenta el interés social; pero tampoco este último faculta a menoscabar bienes jurídicos particulares.

Así mismo, en la aplicación de una pena, el juzgador debe velar porque los bienes jurídicos puestos en peligro o menos cavados por un hecho criminal según la gravedad, tengan correspondencia con el bien jurídico del que se le va privar o limitar a la persona a quien se le impone la sanción penal. En un Estado de derecho democrático, tanto en la creación como en la fijación y aplicación de la pena que corresponde al Estado, su límite se encuentra en la observancia de los Derechos Humanos fundamentales de la persona.

⁴⁴ O. T. Gómez González. *El Derecho Penal en un Estado Democrático y de Derecho*, Edición 24/2010 [htt: //www. Revista perspectiva.com](http://www.Revista perspectiva.com) Pág. 2. Consulta 18-06-2015.



1.7.8 Principio de legalidad de la pena

Este principio limita el poder público sancionador a los comportamientos expresamente previstos en la ley. Este importante principio no solo es expresión de seguridad jurídica sino de un orden democrático legítimo. El principio de legalidad en un Estado democrático de derecho exigirá que la ley provenga del parlamento, es decir, que esté sancionada por los representantes del pueblo, según el procedimiento correspondiente. Un Estado de derecho cumple, en consecuencia, con las exigencias del principio democrático cuando el sistema político legitima el ejercicio del poder, garantizando los derechos de las minorías y la posibilidad de que estas sean alternativas de gobierno.

“Un Estado de derecho debe proteger al individuo no mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal, es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a mercedes de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán... , el principio de legalidad, sirve para evitar una punición arbitraria o no calculable sin ley o basta de una ley imprecisa o retroactiva.”⁴⁵

El principio de legalidad proporciona seguridad jurídica a la persona, en el sentido de que su procesamiento penal no es una simple conjetura por parte de las autoridades del Estado; al contrario, debe existir certeza de su enjuiciamiento penal, pero específicamente que la conducta a reprochar se encuentra estipulada en una norma penal y que concurren los elementos tipificantes. En caso no se diera, no podría calificarse de delito un hecho; de manera que un hecho, para que

⁴⁵ C. Roxin. *Derecho Penal parte General Tomo I*. España: Editorial Civitas, S.A.1997. Pág. 138



sea calificada como delito, debe encuadrar elementos tipificantes contenidas en la norma penal.

1.7.9. Principio de proporcionalidad de la pena

Este principio se interpreta como la prohibición de la pena en exceso. Una pena en exceso representa una vulneración a principios fundamentales de la persona humana y constituye una pena injusta y no legítima, toda vez que representa un trato inhumano y vendría a contradecir el principio de razonabilidad. Además, dejaría de cumplir el fin de prevención especial y no asumiría el papel de resocializador.

“La pena debe ser también proporcional al delito. Este principio encuentra tradicional explicación dentro del marco del sistema retributivo. Pero también en las teorías preventivas, ya que la adecuación de la gravedad de la pena a la del delito es requisito de aceptación social y de aplicación funcional. De otro modo no se puede prevenir, ya que castigar más lo leve que lo grave es, como ha observado Gimbernat, una invitación a realizar esto.”⁴⁶

Este principio orienta al legislador de tal manera que, al crear una norma penal, debe tomar en cuenta la gravedad del delito para regular una pena que tenga relación y correspondencia con su gravedad.

⁴⁶ J. G. Girón Palles. *Teoría Jurídica de la Pena aplicada al juicio y su Ejecución*. Guatemala: Editorial CIMGRA. 2012. Pág. 24.



1. 8. Características de un Derecho Penal Democrático

1.8.1 La pena es un mal

La pena no deja de ser un mal para la persona que la sufre, porque se le priva de su derecho, no importa que sea una pena personal o patrimonial, y este padecimiento él lo vive en carne propia, e incluso las consecuencias de la pena trascienden sus efectos a la familia de la persona que sufre la pena. En caso una pena económica, la familia del penado, dependiente económicamente de él, sufre las consecuencias cuando la persona es de una condición precaria. En este caso, los niños sufren por falta de manutención, y en muchos casos esta situación provoca la desintegración familiar y los hijos abandonan el hogar, algunos en busca de trabajo para su subsistencia, otros se integran con pandillas o maras y son orientados a cometer delitos, tales como extorsiones. En la mayoría de casos, cuando los hijos dependen del papá dejan de estudiar porque ya no reciben el apoyo tanto moral como económico; cuando los hijos son mujeres, ellas se ven vulnerables a la prostitución u objeto de trata de personas.

“La pena ha de consistir, necesariamente en la inflación, de un mal. Se ha pretendido, en multitud de ocasiones, que la pena es ya un bien o, al menos, que debería serlo. Acerca de este extremo es preciso distinguir entre las consideraciones de tipo ideal que pudieran hacerse en torno a la pena y su carácter real o material. Desde un punto de vista ideal, puesto que la pena puede, sin duda producir una serie de bienes, cabe considerarla como un bien. Pero, desde un punto de vista material, considerada en sí misma, la pena ha de consistir en una privación de bienes y, por lo tanto se cifra y concreta en un mal”.⁴⁷

⁴⁷ M. Cobo del Rosal, y T. Vives Antón. *Derecho Penal Parte General*. 3ª. Edición. Madrid: Editorial Trota S.A. 1995. Pág. 115.



La pena, como limitación de bienes jurídicos de la persona responsable de un delito, constituye un mal que se le produce; sin embargo, según lo indicado en la doctrina citada, la pena constituye un bien en una consideración ideal, pero si se viera de esa forma, podría ser un bien cuando trae beneficio tanto al penado, si logra resocializarse como a la sociedad, pues con la aplicación de la pena se logra la prevención general. Pero, en la práctica, resulta claramente que la pena es un mal, puesto que persona es condenada y cumple la pena; pero además de la pena también sufre los maltratos en los centros preventivos cuando es objeto de las talachas y otros vejámenes que se sufren en la mayoría de centro de prevención y reclusión.

1.8.2 La pena es un mal necesario

Como quedó anotado anteriormente, la pena, definitivamente, es un mal que el Estado aplica a la persona responsable de un delito. Sin embargo, también debe tomarse en cuenta que, como seres humanos y por el libre albedrío propio del hombre y la mujer, con su conducta ilícita pone en riesgo o en peligro bienes jurídicos de otros miembros que conforman la sociedad. Ante tales situaciones, el Estado interviene para procurar el orden social y de esa forma resguardar la paz y la armonía social como parte del bien público de una sociedad organizada jurídica y políticamente. De esa cuenta, la pena constituye un medio necesario para el Estado con el fin de imponer su poder y de esa forma propiciar la seguridad que está obligado proporcionar a la persona humana dentro de una sociedad. “Normalmente a la privación de cualquier bien jurídico irán aparejadas consecuencias desagradables para el sujeto que la sufre; pero este aspecto no pertenece a la esencia de la pena. Y ese mal, en los términos expuestos, ha de



ser impuesto a causa de una infracción de la ley y, precisamente, a la persona que aparezca como responsable de la misma”.⁴⁸

En el caso de Guatemala según la Constitución, los valores jurídicos de la persona humana tales como la vida, la seguridad, la integridad física, la libertad entre otros constituyen para el Estado valores que deben ser objeto de protección mediante la seguridad jurídica, con la finalidad de mantener la paz y armonía social, y de esa forma el mal de la pena consiste en la privación de un derecho.

De manera que, ante la comisión de un hecho criminal por parte de una persona, su conducta es reprimida por el Estado, mediante la aplicación de una pena, como consecuencia de su conducta de reproche por el Estado.

En otras palabras, la acción ilícita produce consecuencias para la víctima o el agraviado, que podría ser física si se trata de lesiones o la muerte si se trata de homicidio o asesinato; también podría ser de carácter patrimonial si se tratara de un robo o hurto. Pero, además de esto, hay consecuencias para el responsable del hecho criminal y consiste en la retribución del mal causado; esta consecuencia constituye la pena, que consiste en la privación de un bien jurídico del responsable del hecho criminal, como el reproche del Estado por su actuar antijurídico de la persona.

1.8.3 La pena debe estar prevista por la ley

La pena debe estar determinada previamente por el legislador, quien ha tomado en cuenta los límites que las normas constitucionales establecen al poder punitivo del Estado, para su regulación.

⁴⁸ Ibídem. Pág. 116



Es importante considerar que las consecuencias jurídicas de un hecho calificado como delito deben estar previstas en la ley en forma concreta, y esto es con base en el principio de legalidad. Toda vez que un hecho, en principio, debe tener calificación jurídica en una norma penal ordinaria o especial y consecuentemente su respectiva penalidad, la regulación de la conducta ilícita previamente en la ley constituye la seguridad jurídica de la persona, porque no se le puede incriminar una conducta no regulada en la ley.

En Guatemala, se regula en la Constitución de la República en el Artículo 17, el principio de legalidad, y en esta norma advierte el legislador que “No son punibles las acciones u omisiones que no esté calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. Este principio es considerado en la doctrina con el enunciado siguiente: *Nullum proceso sine lege*, lo que significa que no puede iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificadas como delitos o faltas por una ley anterior. Pero, específicamente, debe tomarse en cuenta que un hecho constituye falta o delito cuando es prevista en la ley; con mayor razón, la pena también debe estar prevista en la ley, para la determinación e imposición por parte del Estado mediante de los órganos jurisdiccionales, *Nullum poena sine lege*.

El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de derecho para el ejercicio de la potestad punitiva, e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley; en otras palabras, no pueden imponerse penas no establecidas en la ley antes de la comisión de un hecho.



1.8.4 La pena ha de ser ejecutada conforme a la ley

Con base en el principio de legalidad, en la ejecución de la pena, la ley establece como límites a la ejecución de la pena los mismos valores que como Estado garantiza y protege a sus ciudadanos, es decir, la vida, dignidad e integridad del ser humano. En la ejecución de la pena, debe tomarse en cuenta que se respeten los elementales derechos del penado en el cumplimiento de la misma, tales como la vida, la salud, alimentación, su integridad física. No significa que por el hecho que se le ha limitado su libertad de locomoción, deba privársele de sus elementales derechos como persona humana; al contrario debe ser sometido a un programa de rehabilitación con la finalidad de su resocialización al recobrar su libertad, por medio de programas socioeducativas. En Guatemala, existe una ley de Sistema Penitenciario que regula el cumplimiento de las penas, con programas de rehabilitación; en la práctica estos programas han sido implementados, para darle cumplimiento.

1.8.4 La pena se impone al responsable de un delito

La pena es de carácter personal, por lo cual su imposición requiere que el juez compruebe la presencia de los elementos de la teoría general del delito, dado que, en estos se proyecta el conjunto de garantías propias del Estado social y democrático de derecho, para que pueda en sentencia recurrir a la utilización de la pena. Es decir, que la acción sea antijurídica que vulnere un bien jurídico tutelado por el Estado mediante de la Constitución, debe ser prevista esa conducta en la ley; es decir, con base en el principio de legalidad, que se haya determinado la culpabilidad de una persona y que el hecho que se le señala tenga una consecuencia jurídica, es decir, que tenga señalada una pena.



“La responsabilidad penal es personalísima: no emigra, no se traslada, no desembarca más allá de quien cometió el delito (...) La libertad política de los hombres supone necesariamente que las penas sean meramente personales”⁴⁹

Una de las características esenciales de la pena la constituye su carácter personalista, es decir que no puede trascender de la persona responsable de un hecho, no puede transmitirse a otra tercera persona sin que sea el autor o responsable. El juzgador debe tomar en cuenta las formas de autoría ya sea directa o indirecta de un hecho criminal.

1.8.5 La pena está dirigida hacia la prevención del delito

La convicción de un Derecho Penal Democrático se basa en el hecho de que solo usa de la intimidación de la pena, en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete, en lo posible, el de las minorías.

“El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. Más modestamente, la prevención general; se propone asegurar la paz controlando el impulso general criminal, para ello, debe ejercer una función pedagógica a través de los sentidos; por ende la pena no mira solamente al pasado, que sería justicia pura, sino sobre todo al futuro, que es seguridad individual colectiva.”⁵⁰

⁴⁹ C. Becharia. *Tratado de los delitos y de las Penas*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica. 2000. Pág. 55

⁵⁰ C. Becharia Bonesana. *Tratado de los delitos y de las penas*. Puebla México: Editorial José M. 1957. Pág. 49.



En otras palabras, lo que se pretende como finalidad de la pena es procurar una prevención general a manera de ejemplo para la sociedad, y de esa forma evitar el sometimiento de otros delitos por la sociedad, y también para el propio penado que sufre en persona la pena, para que en el momento de cumplir la pena pueda servir de ejemplo por el mismo el sufrimiento a que fue sometido como consecuencia de su conducta ilícita. Pero considero necesario recordar que a la pena se le asigna una función de resocialización del penado, para tener capacidad de enfrentarse nuevamente a su vida cotidiana dentro del conglomerado social para su desenvolvimiento como persona integrante de la sociedad.



CAPÍTULO II

2. La pena

2.1 Definición de la pena

Existen varias definiciones que los tratadistas exponen, según la importancia que le dan como un apéndice del delito, como una institución o como elemento esencial del sistema penal. Para el efecto, citaré algunos tratadistas que nos ilustran sus definiciones con respecto a la pena.

“Se ha concebido la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. De este punto de vista, se considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad. Este concepto era ya conocido en la época de Ulpiano para quien "la pena es la venganza de un delito"; Von Liszt define la pena como el mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobabilidad social con respecto al acto y al autor.”⁵¹

De lo anterior, se deduce que el Estado, por el poder punitivo que ostenta, hace uso de la pena como un medio de defensa social, sancionando a la persona a quien se le condena ser el responsable penal de un hecho.

Cuando la doctrina se refiere a la pena como un medio de venganza por el hecho realizado, significa que el autor de un hecho antijurídico y típico debe sufrir las consecuencias propiamente del hecho cometido.

⁵¹. C. F. Balestra, *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires Argentina: Editorial Abeledo Perrot. 1998, Pág. 537.



La pena también se define como "la privación de un bien, impuesta en virtud de un proceso al responsable de una infracción prevista por la Ley".⁵² Al respecto, se considera que a una persona se le aplica una pena como consecuencia de un hecho cometido, siempre y cuando se haya determinado su participación en el hecho, por los medios de prueba producidos en un juicio penal. En el caso de Guatemala, la responsabilidad penal de una persona; se determina en un debate oral y público, por medio de un debido proceso; es decir, solo puede aplicarse la pena, si la persona ha sido citada, oído y vencida en un juicio justo, por un tribunal o juez competente y en un proceso preestablecido.

Lo anterior se sustenta con lo que ilustra la doctrina, al exponer que la pena "Es la privación de bienes jurídicos prevista en la ley e impuesta por los órganos judiciales al responsable de un delito. Privación de los tres derechos que según Locke, constituyen y justifican la existencia del Estado moderno: la vida negada con la pena de muerte, la libertad con la pena privativa de libertad, la propiedad con la multa".⁵³

La pena solo es impuesta por el Estado, único ente que tiene la facultad de privar de bienes jurídicos a la persona. Los bienes pueden ser de orden patrimonial, cuando se trata de multa, confiscación de bienes o extinción del dominio de bienes que sean producto de la comisión de delitos en el caso de los delitos de narcotráfico; también las penas pueden ser pecuniarias tales como las multas que deben pagar los condenados al cometer un delito; otro bien que es limitado por el Estado al aplicar la pena lo constituye la privación de libertad a la persona condenada por un delito, esta pena considero que es una de las más graves que

⁵². C. Madrigal García, y J. L. Rodríguez Ponz. *La Edad Penal. Derecho Penal. Parte General Judicatura*, Madrid: Editorial Carperi. Plaza de la Ciudad de Viena No.7.28040. 2004. Pág. 257.

⁵³ I. B. Gómez de la Torre, citado por: D y S Madrazo Mazariegos. *Teoría de La Pena Utopía y Realidad*. Guatemala: Editorial Magna Terra, 2008. Pág. 17.



hoy se le aplica a la persona toda vez que éste bien constituye un elemento necesario en todos los aspectos de la vida de la persona humana, diría un medio que permite realizar sus diferentes actividades, sociales, culturales, económicos, entre otros.

2.2 La pena como consecuencia jurídica del delito

La acción consciente y voluntaria de una persona al cometer un hecho calificado como delito por la ley penal produce consecuencias jurídicas, por lo cual la persona responsable penal del hecho debe soportar, la consecuencia que constituye la pena. Porque, según la doctrina, “La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito”⁵⁴.

La aplicación de la pena, por parte del Estado, mediante los órganos jurisdiccionales penales, debe constituir una necesidad con el propósito de disuadir la conducta reprochable penalmente. “Toda pena (dice Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica, proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.”⁵⁵

A partir de lo anterior, se entiende que la pena solo debe aplicarse en tanto exista necesidad. Esto último debe entenderse como la necesidad que tiene el Estado de mantener un orden social o como un medio de defensa social; de lo contrario, si este presupuesto falta, se estaría hablando de arbitraria la pena aplicada por el Estado.

⁵⁴ B. Mapelli Caffarena. Terradillos Basoco, Juan. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 3ª. Edición. España: Editorial Civitas, S.A. 1996. Pág. 3.

⁵⁵ C. Becaría Bonesana. Op. Cit. Pág.216.



“Se puede definir la pena en sentido jurídico penal como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de hecho punible”.⁵⁶

Se habla de la supresión o coartación de un derecho fundamental de la persona, porque toda pena implica eliminación o disminución de un derecho predicable de la persona.

La pena es la limitación de bienes jurídicos tutelado por el Estado, en el momento que el titular de este derecho, con su acción ilícita, ha sido juzgada ante un juez competente, mediante un debido proceso, y el Ministerio Público lo declara culpable del hecho criminal, por el que le acusó.

Para declarar culpable a una persona, es necesario que concurren ciertos requisitos legales para que el Estado le reproche su conducta; mencionaré las que considero esenciales: que el hecho realizado por la persona tenga calificación legal como delito en una norma penal relevante y que la misma este vigente, la capacidad de obrar de la persona, que la persona se la haya probado su participación en el hecho que se le señala, solo de esa forma el Estado por medio del Ministerio Público puede destruirle su Estado jurídico de inocencia del que el mismo Estado a través de la Constitución le garantiza.

⁵⁶ A. Reyes Echandía. *Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A, 1996. Pág. 245



“La pena es la privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito en la medida tolerada por sentimiento social medio de seguridad jurídica y que tiene por objeto resocializar, para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados”. Esta definición explica que la pena tiene una finalidad de resocializar a la persona condenada por un hecho criminal, así mismo como un instrumento de seguridad jurídica a la colectividad y como un medio de prevención de delito.

Lo anterior se sustenta con el siguiente contenido doctrinario “La pena solo se justifica por la necesidad de prevenir los delitos. Cuando la seguridad jurídica no se conforma con la reparación de la afectación causada por una conducta, o bien, dada la naturaleza de la conducta, una sanción reparadora se muestra como idónea para la misma, la seguridad jurídica demanda una coerción preventiva, cuya principal manifestación es la pena, y la demanda de coerción penal receptada por el legislador es lo que da a la conducta su calidad de merecedora de pena”⁵⁷

La anterior definición ilustra que no basta reparar el daño causado por un hecho ilícito, sino que el Estado debe aplicar una medida de coerción al culpable de un delito; es decir, debe retribuírsele su conducta ilícita por medio de la aplicación de una pena, la persona debe sufrir en sí mismo las consecuencias de su conducta ilícita.

⁵⁷ E. Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal Parte General I*. Buenos Aires: Editorial Ediar. Tomo I. 1980. Pág. 77



Otra definición que es muy importante para el caso de estudio es la siguiente: "La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal".⁵⁸

El Estado, cuando aplica una pena por su conducta ilícita a una persona, la va a privar o restringir de un derecho fundamental, y lo hace en aplicación de su facultad penal o poder penal que tiene, a manera de proteger bienes jurídicos inherentes a las demás personas.

En conclusión, se puede definir la pena como la privación de bienes jurídicos, impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes, al autor de un delito, y tiene por objeto la resocialización y reeducación del penado y como instrumento de control social del Estado, para el cumplimiento de sus fines, como la armonía y paz social.

2. 3. Características de la pena

Es necesario considerar las características de la pena como consecuencias jurídicas del delito, para comprender su campo de estudio y aplicación en nuestro sistema jurídico penal.

⁵⁸ B. Mapelli Caffarena. Ob. Cít. Pág. 29.



2.3.1. Legalidad

No se puede imponer a nadie una pena que no esté prevista en el supuesto normativo el tipo penal, que no sea la consecuencia de proceso adelantado de acuerdo con disposiciones legales preestablecidas o que no emane de juez competente.

Esta es la aplicación de los ya conocidos principios del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Este principio encuentra sustento legal en Guatemala en el Artículo 17 de la Constitución Política, y constituye una garantía judicial a la persona, toda vez que no se puede imponer arbitrariamente una pena sin que tenga regulación legal en una norma vigente. Se considera como medio de seguridad jurídica para la persona que se le imputa un hecho de naturaleza criminal, porque se hace necesario que la conducta esté configurada como ilícita en una norma penal.

Es importante considerar este principio, porque permite que debe estar prevista no solo la figura delictiva sino también la pena que se impone como consecuencia del hecho imputado. Esta imputación debe considerarse objetiva, es decir, concreta; en cuanto a la forma de su comisión, el lugar donde ocurrió y el elemento temporal es decir la fecha y la hora en que acaeció el hecho.



2.3.2. Proporcionalidad

La pena debe ser proporcional al delito cometido; “se habla de una proporcionalidad cualitativa, que tiene en cuenta la naturaleza del hecho punible, y de una proporcionalidad del delincuente”.⁵⁹

La pena ha de ser también proporcional al delito. Este principio encuentra explicación tradicional dentro del marco del sistema retributivo. “Pero también, según se adelantó, en las teorías preventivas, ya que la adecuación de la gravedad de la pena a la del delito por ejemplo, castigando más la conducta dolosa que la imprudente, o la consumación que las formas imperfectas de ejecución, o los delitos que afectan a bienes jurídicos más importantes que los que no lo son tanto es requisito de aceptación social y de aplicación funcional.”⁶⁰

Este principio es importante, tanto en la regulación que el legislador hace de un delito, como en su consecuencia jurídica que va a regular en una norma penal; es decir, debe considerar la ponderación de la conducta ilícita en relación con el bien jurídico que el hecho criminal afecta; es decir, resulta necesario considerar el grado de afectación del derecho protegido por el Estado, pero también este principio debe considerar, el juez que emita sentencia en el momento de ponderar la pena que le va asignar a la persona que ha juzgado, circunstancias del hecho criminal cometido y circunstancias personales de la persona que va a condenar, como lo regula el Artículo 65 del Código Penal guatemalteco.

⁵⁹ E. Zaffaroni. Ob. Cit. Pág. 77

⁶⁰ B. Mapelli Caffarena, J. Terradillo Basoco. Ob. Cit. Pág. 51.



2.3.3. Individualidad

“El más obvio desarrollo de este principio es de que la pena solo puede alcanzar al autor o cómplice del hecho punible; quedan así superadas las etapas primigenias del Derecho Penal en las que, además del autor del delito, eran castigados su familia, clan o tribu”.

Este principio comprende el importante problema de la individualización de la pena, el cual se opone, en cierto modo, como lo señala con acierto Cuello Calón, a este dogma penal de la igualdad; no porque respete en los delincuentes categorías y privilegios, sino porque, partiendo de la base de la adaptación de la pena al delincuente, como estos varían hasta el infinito, la pena tiene que variar en tal caso para adaptarse a las diversas peculiaridades del penado.

En la aplicación de la pena, el juez penal debe considerar que el delito tiene una pena general entre un límite o máximo, y debe considerarse que cada caso tiene su peculiaridad; no todos los casos se realizan de una forma igual, tanto en sus características, circunstancias como en sus extremos del hecho, difieren en cada uno que va desde el móvil del hecho hasta las circunstancias en que se cometen, de esa forma la pena al individualizarse el juez al dictar una pena en una sentencia debe tomar en cuenta extremos y características del hecho, de la víctima y del propio condenado.



2.3.4. Irrevocabilidad

“Una vez impuesta la pena mediante sentencia ejecutoriada, debe cumplirse ineludiblemente; no en otra forma podría asegurarse el imperio de la justicia punitiva, la satisfacción al ofendido y la protección de la colectividad.”

En la práctica, en el sistema penal guatemalteco, no siempre se produce esa característica, toda vez que una sentencia ejecutoriada está sujeta a la revisión, con el objeto de lograr la anulación de esa sentencia ejecutoriada. Al anularse la sentencia se entiende que se anula también una pena que contiene la sentencia, tal como lo preceptúa el Artículo 453 de la Ley adjetiva penal.

Además del recurso de revisión, incluso, podría plantearse un proceso de amparo judicial; es decir, al ejecutarse la pena un juez de ejecución penal, en algunos casos, el penado acude a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando considera que en su juzgamiento se han violado sus derechos fundamentales; la Corte, en las sentencias que declare con lugar una demanda, obliga al Estado de Guatemala a suspender la ejecución de la sentencia y, desde luego, repetir el juzgamiento de la persona; cito como ejemplo el caso de Fermín Ramírez.

2.3.5. Aflictividad

“La pena es aflictiva; esa era antiguamente su finalidad; hoy no lo es; pero no puede desconocerse que su aplicación produce sufrimiento en alguna medida para el reo, dado que ella se concreta en la pérdida o suspensión de un derecho de contenido personal, social o económico”. La aflictividad consiste en que la



pena debe ser sentida personalmente la persona, el contenido de la pena que se le da por un juez por el hecho criminal cometido, a manera que este recapacite su actuar criminal.

Esta característica, en un Estado Derecho Penal democrático, es limitada, toda vez que la pena no debe trascender la persona del delincuente, como lo establece el Artículo 5º de La Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Los estados partes de este instrumento jurídico internacional deben observar obligatoriamente ese Artículo, porque recordemos que una pena limita derechos fundamentales del penado, de las cuales debe aplicarse bajo principios garantistas.

2.3.6. Publicidad

”La pena que se impone al condenado debe ser conocida públicamente; este principio tiene por objeto permitir que la sociedad sepa cuál fue el resultado del proceso y pueda estar segura de que la justicia es administrada recta pero inexorablemente por quienes están encargados de dispensarla”.⁶¹

Esta característica cumple uno de los principios del proceso penal guatemalteco, que se refiere a que el juicio al que es sometido una persona debe ser público; es decir, la sociedad debe conocerlo. Esto permite transparencia en un proceso y le da legitimidad confianza en la sociedad, pero más que eso, cuando una pena es dictada públicamente, a mi consideración, lleva implícita la utilidad de la pena como fin preventivo general, porque permite que la sociedad se entere de las

⁶¹ A. Reyes Echandía. Ob. Cit. Pág. 254



consecuencias de un hecho criminal, pero sobre todo los niños, adolescentes y jóvenes.

2.3.7 Personal

“La pena es personal por imponerlo así el principio de culpabilidad: se impone al autor culpable. Nunca puede extenderse, ciertos ejemplos suministrados por la evolución del Derecho Penal, a sus parientes próximos e incluso a sus siervos”.

Una de las características de la pena consiste en que su aplicación es personal; es decir, se aplica al autor de un delito, ya como autor material, intelectual o cómplice, desde luego, siempre que se le pruebe su participación en el hecho que se le imputa. Es decir que la pena va dirigida a la persona que con su acción ha cometido un ilícito que es penado por la ley.

2.3.8. Necesaria y suficiente

“La pena más cruel no es la más grave, sino la más inútil. Requisito primero de la justificación de la pena será, pues, su necesidad. La pena nunca es necesaria respecto al hecho pasado, y tampoco lo es frente a quien no es peligroso, pero puede ser necesaria para crear inhibiciones en los demás”.



Al ser legislada debe considerarse la necesidad de la regulación de la pena en el momento de determinarse la conducta ilícita por el legislador, tomando en consideración aspectos sociales, económicos y políticos, en lo referente a lo suficiente relación de la pena en cuanto a la cuantificación al hecho; pero cabe considerar que la pena sea eficaz para el fin que se persigue; es decir, que cumpla su cometido; en el caso de Guatemala, que cumpla la retribución como función de la pena y la resocialización como fin.

2.3.9. Pronta e ineludible

“Que la pena sea pronta e ineludible es una exigencia de su finalidad de prevención general. Ya Beccaria había advertido que lo más intimidante no es la gravedad, sino la certeza. Y Robespierre, en su discurso, sobre los principios de moral política, afirma taxativamente que la lentitud de los juicios equivale a la impunidad y la incertidumbre de la pena estimula a todos los culpables.

Desde el punto de vista de la prevención especial, la pena tardíamente aplicada no se revela sólo como inútil, sino como contraproducente, ya que con frecuencia introducirá en procesos marginizantes a sujetos de débil, pero cierta, socialización posterior al delito”.⁶²

Las características de la pena enumeradas anteriormente ilustran un sistema de Derecho Penal garantista, toda vez que no se permiten arbitrariedades en su aplicación, pero lo importante es que garantiza seguridad jurídica en su aplicación para los destinatarios.

⁶² B. Mapelli Caffarena y J. Terradillo Basoco. Ob. Cit. Pág. 51 y 52.



La pena debe ser pronta y cumplida por los jueces llamados a dictar sentencia, para efecto de que se cumpla su función y finalidad. La prontitud y cumplimiento de la pena solo se cumple con base en la aplicación de la justicia pronta y cumplida; no obstante, esto no siempre sucede, porque al llevarse a cabo el juzgamiento de una persona en un proceso penal en Guatemala, los procesos llevan su tiempo en desarrollarse, y tienden a entorpecerse los plazos en la mayoría de casos por los recursos que surgen en los mismos, además es necesario considerar que en el desarrollo de un proceso interviene no solo el juez que conoce la causa, también está el Ministerio Público y la defensa, que deben actuar en forma diligente, cada uno con su función para tener éxito el desarrollo de un proceso; también surgen a veces vicisitudes inesperadas en el proceso, como ejemplo incomparecencia de testigos. (...)

2.4. Función y fines de la pena

Como todo Estado constituido jurídica y políticamente lleva consigo una finalidad, o sea, un porqué de la existencia de las instituciones; es el caso de la pena como la facultad que tiene el Estado de castigar la conducta de las personas que vulneran bienes jurídicos tutelados por el Estado en su Constitución y demás leyes ordinarias. La doctrina señala que “La pena tiene una fundamentación política y filosófica, por lo que debe cumplir con la función que le designe la Constitución Política de un Estado”.⁶³

En el caso de Guatemala, la Constitución regula, como deber del Estado, garantizar a sus habitantes la seguridad, la paz y armonía social. Puede decirse

⁶³ S. Mir Puig. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel, S.A. 1994. Pág. 30



que esta filosofía política del Estado se hace ver en ocasión de la aplicación de una sanción penal impuesta a una persona que resulte ser responsable de un hecho calificado como delito.

De lo anterior se entiende que la pena tiene la función de ser un medio de mantener el orden social; es decir, que el Estado lo utiliza como un instrumento de control social mediante la protección de los bienes jurídicos, para mantener el orden y la paz social.

2.4.1 Función

“La función de la pena no es la realización de la justicia por medio del castigo. El orden jurídico ha de adaptarse, desde luego, a determinadas exigencias de Justicia, pero ni puede ni debe pretender realizar la Justicia en la tierra. La realización de la justicia es un cometido de la moral, no del derecho. Este debe limitarse a ordenar la convivencia externa de los ciudadanos del modo menos gravoso posible para sus derechos y libertades. Un ordenamiento jurídico que intentase realizar la justicia representaría una insoportable injerencia en la libertad de los ciudadanos.

Cabe afirmar, de acuerdo con lo sostenido, al estudiar el principio de “prohibición de exceso (o proporcionalidad en sentido amplio), y con la doctrina que la función primordial de la pena es la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho en virtud de su propia naturaleza de orden de la coexistencia.”⁶⁴

⁶⁴ M. Cobo del Rosal y T. Vives Antón. Ob. Cit. Pág. 800 y 801.



La pena tiene distintas funciones, al hablar de función nos permite saber para que se emplee la pena es decir la utilidad que se le da, pero también se considera que finalidad consiste, en lo que se quiere obtener, de la aplicación de la pena. Se distinguen las siguientes finalidades: una finalidad retributiva (de realización de la justicia por medio del castigo), otra de prevención general (de evitar la comisión de nuevos delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos), y de prevención especial (de evitar la comisión de nuevos delitos por parte del infractor).

2.4.2 Fines de la pena

“Los fines de la pena, a través de los cuales puede esta cumplir su función de tutela jurídica, se hallan constituidos por la prevención general y especial.”⁶⁵

Es muy claro que la recepción de una determinada tesis por el derecho constitucional sobre el fundamento y fin de la pena se constituye en un límite preciso para la regulación de la legislación penal; lo cual implicará, por tanto, uno de los límites pre-legislativos del *ius puniendi*. Esto es cierto en tanto la indagación sobre el fundamento y fin de la pena tenga por objeto reconocer la legitimidad de su imposición por el Estado; los límites de esa legitimidad serán, pues, los del derecho de castigar.

Los fines de la pena se determinan por el tipo de Estado que lo regula y lo aplica. Para una mejor ilustración, se citará cada uno de ellos.

⁶⁵ Ídem. Pág. 802



2.5. Función de la pena en un Estado liberal

Bajo la vigencia del Derecho Penal liberal, 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 liberal es ya en el contrato social, concebido como pacto que los seres humanos suscriben por razones de utilidad. Esto conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad por medio de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un daño social.

Lo anterior se sustenta con lo que la doctrina expone: “El Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de este”⁶⁶. Es decir, que cuando el Estado ha sido constituido como consecuencia de la organización social surgido como un contrato que contiene las estipulaciones del deber ser de toda persona, en el momento de incumplir la persona se coloca en un estado de infractor a esas estipulaciones, permitiendo que el Estado intervenga en la esfera de sus propios bienes jurídicos.

“La función de la pena en un Derecho Penal liberal es de utilidad social dado que tiende a proteger a los ciudadanos y sociedades en general del daño que causa la comisión de un delito. Alrededor de este pensamiento, se justifica a la pena desde dos corrientes, una retributivista, en el sentido ideal de ver a la pena como una realización del valor justicia (posición adoptada por Hegel y Kant), y la otra prevencionista, en el sentido utilitarista de la pena al proteger a los ciudadanos.”⁶⁷

⁶⁶ G. Jakobs y M. Polaino Navarrete. *El Derecho Penal Ante Las Sociedades Modernas* Primera Edición México, Editorial Flores Editor y Distribuidor S.A. 2006, Pág. 22.

⁶⁷ J. V. Solórzano. *Hacia la Humanización del Sistema de Penas en Guatemala*. Guatemala:



En el ejercicio del poder público, se restringe o se garantiza la seguridad ciudadana nacional, como prioridad máxima del Estado sobre otras funciones; en este tipo de Estado, los ciudadanos tienen la garantía de que son protegidos del poder del Estado por medio de los límites que a su ejercicio señalan las leyes. Por lo tanto, su modelo penal responde a una fundamentación retributiva, que solo mira hacia el pasado, compensando el mal causado. La función de la pena, en este sistema, es de función social, dado que tiende a proteger a los ciudadanos y sociedad en general. Lo anterior encuentra regulación en el Artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

“Pero tanta o, acaso, mayor importancia tuvo en éste la concepción retributiva de la pena. Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia.”⁶⁸

En la posición de Kant, en cuanto a la pena, sostenía su justificación como medio de retribución y nunca concebía que la pena podría tener utilidad como un medio de prevención. Decía que la pena jurídica no podía aplicarse simplemente para procurar otro bien, ni mucho menos en beneficio del mismo del penado; es decir, no comparte la utilidad de la pena como un medio de prevención general o especial.

La función de la pena en este modelo de Estado, constituye la utilidad que se le da a la pena como un medio de retribución del mal causado.

Editorial. Ediciones del Instituto de ciencias Penales. 1999. Pág. 18.

⁶⁸ Cfr. H. Mayer, Kant, Hegel und das Strafrecht, en "Festschrift f. Engisch", 1969, pp. 64 Y ss.; E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen, 19653, Pág. 229 y Pág. 294.



2.6 Función de la pena en un estado social

“El Derecho Penal de un Estado social no puede, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos. Ello podría concretarse del modo siguiente: 1. El Derecho Penal de un Estado social debe: asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social)”.⁶⁹ En realidad, el Derecho Penal no se restringe solo a asegurar la eficacia de las garantías ciudadanas, tratando de no intervenir en la conflictividad sino que también, se preocupa por intervenir y accionar en la vida social creando las condiciones necesarias para convivencia pacífica.

“La función de la pena en el Derecho Penal social o intervencionista es de lucha contra el delito, siendo este un fenómeno social, el Estado debe actuar para eliminarlo o atenuarlo. Surge como vía pacífica del ataque al delito las medidas de seguridad. En este tipo de Estado la pena no se debía a la realización de la justicia, sino porque era necesaria porque atacaba el problema social de la delincuencia”⁷⁰ En este modelo de Estado, la pena se utiliza como un medio de defensa contra la criminalidad y su aplicación representa una necesidad.

⁶⁹ S. Mir Puig. *Función De La Pena y Teoría Del Delito En El Estado Social y Democrático De Derecho* 2ª. Edición. Barcelona, España: Casa Editorial S.A. 1982, Pág. 30.

⁷⁰ J. V. Solórzano. Ob. Cit. Pág. 18.



2.7 Función de la pena en un Estado democrático

“Un Estado democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo. El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos.”⁷¹

La aplicación de la pena en este tipo de modelo de Estado exige observancia de las garantías que protegen los derechos fundamentales de las personas, por medio de los límites previstos en la ley. En el sistema jurídico guatemalteco, específicamente en la Constitución, estas garantías son determinadas por los principios que se encuentran descritas en la Constitución Política; tal es el caso del principio de legalidad de la acción ilícita y de la pena, que deben estar establecidas previamente por la ley, principio de resocialización es decir que la pena lleve implícita la finalidad de resocializar a la persona; el principio de la humanidad de la pena es decir que la pena no debe trascender de la persona que es penada, debe ser personal; la pena debe ser proporcional, es decir que la pena debe tener correspondencia con el mal causado en la comisión del delito, en fin debe observarse los principios que constituyen los medios limitadores del poder punitivo del Estado.

“En un Estado de derecho democrático el ejercicio del poder penal se entiende que es siempre, al servicio de los ciudadanos, por lo tanto solo intervendrá

⁷¹ S. Mir Puig. Ob. Cit. Pág. 26.



cuando sea necesario para la protección de los mismos” “Se le asigna una función de prevención de las conductas que pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos tutelados, pero siempre de los límites que establece la ley.”⁷²

De lo anterior, se desprende una característica muy importante de la pena: el principio de necesidad de la pena, para su aplicación, pero siempre en observancia de límites establecidos en la ley. La necesidad se basa, entonces. En que la pena constituye un mal necesario, como medio de retribución o de castigo por la comisión de un hecho criminal que ha causado un mal a un bien jurídico protegido legalmente.

“La pena debe servir a la mayoría de ciudadanos (sociedad) pero respetando los derechos y dignidad de la minoría (delincuentes) en la medida que sea compatible con los valores que la constitución protege. Esta característica limita la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad jurídica o valores que la Constitución Política garantiza y obliga a ofrecer al penado, posibilidades para su readaptación social y reeducación”.⁷³

El Estado, en la aplicación de su facultad coercitiva y punitiva, debe realizarse bajo la observancia de garantías que protegen los derechos fundamentales de la persona humana; a manera de brindar seguridad jurídica, con el principio de igualdad formal, es decir, lo reconocido y regulado por la ley, y también material me refiero a las circunstancias fácticas y personales.

⁷² J. V. Solórzano. Ob. Cit. Pág. 19

⁷³ I. G. Gómez de la Torre. Ferre Olive, y J. R. Piedecabras. *Manual De Derecho Penal, parte general III, Consecuencias Jurídicas del delito*. Barcelona, España: Editorial Praxis, 1999. Pág. 1.



En cuanto al Derecho Penal democrático, resulta necesario recordar que en un Estado de Derecho democrático, se caracteriza rigurosamente, el reconocimiento de los derechos fundamentales de toda persona, la observancia del Estado mediante sus órganos administrativos y judiciales, en cumplimiento del bien público con la finalidad de que el mismo Estado cumpla sus fines. Para que este sea práctico, debe contener en su sistema jurídico mecanismos que hagan valer su observancia; y que el Estado, al hacer uso de su facultad punitiva como medio de control social, debe hacerlo bajo parámetros estrictamente legales con base en principios a igualdad y sobre todo equidad, evitando que el mismo Estado sea el ente que vulnere derechos fundamentales.

Específicamente, en relación con la aplicación de sanciones en materia penal, al respecto, la doctrina ilustra: “la duplicidad de sanciones penales por un mismo hecho llamado también principio *No bis in idem* este es un principio de legalidad, favorece al reo prohibiendo que de un mismo hecho resulte sancionado más de una vez”.⁷⁴

Este principio constituye un mecanismo legal que garantiza un derecho fundamental de la persona, porque tutela un bien tan elemental consistente en garantizar la esfera de derechos fundamentales del ser humano, evitando que en aplicación de sanciones jurídicas el Estado no limite más de un bien jurídico; se entiende de esa forma que el Estado, a través de su facultad punitiva, evite regular, en su sistema jurídico, figuras penales con consecuencias múltiples o penas mixtas. Solo a manera de ejemplo podríamos decir que un delito debe tener una sola consecuencia jurídica, es decir, la pena podría ser de privación de libertad o de multa, pero no las dos al mismo tiempo, porque la pena debe tener proporcionalidad al hecho cometido, al cual, por lógica, debe corresponderle una

⁷⁴ L. G. M. Villalta Ramírez. Ob. Cit. Pág. 41.



pena; en cuanto a la magnitud de la pena, debe tener relación con la gravedad del hecho y del bien jurídico afectado por ese hecho, pero debe ser una pena que corresponde a un hecho cometido y no más de una pena. Si el hecho criminal se comete con agravantes, en la pena que corresponde debe cuantificarse esa gravedad en determinar la pena, pero una sola pena, lo cual debe el juzgador determinar en los límites mínimos y máximos que la misma norma penal regula.





CAPÍTULO III

3. Teorías que justifican la pena

Las teorías que explican la justificación de la pena son conocidas como las teorías: absolutas, relativas y mixtas; así mismo el pensamiento filosófico moderno estudia la teoría agnóstica de la pena. Es importante considerar estas teorías, porque permiten ilustrar las diferentes posturas para determinar la justificación de la pena; además permite relacionarlo con el sistema penal guatemalteco para determinar la teoría adoptada.

“La división tradicional de las teorías de la pena en absolutas, relativas y mixtas, se repiten por todos los autores a partir de Roder, pero la clasificación proviene originariamente de Anton Buter.”

“Desde hace más de dos mil años se ha intentado responder a la pregunta por la naturaleza de la pena. Estas respuestas han sido formuladas como teorías de la pena. Sin embargo, cabe señalar que las teorías de la pena sólo son tales, en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del Derecho Penal es la de fundamentarlo en último término.”⁷⁵

⁷⁵ E. Zafarroni. Ob. Cit. Pág. 83.



Las teorías existentes a lo largo de la evolución del Derecho Penal, especialmente de la pena, han servido de base o fundamento jurídico penal, para regular esta institución jurídica en las legislaciones de un determinado Estado, según la función o finalidad que le da a la pena, siempre dependiendo al tipo de sistema penal que un determinado Estado ha adoptado. El estudio que se le ha realizado a la pena ha sido en torno a su naturaleza, mediante la formulación de teorías que tienen como finalidad la explicación de la función de la pena.

3.1 Las Teorías Absolutas

“Las teorías absolutas, legitiman la pena si esta es justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente.”⁷⁶

Esta teoría se caracteriza porque considera la pena como un medio que se utiliza para el castigo, porque se ha delinquido; al imponer la pena, no se buscan fines prácticos sino realizar la justicia. Dentro de este concepto absoluto de la pena, surgieron las teorías de la reparación y la retribución.

“Conforme a la primera, el delito ocasiona un daño tanto individual como a la colectividad, daño que debe ser reparado con el dolor que la pena produce. Respecto a la segunda, considerase la pena como la respuesta justa al delito, Suele distinguirse dos variantes, a saber: la retribución moral y la jurídica.”⁷⁷

⁷⁶ E. Bacigalupo. Ob. Cit. Pág.12

⁷⁷ A. Reyes Echandía. Ob. Cit. Pág. 248



Teoría Absoluta es la que busca una legitimación de la pena fuera de ella misma. La pena sería un “mal”, que sigue necesariamente a la realización del delito como un efecto indispensable de él, sin que importe cuál pueda ser su influencia futura.

La pena, en esta teoría, tiene como función la respuesta al delito, pues en el delito se causa o se lesiona un bien jurídico que el Estado mediante las leyes, tutela y protege; al penarse el delito se está retribuyendo en forma moral y jurídicamente por que el delito tiene una consecuencia jurídica que es la sanción penal.

“Las teorías llamadas absolutas son todas las doctrinas retribucionistas, que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como “castigo”, “compensación”, “reacción” o “retribución “ del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio, y menos a un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento.”⁷⁸

Considero que la teoría retributiva no busca un fin en la pena, si no que se podía hablar de función o utilidad de la pena, que consiste en este caso en la respuesta que el Estado le da a la conducta ilícita de una persona; en otras palabras, se podía decir que es el pago que se le da a una persona cuya conducta transgredió una norma penal y que pone en peligro un bien protegido por el Estado.

“Estas teorías parten de que la pena es un mal, un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento de derecho. El mal de la pena compensa en virtud de una merma del derecho (del autor), la usurpación del derecho (ajeno) propia del delito. Toda pena, es, pues, por esencia, retribución.”⁷⁹

⁷⁸ L. Ferrajoli. Ob.Cit. Pág. 293

⁷⁹ B. Mapelli Caffarena y J. Terradillo Basoco. Ob. Cit. Pág. 35



La pena es el castigo que el Estado, en virtud de la facultad penal que tiene, le impone al culpable de un hecho criminal, y que resulta necesaria para mantener un orden social y proteger bienes jurídicos de los habitantes, para el mantenimiento de la paz y armonía social.

“Según Kant, la pena es un fin, porque si se convirtiera en un medio para conseguir un bien, para el propio penado o para la sociedad, como se sostiene en el marco de las teorías relativas, se trataría al hombre como un simple instrumento al servicio de ciertos fines, como menoscabo de la dignidad humana.

La teoría de la retribución jurídica, que propuso el también filósofo Hegel, fundamenta la pena en un proceso dialéctico: como el delito (tesis) es la negación del derecho, y la pena (antítesis) la negación del delito, la pena resulta ser la afirmación del Derecho (síntesis); la pena se impone porque debe imperar el Derecho.

Como notas comunes a las teorías absolutas se pueden destacar las siguientes: la pena debe ser equivalente al daño causado por el delito.

Esta nota puede considerarse como una característica de la pena, consistente en la proporcionalidad del mal causado por el delito en relación con el castigo del culpable del hecho que causó el mal.

- a) En ningún caso la pena debe perseguir fines útiles de prevención del delito, pues de lo contrario se lesionaría la dignidad humana, por cuanto ello supondría tratar al hombre de la misma forma que se trata a un animal.



Esta nota se puede explicar, que la pena no puede utilizarse como un medio de prevención del delito, porque de esa forma se estaría tratando a la persona como un objeto o instrumento, que sirve de ejemplo a las demás personas que conforman la sociedad.

b) Finalmente, en el contexto de las teorías absolutas, la pena que corresponde al delito cometido tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad, pues de lo contrario no se alcanzaría las exigencias irrenunciables de la justicia o el derecho.”⁸⁰

La aplicación de la pena es necesaria que se cumpla, en caso contrario, no se estaría aplicando el derecho. Se entiende que en esta teoría no tendría aplicación la redención de la pena, como sucede en sistema jurídico penal guatemalteco.

La teoría de la retribución encuentra el sentido de la pena en la imposición de un mal merecido; se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta”, porque, para ella, el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social.

Sin embargo, lo que a la teoría de la retribución le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad teórica cotidiana, sino más bien su fundamentación en la filosofía del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas de nuestro Derecho Penal difícilmente puede ser sobrestimado. Kant intentó en “la metafísica de las costumbres” fundamentar las ideas de retribución y

⁸⁰ M. J. Vallejo. *Cuestiones Básicas del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 1999. Págs. 24 y 25.



justicia como leyes inviolablemente válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitarias.

Y sigue: “la ley penal es un imperativo categórico”; a aquel a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor “de la pena o incluso solo de un grado de la misma”, Kant le invoca una “calamidad”: Pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra.

Si para Kant tiene que haber pena, incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran, incluso si estos se disolvieran, dice “debería ser previamente ejecutado el último asesino que se encontrara en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo”.

Hegel, en sus “Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho”, uno de los más importantes textos filosófico jurídicos hasta la fecha, llega a unos resultados muy parecidos, al interpretar el delito como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación, como “anulación del delito, que de lo contrario tendría validez” y, con ello, como “restablecimiento del derecho”. “La anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión”.⁸¹ Materialmente, se distingue de Kant, sobre todo, en que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia del delito y pena; y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes 150 años. Sin embargo, Hegel está totalmente de acuerdo con Kant, al

⁸¹ C. Roxin. *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito*. 3ª. Edición. España: Editorial Civitas, S.A. 1997 Págs. 81 a la 84.



no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena.

Los filósofos citados anteriormente concluyen en que la pena no lleva consigo una finalidad de prevención, más bien consideran a la pena como un instrumento del derecho para la retribución de la conducta ilícita que contiene un hecho penal. Se entiende de esta forma a la pena como un medio de compensación por el hecho causado; la pena no constituye ni intimidación a la generalidad de la sociedad y, en consecuencia, tampoco como prevención a la sociedad.

“El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológica social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. La idea de la retribución marca, pues un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguardar de la libertad.

La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria; pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho Penal y pierde su legitimación social.”⁸²

La teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la función del Derecho Penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales.

⁸² *Ibidem*. Págs. 81 a la 84.



Según la doctrina citada, la retribución sirve como un medio de medición del cumplimiento de las normas establecidas por la misma sociedad y tiene como instrumento de verificación de que tanto se ha cumplido esas normas sociales, según entiendo si el autor habla de “baremo”.

Se entiende que la pena es un medio que constituye la retribución a la persona que con su conducta ilícita privo a otra persona de un bien protegido por el Estado. Sin embargo, si se toma como base la protección de bienes jurídicos por el Estado, no tendría caso la aplicación de la pena, porque en este caso el Estado estaría limitando o privando de un bien jurídico protegido por él mismo.

3.2. Las Teorías Relativas

Con este nombre se conocen todas aquellas corrientes de opinión que no consideran la pena como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar otras metas (prevención, rehabilitación, defensa social). Entre tales teorías podemos mencionar la preventiva, la correccionalista y la positivista.

Conforme a la primera de ellas, la pena pretende evitar que se cometan nuevos delitos; hablese de una prevención general y de una especial: aquella sostiene que la pena ha de orientarse, mediante el mecanismo coactivo que le es propio, a crear en la conciencia ciudadana el temor al delito y a sus consecuencias; esta, en cambio, afirma que la pena tiene por objeto impedir que el delincuente reincida.



“La tesis correccionalista, que se remonta a Platón para quien la pena es la medicina del alma proclama que el delincuente es un sujeto anómalo que necesita de tratamiento esencialmente educativo dirigido a corregir las fallas que lo condujeron al delito, de tal manera que pueda regresar a la sociedad cuando esté recuperado.

Los positivistas también aceptan que el delincuente es sujeto anormal para quien la pena debe ser rehabilitadora, pero creen, además, que su finalidad más importante es la de proteger a la sociedad de la peligrosidad demostrada por el crimen.”⁸³

En esta teoría con la pena se persigue una finalidad, y esta consiste en ser un medio curativo de la persona criminal, por considerarse que este es un ser anormal y que es necesario educarlo para corregir el error o falla que lo ha conducido a cometer un delito y que de esa forma puede integrarse a la sociedad después de haber recibido un tratamiento.

Además de que la pena tiene como finalidad rehabilitar a la persona del delincuente, los seguidores de la teoría positiva consideran que la finalidad esencial de la pena constituye un medio para conseguir la protección de la sociedad ante la criminalidad que impera en un determinado momento. De esa forma, se considera que la pena constituye un medio mediato de control social.

“Estas teorías procuran legitimar la pena mediante la obtención de o la tendencia a obtener un determinado fin. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una “teoría

⁸³ A. Reyes Echandía. Ob. Cit. Pág. 249



“preventivo general de la pena. Si por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una “teoría” preventivo especial o individual de la pena.

La prevención general no es cuestionada, bajo ciertas circunstancias, en el momento de la amenaza de la pena. (...) El problema es diferente en el momento de la individualización de la pena: cuando debe fijarse la pena merecida por el autor dentro del máximo y del mínimo; en este caso, las consideraciones preventivo-generales que conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho carecen de legitimidad según la opinión más acorde con los principios constitucionales”.⁸⁴

El fin de la pena, en esta teoría, se divide en un fin específico y en un fin general. El primero se refiere a la prevención directa que influye en la persona del delincuente; es decir, a la persona a quien se le aplica una pena como consecuencia de su conducta criminal; es decir, esta persona va a sufrir en carne propia las consecuencias de su conducta ilícita. El segundo fin constituye la prevención general, la aplicación de la pena sirve como un medio que incide al conglomerado social para prevenirlos a no cometer actos criminales, el fin de la pena es establecer un medio o ejemplo a las personas para que ellas se vean intimidados psicológicamente a no cometer actos criminales, ante la amenaza de ser penados por la ley.

Según este autor, las teorías relativas fundamentan la pena en su utilidad, e incluso necesidad, para la subsistencia de la sociedad. La pena no tiende a la retribución del hecho pasado, sino a la prevención de futuros delitos.

⁸⁴ E. Bacigalupo Z. Ob. Cit. Págs. 13 Y 14.



“Este punto de partida se concreta en forma muy dispar en las dos corrientes en que de estas teorías se difundan: prevención general y prevención especial”.⁸⁵

Las teorías relativas se manifiestan en dos corrientes, siempre con la finalidad de prevención; solo que tienen una orientación conforme a los destinatarios de esa prevención y explican la utilidad de la pena, una va dirigida a la persona responsable de un hecho criminal y la otra dirigida a la colectividad.

“Las teorías relativas de la pena responde a la par qué de la pena: la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. Estas teorías miran, pues, hacia el futuro: la pena se utiliza como instrumento de lucha contra el delito con el fin de evitar conductas que lesionen los bienes jurídicos básicos en los que la comunidad se sustenta y que son necesarios para su supervivencia. Se les denomina “relativas” porque la pena no solo se legitima si tiende al logro de un fin, no absoluto sino relativo, cambiante y circunstancial, como lo es el fin útil de la prevención (evitación) del delito. La pena no se justifica como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Como se dijo, mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

Estas teorías defienden una concepción utilitaria de la pena, responden a la parte qué cometió el hecho. Ahora bien, lo hacen desde distintos puntos de vista, que dan lugar a la teoría de la prevención especial y a la teoría de la prevención general.”⁸⁶

⁸⁵ B. Mapelli Caffarena y J. Terradillo Basoco. Ob. Cit. Pág. 39

⁸⁶ M. J. Vallejo. Ob. Cit. Pág. 28.



De manera que las teorías relativas de la pena fijan a la pena varias funciones, como medio o instrumento para conseguir la prevención de futuros delitos, es decir, la resistencia en contra del fenómeno criminal mediante la prevención de conductas que en el futuro podrían violentar bienes jurídicos que el Estado protege y garantiza su respeto u observancia mediante la constitución, procurando cumplir su fin supremo, que es la paz y armonía social. Es relativo, ya que la finalidad de la pena lleva implícita la prevención especial que va dirigida a la persona del delincuente como un medio reparador en su conducta criminal; de esa forma, la pena cumple una utilidad, primero por cumplir un fin retributivo que tiende a compensar con la pena el daño causado con la comisión del delito, pero, al mismo tiempo, tiende a procurar la prevención en la persona del delincuente o hacia la sociedad.

“Todas las doctrinas utilitaristas, que consideran y justifican la pena sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos”.⁸⁷

Las teorías utilitaristas le fijan a la pena la utilidad que un sistema jurídica le da a la pena, es decir, la función que le asignada; entiendo que utilidad de la pena debe llevar aparejada la necesidad de regular y aplicar la pena en un Estado. De esa forma, la doctrina de la pena advierte que la pena es un mal necesario, para que el Estado pueda llevar un control del orden social y de esa forma protegen bienes jurídicos a manera de obtener una paz social y la seguridad de las personas.

⁸⁷ L. Ferrajoli. Ob. Cit. Pág. 293



3.3 División de las teorías absolutas y relativas

Cada una de estas doctrinas ha sido dividida, a su vez, en sub clases, según la finalidad o función que se atribuye a la pena.

En la doctrina absoluta o retribucionista quedan divididas según el valor moral o jurídico atribuido a la retribución penal. Las doctrinas relativas o utilitaristas se dividen, por su parte, en doctrinas de la prevención especial, que se refieren al fin preventivo a la persona del delincuente, y doctrinas de la prevención general, que lo refieren por el contrario a la generalidad de los asociados. La tipología de las doctrinas utilitaristas se ha enriquecido recientemente con una nueva distinción: la que media entre doctrina de la prevención positiva y doctrina de la prevención negativa, según que la prevención especial o general se realice positivamente por medio de la corrección del delincuente o de la integración disciplinaria de todos los asociados, o bien negativamente, mediante la neutralización del primero o la intimidación de los segundos.

“La diferencia entre justificaciones absolutas o retribucionistas y justificaciones relativas o utilitaristas se halla expresada del modo más nítido en un conocidísimo pasaje de Séneca: las justificaciones del primer tipo son *quia peccatum*, es decir, miran al pasado; las del segundo son *ne peccetur*, esto es, mirar al futuro. Mientras para las primeras la legitimidad externa de la pena es apriorística, en el sentido de que no está condicionada por fines extrapunitivos, para la segunda está por el contrario condicionada por su adecuación al fin perseguido, externo al Derecho mismo, y requiere por tanto un balance concreto entre el valor del fin que



justifica el “cuando” de la pena y el conste del medio para el que está justificado el “cómo”.⁸⁸

La justificación de la pena de esa manera constituye el medio de retribución por el mal que un hecho criminal ha causado, debe y merece el castigo como reproche del Estado; y la aplicación de la pena es posdelictual, es decir, después de la comisión del hecho ilícito se aplica la pena. No obstante, cuando se habla de un fin de la pena, se considera que se trata de perseguir algo en el futuro. En el caso de estudio se persigue, con la aplicación de la pena, prevenir la comisión de delitos.

La diferencia que se da en la justificación de la pena tiene que ver con el tiempo relacionado con la concurrencia del delito. Cuando se habla del fin retributivo, como se dijo, se refiere a la compensación por el mal causado por delito y esta compensación se aplica después de haberse cometido el delito. Sin embargo, al aplicar el delito su función en el futuro, constituye la prevención del delito; de esa forma se habla de fin y medio de la pena que, relacionados hacen la diferencia entre estas teorías ya relacionadas.

3.3.1 Teorías de la pena más reconocidas

La Retribución: Para esta teoría la pena es un mal que debe compensar el daño causado y que esta debe satisfacer exigencias de justicia o de restablecimiento del orden jurídico. Es por ello que se considera una teoría absoluta, pues parte de la necesidad de la pena como imperativo categórico, sin preocuparse de las consecuencias sociales que puede traer. Esta teoría no se puede aceptar, debido

⁸⁸ L. Ferrajoli. Ob. Cit. Pág. 294.



a que no toma en cuenta ni las finalidades de la sociedad ni las consecuencias que produce. Es por ello que se ha de buscar la justificación de la pena en las teorías utilitarias de la prevención especial, prevención general positiva y prevención general negativa.

La prevención general negativa se basa en las finalidades sociales: en la idea de intimidar a los ciudadanos por medio de la concreción de la amenaza penal contenida en la norma. Para lograr esto, se busca que la pena sea grave o tenga suficiente entidad para disuadir al potencial delincuente. Una variante de la prevención general es la prevención general positiva o pena integradora, que consiste en que la pena tiene como finalidad estabilizar la conciencia social que ha sido alterada por la comisión del delito. De esta manera, las penas se adhieran a los valores sociales imperantes.

En contraposición, la prevención especial centra los fines de la pena en el propio individuo. La Constitución Política de la República de Guatemala establece que toda pena tiene como finalidad la resocialización del delincuente, lo cual quiere decir dos cosas: a) que la pena debe ejecutarse en condiciones que permitan al sujeto superar aquellas circunstancias que pudieron conducirlo a la realización del delito (Ej: la falta de educación, carencia de un empleo, la falta de oportunidades); y b) que la pena debe ejecutarse sin que el individuo se desocialice, de tal manera que deben evitarse los efectos criminógenos y deteriorantes de la cárcel.

Las críticas que se han dado a las diferentes teorías de la pena llevaron a Claus Roxín a concebir una teoría dialéctica de los fines de la pena, la cual se basa en tres fases o etapas:



A. Conminación legal

“Tiene como fin la prevención general, pues a los individuos de una comunidad se les dirige una amenaza condicional consistente en que si violan las normas del Código Penal, serán sancionados con una pena que tiene como objeto la protección de los bienes jurídicos de la sociedad y el cumplimiento de prestaciones públicas fundamentales. Lo que persigue esta fase es evitar que los miembros de la sociedad cometan delitos, ya que al estar anunciada una sanción es precisamente para lograr la disuasión por parte de los sujetos. Esta sanción puede ser de privación de libertad, de otros derechos, de multa y en Guatemala también la pena de muerte.”⁸⁹

Lo anterior se explica que aplicación de la pena es como un medio de mensaje a toda la sociedad, para que se abstenga de cometer hechos criminales para que no sean penados de la misma forma o con penas más graves. Solo de esta forma el Estado conseguir persuadir a la sociedad y de esa forma intimidarlos a no cometer hechos criminales. Se habla también que la pena al considerarla como medio de prevención general que es utilizada como un medio pedagógico, pues enseña a la colectividad que una conducta ilícita o reprochada por el Estado tiene una consecuencia jurídica, es decir, la pena.

B. Medición judicial de la pena

“Tiende a perseguir no solo la prevención general sino también la prevención especial de la pena; y se da cuando los jueces en el momento de emitir la sentencia imponen una sanción al sujeto por violar las prescripciones del Código

⁸⁹ A. Rodríguez Barillas y A. Binder, S. Ramírez. *Manual De Derecho Procesal Penal Tomo II*. Guatemala Serviprensa Centroamericana. 2005. Página. 218.



Penal, teniendo presente que la sanción no deberá sobrepasar la culpabilidad del autor y tiene que llevar como finalidad la reinserción social”.⁹⁰

Como consecuencia, se puede indicar que se lleva a cabo la prevención general cuando se le impone la pena al sujeto, ya que, de esa manera, la sociedad observa que la amenaza se hizo efectiva, confirmando así la seriedad de la conminación; y, por otro lado, se efectúa la prevención especial mediante la cual se intimida al condenado ante la comisión de un nuevo delito, y se aplica la sanción que lleva como objetivo la resocialización”. En esta fase los jueces entran a valorar los criterios preventivos propios de cada una de las sanciones que puede imponer.

En la fijación de la pena que los jueces de sentencia penal llevan a cabo se deben considerar las circunstancias que agravan o atenúan la conducta criminal de la persona condenada por un hecho, es necesario que se tome en cuenta el principio de proporcionalidad de la pena.

C. La ejecución de la pena

“Es lograr la resocialización del delincuente conforme a la prevención especial, sin admitir tratamientos coactivos que interfieran en la personalidad del penado ya que lesiona la dignidad del hombre, y como ser autónomo y libre debe respetar la ejecución de la pena; así mismo en cierta forma no se descuida la prevención general, ya que cuando se está cumpliendo la pena, la sociedad comprueba que la amenaza sí se ejecuta.”⁹¹

⁹⁰ Ídem. Pág. 219, 220.

⁹¹ A. Rodríguez Barillas y A. Binder Ob. Cit. Pág. 220.



En cuanto al cumplimiento de la pena, esta debe ser tratada de buena manera, toda vez que, si bien es cierto que es una persona que ha quebrantado las normas penales, también desde el momento que está cumpliendo una pena pagando por lo que hizo, ya no es necesario ser sometido a otros malos tratos físicos. Al contrario el Estado debe propiciar medios necesarios por medio de programas pedagógicos y técnicos para poder reestablecer la personalidad del reo y de esa forma cumplir con el fin resocializador.

3.3.2. Prevención general y prevención especial

Todas las doctrinas utilitaristas han asignado siempre a la pena el fin único de la prevención de los futuros delitos para la tutela de la mayoría no desviada, y no al mismo tiempo el de la prevención de las reacciones arbitrarias o excesivas para la tutela de la minoría de los desviados y de cuantos son considerados como tales; hasta el punto de justificar su calificación indiferenciada como doctrinas de la “defensa social” en sentido amplio. Se refieren, en efecto, a la sola prevención de los delitos las cuatro finalidades preventivas indicadas comúnmente por el utilitarismo penal como justificaciones de la pena: la enmienda o corrección del reo, su neutralización o puesta en condiciones de no causar perjuicios, la disuasión de todos los demás de la tendencia a imitarlo mediante el ejemplo del castigo o su amenaza legal, la integración disciplinar de uno y otros y el consiguiente reforzamiento del orden mediante la reafirmación penal de los valores jurídico lesionados.

Hay cuatro grupos de doctrinas relativas o utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, por las cuatro finalidades preventivas anteriormente enunciadas.



“**aa)** las doctrinas de la prevención especial positiva o de la corrección, que atribuyen a la pena la función positiva de corregir al reo;

(Esta doctrina relativa explica la función o utilidad específica de carácter positivo que la pena opera en la persona del delincuente, es decir que vendría cumplir una función de corrección de esa conducta criminal de la persona, en otras palabras, al cobrar la libertad el penado, tendría la conducta normal ya resocializado por la pena y con capacidades de enfrentarse a su vida social cotidiana).

ab) Las doctrinas de la prevención especial negativa o de la incapacitación, que le asignan la función negativa de eliminarlo o de un modo u otro neutralizar al reo; (Con respecto a esta forma de prevención especial, se entiende por lógica que la aplicación de la pena que neutraliza a una persona no va producirle un medio de prevención ni mucho menos de resocialización al reo. Considero prudente citar en este caso la pena capital, es decir, la pena de muerte).

ba) Las doctrinas de la prevención general positiva o de la integración, que le asigna la función positiva de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constitucional.

bb) Las doctrinas de la prevención general negativa o de la intimidación, que le asignan la función de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de la pena.”⁹²

La utilidad de la pena debe considerarse de acuerdo con la finalidad que persigue, según la naturaleza o clase de pena que se va aplicar. En el caso de una prisión

⁹² L. Ferrajoli. Ob. Cit. Págs. 262 y 263.



de libertad, considero que la utilidad es general dirigida a la sociedad como medio de ejemplo; mientras que la prevención especial es el caso de disuadir a la persona del delincuente. Considero que solo cumpliría la prevención general, no así a la persona del delincuente, en el caso de la pena muerte, porque a la persona que le aplica la pena ya es útil.

3.3.2.1. Prevención general

3.3.2.1.1 Definición

“Esta teoría persigue el evitar la comisión de nuevos delitos por parte de todos los ciudadanos, y con independencia de que en algún momento anterior haya o no delinquido. Sitúa el sentido y fin de la pena, en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad.

También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general.”⁹³

(La prevención general no es más que la propaganda del castigo (prevención general negativa), o de la vigencia de la norma (prevención general positiva). Es como un medio de socializar a los habitantes de un Estado, acerca de las consecuencias que surge de una conducta ilícita y que es de reproche por el Estado, mediante la aplicación de una ley penal. La doctrina, al hablar de evitar nuevos delitos, se entiende que sirve como prevención a la sociedad para no

⁹³ C. Roxin. Ob. Cit. Pág. 89



incurrir en conductas ilícitas o más bien también para intimidarlos). En otras palabras, es como un ejemplo o un mensaje de prevención a niños, jóvenes y adultos para que se abstengan de cometer delito y no correr la misma suerte; es decir, la pena tiene un fin pedagógico indirecto de enseñanza a todos los habitantes de una nación. En nuestro medio, en algunas familias que están pendiente de los noticieros o matutinos, cuando se publican las penas, en la mayoría de familias, los padres aprovechan dar el mensaje a sus hijos o al resto de su familia.

3.3.2.1.2 Origen

“Fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann Anselm V. Feuerbach, quien es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho Penal alemán.”⁹⁴

Sin duda, este filósofo al estudió y enfocó en la moderna ciencia del Derecho Penal la importancia de la pena, como un medio de hacer valer también el contenido de las normas penales por su carácter coercitivo y de observancia por los destinatarios de una norma penal.

“Para Feuerbach, la pena se utiliza como amenaza dirigida a la colectividad en la propia norma, y de este modo, evitar que los ciudadanos delincan. La ejecución de la pena pasa, en consecuencia, a un segundo plano. Pasa a convertirse en una mera confirmación de que la amenaza iba en serio”.⁹⁵

⁹⁴ C. Roxin. Ob. Cit. Pág.89

⁹⁵ D. Madrazo Mazariegos, S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Pág. 48



Para este autor, la pena lleva como un fin de amenaza a la sociedad, para que sus miembros no cometan delitos y que de esa forma, al actuar con libre albedrío vean las consecuencias porque en todo caso la amenaza se cumpliría, entiendo que la amenaza a los habitantes o a las personas surge de la aplicación de la pena a un conciudadano. En el caso de Guatemala, en los tiempos en que se aplicaba la pena de muerte, servía a muchos padres llevar a la reflexión a los hijos para que su conducta se enmarcara dentro de las normas no solo morales sino legales de conducta humana.

3.3.2.1.3 Clases

Roxin, en su libro *Prevención y Culpabilidad*, distingue tres aspectos en la prevención general: la intimidación; la prevención compensadora, (de la culpabilidad), integradora o estabilizadora; y la defensa del orden jurídico. Este autor pone en primer plano el segundo aspecto, o prevención general compensadora, la que la doctora Sanz Mulas denomina prevención general positiva, rechazando el aspecto intimidatorio, lo que Feuerbach denomina prevención general negativa.

Pero modernamente se clasifica o divide a la prevención general en negativa y positiva. “Mientras la negativa o intimidatorio parte de la relación estímulo respuesta en la búsqueda de la intimidación en los eventuales delincuentes; la positiva o integradora, alude a la incidencia de la pena en la conciencia jurídica, a la actividad de los mecanismos de autocontrol valorativos, en búsqueda de la estabilidad en la confianza de la comunidad en el derecho.”⁹⁶

⁹⁶ *Ibíd.* Pág. 48



Se entiende que en la aplicación de la pena por parte del Estado, el conglomerado social le da legitimidad al derecho porque se tiene la convicción, de parte de la sociedad, de que al hacer justicia y reprimir a los delincuentes se está aplicando el derecho. Hay una frase muy común en la sociedad que se dice que debe al delincuente aplicársele el peso de la ley, lo cual, técnicamente, no parece escucharse bien, pero es un decir de la sociedad; hasta en los medios de comunicación se escucha esta expresión, no obstante, es una forma de expresar o manifestar la legitimación del derecho por parte de la sociedad; en este sentido estamos ya hablando de una legitimación material de una ley penal cuando la misma se aplica y es positiva.

“Esta teoría distingue un aspecto negativo y no positivo de la prevención general.”⁹⁷ El aspecto negativo se determina y cae en la esfera de la persona quien sufre la pena, ya que él vive en carne propia el sufrimiento como consecuencia de su actuar delictual, porque se le priva un derecho fundamental del cual es titular la persona, en este caso al responsable de un ilícito penal.

“La prevención general positiva es el modelo de una pena cuya función consiste en ejercitar en el reconocimiento de la norma. También se encuentra en la prevención general la idea de que la misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales. En esta variante de la prevención general no se trata del significado expresivo de la pena como contradicción a la infracción de la norma, sino del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor: prevención general negativa”.⁹⁸

⁹⁷ C. Roxin. Ob. Cit. Pág. 89

⁹⁸ J. Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Universidad de Extremadura 1995. Pág. 26



En el caso práctico, opera la prevención general, cuando la sociedad se da cuenta de la aplicación de una pena al delincuente, el mensaje que lleva consigo la pena, es desalentador para la sociedad, y esta circunstancia permite la prevención a la sociedad para no incurrir en hechos ilícitos, este mensaje es de carácter negativo para los miembros de la sociedad, porque de cierta forma crea un ambiente negativo pero preventivo en su conducta futura en la sociedad.

a. Prevención general positiva

“El aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico”. Conforme a ello, la pena tiene la misión de “demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo”. Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.

En la prevención general positiva, se pueden distinguir, a su vez, tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el “ejercicio en la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sensación, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación mencionado en último lugar; se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicas penales con el término de prevención integradora”.⁹⁹

⁹⁹ C. Roxin. Ob. Cit. Págs. 90 y 91.



El efecto positivo que produce en la sociedad o comunidad jurídica la aplicación de la pena permite que entre los miembros de esa sociedad se propicie un clima de seguridad jurídica y confianza del derecho que impera en un determinado momento. Cuando hay observancia y cumplimiento del derecho mediante el respeto de las garantías que el mismo derecho regula, es propicio hablar de un Estado de derecho que permita la realización y el ejercicio de los derechos de las personas, pero bajo la convicción que el derecho puede en un determinado momento puede ser aplicada en resguardo del ordenamiento social.

De manera que, de la prevención general positiva, se obtiene tres beneficios relacionados, al aplicar la pena como consecuencia de un hecho criminal; yo llamaría la trilogía de la prevención general positiva: primero el aprendizaje de todos los habitantes de una nación para que ellos aprendan a no cometer delitos, en el caso práctico de una pena de muerte, este sirve de aprendizaje o de ejemplo que no se debe matar a una persona, para no ser penado con la misma pena; otro beneficio que se obtiene de la aplicación de la pena de muerte consiste en que el derecho cobra legitimidad positiva, puesto que la sociedad ve que el derecho es aplicable, y entonces se escucha en el ambiente esta palabra común que "hay ley porque se cumple" el segundo efecto o beneficio positivo la aplicación de la pena lo constituye la pacificación en el ambiente, la seguridad social y consecuentemente la paz y armonía entre los habitantes.

La teoría de la prevención general tiene también dos ventajas fundamentales frente a la prevención especial. "En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencia para el autor, incitan a la intimidación. Y en segundo lugar, el



principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posibles exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta sobre ello”.¹⁰⁰

Es necesaria la existencia de la pena como consecuencia jurídica, porque llevan implícitamente una amenaza de intimidación o motivación a la sociedad; pero es necesario que esta motivación esté determinada concretamente en la norma penal, para que los ciudadanos estén conscientes de la existencia de las consecuencias jurídicas y de esa forma puede apartarse de su comisión.

Mientras tanto la resocialización debe ayudar al condenado, el castigo por motivos de prevención general solo pesa sobre el autor por motivo de la comunidad (o sea, de otro) y la facultad para llevarlo a cabo requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma. Por último, la teoría preventiva general comparte el defecto de la teoría de la retribución al no poder dar impulso alguno a la ejecución de la pena.

Esto es válido para todas las formas de manifestación de la prevención general en tanto que estas siempre se dirigen a la comunidad y no al autor. Sin embargo, rige especialmente para la prevención general negativa, pues una ejecución de la pena que tiende a la “mera intimidación de los ciudadanos (Feuerbach), incitará más a la reincidencia que a su evitación y, de esta manera perjudicará más que beneficiará a la lucha contra la criminalidad”.¹⁰¹

¹⁰⁰ C. Roxin. Ob. Cit. Pág. 92

¹⁰¹ Ídem. Pág. 93.



Lo anterior suele darse en la práctica en el caso de los delitos cometidos por los delincuentes considerados reincidentes habituales, lo que hoy día pasa con las pandillas juveniles que cometen robos y extorsiones, pues que en la práctica la pena para estas personas es difícil dirigirlo hacia una resocialización, pues la conducta para ellos ha formado parte de su forma de vida, de tal manera que incluso los hace héroes dentro de su organización criminal.

b. Prevención general negativa

“El aspecto negativo se puede describir con “el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes”. Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach. Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les puede afectar una “intimidación” y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapado”.¹⁰²

Cuando el Derecho Penal se desplaza desde el delincuente concreto a la sociedad en general, se habla de prevención general. Pero el Derecho Penal puede incidir en la sociedad de dos formas: por medio de la prevención general negativa o intimidatoria y por medio de la prevención general positiva o integradora. Mientras que esta última se dirige a la colectividad como conjunto de potenciales víctimas, la prevención general (negativa) contempla la sociedad como conjunto de delincuentes en potencia.

¹⁰² Ibídem Pág. 89



Desde esta última perspectiva, la estrategia que se emplea en la lucha contra el delito es clara: la pena se concibe como una intimidación, como una amenaza dirigida al ciudadano para que se inhiba de cometer delitos. Con acierto se le ha objetado a la teoría de la prevención general, pues que permite elevar las penas indefinidamente, pues cuanto más grave sea el mal amenazado, la pena, más grave será el efecto intimidante.

La teoría de la prevención general negativa también es criticable desde un punto de vista empírico. “Se habla así de la indemostrabilidad del carácter intimidatorio de la pena, cuestionando con ello la eficacia de esta estrategia en la prevención de delitos”.¹⁰³

Es decir, que no es notorio el efecto intimidatorio a la sociedad en la aplicación de la pena, porque no se cumple con el fin preventivo de los delitos; es decir, que no previene a la sociedad para no cometer algún delito.

¹⁰³ M. J. Vallejo. Ob. Cit. Pág. 36 y 37.



3.3.2.2 Prevención especial

3.3.2.2.1 Definición

La teoría de la “prevención especial”, al contrario de la concepción de la pena retributiva, “absoluta”, es una teoría “relativa”, pues se refiere al fin de prevención de delitos, pero en forma especial es decir va dirigida directamente a la persona del delincuente con el propósito de que en el futuro ya no vuelva a cometer otros delitos, pues de alguna forma ya padeció de una pena y que este le puede servir de escarmiento, para actuar de forma distinta en la sociedad.

“Esta tesis se perfecciona en el tiempo de la Ilustración como teoría independiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoría de la retribución, pero hacia finales del siglo XIX la “escuela jurídico penal sociológica” la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy. Su portavoz fue Franz Von Liszt.

Según Roxin, la prevención especial puede actuar de tres formas: aseguradora a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección. Conforme a esto, Liszt, en su denominado Programa de Marburgo que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciando según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. Sobre todo la tercera de las posibilidades de influencia preventiva especial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización.



En tanto la teoría de la prevención especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad del principio de retribución.

El defecto más grave de esta teoría consiste probablemente en que al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Esto consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado.”¹⁰⁴

Como lo explica anteriormente la doctrina que estudia la teoría de la prevención especial, se le ha señalado tres funciones muy esenciales en la aplicación de la pena privativa de libertad: lo primero, sirve como un instrumento para brindarle seguridad a la sociedad mediante la privación de libertad de la persona del delincuente, dándole mayor seguridad a una población, pues el criminal encerrado permite que el Estado controle el fenómeno llamado delito, que pone en zozobra a una sociedad; otra de las funciones que se le señala a la pena en de esta teoría consiste al tratamiento que se le puede dar a la persona del delincuente, para que su conducta delictual sea corregida; en este aspecto difiero, no la comparto, porque aquí se estaría hablando más de una medida de seguridad para el delincuente habitual y no propiamente de una pena correccional; y finalmente,

¹⁰⁴ C. Roxin. Ob. Cit. Págs. 92 y 93.



prevención especial según esta teoría, para la persona corregible mediante programas de corrección o resocialización de su actuar delictual, que va dirigida directamente a la persona del delincuente.

“Esta teoría como utilitarista que, es no busca retribuir el hecho pasado, sino justificar la pena en el fin de prevenir nuevos delitos del autor; asimismo, su diferencia con la prevención general estriba en el hecho de que no se dirige a la colectividad, sino a una persona determinada, al sujeto que ya ha delinquido, por lo que, en ocasiones, y debido al carácter personalista del fin pretendido por la pena, también se le denomina “prevención individual”. Su pretensión, en definitiva, es evitar que aquel que delinquiró lo vuelva a hacer; y, por ello, se convierte en una teoría imprescindible.”¹⁰⁵

Lo importante de esta teoría es que se centra en el tratamiento que el Estado como parte de su política criminal debe dirigir a la persona del delincuente, con el propósito de que mediante la pena, la persona, por haber sufrido la pena en carne propia, se abstenga de cometer nuevos hechos delictivos, porque ya tuvo una experiencia vivida en el padecimiento de la pena; de esa forma se justifica la aplicación de la pena, por medio de la prevención especial.

“La prevención general se dirige a la colectividad, la prevención especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Es decir, el fundamento de la pena está en evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro. Se refiere, pues, al sujeto que ya ha delinquido, pretendiendo que la pena sirva para evitar la reincidencia; evidentemente, la prevención especial no puede

¹⁰⁵ D y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Pág. 57



operar, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en el de la ejecución de la pena.”¹⁰⁶

La prevención especial, como en varias ocasiones se ha dicho, va dirigida directamente a la persona que delinque, y la principal función es evitar que la persona vuelva a cometer un delito, pues la ejecución de la pena por el que se le ha condenado funciona como un medio de prevención para la misma persona y de esa forma se evita la reincidencia de la conducta delictual; de manera que esta surte sus efectos en el futuro en la misma persona.

3.3.2.2.2 Origen

La prevención especial surge en la ilustración y, aunque retrocede al siglo XIX, a favor de la retribución, renace con fuerza a finales de ese mismo siglo de la mano de tendencias como la dirección moderna de Von Liszt y su escuela en lo que a Alemania se refiere; el correccionalismo en España con Dorado Montero; y la escuela positiva en Italia.

“Pero no es sino hasta comienzos del actual siglo XX que sus dictados son desarrollados ampliamente en Europa, y especialmente en torno al pensamiento resocializador. Su punto álgido llega en los años sesenta con una de sus expresiones más acabadas, en el Proyecto alternativo alemán, redactado por un grupo de profesores alemanes, como alternativa “progresista” al proyecto oficial de Código Penal de 1962, y claramente influenciado por Von Liszt. A partir de aquí, su expansión es imparable, apoyando, sobre todo, en el positivismo criminológico y su opción por el estudio de las causas de criminalidad con el consiguiente

¹⁰⁶ M.J. Vallejos. Ob. Cit. Pág. 28.



traslado de los efectos de la pena sobre el delincuente; y, en concreto, la peligrosidad que con su hacer delictivo ha demostrado”¹⁰⁷.

Las pena, como parte y contenido de la ciencia del Derecho Penal, le ha dado importancia al tratamiento del delincuente porque alguna escuela considera que el hombre es un ser anormal y que por naturaleza es violenta. Ante esta característica, se ha realizado el estudio para establecer medios legales que permitan encontrar que a este hombre anormal le asiste el derecho de rehabilitarse o resocializarse, pero como un efecto y función de la pena; es decir, se le da utilidad a la pena como un medio curativo a la persona del delincuente.

3.3.2.2.3 Clases

“Von Liszt distingue entre delincuente ocasional, para él la pena constituye un recorrido que le inhiba de posteriores delitos; el delincuente no ocasional, pero corregible, en el que la pena debe producir un efecto de corrección y resocialización; y por último, el delincuente habitual incorregible para el que la pena debe producir un efecto inocuidador”.

El autor citado estudia la diferencia en relación con la habitualidad de delinquir por parte de una persona; y con base en este parámetro, determina el grado de efecto que le produce a la pena y la utilidad de corrección o no que lleva consigo la pena.

¹⁰⁷ D y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Págs. 58.



“Partiendo de esa clasificación, afirma Demetrio Crespo, encontramos dentro de la prevención especial, dos tipos o modalidades”.

El autor citado expone las modalidades con que se puede distinguir la prevención especial como efecto de la pena.

a. La prevención especial positiva

Mediante esta se pretende que el autor del delito no delinca más en el futuro, logrando la resocialización del mismo por medio de la pena.

Esta modalidad determina que el efecto que produce la pena va dirigida a la persona del delincuente; es decir, que este es un efecto mediato que se espera, en la aplicación de la pena a la persona del delincuente.

b. La prevención especial negativa

La finalidad de la pena, en esta teoría, consiste en evitar la peligrosidad del autor en la sociedad, mediante la inoculación del mismo.

La prevención especial persigue la profilaxis frente al delito mediante la actuación del autor en un triple nivel: la pena debe intimidar al autor socialmente integrado para que no cometa nuevos delitos, resocializar al autor habitual; y proteger a la sociedad frente al autor irrecuperable.



Las críticas que ha merecido la prevención especial son básicamente, en palabras de Roxin, las siguientes:

“La teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el Derecho Penal porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino dicho en palabras del profesor español Mir Puig: “la prevención especial no puede, por sí sola, justificar el recurso a la pena: en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible, y finalmente en ocasiones no será lícito, y sin embargo, sería absurdo la impunidad del sujeto”.¹⁰⁸

Lo que nos quiere transmitir el profesor alemán es que podía existir la posibilidad aun en delitos graves, de no imponer la pena, si no existe peligro de repetición; en este caso, se habla de un delincuente habitual, lo que podría suceder a manera de ejemplo con los asesinos en serie o también los sicarios.

Entiendo que al final la aplicación de la pena, independientemente si cumple o no el fin de la pena como es la prevención, de todas formas debe aplicarse para evitar la impunidad de una conducta criminal. Según el autor citado, si lo entendemos de esa forma, considero que no se hablaría de la finalidad preventiva de la pena, estaríamos simplemente ante la teoría retributiva.

¹⁰⁸ D y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Págs. 58 a la 59



3.4 Teorías mixtas o de la unión

Estas tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Por tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. La pena será legítima para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil.

En la actualidad, los juristas del Derecho Penal, tanto en las teorías como en la práctica, solo pueden trabajar con una serie de criterios justificantes o legitimantes de la pena en distintos momentos de su dinámica: el momento de la amenaza, de la aplicación y de la ejecución.

La doctrina ha propuesto una concepción “dialéctica”, de la pena, “en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis”. “La forma de alcanzar esa síntesis consiste, según Roxin, en que el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general, en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquiere preponderancia los fines resocializadores (prevención especial.)”¹⁰⁹

Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. Así y todo, el fin retributivo tenía originalmente la función absolutamente dominante; lo decisivo, es en primer lugar, la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque junto a ello

¹⁰⁹ E. Bacigalupo. Ob. Cit. Pág. 16 y 17.



también el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena, el de corrección y el de aseguramiento, pasan frente a aquel a un segundo plano.

Una teoría mixta de este tenor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas puede determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena.

Otro postulado doctrinario explica que: “Por el contrario, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostener en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción”.¹¹⁰

Con este nombre también se conoce aquellas teorías que dan a la pena un carácter absoluto retribucionista o reparador, pero le asignan, además, alguna finalidad de carácter relativo (prevención, corrección, rehabilitación).

“Dentro de esta corriente de opinión es posible matricular a Carrara, en cuanto considera que el fin primordial de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad turbado por el desarrollo del delito, sin perjuicio de su fuerza intimidador y de su objetivo específico de enmienda.”¹¹¹

¹¹⁰ C. Roxin. Ob. Cit. Págs. 93 y 94.

¹¹¹ A. Reyes Echandía. Ob. Cit. Pág. 250



En relación con lo anterior, se encuentra fundamento en el sentido de que, si al Derecho Penal se toma como un medio de control social, para que el Estado cumpla su fin y su deber de brindar seguridad y paz social a sus habitantes, de esa forma se estaría adecuando, lo que Carrara considera de la pena.

Según Creus Carlos, estas teorías tratan de responder conjuntamente a un interrogante ontológico y a otro teleológico: la pena es retribución, pero las finalidades que la legitiman son trascendentes a ella; estriban en la prevención de la comisión de delitos.

“No es sencillo pensar en la pena como de naturaleza retributiva, que ella sea la retribución del mal por el mal; únicamente así se comprendería si se la concibe como la razón de ser de una limitación de la punibilidad que impide la aplicación de la pena cuando el agente, con su conducta, no produjo ningún ataque contra bienes jurídicos, reconociendo que, desde este ángulo, el concepto de retribución ha servido para fundar principios básicos de nuestro Derecho Penal. En realidad la pena es un mal, una detracción de bienes jurídicos, no una retribución del mal por mal, lo que ocurre es que funciona como retribución, con fines preventivos; si estos últimos no estuviesen presentes en la plataforma legitimarte de la pena, tendría ella carácter de pura sanción “moral” no jurídica, ya que no interesaría lo más mínimo a la sociedad política”.

“Ahora bien la pena como mal no reconoce límite alguno a través de ese concepto ontológico: es el funcionamiento retributivo de ella (respecto del autor) el que establece un límite al *ius puniendi*, ya que el Estado no puede ejercerlo si el delito no ha constituido un mal que haya importado un ataque a bienes jurídicos con repercusión social. A su vez, los fines preventivos también limitan dicho *ius puniendi* al menos en sus modalidades porque cuando la pena no cumple con ellos, sería inútil (abusivo) aplicarla y, en ese caso, el derecho tiene que acudir a



institutos preventivos de verdadera efectividad (como pueden ser las medidas de seguridad)".¹¹²

La doctrina tiende a ilustrar que la pena no debió ser una retribución del mal que se ha causado por la conducta ilícita, sino que es un mal que se infringe al autor del ilícito penal; pero no deja de ser una retribución, ya que es la única forma en que el Estado puede reprimir las conductas que reprocha; lo cierto es que esta pena debe llevar aparejada cierta finalidad, en este caso sería el de la prevención. Pero también debe considerarse que la pena en su aplicación, debe ir acompañada de límites al poder punitivo del Estado. Podría citar que la pena debe estar prevista en la ley y esta solo debe aplicarse si se ha cometido un delito; ahora bien, como la pena lleva implícita la finalidad de la prevención, y como función de la misma la resocialización y rehabilitación de la persona del delincuente, si este no se llegara a cumplir, se diría que la pena no estaría cumpliendo su fin ni su función; simplemente es una retribución o castigo y que le sirve al Estado como un medio de control social.

3.5 La teoría unificadora retributiva

Esta teoría toma la retribución o expiación del delincuente y la intimidación del delincuente y la intimidación a la sociedad para que no cometan delitos; además toma, como un aspecto secundario, la rehabilitación y aseguramiento conocido como prevención especial. Deja por un lado la finalidad del Estado que es la resocialización del individuo, al que como organización social tuvo la obligación de socializar y no pudo, entonces le corresponde resocializarlo y rehabilitarlo.

¹¹² C. Creus. Ob. C Jakobs. Cit. Págs. 9 y 10.



El autor que cito expone: “no puede citarse como una teoría unificadora, pues el énfasis lo hace en la retribución o castigo, y la unificación tendría que tomar además de la retribución, la prevención general y especial para perseguir un mismo fin.”¹¹³

El autor citado objeta la teoría de la unificación, porque la retribución o castigo debe tener correspondencia con la fines de la prevención tanto general como especial. A mi consideración, es lógico considerar que estos tres aspectos operan desde el momento de la aplicación de la pena, porque se está retribuyendo a la persona el mal que causó con su actuar ilícito, pero al mismo tiempo se previene que siga cometiendo más delitos a él, pero también a la sociedad.

3.6 La teoría unificadora preventiva

Aquí, la prevención general y la prevención especial deben buscar conjuntamente los fines de la pena, para lograr tanto el bien colectivo como individual, por la función motivadora de la norma penal. Como un fin exclusivamente preventivo de la pena, no hay conflicto en las prevenciones cuando el condenado acepta voluntariamente la resocialización y se somete a ella, pero puede haber conflicto entre estas en la ponderación de la pena.

“Como teoría unificadora, la resocialización es el fin de la ejecución de la pena equilibrando con un fundamento teórico penal, y a la vez se cumple con la prevención general. En la teoría unificadora o castigo, pues la esencia de la pena no debe. En esta teoría no hay cabida a la retribución o castigo, pues la esencia

¹¹³ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 29



de la pena no debe ser la acusación retributiva de un mal. En esta teoría el principio de culpabilidad sí debe ser un medio de limitación de la intervención del Estado, en donde la pena no debe sobrepasar la medida de culpabilidad, pero si puede estar por debajo de tal medida porque lo permite su fin preventivo.”¹¹⁴

La teoría unificadora justifica esta circunstancia mediante la prevención específica que opera en la persona del delincuente y la prevención general dirigida a la colectividad, pero también toma en cuenta un elemento muy importante, que es la culpabilidad de la persona en el hecho delictivo, porque constituye un medio que limita el poder del Estado en el sentido que constituye el margen de la cuantificación de la pena en su determinación en el momento de emitirse una sentencia por parte de los jueces. En otras palabras la culpa es la que da la pauta de determinación de la pena; en nuestro medio guatemalteco la culpabilidad de la persona el juzgador toma en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes en la comisión de un hecho, pues estos son muy importantes que se toman en cuenta en la determinación de la pena.

3.7 Teoría agnóstica de la pena

Después de haber estudiado las diferentes teorías, que explican la función de la pena, se ha podido comprender que algunas teorías justifican la pena por su utilidad, tanto de prevención positiva como de prevención negativa y las teorías de la unión o idealistas. Al respecto, el pensamiento jurídico filosófico expone, en relación con las teorías descritas, que los mismos no cumplen el fin de la pena y se postula la teoría agnóstica de la forma siguiente “En este sentido se le denomina teoría agnóstica de la pena porque niega los fines de la pena que hasta

¹¹⁴ ídem. Págs. 29 y 30.



el momento se le habían asignado, ya sea como retribución, o la pena como una finalidad preventiva especial o general.”¹¹⁵

Para esta teoría, la pena constituye un medio de coerción del que se vale el Estado para imponer privación de derechos, este medio no responde a los fines de prevención general o especial; se trata de un concepto negativo de la pena, ya que no responde de los fines de prevención y además se obtiene por exclusión.

“Es agnóstica en cuanto a su función porque parte de su desconocimiento. Esta teoría Negativa y agnóstica de la pena es el unido camino que permite incorporar al horizonte del Derecho Penal y, con, ello, hacer materia del mismo, a las leyes penales latentes y eventuales, al tiempo que desautoriza los elementos discursivos negativos del Derecho Penal dominante”¹¹⁶

Al respecto expone el jurista guatemalteco José Gustavo Girón Palles: “Esta teoría fuerte en su presentación por ejemplo, que las políticas criminales de aumento de penas por el ejemplo el incremento de la cantidad de años en la pena de prisión que sufrió Guatemala desde 1,997, no ha surtido su efecto de prevención general negativa, mucho menos positiva, si no por el contrario, ha habido un aumento de la criminalidad. No cumple las funciones de rehabilitación o prevención especial positiva o negativa, porque los delincuentes una vez condenados, desde la prisión dirigen el crimen que se realiza fuera de la cárcel.”¹¹⁷

¹¹⁵ E. Zaffaroni. Ob. Cit. Página 28.

¹¹⁶ *Ibidem*. Pág. 28

¹¹⁷ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág.29.



Lo expuesto por el connotado jurista guatemalteco tiene explicación en la práctica. Actualmente tenemos el ejemplo de hechos delictivos tales como extorsiones, asesinatos a pilotos de buses extraurbanos y urbanos dentro de la ciudad capital y en el interior de la República, así como algunos delitos de plagios, que son planificados desde el interior de los centros preventivos y de cumplimiento de pena, extremos que no necesitan mayor comprobación, toda vez que son hechos y temas latentes que vive la sociedad guatemalteca. De esta forma, se concluye que el fin de la pena que constitucionalmente ha establecido el Estado no se cumple en la realidad por diversos factores que van desde la falta de programas de rehabilitación en los centros penales por falta de recurso económicos hasta la falta de equipo y de logística. No obstante, se siguen emitiendo más leyes penales con delitos con penas severas, tema que comentaré en el apartado respectivo del presente trabajo.

3.8 Teorías de la pena adoptadas por el sistema penal

En el caso de Guatemala, tomando como base legal y por ser el fundamento del sistema jurídico guatemalteco, conforme a la tesis Kelsiana de la jerarquía normativa, la Constitución Política de la República de Guatemala, esta regula la pena de muerte (Artículo 18 constitucional y en Artículo 43 del Código Penal), regula los tipos penales que tienen pena de muerte o pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, que son: el asesinato, ejecución extrajudicial, plagio o secuestro, parricidio, magnicidio. Estas penas se consideran crueles y perpetuas, que exceden la generación de una persona y no pueden ser rebajadas. De manera que, en estos tipos penales existentes en la legislación guatemalteca, se ubica la teoría absoluta o retributiva. De esa manera la pena no tiene como finalidad la rehabilitación del delincuente si no la muerte o el sufrimiento en la prisión.



Guatemala también incluye las teorías relativas como la prevención especial. En la Constitución, en el Artículo 19, se establece lo relativo al sistema penitenciario, en el cual se incluyen normas relativas al trato digno a los reclusos y a la finalidad que persiguen el sistema penitenciario. Estas disposiciones son aplicables exclusivamente a personas ya condenadas. Los establecimientos para el cumplimiento de condenas son diferentes a aquellos en donde se haya de cumplir la prisión preventiva; así lo establece el Artículo 10 constitucional.

En la primera parte del Artículo 19 en mención, se establece que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y aplicar en el tratamiento a los mismos ciertas normas mínimas.” La función de readaptación social y reeducación de los reclusos corresponde únicamente a aquellas personas a quienes se les haya declarado culpables y se encuentren cumpliendo una condena.

El desarrollo de estas normas se hacen prácticas mediante la emisión del Decreto 33-2006 del Congreso de la República, Ley del Régimen Penitenciario, puesto que en estas normas se instalan un sistema progresivo Artículo 56 de esta norma, como mecanismo para lograr la readaptación y la reeducación de los reclusos, así como los beneficios de redención de penas por trabajo y estudio, y también se establece la obligación del Estado en cuanto al cumplimiento de derechos humanos previstos en estándares internacionales.

No obstante la emisión de esta ley, es de hacer notar la indiferencia del Estado en relación con este tema ya que en toda la vida política y jurídica del país, el Decreto que regula el tema, es emitido 20 años después; además de la vigencia el 5 de abril de 2007. El Estado de Guatemala tiene 10 años para adecuar la estructura existente y poner en vigencia todos los derechos que asisten a los reclusos según



la ley, tanto para el caso de condena como para quienes se encuentran padeciendo prisión preventiva. En consecuencia, no obstante existir legislación al respecto, resulta que la misma no es positiva, puesto que no se le ha dado al sistema penitenciario los recursos necesarios, económicos, humanos, técnicos y tecnológicos para hacerla realidad; y, por lo tanto, a las personas privadas de libertad por razón de una condena y personas sujetas a prisión preventiva, tendrán que seguir esperando. De esa manera, la teoría relativa como la prevención especial el Estado de Guatemala la ha regulado y tomado como un fin de la pena, el problema es que está regulada, es norma vigente pero no es positiva ya que no cumple su finalidad, es decir, ha sido ineficaz para el fin que persigue.





CAPÍTULO IV

4. Clasificación de las penas

Carrara expone que, en cuanto a la clasificación de las penas, según sea el bien jurídico de que prive su imposición, tales como la vida; las corporales recaen sobre la integridad física del reo, la libertad de locomoción coartan la libertad de residencia y movimientos sin anularla, las pecuniarias suponen una privación jurídica de contenido patrimonial, las infamantes recaen sobre el honor.

4.1. Clases de penas según la doctrina

La doctrina, al referirse a las clases de penas que conforman un sistema de penas lo hace con base en el contenido, al objeto, al fin que pretende y al bien jurídico que priva la pena.

4.1.1 Atendiendo al fin que se proponen alcanzar

4.1.1.1. Intimidatorios

Su objeto es la prevención individual, influyendo directamente sobre el ánimo del delincuente, con el fin de que no vuelvan a delinquir. En este sentido, la pena tiene como finalidad la prevención especial en la persona del penado, para evitar que vuelva a delinquir.



4.1.1.2. Correccionales o reformatorias

Su objeto es la rehabilitación, la reducción del reo para que pueda reincorporarse a la vida social, como un ser útil a la sociedad. Este fin de la pena constituye la utilidad que tiene en la persona del penado, en el sentido que permite su reinserción a la sociedad para iniciar una nueva vida social. Es importante considerar la esencia de la pena en este sentido; en la realidad es difícil que se cumpla esta finalidad, toda vez que a una persona que ha cumplido una pena, la sociedad la etiqueta y es poco probable que tenga oportunidades de empleo en alguna institución pública o privada, salvo que se dedique a una actividad laboral propia, pero es muy difícil, porque se le resta confianza a una persona que ha cumplido una pena por un hecho criminal.

4.1.1.3. Eliminatorias

Su objeto la eliminación del delincuente, considerado incorregible y sumamente peligroso: pena capital y cadena perpetua. Este tipo de pena se refiere a la pena de muerte y la pena de privación de libertad de por vida, lo cual no cumple una finalidad de resocialización ni prevención especial la pena, sino, al contrario, constituye un medio de retribución y como un instrumento que utiliza el Estado, para recriminar la conducta de reproche al penado.



4.1.2. Atendiendo al bien jurídico que privan o restringen

4.1.2.1. Pena capital

“Llamada también pena de muerte, ya que realmente es una condena a muerte por lo que en realidad, lo que priva del delincuente condenado a ella es la vida; la pena capital o pena de muerte consiste pues, en la eliminación física del delincuente, atención a la gravedad del delito cometido y a la peligrosidad criminal del mismo”.¹¹⁸

Este tipo de pena trasciende la persona del delincuente, pues constituye una pena inhumana, porque el Estado se convierte en un concreto violador a los derechos fundamentales de la persona; en este caso le priva de existencia a una persona, pero el Estado le asiste la obligación de proteger la vida humana.

“Como ya hemos señalado, la noción de bien común es la que sostiene la conveniencia de este tipo de pena. Es por ello que este derecho no lo posee otro que el gobernante, descartando el Santo que puede ser lícito que la imponga cualquier otro integrante de la comunidad.” Así expresa que “El matar a un malhechor es lícito en cuanto se ordena al bien de toda una comunidad, y por consiguiente solamente a ella le pertenece el conservar el orden comunitario, de manera semejante a como sólo corresponde al médico el extirpar un miembro canceroso por el bien de la salud de todo el cuerpo. Mas el cuidado del bien común se ha comisionado a los gobernantes que tienen la autoridad pública. Por tanto sólo a ellos compete el matar a un malhechor, y no a las personas

¹¹⁸ H. A. De León Velasco y J. F. De Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco*. 15ª. Edición. Guatemala: Editorial Fénix. 2004. Pág. 277



particulares. A ello el Santo responde, como se ha dicho, que, principalmente, la muerte del malhechor es para la enmienda de otros, quienes al ver la pena se abstendrán de cometer injusticias”.¹¹⁹

En Guatemala, la pena de muerte se encuentra vigente, en la ley sustantiva penal en delitos regulados con pena de muerte, estos son: parricidio, violación agravada, ejecución extrajudicial, magnicidio (muerte del presidente o vicepresidente de la República o de los organismos del Estado). Según la práctica forense, esta pena se encuentra vigente mas no es positiva, toda vez que estas normas, no podrían contradecir normas de carácter constitucional tales como el derecho a la vida, que a toda persona le es reconocida por el mismo Estado, además el fin supremo de la Constitución lo constituye la persona humana, con base en principios, valores espirituales y morales con los cuales impulsa la vigencia de los Derechos Humanos, principios axiológicos que limitan al Estado privar de la vida a una persona y porque además no cumpliría la resocialización y reeducación del delincuente como fines de la pena. Asimismo, Guatemala ha sido signataria de tratados y convenciones internacionales que garantizan el respeto a la vida, con base en el principio de pro persona, principio que obliga al Estado a respetar la vida de la persona humana.

4.1.2.2 Privación al derecho de libertad ambulatoria

“La pena de prisión obliga al condenado a permanecer durante el tiempo de la condena en el interior de un establecimiento, sometiéndose al régimen interno establecido. En el Antiguo Régimen, el peso del sistema penal recaída sobre las

¹¹⁹ E. A. Codesio, S. M. A. De Martini. *El Concepto De Pena y Sus implicaciones jurídicas en Santo Tomás de Aquino*. Buenos Aires: Editorial Sur América, 2005. Págs. 53 y 54



penas corporales. Incluso la privación de libertad se ejecutaba a menudo en condiciones que causaran dolor físico al reo. Con la Ilustración y el movimiento codificador las penas privativas de libertad ocupan el lugar principal, produciéndose un movimiento humanizado respecto a la ejecución de las mismas en el que destaca la labor de John Howard, junto a las de Beccaria y Bentham.”¹²⁰

Cabe considerar que las penas que van dirigidas como limitación de un derecho fundamental deben regularse y ejecutarse con base en los principios de humanización, teniendo siempre como finalidad la resocialización del condenado y no aflicción del mismo; y es por eso que en la ejecución es necesario considerar el principio pro hombre, por considerarse que la dignidad humana debe prevalecer sobre cualquier otra circunstancia.

“Como privación de la libertad personal ambulatoria, la pena de prisión tiene una duración de un mes hasta cincuenta años, y la pena de arresto dura hasta sesenta días y se aplica a los responsables de las faltas o contravenciones penales. El arresto se computa en días y la prisión en meses y años”.¹²¹

Para diferenciar a los delitos de las faltas, puede tomarse como base o parámetro el tiempo en que una persona privada de su libertad ambulatoria y la forma en que puede sustituirse: en el caso de los delitos, las penas se computan por meses y años, entre mínimos y máximos, y son llamadas penas de prisión de libertad; mientras que las faltas son computadas en la limitación o privación de libertad por días y estas pueden conmutarse; es decir, sustituir la falta de libertad por el pago de cierta cantidad de dinero.

¹²⁰ C. Madrigal García. Rodríguez Ponz. Ob. Cit. Pág. 267.

¹²¹ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 86



4.1.2.3. Pena restrictiva de libertad

Limita o restringe la libertad del condenado, al destinarle un lugar específico de residencia, de donde no puede salir, sin autorización judicial. En este tipo de pena, lo que se limita es su libertad ambulatoria, en un determinado espacio físico circulado o privado, de donde no puede salir.

En Guatemala, este derecho constituye un valor fundamental de la persona y consiste en la libertad de transitar dentro y fuera del territorio. Sin embargo, esta es limitada por disposición legal, y esta disposición lo constituye las formas de limitación de este derecho conforme a la ley; en este caso sería la detención de una persona mediante orden judicial o por delito cometido en flagrante.

En Guatemala, este derecho es regulado en el Artículo 26 de la Constitución Política de la República, y es limitada con base en lo establecido en el Artículos 6º. del mismo cuerpo legal y 257 de la Ley Adjetiva Penal. Sin embargo, este derecho, cuando es limitado en forma arbitraria, es protegido mediante el instituto procesal constitucional, denominado exhibición personal, regulado en el Artículo 263 constitucional y 82 del Decreto 1-86 de La Asamblea Nacional Constituyente.

4.1 .2.4. Pena restrictiva de derechos

Limita ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley, tal es el caso de las inhabilitaciones o suspensiones a que se refieren los Artículos 56 al 59 del Código Penal guatemalteco. En algunos casos estas restricciones constituyen penas accesorias que vienen aparejados con una pena principal.



4.1.2.5. Pena pecuniaria

“Llamada también pena pecuniaria consiste en el pago por el culpable de una suma de dinero al Estado en concepto de pena, o en la incautación que éste hace de todo o de parte del patrimonio del penado”.¹²² Para Cuello Callón, consiste en el pago de una suma de dinero al Estado, en concepto de pena para el culpable, o en la incautación de todo o parte del patrimonio del penado.

La esencia de este tipo de pena viene determinada por la privación, al culpable de una infracción, de un bien de contenido económico. Según la doctrina, este tipo de pena tiene algunas ventajas de las cuales señalaré; es divisible, esto significa que permite una fácil adaptación a la situación económica del condenado; también, en aplicación de este tipo de pena, permite no degradar al penado ante la sociedad, es decir, no permite un etiquetamiento de la sociedad; es una fuente de ingreso al Estado y en su aplicación no incurre en gastos en la rehabilitación del penado; en caso de error judicial esta pena es de fácil reparación; tiene eficacia práctica y de aceptación como sustitutivo de la privación de la libertad. Pero también tiene sus inconvenientes, puede haber insolvencia, con lo cual, de esa forma, este tipo de pena incumple sus ventajas, por la desigualdad que representa toda vez que la sociedad no tienen el mismo perfil económico.

¹²² C. Madrigal García. J. L. Rodríguez Ponz. Ob. Cit. Pág. 267.



4.1.2.6. Penas infamantes

“Las penas infamantes privan o lesionan el honor y la dignidad del condenado, tenían por objeto humillar al condenado, tal es el caso de la picota, y la obligación de vestir de determinada manera”¹²³

Por penas infamantes se debe entender que son aquellas van dirigidas a la persona con la finalidad de darle un sufrimiento físico; es el caso de la “*Picota*”, que consistía en que la cabeza de los reos era exhibida en postes; es decir que a los reos se les privaba la vida decapitándolos y luego exhibir sus cabezas.

4.1.2.7. Penas aflictivas

“Son penas de tipo corporal que pretendían causar sufrimiento físico al condenado sin privarlo de la vida, tal es el caso de los azotes y las cadenas, la mutilación y la marca con hierro candente”.¹²⁴

Las penas aflictivas constituyen una forma de sufrimiento o castigo en el cuerpo de la persona. Podría citarse como ejemplo la tortura a la que puede ser sometido el condenado, el trabajo forzado en que se somete a la persona condenada.

Las penas comentadas anteriormente son prohibidas por el sistema jurídico nacional así como internacional. Como ejemplo tenemos el contenido del Artículo 5º. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Que en su parte sustancial preceptúa que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y que no debe ser sometido a penas o tratos crueles e inhumanos o degradantes.

¹²³ H. A. De Leon Velasco y J. F. De Mata Vela. Ob. Cit. Pág. 283

¹²⁴ *Ibidem* Pág. 283



4.1.3. Atendiendo a su magnitud

4.1.3.1. Penas fijas o rígidas

Son aquellas que se encuentran bien determinadas y que no están sujetos a una determinación flexible en su mínimo o máximo. En el Código Penal de Guatemala, tenemos como ejemplo el delito de los hechos sacrílegos, regulado en el Artículo 255 Bis.

4.1.3.2. Penas variables, flexibles o divisibles

En Guatemala, la aplicación de la pena por parte del juez que condena, la hace por el Artículo 65 de la ley sustantiva penal. Sin embargo, en el momento de la determinación de la pena, el juzgador lleva acabo la actividad intelectual en su función de juez en el momento de decidir sobre la pena aplicar. Al hablar de pena variable, se refiere a que el juez no en todos los casos concretos fija la misma pena, aunque sea de la misma naturaleza, porque toma en cuenta ciertas circunstancias en la comisión del hecho. Ahora bien, la pena es flexible porque, en el caso de las penas de privación de libertad y de multa, las normas penales fijan un mínimo y máximo de penas, ya sea de privación de libertad como multa; o bien el caso de que las penas son divisibles estas tienen lugar cuando en el pago de una multa puede hacerse en forma fraccionada es decir por amortizaciones como lo regula el Artículo 54 de la Ley Sustantiva Penal.



4.1.3.3. Penas mixtas o cumulativas y alternativas

La pena mixta es la combinación de dos clases de penas, pena de prisión y pena de multa, también se conocen como penas cumulativas.

“Penas cumulativas, es aquella que está constituida por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza, que se deberán aplicar juntas al darse el delito. Algunos autores la denominan también, como pena compuesta”¹²⁵

Como ejemplo de este tipo de penas, en el Código Penal guatemalteco, el Artículo 263 regula el delito de estafa propia, cuya pena es de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a diez mil quetzales. Se puede apreciar que se aplican dos penas de diferente naturaleza, ante la comisión de un solo hecho. Considero que esta circunstancia vulnera el principio de proporcionalidad de la pena, toda vez que se le limita dos bienes jurídicos por parte del Estado a una persona que ha cometido un solo hecho; este tipo de pena será objeto de análisis en el capítulo V, del presente estudio.

Al hablar de penas mixtas, nos referimos a la concurrencia de dos o más consecuencias jurídicas por la comisión de un solo hecho antijurídico; es el caso los delitos que tienen previstas penas de privación de libertad y multa. Como ejemplo tenemos el delito de lavado de dinero u otros activos, regulado en el Artículo 4º de la Ley de Lavado de dinero u otros activos. Además de las penas señaladas, también se le condena a la reparación digna, comiso o en su caso a la extinción de dominio y por si fuera poco, con la publicación de la sentencia.

¹²⁵ J.V. Solórzano. Ob. Cit. Pág. 33.



Como se podrá apreciar, frente a una vulneración de un bien jurídico por un hecho ilícito, el Estado en virtud del *Ius Poenale*, vulnera más de dos bienes jurídicos a la persona responsable penalmente, lo que vendría a poner en detrimento un Estado de derecho democrático, porque de esa forma, el Estado se constituye en el principal sujeto activo de limitación de derecho. De esa forma vendría a contradecir normas de carácter internacional en materia de derechos humanos.

“Las penas son alternativas cuando el código deja al arbitrio del juez la elección entre dos o más que pueden ser de la misma naturaleza (por ejemplo, reclusión o prisión), y que no coinciden en su duración, o de distinta naturaleza, como la multa y la prisión”.¹²⁶

Como ejemplo de este tipo de penas, en el Código Penal guatemalteco el Artículo 223 regula el delito de Revelación de secreto profesional, cuya pena de prisión es de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales. Se puede apreciar que se aplican dos penas de diferente naturaleza, pero con la característica, de que deja a elección del juzgador la aplicación de una sola pena, es decir que esta norma penal es de carácter disyuntivo.

En la aplicación de esta clase de pena, se deja a consideración del juzgador, según las circunstancias que puede presentar un hecho. En este aspecto, considero que el juez debe ponderar con base en el principio de equidad relacionado al bien jurídico vulnerado por el hecho penal y el bien jurídico que debe privarle al condenado.

¹²⁶ C. Fontan Balestra. *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Editorial. Buenos Aires Argentina 1998 Pág. 546.



Como expone Ronald Dworkin “juzgar es un arte y no una ciencia, que el buen juez mezcla analogía, habilidad, sabiduría política y el sentido de su rol en una decisión intuitiva”.¹²⁷

En ese sentido, el juzgador debe, en alguna manera, ser prudente en ceñirse estrictamente al contenido de las normas en que considere subsumir un determinado caso que juzga, también debe considerar y aplicar principios de la justicia, como la equidad.

4.1.3.4 Penas originarias y sustitutivas

Otra clasificación relevante es la que distingue entre penas originarias y penas sustitutivas. Las primeras “son aquellas penas establecidas por el legislador en los delitos, doctrinariamente son conocidas como penas típicas. Por ejemplo todas las penas contempladas en cada delito de la parte especial del Código Penal. Penas sustitutivas, son aquellas penas de distinta naturaleza de la pena originaria, la cual puede ser impuesta por el juez en el lugar de la pena originaria, después de aplicar la fórmula de conversión que la ley establece, como el caso de la conmuta”.¹²⁸

Es decir, que las penas originarias se fijan por la ley para cada delito (ya sean únicas, cumulativas y alternativas), mientras que las segundas son penas que puede imponer el juez en ciertos casos en sustitución de las anteriores.

¹²⁷ R. Dworkin. *El imperio De La Justicia*. Barcelona España Editorial Gedisa. 2008. Pág. 21.

¹²⁸ J. V. Solórzano. Ob. Cit. Pág. 35.



Las penas sustitutivas entrañan materialmente la existencia de una alternativa de punición que se ofrece al órgano juzgador. Pese a esta estructura común, no deben confundirse las penas sustitutivas con las alternativas.

Las penas alternativas son originarias, y el juez hace su elección y las plasma en la sentencia sin hacer referencia a la excluida; mientras que en las sustitutivas, la condena es por la pena originaria, que luego se sustituye por otra de acuerdo con lo previsto en la ley.

Parece razonable no admitir la sustitución de una de las penas cumulativas por otra de la misma naturaleza que la pena que se aplica conjuntamente; así, por ejemplo, en una pena originaria de prisión y multa, la prisión no debería a su vez sustituirse por una multa.

De la misma manera, en las penas alternativas, la sustitución de la pena impuesta no podrá serlo por otra de la misma naturaleza que la inicialmente excluida, y ello por razones de especialidad: para un mismo tipo de penas, la alternativa entre las penas originarias tiene prioridad respecto de la alternativa entre la originaria y la sustitutiva.



4.1.4. Atendiendo a su importancia

4.1.4.1. Penas principales

Las penas principales constituyen concretamente la consecuencia principal de un hecho antijurídico; es decir son es la que van dirigidas a sancionar una determinada conducta prevista en la ley penal como delito. También se dice que constituyen la vulneración legal de un bien jurídico tutelado por el mismo Estado; pero por la comisión de un hecho antijurídico se le priva a la persona de un derecho fundamental, ejemplo la libertad de una persona, por medio de la prisión de libertad ambulatoria.

4.1.4.2. Penas accesorias

“Aquellas que no gozan de autonomía en su imposición, y para imponerlas necesariamente deben anexarse a una principal, es decir, que su aplicación depende de que se imponga una pena principal, de lo contrario por si solas no pueden imponerse”.¹²⁹

Las penas principales, en el caso de Guatemala, se encuentran determinadas en el Artículo 41 del Código Penal, al preceptuar que son penas principales: la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa.

¹²⁹ H. A. De León Velasco y J. F. De Mata Vela. Ob. Cit. Pág. 287



Y las penas accesorias, que la legislación penal guatemalteca regula son: la inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, suspensión de derechos políticos, comiso, Artículo 42 Código Penal.

4.2. El sistema de penas en la legislación guatemalteca

El Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 41, regula las penas principales que son: la de muerte, prisión, arresto y multa. Estas penas no, solo se encuentran reguladas en el Código Penal, sino que también se encuentran establecidas en leyes especiales en materia penal.

En Guatemala, las penas principales pueden privar tres valores o bienes jurídicos al responsable de un delito: la pena de muerte priva la vida, la pena de prisión y la de arresto privan la libertad individual; y la pena de multa afecta el patrimonio.

4.2.1. La pena de muerte

Esta pena principal, como su nombre lo indica, consiste en privar de la vida a una persona que ha sido declarado responsable penalmente de un hecho criminal cuya consecuencia es la pena de muerte. La pena de muerte o pena capital ha existido en la historia de la humanidad, y las formas de ejecución han sido muy variadas.

Con respecto a la pena de muerte, la doctrina ha expuesto dos corrientes que tienden a justificar su aplicación y otra a su abolición. La corriente que justifica la pena de muerte basa su posición en que esta pena constituye un instrumento



disuasivo y que sirve de prevención a la sociedad, para no cometer un hecho criminal.

También existe argumento religioso en relación con la pena de muerte, al referirse al libro del Éxodo y Levítico del Antiguo testamento en relación con la expiación del pecado o redención del pecado.

El caso de la legislación guatemalteca, acerca de la pena de muerte, había adoptado la corriente comentada, como se puede determinar en el Artículo 43 del Código Penal, regula que esta pena tiene carácter extraordinario y solo podrá aplicarse en los casos expresamente consignados en la ley y no se ejecutará, sino después de agotados todos los recursos legales. Actualmente existen delitos con pena de muerte, es el caso, del delito de plagio y secuestro, ejecución extrajudicial, magnicidio, parricidio, desaparición forzada y asesinato. En la realidad guatemalteca, esta pena de muerte fue aplicada anteriormente; sin embargo como política criminal no funcionó por que fue incrementando más aun la criminalidad en Guatemala.

Sin embargo, en la sociedad guatemalteca, hay una gran mayoría de la población, que consideran que con la aplicación de la pena de muerte podría disuadirse la delincuencia común y organizada, lo cual no es cierto, ya que esto no vendría a darle respuesta a la delincuencia en nuestro país.

La Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en el Artículo 18, establece la pena de muerte con ciertas excepciones en su aplicación. Sin embargo, estas regulaciones vendrían a contradecir lo estipulado por el Artículo 19 de la Constitución Política, al establecer que el fin principal de la pena lo constituye su resocialización o reeducación, fin que no se cumpliría al aplicar la



pena de muerte. La teoría que justifica la aplicación de la pena de muerte es considerada dentro de la teoría de la prevención especial negativa. Esta pena podría prevenir a la sociedad para la no comisión del delito, pero la prevención para el que la sufre es negativa porque ya no representa ningún efecto positivo para su persona.

Acerca de la teoría abolicionista de la pena de muerte, esta corriente postula que el Estado es garante de los derechos fundamentales de la persona humana, y en tal sentido, él no puede ser el principal violador del derecho, a vida de la persona. Además, el fin de la pena es de prevención del delito; es decir que la pena tiende a prevenir la comisión de futuros ilícitos penales.

Existe un argumento de la ley divina o natural establecida en la Santa Biblia que contiene la palabra de Dios, y consiste en la inspiración divina que “Dios Padre” reveló a Moisés, al estructurar las doce tablas que contiene los diez mandamientos, y en el que estableció el mandamiento “no matarás”; “*amarás a tu prójimo como a ti mismo*” argumento que ha sido predicado por diferentes iglesias cristianas que tratan sobre el tema de la pena de muerte.

Actualmente, las leyes penales, que regulan la pena de muerte están vigentes, pero no son positivas en su aplicación por los tribunales de justicia, debido que, a partir de que Guatemala el 30 de marzo de 1,978, ratifica la Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en el año de 1,969. Este instrumento internacional reguló de manera específica la abolición de esta sanción, limitando su imposición, al regular en el Artículo 4o. el Derecho a la Vida. “Toda persona tiene derecho que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privada de la vida arbitrariamente”



El instrumento internacional citado influyo en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1,985, porque se incorporaron normas y principios que tienden a proteger los Derechos Humanos de las personas y la garantía judicial para su protección.

También existen dos argumentos muy importantes en cuanto a la aplicación de la pena de muerte que son: el error judicial de que al aplicarse ya no podría tener lugar a la reivindicación del derecho a la vida; otro argumento consiste en que esta pena, en la mayoría de casos, de su aplicación fue en contra de personas indígenas, como ejemplo, el caso de Ronald Raxcacó Reyes a quien se le condeno a la pena de muerte por el delito de plagio y secuestro, sin que la víctima hubiera fallecido como lo regulaba el Artículo 201 de la ley sustantiva penal, caso por el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenó al Estado de Guatemala ya que vulneró los derechos humanos del señor Raxcaco Reyes. Actualmente el Estado de Guatemala constituye un país abolicionista de la pena de muerte.



4.2.2 La pena de prisión

En la actualidad, a la pena privativa de libertad cabe concebirla como la privación de la libertad “ambulatoria” durante un determinado período de tiempo. Otros la consideran como la reclusión del condenado en un establecimiento en donde permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad, y sometiendo a un específico régimen de vida, por que cambia la forma en que debe cada día vivir apartado de la sociedad y sobre todo de su familia.

“Las penas privativas de libertad no son tan antiguas, su origen se remonta al siglo XVI, generalizándose en el siglo XIX. Con la implementación de la prisión como pena privativa de libertad, se da lo que Zaffaroni llama “el traslado de las penas del cuerpo al alma”.¹³⁰

El Artículo 44 del Código Penal regula que la pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal, y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto; su duración se extiende de 1 mes hasta 50 años.

En Guatemala, este tema de la prisión es controversial por, que actualmente ha existido una desorganización para la ubicación de las personas que van a guardar prisión preventiva y de los que están cumpliendo una pena privativa de libertad. Esta circunstancia constituye un atentado para aquellas personas que están preventivamente detenidas por delitos menos graves; en el caso de una responsabilidad de conductores o de tránsito, la persona forzadamente comparte algunos días, en la mayoría de casos, con delincuentes potenciales; esto provoca

¹³⁰ D. Madrazo Mazariegos y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Pág. 159



que algunas veces las personas sufren vejámenes, y en algunos casos los otros les provocan la muerte. Este problema se da en la ciudad capital y en los departamentos; el tema debe ser tratado por las autoridades, para evitar que se siga con este flagelo.

4.2.3. La pena de multa

En la actualidad, constituye una de las penas más importantes y más extendidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales, ya que es una de las sanciones mayormente apropiadas y eficaces para determinados sectores delincuenciales, en virtud de que con esta sanción se busca la resocialización del condenado y tiende a cumplir en mejor forma, las funciones de prevención general y especial.

La pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará, dentro de los límites legales.

“Es una pena patrimonial de carácter pecuniaria, lo cual consiste en el pago de una cantidad de dinero impuesta a un sujeto que cometió un hecho delictivo no grave, con el objeto de que éste repare en forma idónea, el mal que ocasionó, pero sin que al mismo se le ocasionen un mal mayor y muy drástico como el que otorga la pena de prisión”¹³¹.

Los Artículos del 52 al 54 del Código Penal regulan lo referente a la pena de multa, que consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará dentro

¹³¹ D. Madrazo Mazariegos y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Pág. 173



de los límites legales. Según el Código Penal, la multa tiene carácter personal y será determinada de acuerdo con la capacidad económica del reo; su salario, su sueldo o renta que perciba, su aptitud para el trabajo, o capacidad de producción, cargas familiares debidamente comprobadas y las demás circunstancias que indiquen su situación económica. La multa deberá ser pagada por el condenado dentro de un plazo no mayor de tres días, a contar de la fecha en que la sentencia quedó ejecutoriada.

4.3. Las penas accesorias en el Código Penal de Guatemala

El Artículo 42 regula las penas accesorias que son: Inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, decomiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de la sentencia.

Son consecuencias accesorias; porque no pueden imponerse con independencia de las penas principales, sino que necesariamente según el caso concreto van ligadas a la imposición de una de aquellas, se cumpla o no, esta última.

4.3.1. Inhabilitación absoluta

Comprende, según el Artículo 56 del Código Penal: 1. La pérdida o suspensión de los derechos políticos; 2. La pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviene de elección popular; 3. La incapacidad para obtener cargos, o empleos y comisiones públicos; 4. La privación del derecho de elegir y ser electo; 5. La incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.



El Artículo 59 del Código Penal regula que la pena de prisión lleva consigo la suspensión de los derechos políticos, durante el tiempo de la condena, aunque esta se conmute, salvo que el reo obtenga su rehabilitación.

4.3.2. Inhabilitación especial

Según el Artículo 57 del Código Penal, existen dos casos. 1. La imposición de alguna o alguno de los casos de la inhabilitación absoluta; 2. La prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.

La inhabilitación especial se debe imponer conjuntamente con la pena principal, cuando el hecho delictuoso se cometiere con abuso de ejercicio o con infracción de los derechos inherentes a una profesión o actividad, como lo regula el Artículo 58 del Código Penal.

4.3.3. Comiso

Consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero responsable del hecho.

“Zaffaroni sostiene que una de las más importantes penas accesorias es el decomiso, que nada tiene que ver con la confiscación de bienes, ya que ésta consistía en una privación del patrimonio del condenado a favor del Estado, en



tanto que el decomiso es la pérdida a favor del Estado sólo de los instrumentos del delito y de los efectos provenientes del delito”.¹³²

El Código Penal guatemalteco, en su Artículo 61, sustancialmente regula: publicación de la sentencia. Es una pena accesoria a la principal y se impone por los delitos contra el honor, a petición del ofendido o de sus herederos; el juez ordenará la publicación de la sentencia en uno o dos periódicos de mayor circulación en la República, a costas del condenado o de los solicitantes.

En ningún caso se podrá ordenar la publicación de la sentencia cuando afecte a menores o a terceros.

Expulsión de extranjeros del territorio nacional. Únicamente se encuentra mencionada en el Artículo 42 del Código Penal, y por ser accesoria, debe ejecutarse una vez cumplida la pena principal, lo mismos con el pago de costas y gastos procesales.

4.4 Los sustitutivos penales

Consisten en una serie de medios que utilizan los órganos jurisdiccionales, en caminados a sustituir la pena de prisión y o de multa, atendiendo a una política criminal, con el fin de evitar la criminalización del delincuente primario que no revele peligrosidad.

¹³² D. Madrazo Mazariegos y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Pág. 189



“Denominados también alternativas a la prisión, son instituciones contempladas en diferentes códigos sustantivos o procesales, que previó diseño político criminal, sustituyen a la prisión, pero como la prisión sustituyó a la pena de muerte, algunos le denominan alternativas de las alternativas. Uno de los propósitos es evitar la criminalización de personas condenadas por delitos leves y en otros casos contribuyen al resarcimiento de los derechos de la víctima”¹³³.

Clasificación doctrinaria de los sustitutivos penales sean restrictivos o no privativos de libertad según los penalista De León Velasco y De Mata Vela.

En Guatemala, estos institutos penales se encuentran regulados en la ley adjetiva penal, tales como las medidas sustitutivas, como prestación económica, el arresto domicilio, el arraigo entre otros. Estas medidas están reguladas para determinados delitos, y constituyen la regla general de la prisión preventiva ya que esta última tiene carácter excepcional; sin embargo, tales medidas no son concedidas cuando existe peligro de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad acerca del procesado.

4.4.1 Sustitutivos penales “restrictivos “de libertad

4.4.1.1 La semilibertad

Según la doctrina, esta forma de sustitutivo penal consiste en que el penado sale de prisión por la mañana a trabajar en el exterior, y regresa por la tarde, pasando las noches, los fines de semana y los días de feriado, en la prisión. Es decir que lo

¹³³ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 87



que se le priva es la libertad en las horas y días inhábiles; a mi consideración Este podría operar en los delitos menos graves y aplicadas a personas cuya conducta delictual les permite ser considerados delincuentes primarios.

4.4.1.2. El arresto de fin de semana

Este sustitutivo penal consiste en que la privación de libertad de la persona se da durante treinta y seis horas a la semana; la cumple preferentemente los días de fin de semana, con el objeto esencial de que al sujeto no se le obstaculice realizar sus actividades laborales, familiares, sociales, y no adquiera los efectos desocializadores de prisión.

Los jueces o tribunales podrán sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por el arresto de fin de semana o multa. Pueden ser una o varias penas sumadas que no superen el año, pero tendrán que ser penas impuestas en un mismo procedimiento, ya que tienen como requisito general que no haya comenzado el cumplimiento de la misma.

También podrán los jueces y tribunales sustituir la pena de arresto de fines de semana, sea cual sea su duración, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este régimen de sustitución, se exige el consentimiento del condenado, quizá porque una de las penas sustituidas puede ser, como acabamos de ver, el trabajo en beneficio de la comunidad, que siempre requiere que medie dicho consentimiento. No tiene, en cambio, sentido que deba mediar el mismo cuando lo que se sustituye es el arresto por la multa.



4.4.1.3. El confinamiento

Este sustitutivo penal consiste en que la persona que cumple una pena tiene la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, hasta que lo autorice el órgano jurisdiccional que dictó la medida. En Guatemala, se aplica este instituto penal como arresto domiciliario, pero como una medida sustitutiva, no obstante lo que se está estudiando es el sustitutivo de una pena.

4.4.1.4. El arresto domiciliario

Esta forma de sustitutivo penal, consiste en la obligación de permanecer dentro de su domicilio por un tiempo determinado en la práctica en Guatemala, es una forma de arresto domiciliario, pero como medida sustitutiva de la prisión preventiva y no de la pena.

4.4.1.5. Servicios comunitarios

“Esta es una medida muy generalizada en Europa. Constituye una alternativa constructiva y barata a las penas de prisión de corta duración. Permite además que el delincuente no pierda contacto con su familia y con el entorno social.

El juez es quien determinara qué trabajo cumplirá el condenado que sirva de provecho a la comunidad”.¹³⁴

¹³⁴ D. Madrazo Mazariegos y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Págs. 179 y 180.



Resumiendo lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico adjetivo penal, el confinamiento se tiene regulado como una medida sustitutiva de la prisión preventiva; específicamente, como una modalidad del arresto domiciliario.

El arresto domiciliario, por otra parte constituye una medida sustitutiva de la prisión preventiva en nuestro Código Procesal Penal.

En Guatemala, el servicio comunitario como pena no está previsto en la ley; consecuentemente no se aplica. Sin embargo en el sistema de derecho indígena, en la mayoría de casos, las sanciones son de trabajo comunitario, de servicios a la comunidad, y el Estado de Guatemala respeta las formas de vida y organización de los pueblos indígenas con base al Artículo 66 de la Constitución Política de la República y normas contenidas en el Convenio 169, siempre y cuando en su aplicación no vulneren derechos humanos.

4.5 Sustitutivos penales “no privativos” de libertad

4.5.1 Las sanciones pecuniarias

“Consisten en multas o cantidades de dinero que debe pagar el condenado; en el decomiso (comiso), que es la pérdida de objetos a favor del Estado; y la reparación del daño causado. En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos la multa como pena principal; el comiso, como una pena accesoria; y la reparación del daño, como consecuencia del delito”. (...)



4.5.2 Deportación o destierro

“Consiste en la expulsión del delincuente del territorio nacional. Nuestro Código Penal lo regula como pena accesoria aplicable únicamente a extranjeros”.

4.5.3 La amonestación

“Consiste en la simple advertencia que se hace al sujeto de que no vuelva a delinquir”.

4.5.4 La condena condicional

“Consiste en la suspensión condicional de la ejecución de la pena, si en un cierto plazo el sujeto no vuelve a cometer otro delito doloso”. (...)

4.5.5. La *probation*

“Es un método de tratamiento del delincuente que consiste en la suspensión condicional de ejecución de la pena, siendo el delincuente colocado bajo una vigilancia personal que le proporciona guía y tratamiento. Tiene como ventaja sobre la condena condicional, el hecho de ser una verdadera libertad vigilada. La dificultad básica está en conseguir el personal de vigilancia, que debe reunir características muy especiales, pues debe ser más que un trabajador social y menos que un policía”.



Considero este mecanismo como un sustitutivo penal, y es beneficioso para la persona del penado en los delitos de menor impacto social. Sin embargo, en Guatemala, esto es difícil su aplicación, porque la situación económica del país no hay presupuesto para pagar al personal especializado; como ejemplo, tenemos el salario de los guardias de seguridad del sistema penitenciario que es muy precaria.

4.5.6 La parole

“Consiste en la libertad condicional de un recluso, una vez cumplido con una parte de la condena. El término *parole* viene del francés y significa “palabra de honor”. Es semejante a la libertad condicional, con la diferencia de que se otorga en cualquier momento, en la época de la condena. Puede traducirse como tratamiento en libertad bajo palabra. La *parole* es, la liberación de un recluso después de que ha cumplido una parte de la sentencia. La *parole* no se considera como un premio por buen comportamiento en la institución; tiene como propósito servir de puente en la brecha entre el encierro dentro de la institución y la completa libertad en la comunidad”.

La *parole*, representa un mecanismo de libertad bajo condición, en el sentido de que el recluso cobra su libertad bajo juramento de cumplir cierta condición, y se aplica durante el cumplimiento de la pena. No comparto este mecanismo porque no se toma en cuenta el comportamiento del recluso; esto significa que un recluso que ha tenido un mal comportamiento dentro del centro reclusorio obtendría de alguna manera su libertad bajo condición.



4.5.7 El sursis

“Es una proposición de la pena impuesta a un condenado, anulada, si en los cinco años siguientes a su sentencia no incurre en ninguna otra pena por un delito doloso. De no ser así, deberá cumplir las dos penas”¹³⁵.

Los sustitutivos penales no privativos de libertad, como se expuso conforme a la doctrina, merecen el comentario siguiente:

a) Las sanciones pecuniarias, conocidas como multas, consisten en el pago de una cierta cantidad de dinero que tiene asignada y que debe ser pagada por la persona condenada por un delito. Este tipo de pena, en la práctica, funciona así: las multas están reguladas en las leyes penales dentro un mínimo y un máximo, deben ser pagadas dentro de los tres días de encontrarse firme un fallo, de lo contrario se convierten en prisión de libertad a razón de cinco a cien quetzales diarios. Estas se imponen conforme a las circunstancias económicas de la persona penada, esta circunstancia es difícil probarlo en todos los casos mediante un estudio socioeconómico, lo que a mi consideración resulta necesario para la imposición de este tipo de pena.

b) Deportación o destierro: este tipo de pena consiste en expulsar a la persona condenada, del país; en la práctica, se encuentra regulada en escasos delitos como consecuencia jurídica, a manera de ejemplo, en el caso de la comisión del delito de lavado de dinero u otros activos cometido por una persona extranjera en nuestro país.

¹³⁵ D y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Págs. 180 y 181.



c) Amonestación: como pena, consiste en la llamada de atención que una autoridad le hace a una persona; en la práctica este tipo de pena es conocido como sanción administrativa.

d) Condena condicional: este instituto penal consiste en que el juez sentenciador le suspende la pena a la persona condenada, siempre y cuando concurren ciertos requisitos, y que además se decreta bajo ciertas condiciones especialmente que la persona evite cometer un delito relacionado con la suspensión en un lapso de tiempo. A mi consideración, esta forma de condena lleva implícita, concretamente, la finalidad de prevención, pues previene a la persona a cometer otro delito.

e) *Probation*: es una forma de ejecución de la pena, la cual debe ser cumplida en el centro de reclusión de cumplimiento de pena bajo vigilancia de una persona con cierta pericia para cumplir la resocialización de la persona; este centro debe ser un lugar abierto o la persona aislada de otros reclusos.

La *parole*: es una forma de una libertad anticipada por buena conducta de la persona, en nuestro medio se conoce la redención por buena conducta, ya sea por trabajo o instrucción según la ley del régimen penitenciario vigente; El *Sursis*, es similar a la suspensión condicional de la pena, con la diferencia de que la suspensión es de cinco años, bajo advertencia que, si dentro de este tiempo comete nuevo delito deberá cumplir las dos penas.



4.6. Sustitutivos penales en el Código Penal guatemalteco

4.6.1. Suspensión condicional de la pena

Nuestro Código Penal regula en el Artículo 72 al 77 el sustitutivo penal denominado: “suspensión condicional de la pena”, beneficio que pueden otorgar los tribunales, en el momento de dictar sentencia, y que consiste en suspender condicionalmente la ejecución de la pena privativa de libertad, siempre que concurren los requisitos establecidos en los artículos antes mencionados. Sin embargo, también deben estar sujetas a condiciones que deben observar y cumplir la persona que se beneficia con la suspensión de la pena.

4.6.2 Libertad condicional y anticipada

El Código Penal la denomina “libertad condicional”, y el Código Procesal Penal, “libertad anticipada” en su epígrafe, como veremos a continuación:

a) La libertad condicional

Se encuentra regulada en los Artículos del 78 al 82 del Código Procesal Penal. El juez de ejecución tiene la facultad de acordar la libertad condicional, previa información de que al efecto se tramitará ante el patronato de cárceles o liberados o la institución que haga sus veces.



La libertad condicional podrá concederse al reo que haya cumplido más de la mitad de la pena de prisión, que exceda de tres años y no pase de doce, o que haya cumplido las tres cuartas partes de la pena que exceda de doce años y debe de cumplir con las circunstancias siguientes: 1. Que el reo no haya sido ejecutoriamente condenado con anterioridad por otro delito doloso, 2. Haber observado buena conducta durante su reclusión, justificada con hechos positivos que demuestren que ha adquirido hábitos de trabajo, orden y moralidad, 3. Que haya restituido la cosa y reparado el daño en los delitos contra el patrimonio y, en los demás delitos, que haya satisfecho, en lo posible, la responsabilidad civil a criterio de la Corte Suprema de Justicia, Artículo 80 del Código Penal.

La libertad condicional se tramita ante el Juzgado de Ejecución por medio de un incidente, y podrá ser promovido por el condenado, por el defensor o de oficio, su trámite se encuentra regulado en los Artículos 497 al 497 del Código Procesal Penal.

Este beneficio que se otorga al reo podría considerarse como elemento esencial para la resocialización, toda vez que la persona estaría sometida a condiciones de libertad, y esto permitirá reencausarlo nuevamente a la sociedad, y el tendrá la oportunidad de resocializarse, a efecto de que, en el momento de cumplir las condiciones dentro del tiempo que se determinara por el juez de ejecución, la persona ya se encuentre adaptada a la sociedad, e incluso ya con actividades laborales para desarrollarse como una persona y no como un convicto, que tan solo permitirá su etiquetamiento ante la sociedad, lo que muchas veces sucede en la práctica.



b) Libertad anticipada

No se encuentra regulada en el Código Penal, como se hace con la libertad condicional en el epígrafe que el Artículo 496 del Código Procesal Penal establece. La Libertad anticipada se promueve ante el juez de ejecución, por medio de un incidente de redención de penas regulado por el Artículo 70 al 74 de la Ley del Régimen Penitenciario. Esta libertad se concede porque se pueden redimir las penas de privación de libertad impuestas en sentencia firme, mediante la educación y el trabajo útil y/o productivo. El control y registro sobre el estudio y trabajo se realizará por medio de la Subdirección de Rehabilitación Social, la cual debe emitir los informes necesarios para que se pueda aplicar la redención de penas.

Se considera que se llama libertad condicional, ya que debe de reunir ciertas condiciones para que se pueda conceder, libertad anticipada porque su libertad se da antes de tiempo y se concede al acusado que trabaja o estudia, y se intercambia un día de prisión por cada dos días de educación o trabajo. Lo importante aquí es que el reo haya procurado demostrar buena conducta, cumpla requisitos para la obtención de su libertad anticipada y que haya demostrado, desde luego, su buena intención de resocializarse.

4.6.3. El perdón judicial

Es una institución tan pobremente regulada, que el legislador únicamente le dedicó un Artículo 83 del Código Penal; debido a su pobre regulación legal muy poco ha sido aplicada. Se le llama también condonación judicial.



El perdón judicial consiste en la facultad que tienen los jueces para otorgar en sentencia la extinción de la pena, tanto de la principal como de las accesorias, arribando a ello por medio de la interpretación *in bonam partem*.

Con base en el Artículo 83 del Código Penal guatemalteco, deben llenar los siguientes requisitos: “1. Que se trate de delincuente primario, 2. Que antes de la perpetración del delito el beneficiado haya observado conducta intachable y la hubiere conservado durante su prisión; 3. Que los móviles del delito y las circunstancias personales del agente no revelen peligrosidad social y pueda presumirse que no volverá a delinquir, 4. Que la pena no exceda de un año de prisión o consista en multa”.

4.6 Las medidas de seguridad

“Son consecuencias del delito que se imponen a personas a las que no se les puede imponer una pena de (muerte, prisión, multa), debido a su incapacidad penal o inimputabilidad, ya que en ellos la pena no cumple sus fines”.¹³⁶

Como se ha estudiado, la pena lleva implícito un fin como es la resocialización del delincuente y una función de prevención especial, para evitar que cometa un nuevo delito. Sin embargo, estos fines de la pena y la función no se cumplen, porque, en principio, a una persona debe declarársele culpable de un hecho penal cuando tenga capacidad punitiva, es decir, que comprenda que su conducta riñe con la ley. Sin embargo, al no tener esa condición, no es objeto de una sanción penal, si no que de una medida de seguridad.

¹³⁶ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 36



“Cuello Calón refiere que las medidas de seguridad constituyen especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y curación), o su segregación de la misma (medidas de seguridad en sentido estricto.”¹³⁷

Podría decirse que las medidas de seguridad constituyen consecuencias jurídicas del delito cuando no puede aplicarse una pena a la persona responsable penalmente, pero por razones de su estado psicológico. El Estado, en vez de penarlo con una sanción, le dirige programas de educación, curación o corrección; estos últimos están destinados a adolescentes que han tenido conflictos con la Ley Penal y se llevan a cabo mediante programas socioeducativos dirigidos a jóvenes delincuentes que no pueden ser sancionados penalmente, sino que son sometidos a programas socioeducativas.

Desde mi consideración, este tipo de programas deben ser muy sofisticados porque un adolescente requiere un tratamiento muy especial debido en relación con su edad mental, toda vez que ha delinquido por varias razones o situaciones familiares entre otras razones por lo que merece un tratamiento muy especial, porque está proclive a desarrollarse en un ambiente criminal, especialmente por la existencia hoy día de organizaciones criminales de jóvenes tales como las maras.

¹³⁷ H. A. De León Velasco y J. F. De Mata Vela. Ob. Cit. Pág. 297.



4.6.1. Finalidad de las medidas de seguridad

“El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de las medidas de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella”.

“Entonces la finalidad de las medidas de seguridad son las mismas que de las penas, puesto que ambas son consecuencias jurídicas del delito. Quizá por eso, el Código Procesal Penal de Guatemala, les denomina medidas de seguridad por el fin asegurativo de la prevención especial negativa y agrega la palabra: corrección por la prevención especial positiva equivalente a un tratamiento para corregir una enfermedad”.¹³⁸

La doctrina citada anteriormente advierte la naturaleza de las medidas de seguridad, como lo es que se le ha asignado una finalidad preventiva en la persona del delincuente, mediante su coerción o curación según sea el caso, pero lo importante es que llevan consigo una finalidad de prevención; en este caso, sería la prevención especial, dirigida especialmente a la persona.

Las medidas de seguridad persiguen, entonces, el mismo fin de la pena, si nos referimos a la prevención especial, con la diferencia de que en la pena se realiza la prevención por el cumplimiento de la misma; es decir, mediante la limitación o afectación de un derecho fundamental de la persona que la sufre. No obstante, las

¹³⁸ J. G. Girón Palles, Ob. Cit. Págs. 39 y 40.



medias de seguridad se llevan a cabo mediante programas curativos cuando se trata de una persona con problemas psíquicos o socioeducativos cuando se trata de un adolescente.

4.6.2. Características de las medidas de seguridad

1) Son medios o procedimientos que utiliza el Estado

La imposición de las medidas de seguridad corresponde exclusivamente al Estado mediante los órganos jurisdiccionales correspondientes; esto porque la característica del Derecho Penal es pública.

2) Tiene un fin preventivo, rehabilitador, no retributivo

Se pretende prevenir la comisión de futuros delitos, por medio de la educación, corrección y curación de los sujetos con probabilidad de delinquir. Es decir, que el efecto de la pena, en este sentido, es post delictual, pero esta prevención es de naturaleza especial porque va dirigida a la persona.

3) Son medios de defensa social

Su imposición depende de la peligrosidad del sujeto y no de la culpabilidad del mismo, el Estado lo utiliza como un medio de defensa social, para garantizar la seguridad colectiva de sus habitantes.



4) Puede aplicarse a peligrosos criminales y a peligrosos sociales

Se entiende por peligroso criminal el que, después de haber delinuido, presenta probabilidad de volver a delinquir; en tanto que la peligrosidad social es la de aquel que, no habiendo delinuido, presenta probabilidad de hacerlo (la primera es posdelictual y la segunda predelictual).

Actualmente, con lo avanzado de la ciencia, es necesario hacer estudios previos para poder establecer esta circunstancia personal con el fin de determinar el perfil de peligroso criminal o social de la persona, considero que la criminología se encarga de propiciar los mecanismos para el establecimiento del estado peligroso de una persona.

5) Su aplicación es por tiempo indeterminado

Una vez impuesta, solo se puede revocar o reformar cuando efectivamente ha desaparecido la causa o el estado peligroso que la motivó. Artículo 85 y 86 del Código Penal.

Las medidas de seguridad deben existir para el control del restablecimiento de una persona en estado peligroso, que su conducta ha superado la crisis que permite tener tal estado. Considero que, en la aplicación de una medida de seguridad, debe llevarse un estricto control para poder determinar la recuperación o restablecimiento de la persona sometida a la medida.



6) Responden a un principio de legalidad

Solo podrán imponerse a aquellas que estén previamente establecidas en la ley, Artículo 84 del Código Penal.¹³⁹

La aplicación y observancia de este principio considero que es muy importante en la toma de decisiones cuando se aplica una medida de seguridad a la persona; pues debemos recordar que si bien es cierto no estará limitado específicamente su libertad ambulatoria como prisión preventiva, también es cierto que él estará sometido a un tratamiento, psicológico o psiquiátrico que indirectamente limite su libertad de una forma; porque considero que se debe tener en cuenta la necesidad o no de la medida a considerar.

7) La peligrosidad como presupuesto de las medidas de seguridad

No es sino hasta tiempos de la Escuela Positiva del Derecho Penal, que se institucionalizó el estudio de la personalidad del delincuente, surgiendo así las investigaciones sobre la peligrosidad como presupuesto para la aplicación de medidas de seguridad.

Se atribuye el adjetivo de peligroso al individuo que presenta ciertas características que hacen presumir un comportamiento dañoso. Tratándose del ser humano, tanto el enfermo mental como el que delinque son modelos bastante claros de lo que se ha llamado individuo peligroso.

¹³⁹ H. A. De León Velasco, y J. F. De Mata Vela. Ob. Cit. Págs. 298 y 299.



La acción u omisión de una persona en el medio social representa su comportamiento en la convivencia social, pero este comportamiento debe considerarse dañoso o lesivo a la seguridad o paz de una sociedad, es decir que esté propenso, por su estado psíquico, a cometer hechos que vulneren bienes protegidas por el Estado mediante sus leyes penales.

8) El concepto de peligrosidad aplicado al delincuente observa dos situaciones

La existencia de ciertas personas físicas que, sin haber cometido un delito, se encuentran próximos a cometerlo es la denominada peligrosidad predelictual o antidelictual, llamada también peligrosidad sin delito, o peligrosidad social, y a la que algunos tratadistas asignan específicamente las “medidas preventivas” con el fin de evitar la comisión de esos delitos.

“La existencia de ciertos individuos, que siendo delincuentes, reflejan la posibilidad de volver a delinquir, que es la denominada peligrosidad posdelictual o peligrosidad criminal, llamada también con delito, y a la que se asignan específicamente las medidas de seguridad con fines de prevención y rehabilitación”.¹⁴⁰

De esa manera, la consideración de peligroso social, a una persona o individuo como se quiera llamar, puede serlo antes de cometer un delito; es decir, está propenso a que con su conducta o estado pueda cometer un delito; pero también puede que después de haber cometido un delito continué en la comisión de más hechos; como ejemplo podría citarse los llamados asesinos en serie o

¹⁴⁰ H. A. De León Velasco y J. F. De Mata Vela. Ob. Cit. Págs. 303.



delincuentes en serie, es decir son estados peligrosos posdelictual, “Según el FBI los asesinos en series (o asesinos seriales, Según traducción literal del Inglés serial Killers) son personas que matan por lo menos en tres ocasiones con un intervalo de tiempo entre cada asesinato. A diferencia de otro tipo de asesinatos, en la mayoría de casos, se hace evidente el uso de violencia sexual y la expresión de un carácter sádico sobre las víctimas”:¹⁴¹

Este tipo de estado peligroso de una persona es merecedor de medidas de seguridad, pero es necesario la acreditación de este estado de la persona mediante peritajes especializados, para tener certeza de su aplicación, así evitar vulneración de derechos de la persona.

¹⁴¹ M. Mendoza Luna. *Asesinos En serie*. Primera Edición. Bogotá Colombia, Editorial. Norma S.A. 2010. Pág. 17.



4.7 Diferencias entre penas y medidas de seguridad

Es necesario considerar las diferencias entre estos dos institutos penales, a efecto de poder comprender sus finalidades o funciones.

1. “La pena se ordena fundamentalmente a la prevención general; la medida de seguridad, a la prevención especial.
2. La pena exige para su imposición un previo delito; la medida de seguridad, la existencia de un estado peligroso, que puede producirse sin la comisión de un hecho delictivo. En consecuencia, la pena es siempre post delictual; la medida de seguridad en su primigenia construcción puede no serlo.
3. La pena debe ser proporcional a la gravedad del delito; la medida de seguridad es proporcional a la peligrosidad del sujeto.”¹⁴²
4. “La pena se impone solo a los sujetos imputables; la medida de seguridad se impone tanto a los imputables como a los inimputables, y en base de un criterio de utilidad social.
5. La pena se aplica de un modo determinado; la medida de seguridad que se fundamenta en una condición o conjunto de condiciones personales del individuo (en un estado peligroso), tiene una duración indeterminada, subordinada a su propia ejecución.

¹⁴² G. Landrove Díaz. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 3ª. Edición. Madrid, España: Editorial Tecno. S. A., 1991. Pág. 167.



6. La privación de bienes jurídicos del sujeto, a través de la que se manifiesta ambas, constituye el contenido de la pena y un simple fenómeno acompañante de las medidas de seguridad.”¹⁴³

De esta manera, se nota que ambas representan limitación de bienes jurídicos de la persona del delincuente, con la diferencia característica de que la aplicación de una pena está supeditada por el tiempo, es decir, tiene un tiempo definido; en tanto la medida de seguridad es indefinida, porque todo depende de cómo evoluciona el estado de la persona según el tratamiento a que este sometida. Este es un tema muy delicado, puesto que debe llevarse un estricto control de la evolución de la persona para evitar que la medida sirva de un instrumento disuasivo de la persona y separarlo definitivamente de la sociedad.

4.8 Medidas de seguridad contenidas en el Código Penal guatemalteco

El Artículo 84 establece que no se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley.

Las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley en contrario. Artículo 85. Solo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta. Sin embargo, en cualquier tiempo podrán reformar o revocar sus resoluciones al respecto, si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto. Los tribunales podrán decretar la aplicación simultánea de medidas de seguridad compatibles. (Artículo 86)

¹⁴³ *Ibidem*. Pág. 167.



El Artículo 88 del Código Penal determina las siguientes Medidas de seguridad:

1. Internamiento en establecimiento psiquiátrico. La finalidad de esta medida es más de carácter curativo, toda vez que en este centro se le da un tratamiento psiquiátrico a la persona y le da un seguimiento de cómo mejora o evoluciona la enfermedad que padece.

2. Internamiento en granja agrícola, centro industrial u otro análogo. La finalidad de esta medida constituye la estimulación laboral de la persona para que se desarrolle en actividad laboral, que le es útil.

3. Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial. Aquí, lo que se pretende es la reeducación de la persona, para que sea una persona instruida e útil a la sociedad.

4. Libertad vigilada. Constituye una libertad de la persona controlada por otra persona o institución.

5. Prohibición de residir en lugar determinado. Es una forma de evitar que la persona resida en un lugar que podría afectar a otras personas o así misma.

6. Prohibición de concurrir a determinados lugares. Es un medio de mantener a la persona alejada del lugar en donde podría afectar a otra persona o en que ella puede resultar afectada, como el caso de la prohibición que una persona concurra a lugares de juego de azar o lugar de expendio de bebidas alcohólicas.



7. Caución de buena conducta. Esta medida constituye el medio por el cual una persona se comprometa comportarse de una buena forma, podría ser mediante declaración jurada prestada ante autoridad.

4.9 Determinación de la pena

4.9.1. Generalidades

“La superación de la arbitrariedad judicial propia del antiguo régimen y la consagración del principio de legalidad en los sistemas contemporáneos condujeron a la exigencia de que las penas correspondientes a cada delito se recogieran con absoluta certeza en los códigos penales. Con ello se instaura el sistema de determinación legal de la pena que, sin embargo, no se traduce en la fijación de una pena exacta e inamovible para cada conducta, sino en el señalamiento de unos márgenes, limitados generalmente por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el tribunal debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor. Tal sistema, conocido como de determinación legal relativa, permite combinar las exigencias del legalismo señalamiento de una cantidad genérica de pena para el delito, con las propias del principio de igualdad, esto es, con la necesidad de distinguir en cada caso concreto las específicas modulaciones de la gravedad del hecho y las características de su autor.

Desde que el legislador señala el marco penal del delito hasta que la pena se cumple definitivamente, se produce un proceso de progresiva concreción de la sanción que se conoce como individualización de la pena. “¹⁴⁴

¹⁴⁴ F. Muñoz Conde y M. García Arán. *Derecho Penal Parte General*. 4ta Edición
Valencia: S. E. 2000 Págs. 599 y 600.



La determinación concreta de la pena, que se impone al responsable de un hecho delictivo, es una de las consecuencias centrales del Derecho Penal; en el mismo, necesariamente, quedan reflejados los objetivos que se pretenden con el sistema penal. La importancia de cada una de las fases por las que transcurre la determinación de la pena y en los condicionantes de cada una de ellas se expresan en las bases constituciones del propio modelo de Estado. Sin embargo, en un Estado de derecho democrático, la facultad punitiva del Estado se ve limitada por medio de las garantías de los derechos fundamentales de las personas, que constituyen un marco de actuación legal de Estado y de esa forma, la ausencia de arbitrariedades.

La teoría de la determinación legal relativa, en la práctica, constituye una labor intelectual del juzgador en el momento de la determinación de la pena a la persona condenada, pues esta actividad debe realizarse tomando parámetros como el grado de afectación de bienes jurídicos producidos por el delito, así como también las circunstancias en que se cometió el hecho criminal, las circunstancias agravantes o atenuantes que concurren en la comisión del hecho. En Guatemala esta determinación es regulada en el Artículo 65 de la ley sustantiva penal.

“La cantidad de pena que se imponga, materialmente exterioriza el concreto desvalor que desmerece una acción realizada por una determinada persona. Es decir, el contenido material de los diferentes elementos del delito tiene su última concreción en la cantidad de pena impuesta”.¹⁴⁵

¹⁴⁵I. B. Gómez de la Torre, L. Arroyo Zapatero, J. C. Ferré Olivé, J. R. Serrano Piedecabras y N. García Rivas. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. España: Editorial Praxis. S. A. 1999. Pág. 369



Lo anterior se refiere a la ponderación de la pena que el juez debe determinar, tiene que estar entre un máximo y un mínimo. De esa forma, es un medio de reflejar del grado de reproche que el estado hace de una conducta criminal.

4.9.2. Concepto

Es la fijación de la pena que corresponde al delito. Ello afecta tanto la decisión de la clase de pena que ha de imponerse como a la cantidad de la que se señale. En un sentido amplio, se incluye también en la determinación de la pena la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad.

La determinación está comprendida dentro de un momento legal y otro judicial; a ello debe añadirse la intervención de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad. De ahí que se haya generalizado la trilogía que propuso Saleiles, quien distinguió entre individualización legal, individualización judicial e individualización administrativa, mejor llamada también “penitenciaria”, porque la ejecución de la pena ha de ser regulada legalmente y controlada judicialmente. Mas el término “individualización” no incluye todos los aspectos de la “determinación” de la pena. La individualización apunta a la adaptación al caso concreto.

“Tal adaptación puede hallarse regulada, en parte, por la propia ley, y de ahí nace el concepto de individualización legal; pero la determinación legal de la pena exige



algo previo a dicha individualización: requiere la propia fijación del marco penal típico”.¹⁴⁶

Es de considerar que esta trilogía que propuso Saleiles se da en otros países, como España; pero en el derecho guatemalteco se da la individualización legal, individualización judicial, y la individualización penitenciaria. En el caso de Guatemala, no es administrativa, sino todo lo contrario, está a cargo de un juez quien es el encargado de controlar que en centro carcelario el condenado cumpla la pena que se le impuso; me refiero al juez de ejecución penal.

4.9.3 Sistemas y fases de determinación de la pena

La determinación de la pena se da en tres fases que constituyen el sistema penal: individualización legal, individualización judicial e individualización penitenciaria; es decir, el legislador, el juez y la penitenciaria intervienen en el establecimiento de la pena concreta que corresponde a un hecho concreto realizado por una persona determinada. El mayor o menor peso que se dé en cada una de las fases es consecuencia del modelo de Estado y de los fines de la pena que se persigan.

“Siguiendo a García Arán, puede diferenciarse cuatro sistemas distintos:

1. Indeterminación legal absoluta. Supone el no establecimiento de pena concreta ni por el legislador ni por el juzgador. El contenido de la ley posibilita al juzgador establecer una sentencia con una pena indeterminada que sólo se concreta más tarde por la penitenciaria en función de las características del sujeto sobre el que se proyectan exigencias preventivo-especiales.

¹⁴⁶ S. Mir Puig. Ob. Cit. Págs. 736 a la 738.



2. Determinación legal absoluta. El legislador establece una pena fija para cada
3. Delito concreto, mientras que el juez se limita a constatar la realización del hecho descrito y a proceder a la aplicación de la pena prevista por aquél.
4. Indeterminación judicial relativa. En este sistema, el juez dicta una sentencia relativamente indeterminada, al señalar un mínimo y un máximo de cumplimiento. La cantidad exacta de pena se determina en la fase de ejecución, rodeada a su vez de una serie de garantías. El sistema es propio del Derecho Penal anglosajón y carga el peso de la individualización en los jueces en función de una tradición jurídica diferente a la continental.
5. Indeterminación legal relativa. El legislador establece un marco penal, una pena con una duración entre dos límites cuantitativos. Dentro de este marco, el juez debe, en su sentencia, establecer la pena totalmente determinada. Este sistema es el admitido en las legislaciones de nuestro ámbito jurídico y, dentro de él, caben importantes diferencias, en particular, según el mayor o menor arbitrio que la ley deje a la actuación del juzgador. La indeterminación legal relativa refleja la tensión entre seguridad jurídica e igualdad inherente al sistema penal.”

147

En Guatemala, el Organismo Legislativo es el encargado de la creación de la ley. En su función legislativa, fija entonces, el legislador la pena que debe corresponder a cada delito entre un mínimo y un máximo; mientras que el juzgador, previa determinación de la responsabilidad penal, debe aplicar la pena prevista por el legislador entre una mínimo y un máximo, pero debe tomar en cuenta las circunstancias señaladas en el Artículo 65 del Código Penal, el cumplimiento de esta pena que es controlada por el juez de ejecución penal.

¹⁴⁷ I. B. Gómez de la Torre y otros. Ob. Cit. Pág. 370.



4.9.4. La individualización de la pena

“La individualización de la pena es algo, más que la mera cuantificación: la cuantificación nos indica de qué cantidad de bienes jurídicos puede privarse al penado, en tanto que la individualización nos señala, a la vez que la medida de esa privación, cuál es el tratamiento resocializador al que debe someterse (es decir, indica para qué en concreto se le hace objeto de esa privación)”¹⁴⁸

La individualización de la pena constituye una actividad operacional crítica muy razonada, porque permite prever el efecto resocializador de la pena en la persona del delincuente, mediante el tratamiento que se le va a dirigir; es decir, la dosis de tratamiento que le es necesaria a la persona para que la pena cumpla su fin resocializador.

“La individualización de las penas abarca la cuantificación, la selección y la ejecución; la cuantificación abarca los bienes jurídicos de que se priva el penado.

Por consiguiente creemos que lo adecuado es referirnos a la determinación de la pena en el caso concreto, como concepto que abarca la labor judicial de determinación de la clase de pena (cuando se trata de conminaciones alternativas o facultativamente conjuntas), de la cuantía de ellas dentro de los límites legales (cuando se trata de penas que admiten grados) y de la forma de imposición (cuando se puede elegir entre la imposición efectiva o la condenación condicional) o de cumplimiento (como en el caso de la multa)”.¹⁴⁹

¹⁴⁸ E. R. Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo V*. Buenos Aires Argentina Editorial Praxis. Cuarta Edición. 2006. Págs. 272

¹⁴⁹ E. R. Zaffaroni. Ob. Cit. Págs. 273 y 274.



La determinación de la pena, como tarea intelectual del juez sentenciador, debe llevarse a cabo con sumo detalle de varios aspectos que van desde la clase de pena, la cantidad de la pena hasta los efectos que produce la pena, tomando en cuenta las circunstancias que pueden incurrir en la comisión del hecho como las circunstancias que han incidido en la comisión del delito por parte de la persona penada.

“La determinación de la pena que ha de aplicarse al responsable de una infracción criminal requiere de un proceso de concreción que se inicia en la ley y concluye con la ejecución de la pena impuesta.

Todo proceso de individualización de la adecuación de la pena al hecho y a la persona concreta, ha de respetar dos límites:

1. El principio de legalidad: implica que el legislador no puede delegar la decisión de la pena a imponer en el juzgador.

2. La exigencia de colectivización de los medios y técnicas de ejecución. Estas exigencias imponen limitaciones de carácter pragmático, ya que los establecimientos penitenciarios no son para un solo recluso o para grupos totalmente homogéneos. El tratamiento individualizado es en la práctica la adaptación de cada individuo al régimen general”.¹⁵⁰

La individualización de la pena es una tarea muy delicada y requiere mucha responsabilidad por parte del juzgador al tomar la decisión de la imposición de la

¹⁵⁰ B. Mapelli, J. Terradillos. Ob. Cit. Págs. 187 y 188.



pena a una persona que se le condena por un hecho criminal, porque constituye la privación de sus derechos fundamentales. Así el juez debe tomar en cuenta varias de la circunstancias que el legislador ha previsto en la aplicación de la pena específicamente lo regulado en el Artículo 65 del Código Penal; pero también, al cuantificar la pena, debe tomar en cuenta el fin de la misma, que consiste en la resocialización del penado.

4.9.5 Concepto de la individualización de la pena

Zaffaroni refiere que la individualización de la pena como la determinación concreta que ha de aplicarse al que ha cometido un delito, constituye un proceso de adaptación que se inicia con la descripción tipificadora de la ley y concluye con la ejecución de la pena impuesta.

Por lo anterior se puede decir que la individualización puede ser individualización legal, individualización judicial e individualización penitenciaria.

”La individualización de la pena es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para procurar su resocialización”.¹⁵¹

La actividad de determinación o individualización de la pena, que es llevada por los jurisdiccionales sentenciadores, debe surgir de un análisis racional para determinar la cantidad o calidad de bienes jurídicos o derechos que deben limitar a la persona condenada por un hecho ilícito. Considero que debe tomarse en cuenta

¹⁵¹ E. R. Zaffaroni. Ob. Cit. Pág. 697



los factores o indicadores que tengan relación con la comisión del delito, de esa forma establecer el bien jurídico que se va afectar mediante la pena a la persona condenada, con la finalidad de obtener su resocialización.

4.9.5.1 Fases de la individualización de la pena

4.9.5.1.1 Individualización legal de la pena

“Consiste en la fijación, por la ley, con carácter general y abstracto, de la pena correspondiente a cada hecho delictivo”¹⁵²

Esta fase corresponde al legislador, y consiste en el establecimiento del marco penal genérico que corresponde a cada delito. En el establecimiento del marco penal, predominan criterios de prevención general y proporcionalidad. El legislador señala una cantidad genérica de pena que considera necesaria y suficiente para intimidación, esto es, para evitar que los ciudadanos cometan el hecho criminal, y, para lograrlo, debe tratarse de una pena en proporción a la gravedad abstracta del hecho.

4.9.5.1.2. Individualización judicial

Es la tarea realizada por el juez o tribunal sentenciador, en el momento de emitir una sentencia y determinar la pena que se le va aplicar a la persona condenada,

¹⁵² B. Mapelli, J. Terradillos. Ob. Cit. Pág. 188



dentro del marco legal que estipula la pena, con base en el principio de flexibilidad es decir, dentro del mínimo o máximo de la pena señalada en la norma penal.

“El verdadero momento de la individualización penal, es éste, el de la individualización judicial, la realizada por los juzgadores, que determinarán, si la ley lo permite, la clase de pena y, en todo caso, su duración. Para el cumplimiento de esta misión deberían poseer una especial preparación profesional, no sólo jurídica, como en la actualidad, sino también psicológica y sociológica, que les permita conocer la personalidad de los delincuentes. Con el fin de favorecer la individualización penal habrían de recibir toda clase de informes, debidamente controlados, relativos a la vida y antecedentes de aquéllos, y si fuera preciso, cuando así lo estimaran podrían recurrir a la ayuda de especialistas”¹⁵³.

De esa manera, los jueces sentenciadores además de ser conocedores del derecho (*Curia No VIT Curia*) deben tener preparación psicológica y social; lo primero consiste en tener certeza de los comportamientos y personalidades de las personas a condenar, pero también de su entorno social y los factores que han incidido en la conducta criminal y que, en el momento, han propiciado la comisión del delito, para poder determinar la pena a señalar.

En esta fase, el juez o tribunal lleva a cabo, en primer lugar, la llamada determinación cualitativa o elección del grado de la pena que tiene lugar, porque la ley obliga a imponer penas inferiores o superiores en grado de acuerdo con la gravedad del delito, pero también en aquellos casos en que se permite sustituir una pena por otra. En segundo lugar, se procede a la determinación cuantitativa de la pena, que consiste en la elección de la extensión o cantidad concreta de pena a cumplir.

¹⁵³ E. Cuello Calón. *Derecho Penal Tomo I Parte General Volumen Segundo*. Décima Octava Edición. Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A. Urgel, 51 bis. 1975. Pág.740



En todo este proceso, el juez o tribunal toma en consideración las reglas establecidas en la ley que, por tanto, pertenecen a la individualización legal; pero que, en la medida en que dejan márgenes de ejercicio del arbitrio o discreción, configuran el ámbito de la individualización judicial.

“En la individualización judicial debe tenerse en cuenta tanto el criterio de la proporcionalidad de la pena respecto al hecho concreto, como las necesidades preventivas especiales que presente el sometimiento a juicio”¹⁵⁴.

El momento de la individualización judicial de la pena es aquel en el que se decide cuánto castigo ha de padecer el reo; es el momento en el que las cuestiones fundamentales sobre qué y para qué se sanciona, han de descender de lo pragmático a la sentencia concreta.

“A juicio del alemán Albrecht, una teoría de la individualización judicial de la pena que sea capaz de ofrecer criterios para la concreción de la pena, y aclarar diferencias respecto a la gravedad y el tipo de pena, posibilita la respuesta a la pregunta acerca de las distintas medidas de pena fundamentales, tanto desde el punto de vista teórico como jurídico positivo.

Conforme a ello, una teoría de la individualización judicial de la pena aceptable tiene que reunir determinadas condiciones, entre las cuales estarían las siguientes:

-Tiene que ser accesible a la comprobación en los casos en que se aplica.

¹⁵⁴ F. Muñoz Conde, M. García Arán. Ob. Cit. Pág. 602



- Tiene que ser, como cualquier teoría, consistente y no contradictoria.
- Una teoría de la individualización judicial de la pena debe poder ser practicable”¹⁵⁵.

El autor expone acerca de una teoría para la determinación de la pena, que es necesario que la misma sea comprobada y que sea práctica; es decir, que sea aplicable en un caso concreto en el momento de la determinación de la pena por el juez sentenciador. La ley adjetiva penal guatemalteca regula en sus Artículos 353 y 386 el momento procesal en el cual los jueces de sentencia determinan la pena.

“Grassberger propuso ya en 1932 unir la decisión individualizadora a reglas de cálculo; partiendo de la pena normal, tomando en cuenta factores como la intensidad de la retribución, la cantidad de culpa, la influencia del condenado, etc., los cuales tiene que ser sopesados matemáticamente y utilizados para la determinación de la pena.”¹⁵⁶

El mecanismo que expone el autor citado se refiere a que, en el momento de determinación de la pena, se debe tomar en cuenta el grado de culpabilidad que tiene la persona cuando comete el hecho criminal. En la práctica, en Guatemala este mecanismo se encuentra regulado en el Artículo 65 del Código Penal, al regular que el juzgador, en el momento de determinar la pena, debe tomar en cuenta la intensidad del daño causado, la circunstancias atenuantes y agravantes en la comisión del hecho.

¹⁵⁵ D y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Págs. 129 y 130

¹⁵⁶ Ibidem. Pág. 130



“Para Dubs, el análisis particular de cada elemento relevante, previa fijación de aquellos puntos de vista que deben entrar en juego, evita que un determinado punto de vista sea valorado en exceso en el caso concreto, o que un elemento importante deje de ser tenido en cuenta”¹⁵⁷.

Según este autor, las circunstancias o elementos a tomar en cuenta en la determinación de la pena son importantes porque permiten cuantificar la pena, y de esa cuenta, resulta necesario verificar cada una de los referidos elementos.

“Bruckmann establece que el punto de partida de una teoría de la individualización judicial de la pena no deber ser la resocialización, ya que entiende que la resocialización tiene que ser la base para decidir el sí y cómo una pena de ser ejecutada, lo cual es independiente del problema de la cantidad de pena. En cambio, afirma que la base debe ser la responsabilidad del autor, ya que ésta constituye el fundamento al que tiene que orientarse la individualización judicial y, para el efecto, propone un método aritmético que contempla sólo tres factores.”: La peligrosidad del autor; la gravedad del hecho; y la relación ente el autor y la víctima.

Serían estos tres factores de donde se deduciría la pena resultante (peligrosidad del autor x gravedad del hecho+/- comportamiento de la víctima pena final). La peligrosidad del autor constituye para este autor el factor básico, mientras que la gravedad del hecho se expresa en forma de multiplicador. Por último, el

¹⁵⁷ Ibidem. Pág. 130



comportamiento de la víctima puede añadir o restar, ya que en sí, no modifica el hecho, pero puede relativizarlo.”¹⁵⁸

Las doctrinas citadas ilustran al juez sentenciador las circunstancias que debe tomar en cuenta para la determinación de la pena; tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo; es decir, el grado de peligrosidad de la persona del delincuente, la gravedad del delito, las circunstancias que concurren en su comisión, el grado de culpabilidad del autor del delito, así como la relación entre victimario y víctima. Considero que esto se da en los delitos sexuales, factores que la doctrina señala importantes para la individualización de la pena; los autores citados anteriormente le restan importancia al fin de la pena que es la resocialización.

4.9.5.1.3. Individualización ejecutiva

“Se le llama también como individualización administrativa o bien como individualización penitenciaria, aludiéndose con ello a las modificaciones que puede sufrir la pena de prisión durante su cumplimiento, mediante la aplicación de beneficios penitenciarios, la progresión en grado penitenciario y la obtención de la libertad condicional.”¹⁵⁹

La individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada. Es el momento judicial cuando el juez tiene que cuantificar la culpabilidad del autor en términos de pena. Además de fijarse la pena aplicable, también debe indicarse su forma de cumplimiento.

¹⁵⁸ D y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Págs. 129 a la 131.

¹⁵⁹ F. Muñoz Conde, M. García Arán. Op. Cit. Pág. 602



“Para que se cumpla con un ordenamiento jurídico penal liberal y con las garantías de los derechos individuales que la constitución garantiza, es necesario que los tribunales de justicia realicen una correcta fundamentación en la aplicación de los criterios legales que para la imposición de las penas exige el Artículo 65 del Código Penal.”¹⁶⁰

Se refiere lo anterior a que, en el momento de cuantificar la pena, el juez sentenciador debe tomar en cuenta circunstancias que integran la comisión del hecho tales, como agravantes y atenuantes, que son los índices que dan la pauta para determinar el parámetro para fijar la pena.

“Otra momento de la individualización penal es la llamada administrativa o penitenciaria, realizada por los funcionarios encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad, únicas idóneas para la actuación individualizadora. Se estudiaría y observaría al delincuente durante su reclusión examinando los efectos del régimen empleado, determinándose, si fuere preciso, con el concurso de otros especialistas, la llegada del momento de liberación del penado por su efectiva reforma.”¹⁶¹

En el Derecho Penal guatemalteco, en lo referente a la individualización ejecutiva, es controlado por un juez de ejecución penal, o sea que es bajo control judicial no como en la doctrina anteriormente consignada, que es administrativa.

En Guatemala, la naturaleza jurídica del juez de ejecución de la pena es judicial, debido a que sus funciones son eminentemente judiciales, ya que será el

¹⁶⁰ A. Rodríguez Barillas, y otros. Ob. Cit. Página 218.

¹⁶¹ E. Cuello Calón. Ob. Cit. Pág. 741.



encargado del mantenimiento de la legalidad en la ejecución de la pena salvaguarda de los derechos de los condenados a pena de prisión frente a abusos de la administración.

Los juzgados de ejecución de la pena son juzgados especiales que están a cargo de jueces que velarán por el control del cumplimiento de la pena de prisión y la resolución de las incidencias que se susciten durante su cumplimiento.

En nuestro Código Procesal Penal, el Artículo 43 regula la competencia de los jueces en donde, en el inciso primero, aparece los jueces de ejecución penal, y el Artículo 51 del mismo cuerpo normativo regula que los jueces de ejecución tendrán a su cargo la ejecución de las penas y todo lo que se relacione con ella, conforme lo establecido en este Código. Y el libro quinto del Código Procesal Penal regula todo lo referente a la ejecución penal.

Los juzgados de ejecución se denominan, en otros países, juzgados de vigilancia. Surgieron en Guatemala con el modelo acusatorio en 1994; actualmente en nuestro país únicamente existen tres juzgados de ejecución penal. Su actuación se regula en los Artículos 5, y 493 al 505 del Código Procesal Penal y 8 de la Ley del Régimen Penitenciario. Entre sus funciones está controlar la ejecución de la pena o medidas de seguridad, impuestas en sentencia por los jueces o tribunales de sentencia.



4.9.6. La finalidad de la individualización de la pena

Al individualizar la misma se puede discutir o analizar, de una mejor manera, la pena a imponer al acusado, con base en todas las pruebas que se diligenciaron en el debate y los argumentos que se dieron por parte de los sujetos procesales, en donde los jueces o juez deben de aplicar una pena justa y acorde a los parámetros que establece el Artículo 65 del Código Penal. Así se garantiza el derecho de defensa del acusado, procurando que la pena cumpla la finalidad de la readaptación y resocialización de la persona, con base en el Artículo 19 de la Constitución.

4.9.7. Criterio para la individualización de la pena por el juez

“Mientras en los delitos con penas únicas indivisibles la función individualizadora de la pena por parte del juez se reduce a una mínima expresión, ya que una vez determinada el tipo penal aplicable, no tiene otra opción que la de aplicar la pena indivisible que él designa; esa función se amplía en los delitos con penas alternativas (donde tiene que elegir una de las previstas) y mucho más cuando la pena es divisible, es decir cuando tiene que determinar una magnitud entre un máximo y un mínimo, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso”¹⁶².

De lo anterior se entiende que el juez, al individualizar una pena, debe tener criterio acerca de la forma que se encuentra determinada en el tipo penal por el

¹⁶² C. Creus. Ob. Cit. Pág. 499



que se condena a una persona; es decir, que la norma penal es la que le da la pauta de individualización de la pena.

A manera de ejemplo, una norma penal de naturaleza disyuntiva, en un delito cuya pena es de prisión o de multa, debe individualizar qué pena debe aplicar, eligiendo una de las penas descritas.

4.9.8. Los parámetros que deben servir para aplicar la pena en un Estado democrático

Todo acusado tiene derechos humanos que se deben respetarse en el proceso penal. En el momento del juicio, cuando el juez o jueces deliberaran para imponer una pena por algún hecho delictivo que cometió el acusado, deben tener presente, o en el momento de deliberar, los derechos consagrados en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos específicamente los regulados en el Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: que todos son iguales ante la ley, tienen derecho a igual protección ante la ley, y según el Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional. El Artículo 6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Artículo 5 inciso 6, las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. El Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula que la finalidad de la pena es la readaptación social y la reeducación de los reclusos. Los jueces o juez, al imponer la pena, deben respetar cada uno de los derechos que regulan los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos, el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y la legislación sustantiva penal, en donde existen parámetros que deben de



aplicarse para imponer una pena, que se encuentran regulados en el Artículo 6 del Código Penal siendo:

4.9.8.1. La pena que corresponda dentro de un máximo y mínimo señalado por la ley para cada delito

En nuestro sistema penal guatemalteco, se aplica el sistema de determinación legal relativa, el que no se traduce en la fijación de una pena exacta e inamovible para cada conducta, sino el señalamiento de unos márgenes, limitadores generalmente por un mínimo y máximo dentro de los cuales el juez o tribunal debe de adecuar la pena. Al respecto, existe una excepción en nuestro ordenamiento penal para el delito de los hechos sacrílegos; aquí ya existe una pena fija, es decir no deja opción al juez sentenciador determinar la pena, toda vez que la norma penal es imperativo.

4.9.8.2. La mayor o menor peligrosidad del culpable

No existe una definición de peligrosidad en el Código Penal pero, según el Diccionario de la lengua española, ilustra, la peligrosidad deriva del latín *periculosus*, adjetivo que significa lo que tiene riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal.

Daño del latín *damnum*, se entiende como la acción de causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o bien molestia.



Mal, del latín *male*, es lo contrario a lo que es debido, sin razón, imperfecto desacertado. Mal es apócope de malo, y malo deriva del latín *malus*: que carece de la bondad que debe tener según su naturaleza o destino; dañoso o nocivo a la salud o que se opone a la ley.

4.9.8.3. Peligrosidad

El estado peligroso de una persona es muy difícil de definir, puesto que es una categoría de vulnerabilidad de la persona, ya que lo peligroso es un acto, cosa o animal que puede causar daño a una persona o un objeto. No obstante, en el Derecho Penal se refiere a la peligrosidad del culpable. “Ese sentido, si a quien se le considera culpable tiene posibilidad de delinquir en el futuro, estaremos frente a la peligrosidad criminal, o si la ley considera que la persona es un peligroso o amenaza para la comunidad, la palabra correcta será peligrosidad social. En ambos casos, la peligrosidad es un concepto dirigido hacia el futuro, pero cuando se trata de imponer la pena se está interpretando también hacia el pasado, pero no por la conducta que se les juzgó, sino por sus características personales como la reincidencia, los antecedentes personales del culpable, que conforme la ley arbitraria seguramente incidirán en un aumento de la pena por su estado de vulnerabilidad.”¹⁶³

4.9.8.4. Peligrosidad del culpable

“El significado de peligrosidad, no lo regula el código, pero adelanto que se refiere a la posibilidad que tenga el culpable de cometer otros delitos en el futuro

¹⁶³ J. G. Girón Palles. Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. No. 59. Servitag. Guatemala 2010. Pág.9



(peligrosidad criminal) o bien que el culpable pueda causar daño o poner en peligro a la comunidad (peligrosidad social). Ambos conceptos se unen en uno solo, no existe método para pronosticar la peligrosidad del culpable”¹⁶⁴.

“Se denomina peligrosidad criminal a la persona que haya cometido un delito, pero por su incapacidad penal o inimputabilidad no se le puede imponer una pena y se cree que en el futuro puede cometer otro delito y al que regularmente se le impone una medida de seguridad. En sentido amplio, es un adjetivo con el que se designa a una persona que ha cometido un delito, e incluso, hasta una tentativa de delito, y que por su condición personal o del hecho, puede considerarse que cometerá otro delito en el futuro”,

“Peligrosidad social es la condición de la persona que hasta el momento no ha cometido ningún delito, pero que se considera que puede ocasionar algún daño a la comunidad, por ello se le tiene como peligroso social. Solo el ordenamiento jurídico puede determinar lo que es daño para la comunidad. De este modo la peligrosidad social se define como una elevada probabilidad de que un sujeto inflija a la comunidad un daño antijurídico mediante sus actos futuros”.¹⁶⁵

“No obstante, en el Código Penal guatemalteco, hay resabios muy fuertes del positivismo que sirvió como discurso filosófico para fundamentar el Estado de Policía. Estos se encuentran en el artículo 87, en donde se consideran índices de peligrosidad”.

¹⁶⁴ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 6

¹⁶⁵ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Págs. 62 y 63.



“Estos supuestos son el discurso legado por Garófalo y Lombroso, que sirvió de fundamento para la persecución de personas después de la Revolución Francesa, y que no tiene un sustento científico para que la peligrosidad sea un agravante de la pena, aunque algunos tribunales dictan sentencia basados en otra peligrosidad que traen los tipos penales y otros casos una peligrosidad intuitiva o hasta dictaminada por peritos que no están actualizados, pues ciencia como la psicología o la sociología pueden explicar las razones del porqué delinquirió el individuo, pero nunca predecir que cometerá delitos en el futuro, conocida predicción con el nombre de prognosis criminal”.¹⁶⁶

Los estados peligrosos regulados en la ley sustantiva penal constituyen índices de peligrosidad, y para que el juzgador tenga certeza de un determinado estado peligroso de una persona, considero necesario que el juez se valga de un dictamen de un facultativo con el fin de tomar una decisión con certeza y decidir con relación del estado peligroso de la persona, ya sea para imponerle medida de seguridad o tomar como presupuesto en la imposición de una pena correccional.

4.9.8. 5. Los antecedentes personales de este y de la víctima

“En Guatemala, se utiliza para la ponderación de la pena, los antecedentes personales, tanto del culpable como de la víctima. Se refiere a la situación social, económica, jurídica, cultural de las partes del proceso penal que para la imposición de la sanción deberá tenerse prueba pericial o documental, e incluso, testimonial. Sin embargo, en los tribunales es lo que más se aplica respecto del

¹⁶⁶ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 7



culpable son los antecedentes penales y policiales, pero también se puede presentar antecedentes de la víctima”¹⁶⁷.

Pero este parámetro de ponderación de la pena, los jueces lo utilizan en sentido positivo, si el acusado no tiene antecedentes penales o policiales, y si no hay otro aspecto para imponer la sanción, le imponen la pena mínima.

“La Constitución Política de la República de Guatemala regula que los antecedentes penales o policiales no son causa para que a las personas se les restrinjan derechos, algunos jueces utilizan los antecedentes penales para fundamentar la negación de una medida sustitutiva porque la norma ordinaria los autoriza, o al imponer la pena utilizan la agravante de reincidencia por haber sido condenado en sentencia ejecutoriada por otro delito”.¹⁶⁸

Considero correcto lo señalado por el doctor Girón Palles anteriormente, porque lo que el juez juzga es el acto de la persona, materializado por su conducta ilícita al cometer un hecho, y es a este hecho por el que se le juzga y se le pena al determinarse su responsabilidad penal. Se juzga y se pena la acción de la persona, es decir estamos hablando de un Derecho Penal de acto y no la autoría anterior de la persona.

¹⁶⁷ Ídem. Pág. 62

¹⁶⁸ Ibídem. Págs. 63.



4.9.8.6. Los antecedentes personales del culpable

En los antecedentes personales del culpable, los juzgados y tribunales interpretan los registros de antecedentes policiales como indicador de las veces que la persona ha sido detenida por la policía, aunque se le haya otorgado libertad por falta de mérito, un sobreseimiento o condena absoluta; y los antecedentes penales del Registro de Estadística Judicial, documento de donde se deduce la reincidencia del procesado; en esta forma de pensar, el reincidente tendría la calidad de peligroso, pues el concepto legal de reincidente se le otorga a quien “comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena. (Artículo 29 inciso 23 Código Penal)”¹⁶⁹

Sin embargo, “hay dos aspectos que regula el Artículo 65 del Código Penal, que se refiere a la fijación o ponderación de la pena que a juicio del ponente corresponde al Derecho Penal de autor, en donde se juzga y castiga al acusado no por su actos o conducta que realizó, sino por las circunstancias personales tales como: la mayor o menor peligrosidad social del culpable y b) Los antecedentes personales del acusado.”¹⁷⁰

Para una mejor ilustración del lector, considero necesario abordar los temas de Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor, a fin de tener presente cuándo se debe aplicar cada uno para imponer una pena por parte de los jueces o juez, según sea el caso concreto, según la doctrina siguiente.

¹⁶⁹ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 7

¹⁷⁰ *Ibidem* Pág. 3



a) Derecho Penal de acto

“El principio *Nullum crimen sine lege* extraemos, que a partir de que seleccionan bienes jurídicos importantes para proteger, solamente es posible seguir un proceso cuando se han producido acciones u omisiones previstas en la ley como delitos o faltas; esto significa que solamente nos interesan los “actos” constitutivos de acciones u omisiones previstos en la ley como un delito; esto es lo que se denomina “Derecho Penal de acto” lo que excluye la aplicación de un Derecho Penal de autor, en consecuencia se debe de perseguir penalmente a una persona por las acciones u omisiones que ésta realice en cuanto se encuentra establecido en la ley previamente como un delito. No es posible entonces perseguirla penalmente cuando no haya realizado conductas activas u omisivas que se configuran como un delito. Al respecto de la consideración del Derecho Penal de autor, la Corteidh se ha pronunciado: “En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del Artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

En este caso la Corte se refiere a la peligrosidad como elemento propio para agravar una pena, refiriéndose al Artículo 132 del Código Penal guatemalteco, apreciar esta peligrosidad no corresponde a un Derecho Penal de acto, sino a un Derecho Penal de autor, puesto que no es un elemento objetivo que pertenece a



la acción concreta realizada, sino a un aspecto subjetivo que requiere un estudio de prognosis para establecerse”.¹⁷¹

De esa manera, lo interesante para el Derecho Penal es la acción que se realiza y que tiene consecuencias en el mundo exterior al ser materializada esa conducta, y esto porque la acción encierra en verbo rector en una norma penal; es decir, constituye el elemento objetivo de toda norma penal que al realizarse es objeto de consecuencia jurídica es decir de reproche estatal.

“Mediante la aplicación de un Derecho Penal de “acto” conforme al planteamiento constitucional, resulta necesario actualizar y pasarle el filtro constitucional a toda la legislación penal sustantiva, puesto que en muchos casos como el descrito en la aplicación de medidas de seguridad pre delictivas, existen muchas inconstitucionalidades, esto ocurre por razón de que el Código Penal guatemalteco Decreto 17-73 del Congreso de la República entró en vigencia el 15 de septiembre de 1,973. Ciertamente fue superado por la Constitución Política que entra en vigencia el 14 de enero de 1986, solamente se hará una breve enumeración de los casos en que esto ocurre dentro del Código Penal guatemalteco. Casos en que se imputa y sanciona, se agrava la pena, o se prohíben ciertos beneficios a una persona por lo que es, por lo que ha sido y por lo que creemos que pueda ser, que no son directamente consecuencia de las acciones que ha desarrollado en los hechos concretos que le son atribuidos. Los encontramos en los agravantes de la responsabilidad, cuando se trata de un delincuente reincidente, delincuente habitual, no se permite la conmuta de la pena de prisión cuando a juicio del juez se establece la peligrosidad social. Para individualizar la pena el juez debe considerar “la mayor o menor peligrosidad del culpable”, para gozar del beneficio de la suspensión condicional de la pena “no debe de existir peligrosidad”, para

¹⁷¹ C. A. Calderón Paz. Ob. Cit. Pág. 96 y 97.



otorgar el beneficio del perdón judicial, el posible beneficiado no debe revelar su "peligrosidad social".¹⁷²

El Derecho Penal de acto constituye una manifestación de la seguridad jurídica de la persona sindicada de participación en un hecho antijurídico, porque solo se le va juzgar y penar por el hecho criminal que se le sindicada y que este encuentre regulación penal en aplicación del principio de legalidad regulada en el Artículo 17 de nuestra Constitución; y sobre dicha acción criminal, debe recaer la facultad punitiva del Estado.

b) Derecho Penal de autor

Existe Derecho Penal de autor cuando la pena se vincula a la personalidad del autor y lo que decide sobre la sanción es su sociabilidad y el grado de la misma. "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea "tal" se convierte en objeto de la censura legal; allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal".

"Está claro que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece más el desarrollo de un Derecho Penal de hecho que el de un Derecho Penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a "un elemento criminógeno permanente" en la persona del

¹⁷² Ibidem. Págs. 99.



autor o “al ser así humano de la personalidad que hay que castigar” y que mida por ese baremo la clase y cuantía de la sanción. Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un estado de derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho Penal de hecho. Por otra parte, las fuertes tendencias preventivo especiales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho Penal alemán, presionan en la dirección del Derecho Penal de autor; pues la cuestión de qué intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, dependen más de su personalidad que del concreto hecho individual.”

“Franz V. Liszt nunca extrajo la consecuencia de que sea deseable que para la punibilidad se atienda, en vez de al hecho, la forma de existencia o a la posición interna del autor. También el proponía castigar al autor solo por el hecho cometido por el mismo.”¹⁷³

El Derecho Penal de autor tiene su aplicación en los estados o gobiernos autoritarios, en donde el sistema de justicia es naturaleza inquisitiva. En este sistema, el sujeto activo de un delito se constituye como un objeto procesal y en su juzgamiento se le vulneran sus derechos fundamentales; se juzga su personalidad, no su acto, en todo caso posiblemente por considerarlo un peligroso social; se trata, entonces, de presumir la conducta ilícita de una persona por su apariencia o incluso por sus relaciones interpersonales; por ejemplo, si conforma un grupo de pandillas juveniles, etcétera.

¹⁷³ C. Roxin. Ob. Cit. Págs. 176 a la 178.



c) **Influencias del Derecho Penal de autor en la medición de la pena**

Se le impone al juez el cometido de tener en cuenta para la medición de la pena, entre otras cosas, “la vida previa del autor, sus circunstancias personales y económicas”, pero también “su comportamiento posterior al hecho”.

“En todo caso la culpabilidad por la conducción de la vida nunca puede utilizarse para rebasar en la medición de la pena la medida de culpabilidad por el hecho; por tanto, por un hecho de escasa relevancia no se le puede castigar a nadie más gravemente porque la conducción de su vida es equivocada y hace temer su reincidencia en el delito. De lo contrario, dado que la “culpabilidad” por la conducción de la vida a menudo es “solo una expresión conciliadora para indicar la peligrosidad”, serían las necesidades de prevención especial las que determinarían la cuantía de la pena y se habría anulado el efecto limitador de la pena que frente a las necesidades preventivas despliega el principio de culpabilidad”.¹⁷⁴

El Derecho Penal de autor influye en la determinación de la pena, e incluso en la fijación de una medida de coerción. Es el caso de las medidas sustitutivas a la prisión, porque se trata de ponderar, en cierta forma, el comportamiento de la persona antes del hecho y después de la comisión del hecho. Un claro ejemplo tenemos con la reforma del Artículo 264, del Código Procesal Penal relacionada con el delito de portación y tenencia armas defensivas y/o deportivas, tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado, borrado o legalmente marcado por la DIGECAM; al procesado por los ilícitos no se le otorga ninguna de las medidas sustitutivas si ha sido reincidente según lo establecido en el Artículo 1º del Decreto número 6-2013.

¹⁷⁴ ídem. Pág.187



d) Influencia del Derecho Penal de autor atenuatorias de la pena

Las influencias de un Derecho Penal de autor no está orientado a la culpabilidad, sino es puramente preventivo especial, en la configuración de las sanciones que se quedan por debajo de la medida de la culpabilidad. Como no hay ninguna prohibición de exceso respecto de la culpabilidad que se oponga a ello, en este caso, puede desplegar sus efectos sin obstáculos un pensamiento de Derecho Penal de autor preventivo especial.

“Con carácter absolutamente general cabe afirmar que la idea de un Derecho Penal de autor preventivo especial tiene aún un gran futuro en el (limitado) terreno de la medición de la pena y de la configuración de la sanción cuando se queda por debajo de la medida de culpabilidad. Pues en ese campo concuerdan con todas las tendencias de un moderno Derecho Penal resocializador y simultáneamente no plantea el menor problema desde la perspectiva del estado de derecho”.¹⁷⁵

Después de haber analizado cada uno de los parámetros para fijar la pena, a título personal, considero, como lo sustenta la doctrina, que en lo que refiere a los parámetros de la peligrosidad y antecedentes personales del acusado aquí se aplica claro un Derecho Penal de autor; se agrava la pena o no se le dan ciertos beneficios, por lo que es, puede ser o ha sido. Se juzga y castiga al acusado no por su actos o conducta que realizó, sino por las circunstancias personales, si tiene antecedentes es reincidente y por eso tiene la calidad de peligroso, pero no se analiza ni se estudia si el mismo fue absoluto en sentencia absolutoria, o con una falta de mérito; estos aspectos positivos deberían de servirle al acusado, basándonos en el principio de que la duda favorece al reo.

¹⁷⁵ C. Roxin. Ob. Cit. Pág. 188



4.9.8.7. El móvil del delito

La intención o el porqué de la comisión del delito por parte de la persona, este parámetro, en la gran mayoría de casos, el ente acusador es el Ministerio Público, que nunca llega a determinar por qué se cometió el delito, la causa que motivó y lo llevó a cometer el crimen; por lo que, al no tener la respuesta del porqué del delito, debería favorecer al acusado para ponderar la pena a imponer. En la mayoría de casos, el ente acusador al final deja invertido el móvil del delito.

“El móvil o la motivación para realizar el delito, como supuesto para la ponderación de la pena, está desapareciendo en la doctrina moderna, pues a partir del finalismo desarrollado por Welzel, la conducta tiene que ser voluntaria dirigida a una finalidad. La motivación del autor de un delito es variada según el bien jurídico, así en el homicidio y en asesinato por ejemplo, quitar la vida a la víctima puede ser por venganza, odio o diferentes motivos. En los delitos patrimoniales, el móvil es apoderarse de los bienes muebles para acrecentar su patrimonio”.¹⁷⁶

Este autor considera que el móvil debe eliminarse como un supuesto para la determinación de la pena, pues aunque sea diferente al dolo, las conductas prohibidas o imperativas tienen asignada una sanción diferente

¹⁷⁶ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 62 y 63



4.9.8.8. La extensión o intensidad del daño causado

“Este parámetro para la determinación judicial de la pena se refiere precisamente a la extensión e intensidad del daño causado, o la puesta en peligro del bien jurídico. Aquí son importantes para la graduación de la pena, las pericias sobre diferentes bienes protegidos por los tipos penales, aunque tal valoración la hizo el legislador cuando creó la norma penal que está integrada por el supuesto de hecho y la sanción asignada.”¹⁷⁷

Aquí, el juez o tribunal debe tener presente el bien jurídico afectado por el ilícito penal y los principios que afecta la sanción penal, en especial el principio de proporcionalidad, ya que la sanción penal debe tener una relación con la gravedad del hecho cometido y el bien jurídico lesionado.

4.9.8.9. Principios que afectan la sanción penal

En el Derecho Penal guatemalteco, el sistema de penas debe regirse por una serie de principios que afectan la sanción penal, tales como:

a) El principio de legalidad

“Es general e inevitable en el Derecho Penal, impone que todo acto y sujeto se encuentra sometido a la ley y que nadie es superior a ella; a la vez otorga al ciudadano garantías frente al poder punitivo del Estado”. Es decir, que no hay

¹⁷⁷ Idem. Pág. 63 y 64.



delito ni pena sin una ley anterior que así lo establezca. Asimismo, a una persona no se le puede imponer, ni hacer ejecutar una sanción, sin un juicio justo y de conformidad con la legislación procesal y de ejecución.¹⁷⁸

Este principio constituye un límite al poder penal del Estado, y representa seguridad jurídica para la persona que se le juzga y se le pena. También constituye una garantía procesal de carácter constitucional de la persona que se juzga por un hecho criminal, pues la conducta de la cual se le sindicada debe estar plenamente establecida y configurada con todos elementos típicos en una norma penal relevante.

b) El principio de utilidad de la intervención penal

“Uno de los requisitos inherentes a este principio lo constituye la capacidad de idoneidad y eficacia por parte del Derecho Penal para prevenir y evitar delitos, de tal modo que cuando una sanción penal no cumple con su función de prevenir los delitos de conformidad con este principio, debe buscarse otro tipo de sanción que cumpla con dicha finalidad”.¹⁷⁹

En Guatemala, la utilidad de la pena puede ser de dos naturalezas: una, como retribución a la persona por el hecho cometido y la otra es la utilidad de prevención y resocialización, este último regulado en el Artículo 19 de la Constitución. Pero se debe considerar que la pena también es utilizada hoy día por el Estado como un

¹⁷⁸ A. Rodríguez Barillas, y otros. Ob. Cit. Pág. 223

¹⁷⁹ Idem. Pág. 223



medio de control social con el fin mantener el orden social y de esa forma propicia la paz de sus habitantes.

c) El Principio de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal

“El principio de subsidiariedad se basa en una concepción de Derecho Penal liberal que se contrapone a un Derecho Penal intervencionista o represivo; requiere de medidas legislativas en materia penal que sean estrictamente necesarias; implica que el Derecho Penal debe intervenir cuando no sea posible el restablecimiento del orden jurídico, a través de otras ramas del derecho. Es decir que la disciplina penal tendrá la obligación de hacerse efectiva cuando otras no logren proteger los bienes jurídicos de la sociedad, ya que el Derecho Penal tiene carácter subsidiario.

A este principio se conecta el principio de fragmentariedad del Derecho Penal, consistente en la selección como relevantes penalmente de aquellas violaciones de los bienes jurídicos mencionados con anterioridad más intolerables, es decir que no cualquiera puede afectar los mencionados valores sino aquellos susceptibles de ser evitados por otras ramas del ordenamiento jurídico globalmente considerados”¹⁸⁰.

El primer principio encuentra plena relación con el instituto procesal de la prejudicialidad en el cual existen casos que pueden ser resueltos en otras ramas del Derecho. La doctrina enseña que una de las características del Derecho Penal,

¹⁸⁰ Idem. Pág. 225



es ser de *última ratio*, es decir, el último medio legal que el Estado debe proveer para reprimir las acciones ilícitas.

El segundo principio tiene relación con el principio de imputabilidad relevante que consiste en que el Estado debe fijar su atención a los casos de mayor impacto, sin perjuicio de tratar los delitos de menor relevancia, por medio de otros medios legales tales, como los mecanismos de resolución de conflictos; es decir, las alternativas procesales, también llamadas medidas desjudicializadoras.

d) El Principio de humanidad de las penas

“Se refiere básicamente a la dignidad personal del condenado, se trata de evitar penas inhumanas y degradantes a los delincuentes; su objeto es que no se impongan penas que actúen en forma grave y dañen la situación personal del reo”. Este principio tiene su fundamento en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala actualmente vigente, cuya normativa persigue la humanización de las penas.

Cuando se refiere a la humanización de las penas, se está hablando de que las penas reguladas en la ley penal y la determinación que realizan los jueces no debe trascender la persona humana, toda vez que la persona es el sujeto específico del Derecho. La humanización de las penas debe ser observada como regla general por los Estados partes de convenios y tratados en materia de Derechos humanos con base en el principio de pro persona. Solo a manera de ejemplo, cito el Artículo 5º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.



Es necesario considerar que este principio obliga a los juzgadores a reconocer a la persona que juzgan y se le aplica una pena, cualquiera que sea el delito cometido, como un semejante; es una persona que tiene derecho a ser tratada como tal y reintegrarse a la sociedad.

e) El principio de proporcionalidad

La sanción penal debe tener una íntima relación con la gravedad del hecho cometido y el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. La pena no debe ser más grave que el injusto penal acreditado.

“Este principio es conocido también como principio de prohibición en exceso, una pena excesiva deviene injusta implica violación a los derechos principios básicos del Derecho Penal, una pena desproporcional se convierte en una pena cruel, inhumano y degradante violatorio de preceptos humanos internacionales.

Una pena es proporcional se aplica cuando según la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias atenuantes o agravantes y la personalidad de agente, debe también a merced de la diversidad humana que no todos los casos son iguales, como diferente somos los seres humanos, es por ello que este principio le corresponde al juez en su esfera privada deducirla en su deliberación para imponerla a un sujeto particular.”¹⁸¹

El principio descrito anteriormente es un principio que aborda una garantía de seguridad jurídica de la persona a quien se le aplica una pena, y le corresponde al

¹⁸¹ L. G. M. Villalta Ramírez. Ob. Cit. Pág. 50



juez sentenciador realizar esta delicada tarea de ponderación siempre con apego a las normas establecidas, sin perjuicio de que el juez debe verificar la coherencia de la norma penal con la Constitución Política de la República.

Lo anterior se fundamenta en lo expuesto por la Doctrina: “La proporcionalidad de las penas exige que las sanciones previstas en las normas y aplicadas por los tribunales no sean arbitrarias ni desproporcionadas con la gravedad de los delitos que se sanciona. Ciertamente el principio de proporcionalidad debe evaluarse a la luz de la gravedad del delito así como de las penalidades impuestas en la legislación para delitos de similar gravedad.”¹⁸²

f) El principio de resocialización

La sanción penal impuesta a un sujeto debe ir encaminada a su readaptación social y la reeducación, según la Constitución de la República. Esto se logra evitando en lo posible la separación del sujeto del ámbito comunitario, ya que su distanciamiento fomentaría todo lo contrario, con los efectos desocializadores inherentes a una tal marginación. La reinserción social debe ir encaminada a educar al condenado para la convivencia social. La resocialización deberá tener en cuenta la necesidad de hacer aceptar al sujeto las normas básicas y generales que rigen la sociedad, para obtener su respeto y aceptación, y así obtener el fin principal que es evitar que cometa nuevos delitos en el futuro.

En Guatemala, este principio de resocialización, constituye la finalidad de la pena, como establece la Constitución Política de la República, pues lo que se pretende

¹⁸² Comisión internacional de Juristas. Guía para Profesionales. Impunidad y Graves violaciones de Derechos Humanos. Ginebra 2008. Página 73.



es la reeducación de la persona del delincuente mediante programas, y lograr de esa forma su reinserción a la sociedad; no existe a la fecha un dato exacto de con los convictos de delitos se ha logrado este fin.

g) El principio de culpabilidad

“Este principio tradicionalmente se enuncia bajo la fórmula “no hay pena sin culpabilidad”, sobre todo con la finalidad de desterrar la responsabilidad objetiva por el resultado. Según la doctrina este principio debe cumplir con tres funciones esenciales: a) individualizar la responsabilidad; b) fundamentar la pena, y c) limitar la duración de ésta. Se trata que la pena establecida por la ley, guarde proporción con la gravedad de la infracción (dolo o imprudencia) y con el grado de culpabilidad del infractor (pena imputabilidad, imputabilidad disminuida, error de prohibición vencible, menor exigibilidad de adecuar la conducta a la norma)”.¹⁸³

El grado de culpabilidad, en caso concreto, viene determinado por varios factores, entre los cuales destacan los del Artículo 65 del Código Penal y son los siguientes:

- a) El grado de injusto penal: la graduación del injusto penal se realiza a partir del análisis del desvalor de acción y del desvalor de resultado.
- b) El grado de culpabilidad: la graduación de la culpabilidad viene dada por el análisis de los distintos elementos de esta categoría.

La capacidad de culpabilidad se determina por: el conocimiento de la prohibición o antijuridicidad de la acción y el grado de exigibilidad de la conducta de la persona responsable del ilícito penal.

¹⁸³ A. Rodríguez Barillas y otros. Ob. Cit. Pág. 227.



“Finalmente desde una perspectiva de prevención especial, debe analizarse el grado de necesidad de la pena en el sujeto para el caso concreto. Es decir una evaluación sobre las consecuencias que la pena va a tener en la vida del sujeto.”¹⁸⁴

Esta evaluación es necesaria para poder establecer el grado de efectividad de la pena en la persona del delincuente y, por supuesto, la necesidad de la pena para que cumpla su fin. Este último aspecto, en la práctica, es bastante difícil, puesto que aún existe poca incorporación del personal especializado que se encargue de hacer estos estudios que puedan permitir, en determinado momento, servir al juez para determinar una pena o, en todo caso en la ejecución de la misma.

4.9.8.10 Las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren

Nuestro Código Penal establece algunas causas que disminuyen la responsabilidad criminal, pero no la anulan totalmente. Estas son las atenuantes reguladas en el Artículo 26 del Código Penal. Las agravantes son aquellas circunstancias que puedan darse en un delito, y que ocasionan que la pena a imponer aumente dependiendo el caso. En nuestro ordenamiento se encuentra regulado en el Artículo 27 del Código Penal, por lo que, al individualizar la pena, se puede graduar la misma de tal forma que guarde directa proporción con la medida en que el hecho haya sido más o menos grave; lo cual está dado por las circunstancias que en él hayan concurrido y que, en caso de que sean indicadoras de menor gravedad, determinan que la sanción también pierda severidad, por lo que son denominadas circunstancias atenuantes.

¹⁸⁴ Idem. Pág. 223 a la 227.



“Las circunstancias atenuantes, son todas aquellas que disminuyen la culpabilidad del sujeto, y tendrán efectos en la ponderación de la sanción penal, en principio una pena mínima, como en el caso de Guatemala, atendiendo desde luego al fin de la pena, que en todo caso debe ser la rehabilitación del condenado.”¹⁸⁵

Según el jurisconsulto Girón Palles, el Artículo 26 del Código Penal se refiere a las circunstancias atenuantes, pero él las divide en tres clases:

1. “Atenuantes relacionadas con el autor antes o durante el hecho. Estas atenuantes, disminuyen la responsabilidad penal, porque son circunstancias en las que hay algunos elementos de las causas de justificación; otras veces, de la falta de capacidad penal, conocimiento de la antijuridicidad, o bien de exigibilidad de la conducta, pero no configuran eximentes de responsabilidad penal, sin embargo el efecto consiste en disminuir dicha responsabilidad en la fijación de la pena.

2. Atenuantes por el comportamiento del autor posterior al hecho. En las que después de la realización del tipo, el autor ha demostrado por medio de acciones, arrepentimiento o ha reparado el daño producido al bien, jurídico, o bien que las pruebas se hayan inferido que no hubo dolo, y se presentó voluntariamente ante las autoridades y en la primera declaración confesó los hechos tal como sucedieron.

3. Circunstancias análogas atenuantes por analogía. En Derecho Penal, es prohibida la analogía, excepto como atenuante denominada también analogía *in*

¹⁸⁵ J. G. Girón Palles. Ob. Cit. Pág. 63



bonan partem. En este sentido, se incluye aquí cualquier circunstancia que pueda favorecer al imputado o imputada que tenga relación con las demás circunstancias reguladas en el Artículo 26 del Código Penal.”¹⁸⁶

El citado autor explica que las circunstancias agravantes son sucesos, eventos en los que en la ejecución del delito hubo, como resultado, mayor gravedad del mal producido al bien jurídico, o bien, se puede exigir un mayor reproche al autor. El efecto de estas circunstancias es agravar la sanción regulada en la norma penal; en el caso de Guatemala, la pena se inclina hacia el máximo establecido en el tipo. Sin embargo, las denominadas agravantes especiales aumentan la pena en una tercera parte.

Clasificación de las circunstancias agravantes. El Artículo 30 del Código Penal desarrolla el concepto de agravantes personales, y en el segundo, las circunstancias materiales.

Las circunstancias agravantes según el autor Girón Palles, se dividen en la doctrina en:

- A) “**Objetivas:** “En ellas es posible apreciar una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien una mayor facilidad en la ejecución que supone mayor desprotección del bien jurídico, con independencia de que ella se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. El principio de proporcionalidad de la pena de culpabilidad por el hecho permite aquí el

¹⁸⁶ ídem. Págs. 64 y 65



incremento de la pena. Aquí se incluyen las circunstancias agravantes materiales que regula el Código Penal”.

- B) **Subjetivas:** “son aquellas en las que no es posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado resulte más grave o por los que aumente el reproche al autor por el hecho cometido. Lo que está presente en ellas es una mayor desvalorización del autor, pero referida a su vida anterior, su forma de pensar o su actitud ante el ordenamiento jurídico, sin que ese reproche se refiera al hecho concreto objeto del enjuiciamiento”. Aquí se incluyen las circunstancias personales”.
- C) **Mixtas:** “son situaciones de parentesco, amistad o confianza entre los sujetos del delito, que según el caso en particular, se pueden apreciar como atenuantes o como agravantes, Artículo 31 del Código Penal.

Para la fijación de la pena es importantísimo que las circunstancias agravantes estén contenidas en el hecho por el que la fiscalía presenta acusación, y se ofrezcan pruebas para acreditar su existencia, de esa manera, en la sentencia deberán formar parte de los hechos probados, para que en la ponderación de la pena, se pueda aumentar la responsabilidad penal y como consecuencia la pena dentro del mínimo y máximo, o bien cuando constituya un tipo agravado como las agravantes especiales. Debe evitarse, en todo caso, fundamentar la pena en agravantes que de por sí están incluidas en el tipo, o por simples inferencias de hechos o circunstancias que no forman parte de la acusación para no violar el principio de congruencias o correlación procesal. Artículo 388 del Código Procesal Penal”.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Ibidem. Ob. C Fontan it. Págs. 66 y 67.



En lo referente a las circunstancias agravantes, existen leyes especiales en donde también se incluyen estas dos circunstancias para imponer la pena. Como un ejemplo, a mi consideración, las circunstancias agravantes reguladas en el Artículo 10 de la Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer; en lo que respecta a estas agravantes considero que estas también se enfocan en el Derecho Penal de autor, porque la primera que se menciona es las circunstancias personales del agresor, el legislador indica que la responsabilidad es mayor por el simple hecho de su persona, aquí se aplica un Derecho Penal de autor, que es algo violatoria, ya que no se le juzga por los actos como sucedió sino por el simple hecho de ser hombre. En este caso, considero que se están violando derechos humanos del acusado.

Pero, cuando en los parámetros no existe ni la peligrosidad ni tiene antecedentes penales, el concederse falta de mérito, o sentencia absolutoria, algunos jueces no lo toman en cuenta. Estos parámetros del acusado deberían ser positivos para que la pena sea menor y esto se logra si se individualiza la pena y se aplica la analogía *in bonam partem* cuando favorece al reo; es decir, estas circunstancias deben observarse por el juzgador para atenuar la pena en su aplicación.



CAPÍTULO V

5. Análisis de las penas en el delito de lavado de dinero u otros activos en la legislación penal de Guatemala

En el presente capítulo, se desarrollará el tema de las penas determinadas por el legislador en el delito de Lavado de dinero u otros activos; específicamente, las penas asignadas, cuando el responsable es una persona individual. La finalidad es ilustrar que las penas asignadas en este tipo de delitos son mixtas y que, a la luz de la doctrina y de la Constitución, vulneran derechos fundamentales que el Estado reconoce y garantiza a la persona individual en Guatemala y que riñen con principios constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos así como con las finalidades asignadas a la pena en la Constitución Política de la República y por la doctrina.

5.1. Antecedentes del delito

El delito de lavado de dinero constituye un fenómeno que ha tenido manifestación a nivel nacional e internacional, se ha expandido en diferentes países del mundo afectando la economía nacional y mundial y, por supuesto, a toda una sociedad, limitando el desarrollo económico de un país, por el trasiego de activos y bienes, producto de ilícitos penales con trascendencia internacional. Tenemos como ejemplo el narcotráfico, el crimen organizado, el lavado de dinero u activos, lo cual ha dado lugar a que la comunidad internacional, se preocupe, por contrarrestarlo, creando medidas legales al flagelo criminal. Es el caso de la Organización de Naciones Unidas, que en 1988 creó la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, conocida como la “Convención de Viena” en la cual, con la forma y ratificación de los estados de la Convención, estos



se obligan a tipificar el delito de lavado de activos. A partir de la creación de este instrumento internacional se propiciaron otros convenios relativos a la delincuencia organizada transnacional y la corrupción, que contienen ampliación del delito a recursos generados en una amplia gama de actividades delictivas, distintas del tráfico de drogas, capaces de generar inmensas cantidades de recursos, provenientes de ilícitos penales.

El fenómeno criminal ha sido el problema que ha afectado la vida social del ser humano en todos los niveles. En el caso del narcotráfico, es sabido que Centro América, específicamente Guatemala, ha sido el escenario utilizado para el tráfico, comercialización e incluso producción de las diferentes especies de sustancias narcóticas. También nuestro país ha sido utilizado para la incorporación y colocación de dinero y bienes producto del narcotráfico, lo que se conoce como delito de lavado de dinero, que en otras legislaciones ha sido regulado como lavado de capitales, blanqueo de capitales; indistintamente la denominación que se le dé, siempre constituye un ilícito penal.

“La evolución del blanqueo de capitales, se encuentra íntimamente vinculada al desarrollo a partir de los años sesenta del lucrativo negocio del tráfico de drogas. Sin embargo la historia muestra ejemplos de complicados esquemas dirigidos a ocultar el origen delictivo de bienes, evidentes desde la propia fundación del sistema bancario. El blanqueo de capitales se encuentra íntimamente ligado a la criminalidad organizada. Desde un punto de vista criminólogo, la expansión de este fenómeno refleja el desarrollo de los comportamientos delictivos; en concreto el paso que va de la criminalidad individual y local a otra más corporativa, crimen organizado, frecuentemente practicado a nivel internacional”¹⁸⁸

¹⁸⁸ I. Blanco Cordero *El delito de Blanqueo de Capitales* segunda edición Vasco, España Editorial Aranzandi. 2002. Pág. 37.



Este fenómeno toma mayor relevancia en el desarrollo económico social de la sociedad moderna, porque, según la historia, en la Edad Media, la iglesia católica proscribió la usura, tipificándola no solo como delito sino también como pecado mortal. Los mercaderes prestamistas cobraban interés por los préstamos y crearon técnicas para ocultar, desplazar y blanquear el producto del delito.

En la legislación penal guatemalteca, no existe un antecedente de este delito. El Código Penal, en su contenido normativo, ha regulado delitos contra el patrimonio estableciendo varias figuras delictivas que, en su mayoría, tienen como elemento esencial el ánimo de lucro, pero ninguno tipifica la posesión o utilización del producto del delito.

El Código Civil guatemalteco, en su Artículo 1616, regula la figura del enriquecimiento sin causa, el cual determina “La persona que sin causa legítima se enriquece con perjuicio de otra, está obligada a indemnizarla en la medida de su enriquecimiento indebido”. Esto, por supuesto, se constituye en normativa sin consecuencia jurídica de naturaleza penal.

Los antecedentes más cercanos de este delito los encontramos en el Convenio Centroamericano para la prevención y represión de los delitos de lavado de dinero u otros activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, suscrito por las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, en la ciudad de Panamá, el 11 de julio de 1997; y la resolución número JM-191-2201 emitida por la Junta Monetaria, la cual contiene el Reglamento para prevenir y detectar el lavado de dinero, cobró vigencia el 1 de mayo de 2001 de observancia y cumplimiento exclusivo de las entidades financieras sujetas a la inspección de la Superintendencia de Bancos.



La primera iniciativa de ley que regula el delito de lavado de dinero fue aprobada, de urgencia nacional, de conformidad con el Artículo 113 de la Ley del Organismo Legislativo en sesión del Congreso de La República de fecha 29 de octubre de 2001. Mediante el Decreto 51-2001 del Congreso de la República, fue aprobada la Ley contra lavado de dinero u otros activos, y derogada mediante Decreto 67-2001, ley que a la fecha se encuentra vigente, y su Reglamento está contenido en el Acuerdo Gubernativo número 118-2002.

“Las organizaciones criminales transnacionales se dedican a gran variedad de actividades delictivas, siendo las más habituales la producción y tráfico de drogas, el tráfico de armas, el tráfico de materiales nucleares, el robo de vehículos y su contrabando, el tráfico de personas, el tráfico de mujeres y niños, el tráfico de órganos. Todas estas actividades generan elevados beneficios cuya cuantificación se hacen difícil. Con base en estimaciones indirectas, las naciones unidas han evaluado el producto del tráfico de drogas a nivel mundial es de 300 mil millones dólares en el año de 1987.”¹⁸⁹

El producto de todas las actividades delictivas de diferente naturaleza produce cuantiosas cantidades de dinero y bienes y, para su incorporación a la economía formal y legal, se han creado estrategias y mecanismos con el fin de darle apariencia de legal; este fenómeno se ha generalizado en todo el planeta, es decir, también se ha globalizado con la finalidad de su trasiego en diferentes países del mundo. Para contrarrestar este fenómeno, la comunidad internacional ha visto la necesidad de regularlo a nivel internacional mediante instrumentos internacionales; como ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 39



5.2. Concepto legal del delito de lavado de dinero u otros activos

Previamente a dar el concepto legal del delito de lavado de dinero u otros activos, considero necesario hacer algunas consideraciones para poder socializar el contenido de dicha figura penal. Como es sabido, el delito constituye toda acción u omisión legalmente típica, antijurídica, culpable e imputable a un sujeto responsable en ocasiones previo conocimiento de condiciones de punibilidad.

“El concepto de delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se llama injusto o antijuricidad, al segundo culpabilidad o responsabilidad. Injusto o antijuricidad es la desaprobación del acto; la culpabilidad, la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo”¹⁹⁰

El desvalor o el reproche que se tiene de un delito constituye de una manera sobre el hecho criminal y también sobre la conducta del autor de un delito. De esa forma se manifiesta la antijuricidad del hecho reprochable y la culpabilidad constituye la responsabilidad penal siempre que exista capacidad de obrar y que exista ausencia de causas de inimputabilidad e incapacidad.

Es necesario hacer algunas consideraciones previamente a dar el concepto del delito de lavado de dinero, toda vez que existen denominaciones de este delito: “La expresión blanqueo de capitales (Money lavandering) fue empleado por primera vez en el ámbito judicial en un caso que tuvo lugar en los Estados Unidos de en 1,982,

¹⁹⁰ F. Muñoz Conde. Ob. Cit. Pág. 189.



que implicaba el comiso de dinero supuestamente blanqueado o procedente de cocaína colombiana. La designación de este fenómeno es muy variada en los diversos idiomas. En los países de habla hispana de América, se utiliza la locución “lavado de dinero”. En Francia se prefiere hablar de “blanchiment de l'argent” traducido como “blanqueo de dinero”. En Portugal se designa este fenómeno como “blanqueamiento de capitales”. “hablar de lavado o blanqueo está en función de la distinción entre dinero negro y dinero sucio. Si el dinero es negro hay que blanquearlo y si está sucio hay que limpiarlo o lavarlo”¹⁹¹

Las denominaciones que le han dado en diferentes países del mundo a este fenómeno no conducen a pensar que el fenómeno sea diferente. El delito no es diferente pero constituye un hecho criminal de diferente denominación. Es si como el autor citado aclara que según la denominación puede distinguirse cuándo es un blanqueo y cuándo es un lavado de dinero, es cuestión meramente semántica en su expresión, pero su significado y resultado es lo mismo a mi consideración.

En relación con el concepto doctrinario de lavado de dinero o de capitales, existen varios conceptos expuestos por el pensamiento jurídico filosófico. Me permitiré a manera de ilustración citar el siguiente: “es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.”¹⁹²

El concepto legal del delito de lavado de dinero, regulado en la ley contra el lavado de dinero u otros activos, en el Artículo 2 es el siguiente: “Comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien o por interpósita persona:

¹⁹¹ I. Blanco Cordero. Ob. Cit. Pág. 87.

¹⁹² *Ibidem*. Pág. 93



- a) Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito.
- b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito.
- c) Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de los derechos relativos a tales bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito.”

Habiendo citado el concepto doctrinario y legal del delito de lavado de dinero u otros activos, se concluye que el delito de lavado de dinero consiste en la ubicación de fondos en el sistema financiero o bancario, por medio de distintos tipos y mecanismos de transacciones, con el objeto de aparentar o disfrazar el origen, propiedad y ubicación de dichos fondos, para luego integrarlos a la economía social, en la forma de bienes aparentemente legítimos, mediante su inversión, conversión, transferencia, o en todo caso mediante la adquisición, posesión, utilización, ocultación, impidiendo la determinación de la verdadera naturaleza de su origen, y sabiendo que el origen del mismo es producto de hechos de naturaleza criminal calificados como delitos contemplados en la legislación penal.



5.3. Elementos del delito de lavado de dinero u otros activos

Para establecer los elementos del delito de lavado de dinero, es necesario considerar que este hecho es producto de una conducta humana que transgrede un ordenamiento legal previamente determinado, calificándola y sancionándola. Los elementos que integran el supuesto normativo penal de este tipo de delito es necesario analizarlo para poder comprender la forma en que puede configurarse y estructurarse este tipo penal. En la práctica, para la adecuación de la conducta de una persona en la comisión de este hecho ilícito, es necesario que concurren los elementos para considerarlo consumado. Los elementos que se deducen del supuesto normativo penal establecido en el Artículo 2 de la Ley contra el lavado de dinero u otros activos, se analizarán según la doctrina.

“Los tipos penales tienen dos elementos básicos: 1) Objetivo y 2) Subjetivo. El primero se refiere a lo externo de la conducta; el segundo se refiere al elemento psicológico del comportamiento. En relación con el aspecto objetivo, podemos distinguir entre tipos de acción o simple actividad, constituido únicamente por un comportamiento y tipos de resultados, en los que además forma parte de ellos un efecto separado de la conducta, el resultado. En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, se puede distinguir entre tipos dolosos y delitos culposos o imprudentes. El conjunto de actos internos o externos que constituyen la acción o la omisión tiene una secuencia que se llama *Iter Crimines*”¹⁹³

Desde esta perspectiva analizaré los elementos que conforman el supuesto normativo penal del delito de Lavado de Dinero u otros Activos.

¹⁹³ Diez Ripollez-Gimenez Salinas y Colomer. *Manual De derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala: Editorial Artemis y Edinter, 2001. Pág. 145.



5.3.1 Elementos objetivos

a) Acción

“Acción en sentido amplio, es la conducta del hombre, es decir el comportamiento del mismo derivado de su voluntad, siendo esta el componente indispensable para determinar la acción, pues de su existencia depende la existencia de la acción.”¹⁹⁴

La acción, como la omisión, es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Entre la conducta y su resultado existe una conexión o relación que se denomina relación de causalidad. Cuando el resultado deseado no se produce se llama tentativa. El ser humano interviene en la relación causal de los fenómenos entre sí, ordenando los acontecimientos conforme a su voluntad autónoma. Importa el resultado de esa voluntad cuando la acción causa la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; entonces, la noción que se debe imponer al concepto de acción es la de una conducta final dirigida por la voluntad hacia un fin.

En el delito de lavado de dinero u otros activos, la acción se produce cuando, existiendo un hecho generador constituido por el delito previo, el agente realiza los pasos mecanismos o estrategias para desvirtuar el origen real del producto o ganancia del delito, lo cual logra al introducir dicho producto ganancia dentro del comercio, dándose así una apariencia legal al dinero o activos obtenidos de forma completamente ilegal; o bien simplemente posea, tenga, administre o utilice dicho producto o ganancias a sabiendas de su origen ilícito o trata de ocultar o impedir la determinación de su verdadero origen. Estos constituyen los supuestos que enumera el Artículo 2 de la ley, determinando los verbos rectores siguientes: invertir, convertir,

¹⁹⁴ Ibídem. Pág. 143.



transferir, realizar, adquirir, poseer, tener, utilizar, ocultar, impedir. Cuando se habla de verbo rector, se refiere a la acción consciente y voluntaria, que lleva implícita el *animus* que de realizar por parte de la persona al materializar el hecho penal.

b) Omisión

La omisión es la acción en su manifestación pasiva; es decir, es la inactividad consciente y voluntaria de la persona; es decir, cuando el sujeto no actúa a pesar de que se tenía la capacidad y la obligación de hacerlo; también se llama el deber jurídico, y esto es por razón del cargo o función. Para el caso de estudio, la omisión tiene lugar cuando un funcionario o empleado o persona, por razón de su función o cargo, a sabiendas del origen ilícito de cantidades de dinero o bienes, omitiere hacer la denuncia respectiva. Como ejemplo, en Guatemala, se encuentra la Intendencia de verificación especial que funciona dentro de la Superintendencia de Bancos que tiene como finalidad la verificación de procedencia legal de las transacciones bancarias, realizada por personas individuales y jurídicas.

c) Tipicidad

Consiste en la característica de que la conducta del hecho se halla descrita en ley penal como delito; es decir, la adecuación entre el hecho concreto y la descripción abstracta trazada por el legislador. Lo anterior constituye una manifestación práctica del principio de legalidad constitucional expresada en el principio del axioma *Nulla crimen sine leges*, que significa que los hechos no constituyen faltas ni delitos si no están descritos en la Ley. El tipo es una creación abstracta que se construye sobre un hecho que se desarrolla en el ámbito de los fenómenos causales, descrita en una ley penal.



En el caso de estudio del delito de lavado de dinero u otros activos, el tipo lo constituye la descripción plasmada por el legislador en Decreto número 67-2001 del Congreso de la República; la tipicidad lo constituye la coincidencia o adecuación entre el hecho concreto y la descripción plasmada por el legislador, es decir, la puesta en práctica, por el sujeto activo, de los verbos rectores que dan vida al delito preestablecido.

d) La antijuricidad

“En términos generales se entiende la antijuricidad como la relación de contradicción de un hecho concreto con el orden jurídico, el desvalor que se le da a un hecho; para que se dé el desvalor jurídico es típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico.”¹⁹⁵ Es necesario previamente haber seleccionado el bien jurídico a proteger, pero también considero necesario recordar que un hecho puede ser antijurídico pero no típico lo que sucede con las causas de justificación.

En el caso de análisis, el legislador, al haber considerado que la economía y el sistema financiero nacional deben ser protegidos del ingreso de capitales que tengan origen ilícito, crea la figura del delito de lavado de dinero u otros activos, y en el momento de su vigencia, se habla de un hecho típico y antijurídico.

La antijuricidad material de este tipo penal delito de lavado de dinero está constituida por la lesividad del bien jurídico tutelado, según se determina en el primer

¹⁹⁵ *Ibidem*, Pág. 146.



considerando de la Ley de lavado de dinero u otros activos, y en este caso de la economía nacional del Estado de Guatemala.

e) **La culpabilidad**

Según el concepto tradicional de culpabilidad consiste en “como reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo”¹⁹⁶

El autor citado expone que resulta difícil demostrar ese actuar distinto de la persona. Sin embargo, la doctrina da un concepto dialéctico de culpabilidad explicando que el concepto tradicional es autónomo y aislado, pero que realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a lo demás; es decir, la culpabilidad no es un fenómeno individual sino social porque el Estado es quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable.

También la doctrina expone como concepto material de culpabilidad una teoría del sujeto responsable; es decir, que hay que buscar el fundamento material de la culpabilidad en la función motivadora de la norma penal que, junto con la función protectora, constituye una función de la norma penal.

Lo importante aquí es que el individuo se motiva con los mandatos y prohibiciones regulados en la norma penal, para que se abstenga de realizar determinadas conductas, que son precisamente las que la norma prohíbe con la amenaza de una pena.

¹⁹⁶ F. Muñoz Conde. Ob. Cít. 120



Ese comportamiento debe ser consciente y voluntario con posibilidades de comprensión por el sujeto activo del delito, para que le sea reprochado al culpable del hecho típico y antijurídico, fundado en que su autor lo ejecutó, no obstante que la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho; es decir, pudo actuar de forma distinto y no lo hizo.

Para que a una persona se le reproche culpabilidad, es necesario que tenga capacidad de imputabilidad, de conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de la obediencia del derecho y que no exista una causa de exención penal que lo releve de responsabilidad penal.

5.3.2. Elementos subjetivos

Después de haber estudiado los elementos objetivos del delito como la acción y la omisión y elementos positivos del delito, para que este se considere reprochable o consumado, es necesario que concurren ciertos elementos de la acción, tales como el dolo o la culpa, pero especialmente el primero en este tipo penal, objeto de estudio.

a) Dolo

Constituye un elemento esencial del tipo subjetivo y consiste en realizar el tipo descrito en un supuesto normativo penal, según la doctrina “el dolo es querer del resultado típico. La voluntad realizadora del tipo objetivo. El conocimiento que supone este querer, es el de los elementos del tipo objetivo. Dolo es pues la



voluntad realizadora del tipo objetivo, es una voluntad determinada que presupone un conocimiento determinado¹⁹⁷

En el caso del delito de lavado de dinero u otros activos, el dolo, como elemento, consiste en que el agente activo del delito quiere realizar o tiene voluntad de realizar los verbos rectores del supuesto normativo penal que regula este delito, tales como: invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción o adquiera, posea administre, tenga o utilice bienes o dinero, oculte o impida que se conozca la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino o la propiedad de bienes o dinero a sabiendas por razón de su oficio, cargo o empleo, los mismos son producto de la comisión de un delito. Es necesario considerar que el elemento del dolo se determinan dos presupuesto necesarios como son la voluntad de realizar la conducta y el conocimiento que la misma es ilícita.

- a) Elemento intelectual: para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Es decir, en el caso del delito de lavado de dinero, que el dinero es producto de un delito y que quiere introducirlo en el sistema financiero del país. El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial; es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo.

Esto no quiere decir que el sujeto deba tener un conocimiento exacto de cada particularidad o elemento del tipo objetivo.

¹⁹⁷ H. A. De León Velasco; J. F. De Mata Vela. Ob.Cit. Pág. 167.



b) Elemento Volitivo. Para actuar dolosamente, no basta con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal; es necesario, además, querer realizarlos.

Este querer realizarlo no se confunde con el deseo o con los móviles del sujeto; cuando el que asalta a un transeúnte lo mata para apoderarse de sus pertenencias o dinero en efectivo, probablemente no desea su muerte, incluso preferiría no hacerlo, pero a pesar de ello quiere.

b) Culpa

Los delitos culposos también se estructuran sobre una acción final, pero el fin perseguido por el agente es generalmente irrelevante para el derecho y para el mismo delito que se trata. En el caso del tipo penal objeto de estudio, es eminentemente un tipo doloso.

c) Elementos personales

Es necesario considerar que en la realización de un hecho criminal concurren la intervención de dos sujetos: el sujeto activo, quien realiza los verbos rectores del tipo penal; es decir, quien realiza la acción típica y antijurídica; y el sujeto contra quien va dirigida la acción ilícita, este sujeto es llamado pasivo, el caso de estudio el sujeto activo es la persona que realiza los verbos rectores del delito de lavado de dinero, que podría ser cualquier persona física o jurídica y el sujeto pasivo sería la sociedad representada por el Estado, toda vez que lo que se protege en este tipo penal es la economía nacional.



5.4. Bien jurídico tutelado del delito de lavado de dinero u otros activos

El Derecho Penal, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, es el conjunto de normas jurídicas su función radica en la función prioritaria de protección de bienes jurídicos.

Para determinar el bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero, citaré los criterios de otras legislaciones según la doctrina. “En el derecho suizo el bien jurídico tutelado es la administración de justicia. El autor del delito tiene la intención de poner a salvo de la ley, los beneficios que obtuvo del hecho delictivo que cometió, quiere resguardarlas de las acciones de la administración de justicia” .

“En Alemania existen cuatro criterios; para algunos el bien jurídico protegido es el mismo que el del delito previo, pues la finalidad del legislador es la de evitar que el criminal, con la utilización de los objetos provenientes del delito, puede cometer otros delitos. Otros autores consideran que el bien jurídico protegido es la administración de justicia, porque la ley pondera conductas que impiden o dificultan el proceso de los órganos de persecución penal. Algunos otros postulan que el bien jurídico protegido es la seguridad del Estado y la lucha contra la criminalidad organizada, pues la ley intenta destruir entidades mafiosas y sus capitales ilícitas. El último de los criterios considera al orden económico como el bien jurídico protegido, pues es este el afectado con las actividades del lavado de dinero de origen delictivo. “En España, aunque el delito de lavado de dinero está clasificado dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, dadas las conductas descritas en el tipo penal, el bien jurídico protegido es la administración de justicia”¹⁹⁸

Es decir, que en la mayoría de los países citados se considera que el bien jurídico que se tutela en el delito de lavado de dinero constituye la administración de justicia,

¹⁹⁸ I. Blanco Cordero. Ob. Cit. Pág. 183, 185, 195.



por considerar que la administración de justicia, con el delito previo que ha quedado impune cuyo producto ya sea en dinero o bienes, se trata de incorporar al medio legal, con lo cual se limita la facultad del Estado de castigar el delito previo.

En la legislación penal guatemalteca, para determinar el bien jurídico que tutela la Ley contra el delito de lavado de dinero u otros activos, se establece en su primer considerando: “Que el Estado de Guatemala ha suscrito y ratificado tratados internacionales con el compromiso de prevenir, controlar y sancionar el lavado de dinero u otros activos, de manera que se proteja la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco”

Del contenido del considerando ya descrito de la ley, se determina que el bien jurídico protegido es la economía y el sistema financiero nacional, ámbitos en los cuales se producen el mismo. Es decir que con el delito de lavado de dinero se pone en riesgo la economía nacional y el ámbito financiero de Guatemala, al incorporar dinero u activos o bienes de procedencia ilícita o producto de hechos criminales, dándole apariencia de legal, y de esa forma poner en peligro la economía nacional.

5.5. Consecuencia jurídica del delito de lavado de dinero u otros activos

Toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable tiene una consecuencia jurídica de privación total o parcial de bienes jurídicos.

En el Derecho Penal, se conoce como la sanción, es decir la pena, cuya aplicación tiene lugar ante la realización de un hecho calificado como delito, del cual se configura como consecuencia jurídica. La pena constituye la privación de bienes



jurídicos prevista en la ley e impuesta por los órganos judiciales al responsable de un delito y es la consecuencia que caracteriza al poder punitivo del Estado.

El delito objeto del presente estudio de este capítulo, con base en lo estipulado en la Ley contra el lavado de dinero u otros activos, se verifica que tiene asignada más de una pena privativa de bienes jurídicos al responsable de cometido, las que continuación señalaré.

a) Pena de prisión

El Estado de Guatemala, en la Constitución Política de la República, ha previsto el reconocimiento de derechos fundamentales de las personas, y se constituye en garante para su protección. Es el caso al derecho fundamental de la libre locomoción de la persona regulado en el Artículo 26 de la Constitución, al regular “Toda persona tiene libertad de entrar permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio y residencia, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.” El contenido de este Artículo se integra en los contenidos de los Artículos 3º.4º y 5º de la misma constitución, en los Artículos se determina el derecho a la libertad de la persona humana. Este derecho también se encuentra previsto en el Artículo 9º numeral 1. del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece “Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personal...Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causada fijadas por la ley y con arreglo al procedimientos establecido en ésta.”

Este derecho constituye un bien jurídico de carácter fundamental de la persona y que es protegida por el Estado de Guatemala, y solo puede ser limitada por el mismo Estado, con base en las formas señaladas en la ley; es el caso lo establecido en el



Artículo 6º, es decir que este derecho fundamental es limitado cuando la persona haya cometido un delito o una falta.

En el Código Penal guatemalteco, la pena de prisión de libertad ha sido catalogada como una pena principal, y su concepto formal está previsto en la ley sustantiva pena, el siguiente: “La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto, Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años.”

La pena del delito de lavado de dinero u otros activos, que cuyo análisis me permito, tiene asignada la pena de “prisión inmutable de seis a veinte años”, es decir, que esos años, de privación de libertad no pueden ser conmutables, es decir, no pueden ser sustituidos por un pago económico.

b) Pena de multa

Esta pena consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fija, dentro de los límites legales. Esta pena es fijada por el legislador como consecuencia jurídica de delitos leves y faltas, con el objeto de que por medio de la intervención en el patrimonio del penado, se logre también intervenir en la voluntad del mismo, provocándole un mal y un menoscabo patrimonial.

“Es una pena patrimonial de carácter pecuniario, lo cual consiste en el pago de una cantidad de dinero impuesta a un sujeto que cometió un hecho delictivo no grave, con el objeto de que este repare en forma idónea, el mal que ocasionó, pero sin que el mismo se le ocasione un mal mayor y muy drástico como el que otorga la pena de



prisión. Es lo que la doctrina señala como de evitar imposición de la prisión, ya que como bien expresa según algún autor, la pena de multa es muy eficaz para que el delincuente ocasional que en absoluto no conviene que se contamine en la prisión”¹⁹⁹

En esta clase de pena pecuniaria, el penado sufre la consecuencia del hecho cometido en su bien patrimonial. En la regulación de esta pena, lo que se persigue es que el condenado no sea afectado en su libertad personal; según la doctrina anterior, debe procurarse que esta pena no sea drástica y que no se le ocasione un daño mayor de lo que representa la prisión de libertad; considero que esta debe fijarse por los jueces tomando en consideración la posibilidad económica que la persona tiene para poder cumplir, es decir, para poder hacer efectivo el pago de una cantidad de dinero, de lo contrario no podría pagarla y la pena no estaría cumpliendo su finalidad.

El delito objeto de estudio tiene como consecuencia jurídica o responsabilidad penal, según el Artículo 4° de la Ley de lavado de dinero u otros activos además de la pena prisión de libertad “una multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto del delito”. Siguiendo con el análisis de las consecuencias de este delito, se establece legalmente la regulación de una pena pecuniaria además de la prisión, se estaría ya sumando dos penas asignadas como consecuencia jurídica de la comisión de este delito.

¹⁹⁹ D y S. Madrazo Mazariegos. Ob. Cit. Pág. 173



c) El comiso

Constituye una pena de carácter patrimonial como consecuencia de la comisión del delito de lavado de dinero u otros activos, prevista en la Ley en su Artículo 6° y consiste, según la referida ley, en “la pérdida a favor del Estado de los bienes, instrumentos o productos utilizados o provenientes de la comisión del delito de lavado de dinero u otros activos declaradas en sentencia, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho”. Como se puede interpretar, el espíritu de esta norma penal, el comiso constituye una pena de carácter patrimonial que el juez debe imponer en el momento de emitir una sentencia condenatoria en este tipo penal, por lo que sumados las dos penas anteriores es decir la pena de prisión y la multa, y el comiso, estaríamos, ante la existencia tres penas asignadas por el legislador como consecuencia del hecho, siempre y cuando no proceda la acción de extinción de dominio.

d) La extinción del dominio

La Ley de extinción de dominio Decreto No. 55-2010 del Congreso de la República, “Constituye una reacción estatal exclusiva contra el patrimonio de origen delictivo que, se dirige principalmente contra las ganancias generadas por la delincuencia organizada pero dadas las diversas formas de acumular ese tipo de riqueza -como los actos de corrupción y el enriquecimiento ilícito o indebido- y de las dificultades probatorias relativas a las estructuras criminal o cuando el beneficiado o titular de esos bienes o ganancias no haya participado en las actividades ilícitas”²⁰⁰

²⁰⁰ M. Rosales Barrientos. Publicación que contiene Ley de Extinción de Dominio y su Reglamento, Cámara Penal Organismo Judicial Guatemala. 2012 Pág. Presentación sin número.



Encontramos los antecedentes de esta ley en la figura del comiso, que tiene el mismo fin, que constituye la pérdida a favor del Estado los bienes u objetos productos de un ilícito penal. En la Ley contra el lavado de dinero u otros activos, el legislador lo ha regulado como una providencia precautoria; sin embargo, al hacer una integración de las normas contenidas en la referida ley, se tiene que, al declararse en sentencia que no procede la extinción de dominio, puede aplicarse el comiso como una pena, en sentencia del juez al condenar al responsable del hecho, según el Artículo 17 Bis de la referida ley. Sin embargo, si fuera lo contrario, al no decretarse el comiso por el juez, se estaría declarando la extinción de dominio de los bienes u objetos del delito conforme al procedimiento prevista en la ley, circunstancia que resulta siendo lo mismo, porque no deja de ser una pena de carácter patrimonial.

e) Reparación digna

La reparación, comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias, como sujeto de derecho contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito.

Antiguamente, esta institución jurídica de la reparación en el derecho romano se regulaba “En la ley de las XII tablas el ofensor estaba obligado en todos los casos del delito y cuasidelito al pago de los daños y perjuicios”²⁰¹

²⁰¹ J. Malváez Contreras. *La Reparación Del Daño Al Ofendido o Víctima Del Delito*. México: Editorial Porrúa. 2008. Pág. 11.



De esa manera, las consecuencias del hecho delictivo no constituyen solo la pena, sino que también la reparación del daño que se causó por el hecho.

Los grados de participación de la víctima a lo largo de la historia han variado de acuerdo con los modelos de sanción imperantes. Como ejemplo tenemos que “El sistema que precedió a la centralización del poder político durante la época del derecho feudal postergaba la reacción autoritaria frente a la solución real del conflicto social concreto en sus protagonistas”²⁰²

Se puede decir que fue la época en que reinaba el sistema acusatorio privado, en el que, frente a un hecho delictivo, el poder de persecución quedaba en manos de la víctima. No obstante, con la llegada de la inquisición, la víctima de la escena principal y el Estado ocupa su lugar, le expropia sus facultades, surge la persecución penal pública, se hace obligatorio su ejercicio sin que se necesite la manifestación de la voluntad del ofendido para poner en marcha el aparato de persecución penal.

“Con el movimiento reformador de la Ilustración del siglo XVIII surge la figura del Ministerio Público, órgano estatal que tiene como función principal la de perseguir e investigar los delitos. Tiene a su cargo la persecución penal pública, de esta forma el conflicto entre particulares se redefine como un conflicto entre el autor del hecho y la sociedad y se expropia el conflicto que pertenece a la víctima”²⁰³

²⁰² J. Maier. B.J. *El ingreso de la Reparación Del Daño Como Tercera Vía en el Derecho Argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R:L. 1995. Pág. 34

²⁰³ A. Bovino. *Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R. Pág. 91.



Sin embargo, a partir de este movimiento histórico, la víctima comienza a tener un mayor grado de participación en el procedimiento; la víctima puede actuar como actor civil o como querellante en los delitos de acción pública.

Se ha discutido por parte de la doctrina, acerca de la naturaleza jurídica de la reparación en el sistema de consecuencias jurídicas, como pena o como una consecuencia accesoria al delito o hecho.

“Entre los precursores de la reparación, se encuentran a aquellos autores que quieren colocar la regulación de la reparación entre el autor y la víctima en lugar de la pena y desplazar no solo la reacción si no en general el Derecho Penal”.²⁰⁴

La crítica de esta postura radica en que la solución provocada de los conflictos deja de resolver una parte del conflicto, precisamente la que ocasionó esa consecuencia; es decir, el hecho que permitió el ingreso al conocimiento del poder penal público que corresponde al Derecho Penal y de la persecución penal.

Existe otra postura que considera “a la reparación como sanción penal independiente aplicable junto con la pena convencional o sola, como consecuencia jurídica penal”²⁰⁵

La reparación del daño producido por el delito se ha considerado, según la doctrina anterior, como una mera consecuencia jurídica del hecho y que lleva las mismas finalidades de la pena, como es la prevención.

²⁰⁴ J. Maier. B.J. *La Víctima y Proceso Penal*. Argentina. Editorial Ad Hoc S.R.I 1992. Pág. 195

²⁰⁵ H. J. Hirsch. *La Reparación Del Daño En El Marco Del Derecho Penal Material*. Argentina, Editorial Ad Hoc S.R.I. 1992. Pág. 59.



“La reparación del daño no es una cuestión meramente civil, si no que contribuye esencialmente a las cuestiones de los fines de la pena. Así la reparación debe incluirse en el catálogo de las consecuencias jurídicas penales en forma de una sanción independiente.”²⁰⁶

De esa manera, la doctrina, en su mayoría, ha considerado a la reparación del daño producido por un delito como un efecto sancionatorio que privilegia los fines del Derecho Penal.

Actualmente la participación de la víctima en el proceso penal cobra fundamentalmente relevancia, y por ello es un tema que ha generado un gran interés durante estos últimos años y su figura aparecerá como una preocupación central de la política criminal.

En el sistema penal guatemalteco, el legislador ha previsto en el Código Penal, que la persona penalmente responsable también lo es civilmente; es decir, de responder por el daño que ha causado su conducta; lícita. No obstante, en la ley adjetiva penal, con base en sus últimas reformas realizadas en los Artículos 117 y 124, se ha regulado la reparación digna, lo cual tiene procedencia en el caso de que se haya declarado la responsabilidad penal de una persona en hecho imputado por el Ministerio Público en una sentencia. En el caso del delito de lavado de dinero u otros activos, es de considerar que se trata de un delito de acción pública, el agraviado es el Estado y, en su representación, la Procuraduría General de la Nación es quien debe constituirse como querellante, y pretender la reparación digna como consecuencia de la responsabilidad penal de la persona a la que se condene por el delito lavado de dinero u otros activos.

²⁰⁶ C. Roxin. *La Reparación De Los Fines de la Pena*. Buenos Aires. Editorial Ad-hoc. 1992. Pág. 154.



f) La conversión de la pena de multa o la privación de libertad ampliada

Se entiende por conversión el cambio de la pena de multa por prisión de libertad. En el sistema penal guatemalteco, específicamente en los Artículos 54 y 55 de la ley sustantiva penal, el legislador ha estipulado que la pena de multa debe hacerse pagada por el condenado dentro de un plazo de tres días después de haber quedado ejecutoriada la sentencia; el pago puede fijarse por amortizaciones; tomando en cuenta las condiciones económicas del obligado. Los penados con multa, que no hicieran efectivo en el término legal o que no efectuaren la amortización determinada por el juez sentenciador, para su debido pago o fueren insolventes, cumplirán su condena con privación de libertad, regulándose el tiempo con base en la naturaleza del hecho que constituye delito y las circunstancias personales del penado entre cinco y cien quetzales.

En el caso de estudio del delito de lavado de dinero u otros activos, se tiene regulada, además de la pena de prisión, la pena de multa, que es igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objetos del delito. Sin embargo, al no pagar la multa, ese valor se convertirá en privación de libertad a razón de cinco quetzales hasta un máximo de cien quetzales por cada día de privación de libertad. Imaginémonos si el juez sentenciador determina en la sentencia que por cada día sea convertida la multa a prisión, se estaría ampliando la privación de libertad del penado; al respecto, la doctrina señala. “Por más que se trata de ocultar, con argumentos jurídicos más o menos acertados, la sustitución de la multa por prisión en caso de insolvencia, significa de hecho una agravación de la pena”²⁰⁷

Considero que el autor citado no deja de tener razón, porque en el caso del delito que se estudia, lo relativo a las penas principales que le ha asignado, tales como la

²⁰⁷ M. Caffarena Borja. Ob. Cit. Pág. 162.



privación de libertad, la multa, el comiso, es de considerar que, en el momento que el penado se constituya en insolvente, se estaría ampliando la pena de privación de libertad y en este sentido sí agravaría la pena que le fuera impuesta el tribunal sentenciador. Se podría pensar el embargo para poder cubrir la multa, tal y como lo regula el Artículo 499 de la Ley adjetiva penal; lo insólito de esta situación es que, en este tipo de delito, existe un comiso de los bienes de la persona o, en todo caso, la extinción de dominio; por lo que resultaría inoportuno el embargo para cubrir la multa, siempre terminaría el penado cumpliendo la prisión de libertad por el impago de la multa.

g) Publicación de la sentencia

Otra de las consecuencias jurídicas del delito de lavado de dinero u otros activos, la constituye la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país. Esta consecuencia jurídica, como se puede determinar, que constituye una pena pública que ataña la moral y la dignidad de la persona condenada, pues de esa forma lo único que se obtiene al publicar dicha sentencia es obtener el etiquetamiento criminal de la persona condenada ante la sociedad, circunstancia que vendría a afectarle a la persona del condenado a su familia y especialmente a sus hijos en los diferentes ámbitos sociales de sus vida. Además, representa para el condenado un costo elevado que vendría a formar parte de las costas y gastos procesales, al cual es obligado.



5.6 El delito de lavado de dinero u otros activos en el derecho comparado

Para el presente estudio, se hará un breve análisis y comentario de la tipificación, bien jurídico tutelado y la pena respectiva, del delito de lavado de activos, de otros países, en comparación con sistema jurídico penal guatemalteco.

5.6.1 En la legislación de Argentina

En este país, el delito de lavado de dinero se ha regulado como una forma de encubrimiento, y se regula dos supuestos que contienen verbos rectores de la acción delictiva, que son los siguientes: “1) a) el que convierte, transfiere, administre, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquiriera la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000), sea en un solo acto o por la reiteración e hechos diversos vinculados entre sí; ...3) El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo²⁰⁸ con el fin de hacerlo aplicar en una operación que les de la apariencia posible de un origen lícito...”

De los supuestos anteriores, se puede deducir que, en la legislación argentina, este delito es de mera actividad, es decir, es un delito de acción mediante la conducta del sujeto activo del delito al transferir, convertir, recursos, o administrar, vender o convertir bienes producto provenientes de hechos ilícitos. Se puede establecer, en este supuesto normativo penal de Argentina, que el sujeto activo del delito de lavado de dinero no ha participado en el hecho criminal que produce activos o bienes, es decir, él actúa posteriormente a la comisión del hecho o de los hechos criminales y que los bienes producto de los mismos le da una apariencia de lícita. Es de hacer

²⁰⁸ Artículo 278, del Código Penal de la nación de Argentina, Ley 11.179.



notar que los bienes producto de los delitos superen un valor de cincuenta mil pesos (\$50.000).

La legislación argentina es categórica al estipular que, para la acción típica del delito de lavado de dinero, no es requisito que el sujeto activo del delito haya participado en un hecho criminal que produce recursos o bienes, pero tampoco es explícita en cuanto a si existe o no necesidad de probar la existencia del delito producto de los recursos o bienes.

En la legislación penal guatemalteca, en la Ley de lavado de dinero u otros activos, los verbos rectores encuentran similitud con la legislación de Argentina; esos verbos rectores son: invertir, convertir, transferir, adquirir, administrar, poseer, bienes o dinero producto de hechos ilícitos. Lo importante en este supuesto es que existe una diferencia con la legislación argentina, en cuanto al elemento subjetivo de saber que esos bienes o recursos son producto de hechos ilícitos, es decir, nuestra legislación es clara en este sentido, no así en la legislación objeto de análisis.

La pena asignada al delito de lavado de dinero, en la legislación de Argentina, se regula en el artículo precitado del Código Penal de la forma siguiente: “será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación”

La pena tiene otras modalidades, tales como, cuando existe habitualidad, la pena mínima de prisión reprimida es de cinco años; y cuando el monto de los bienes o recursos no excede de los cincuenta mil pesos, la pena de prisión será de seis meses a tres años, los bienes producto del delito son objeto de comiso.



En relación con la pena en el sistema jurídico penal guatemalteco, se ha asignado una pena máxima de veinte años de prisión, con cierta diferencia en cuanto al número de años de prisión en la legislación argentina, en la cual se pudo establecer que la pena máxima es de diez años no obstante la pena, hay similitud en cuanto al comiso de los objetos del delito. En La legislación de Argentina no existe una norma que taxativamente regule la extinción de dominio, tampoco la publicación de la sentencia, situación distinta a la legislación guatemalteca.

El bien jurídico tutelado en este tipo penal en la legislación objeto de estudio constituye la administración de justicia, toda vez que en un principio se establecía este delito como una forma de encubrimiento. El fundamento del Congreso argentino consistió en que este delito se basa en que se trata de desvirtuar el verdadero origen de los activos o bienes producto de ilícitos penales para darles apariencia de lícitos.

En Argentina, se creó una institución encargada del control del sistema financiero, denominada “Unidad de Información Financiera”²⁰⁹ Esta institución es la encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información, a los efectos prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de delitos; esta ley viene ampliar los delitos de las cuales provienen activos o bienes en forma ilícita.

En comparación con el sistema jurídico guatemalteco, existe la Intendencia de Verificación Especial de todas las transacciones financiera que se lleven a cabo en efectivo, ya sea en moneda nacional o extranjera, siempre que el momento supere la cantidad de diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional.

²⁰⁹ Ley 25246 Creación de la unidad de información financiera, Buenos Aires Argentina 13 de abril del año 2000.



5.6.2 En la legislación de Chile

El delito de lavado de dinero de Chile tiene su antecedente en su legislación penal, al regular, en su Artículo 17, el de encubrimiento, mediante el cual el sujeto activo del delito recibe o encubre un delito cometido anteriormente sin que él haya participado en su comisión. Sin embargo, en 1995, se tipificó por primera vez en delito de lavado de dinero, el cual especifica las actividades ilícitas provenientes del narcotráfico. Esta ley fue emitida para darle cumplimiento al compromiso asumido por este país al ratificar, en 1999, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

La Ley que regula el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes calificó el delito de lavado de activos, de la forma siguiente “El que a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se han obtenido o proveniente de la perpetración, en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en esta ley, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de doscientos a mil unidades tributarias mensuales.”²¹⁰

El artículo citado regula como sujetos activos las personas que participen en el uso o aprovechamiento o darle un destino a las ganancias obtenidos de los negocios del narcotráfico, es decir que el fundamento de persecución del delito de lavado de activos lo constituye la actividad del narcotráfico.

²¹⁰ Artículo 12 de la Ley 19.366 del país de Chile.



Es de considerar que, en Chile, se creó una Unidad de Análisis Financiero mediante la Ley 20.119, que le confiere competencia a la referida unidad para verificar operaciones financieras sospechosas, mediante un procedimiento administrativo con potestad de aplicar sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de informar las operaciones financieras.

El delito de lavado de dinero, específicamente, se regula en una ley especial, estipula los delitos previos de los que pueden proceder los bienes objeto del blanqueo de activos, ampliando el tipo penal a los delitos contemplados en leyes que regulan la narcoactividad, el terrorismo, las armas, sobre mercado de valores, ley de bancos, Código Penal.

La regulación concreta es la siguiente: “Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimos a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

- a) El que cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley No. 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; (...)

- b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando en el momento de recibirlos ha conocido su origen ilegítimo.”²¹¹

²¹¹ Artículo 27, Ley 19.913 del país de Chile.



El tipo penal se integra de dos supuestos que contienen los verbos rectores de la acción ilícita en que puede incurrir el sujeto activo del delito: el primero consiste en ocultar o disimular el origen ilícito de bienes, el segundo consiste en, adquirir, poseer o usar los bienes ilícitos. La figura delictiva que se analiza en la legislación chilena constituye un delito autónomo, toda vez que no es necesaria la existencia de una sentencia de delitos previos, pero es necesario considerar que el legislador chileno señaló taxativamente los delitos que podrían producir bienes o activos ilícitos.

a) La pena

En relación con las consecuencias jurídicas del delito de lavado de dinero en Chile, la misma se determina mediante una integración de ley, toda vez que la ley que regula el lavado de dinero, es decir la 19.113, le asigna la pena de prisión y de multa, de la forma siguiente: pero estos rubros se encuentran regulados mediante una escala establecida en el Código Penal Chileno : “Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimos a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales” término que encuentra explicación con base a la escala de penas establecidas en el Código Penal chileno de la forma siguiente: “Las penas temporarias mayores duran de cinco años y un día a veinte años, y los menores de sesenta y un días a cinco años”²¹²

En la fijación de la pena que realiza en la sentencia el juez, lo hace mediante la integración de las dos leyes, ponderando según las penas establecidas conforme a la escala regulada en el Código Penal, que corresponde a los delitos regulados en las leyes especiales de aquel país.

²¹² Artículo 25 del Código Penal del país de Chile.



b) El bien jurídico tutelado

En relación con el bien jurídico que protege el delito de lavado de dinero de Chile, la doctrina de ese país toma como base el contenido constitucional chileno: “El bien jurídico que resguarda este tipo penal en el marco de la Constitución, en este caso en el Artículo 1º, llamado base de la institucionalidad. Del análisis de artículo en referencia se concluye que es la seguridad del Estado y la paz social el bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero.”²¹³

Al hacer el análisis correspondiente, la doctrina separa la paz social del Estado, porque las sociedades se estructuran de una dicotomía entre la sociedad civil y el Estado, los cuales se contrapesan, toda vez que el Estado es el que representa a la sociedad y manifiesta su sentir.

c) Reparación civil

En relación con la reparación civil, como consecuencia del delito de lavado de dinero en Chile, el legislador ha previsto que el sentenciado por el delito de lavado de dinero está obligado a pagar daños y perjuicios, disposición regulada en el Artículo 24 del Código Penal de Chile.

5.6.3 El lavado de dinero en Colombia

La legislación colombiana ha previsto la regulación del delito de lavado de dinero en su Código Penal. Para efectos del presente estudio citaré la referida ley penal.

²¹³ D. C. Lastra López y Andueza Quezada, *El tratamiento de Lavado de Dinero en Chile ante la Normativa de la Ley 19.913*. Universidad de Chile Facultad de Derecho. Pág. 115. Santiago de Chile 2008.



a) Calificación Jurídica

En el Código Penal de Colombia, el delito de lavado de dinero u otros activos, se encuentra estipulado en el capítulo que determina los delitos de lavado de activos, que se ubican en el libro segundo, título X, que se refiere a los delitos contra el orden económico social. Para conocer el supuesto normativo del delito objeto de estudio transcribiré la norma penal siguiente: “Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro, extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con los productos de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dicha actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubre la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino movimientos o derechos sobre tales bienes, o realice otros acto para ocultar o encubrir origen su origen ilícito incurrirá, por esta sola conducta, en prisión (...)”²¹⁴

El supuesto normativo anterior contiene los verbos rectores que prevén la acción que constituye el ánimo de que a los bienes procedentes de los ilícitos enumerados en el artículo citado se les dé una apariencia de lícitas, al introducirlos en la economía para darle una apariencia de legal. Esto último constituye el móvil o finalidad de la conducta ilícita, que encierra este supuesto normativo.

²¹⁴ Artículo 323. de la Ley 599 del Código Penal emitida por el Congreso de Colombia julio 24 del año 2,000. . [www.oas.org/dil/esp/Código Penal Colombia. pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Código%20Penal%20Colombia.pdf). Consulta enero 2015.



b) La pena del delito de lavado de dinero

La consecuencia jurídica al cometer el delito de lavado de dinero, según el Código Penal colombiano, consiste en pena de privación de libertad de seis (6) a quince (15) años de prisión y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos mensuales.

c) El bien jurídico tutelado

El bien jurídico que protege la ley de lavado de dinero de Colombia es la economía nacional, con base en el contenido del Título X del Código Penal, que contiene los delitos contra la economía social de aquel país.

El Congreso de la República de Colombia, en el año dos mil seis, emite la ley 1,126, que da origen a la Superintendencia de Verificación Financiera, y su finalidad, es el control de las operaciones financieras, tanto de personas individuales como jurídicas, para prevenir que la transformación de bienes o recursos provenientes de delitos, sea incorporados legalmente a la economía social de Colombia.

En mil novecientos noventa y nueve, el Congreso de Colombia emitió la ley que crea la Unidad de Análisis Financiero, cuya finalidad consiste en la prevención y detección del delito de lavado de dinero en las transacciones financieras de personas naturales y jurídicas.



5.6.4 El lavado de dinero u otros activos en Costa Rica

En Costa Rica, el fenómeno criminal del delito de lavado de dinero tiene su origen en las actividades inmobiliarias, en los negocios de arrendamiento, en los juegos de azar y también de las actividades del narcotráfico, según se ha señalado con respecto al tema: “Expertos señalan como actividades donde existe condiciones para el lavado de activos al sector inmobiliario, los casinos físicos y virtuales, y las empresas fallidas” ²¹⁵

En Costa Rica, existen focos que producen el fenómeno de lavado de dinero, los cuales generan condiciones para la comisión de este ilícito penal, pero sobre todo en actividades que producen recurso económico. Es necesario considerar que, en este país, la calificación jurídica que se le ha dado a este fenómeno criminal es el de “legitimación de activos”, sus verbos rectores contenidos en los supuestos normativos son similares de los contenidos en los países citados anteriormente; es decir, en este país no se le denomina lavado de dinero.

a) Calificación jurídica

En Costa Rica, la regulación legal del delito de lavado de dinero se encuentra en la Ley Sobre Estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo. No existe una ley específica que se refiera al delito de lavado de dinero u otros activos, si no que este fenómeno delictual se encuentra regulado en la Ley Sobre Estupefacientes.

²¹⁵ http://www.centralamericadata.com/es/state/who_n_are. Consulta Febrero de 2015.



Concretamente, la citada ley califica el referido de delito de la forma siguiente: “Quien aporte, reciba o utilice dinero u otro recurso financiero proveniente del tráfico ilícito de drogas o de la legitimación de capitales, con el propósito de financiar actividades políticas electorales o partidarias.”

“ a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito, que dentro de su rango de penas, puede ser sancionados con pena de prisión de cuatro años o más, o realice cualquier acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro de su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro años o más” ²¹⁶

Los supuestos normativos penales, contenidos en los Artículos 68 y 69 de la ley objeto de estudio, estipulan los verbos rectores en los que la conducta de la persona puede realizar la acción delictiva. Es necesario apreciar que, en estos artículos, los recursos y bienes ilícitos pueden ser resultado de cualquier ilícito penal, pero también en el Artículo 69 de la ley se determina que recursos o bienes de ilícita procedencia puede ser resultado o producto del narcotráfico.

²¹⁶ Artículo 68 y 69 de la Ley No. 82.04 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. <https://www.citibank.comgt/costarica/pdf/>. Consultado febrero 2015.



b) La pena del delito de lavado de dinero

Las consecuencias jurídicas del delito de lavado de dinero, en Costa Rica, se determinan en los artículos ya citados, y consisten las siguientes penas: en el supuesto establecido en el Artículo 68 que se refiere al producto de la actividad del narcotráfico para financiar actividades políticas, la pena es de privación de libertad de cinco a quince años.

En relación con los supuestos determinados en el Artículo 69, existe una clasificación con base en los delitos regulados: el primero establecido en la literal a) que se refiere a la conversión o transferencia, ocultación del origen, de bienes o recursos productos de un delito, esto será sancionado con privación de libertad de ocho a veinte años; b) Regula la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación de los bienes producto de los delitos del narcotráfico, la pena señalada en este tipo penal es de diez a veinte años de privación de libertad.

Es importante considerar que, en este país, para el lavado de dinero, la pena principal lo constituye la privación de libertad y no existe pena pecuniaria según la ley que regula este tipo de ilícito. A manera de comentario, se puede determinar que, en la legislación de Costa Rica, los supuestos que contiene el delito de lavado de dinero no solo se refieren al producto de la actividad del narcotráfico sino que también de otros delitos.

c) Bien jurídico tutelado

En el Artículo primero de la Ley sobre estupefacientes, acerca de la legitimación de capitales, se entiende que su finalidad constituye toda la actividad ilícita relacionada



con el narcotráfico en aquel país; pero también regula la actividad financiera que tenga relación con este tipo de delitos y otros delitos que producen bienes y recursos. Con base en esa consideración, el bien jurídico que tutela los artículos relacionados con el delito de actividades financieras productos de ilícitos, lo constituye la seguridad jurídica del sistema financiero de Costa Rica.

d) Comiso y reparación civil

Acerca del tema de los bienes producto de ilícitos, existe la figura de las medidas cautelares, específicamente, la inmovilización de bienes, previamente al desarrollo de un proceso penal y consecuentemente el comiso de los relacionados bienes.

Es necesario considerar que la ley objeto de análisis en el presente estudio regula en el título quinto capítulo uno lo relacionado con el decomiso y comiso. El primero tiene lugar como una medida cautelar durante el desarrollo del proceso y consiste en el decomiso de los bienes y valores, acciones o capitales que serán puestos en depósito judicial, para asegurar los bienes de igual forma se procederá con las acciones o capitales. El comiso consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los bienes, valores, capitales producto de las actividades de narcotráfico u otros delitos, que será declarado en sentencia por el juez que conozca de la causa.

En relación con la Reparación Civil, como medio de resarcimiento por los daños ocasionando por el delito objeto de estudio, en la ley que se está analizando, no existe regulación al respecto. Sin embargo. La ley penal de Costa Rica tiene regulada la reparación civil esta cual es aplicable a todos los delitos cometidos en la



circunscripción territorial, consecuentemente es aplicable al delito de legitimación de capitales, es decir del lavado de dinero.

En Costa Rica, existen instituciones estatales o gubernamentales encargadas de la fiscalización, control y prevención de las transacciones financieras, tanto de particulares como de entidades financieras nacionales y extranjeras cuyo giro de actividades constituye transacciones financieras; nos referimos a las siguientes instituciones: La superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF); La Superintendencia General de Valores (SUGEVAL); La Superintendencia de Pensiones (SUPEN). La Superintendencia General de Seguros. En aquel país, las transacciones u operaciones financieras que sobrepasan la cantidad de \$10,000.00 o su equivalente en dólares deben ser fiscalizadas y declarada su procedencia.

5.6.5 El delito de lavado de dinero en el Estado Federal de México

Como todos los países latinoamericanos se han visto comprometidos en regular en sus sistema jurídico nacional, este fenómeno delictivo, para mantener una seguridad jurídica de su sistema financiero o garantizar su sistema de administración de justicia, pero de cualquier modo que sea la finalidad o el bien que se pretenda tutela, se han dado a la tarea de regular la calificación jurídica en una ley ordinaria o especial. El Estado Federal de México no ha sido la excepción, al respecto se ha dado a la tarea de emprender valiosos estudios doctrinarios para justificar la regulación legal de este fenómeno; la doctrina conceptualiza el delito de lavado de dinero de diversas expresiones y motivaciones; a manera de ejemplo: “La actividad por la cual una persona o una organización criminal, procesa las ganancias



financieras resultado de actividades ilegales, para tratar de darles la apariencia de recursos obtenidos de actividades lícitas”²¹⁷

A partir del concepto anterior, se señala concretamente que lo que se pretende con la acción delictiva del delito de lavado de dinero, el móvil de su acción o su finalidad es que los bienes ilícitos que surgen como producto de hechos criminales sean introducidos al sistema financiero; es decir, a la economía nacional dándoles una apariencia de legal.

a) La calificación jurídica

En el Estado de México, el delito de lavado de dinero tiene su fundamento jurídico, y la base legal de su regulación en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé la creación de leyes para regular la delincuencia organizada.

El Código Penal Federal es el ordenamiento legal mediante el cual se regula y se califica el tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se encuentra estipulada en el título vigésimo tercero y capítulo dos, en el cual se regulan las operaciones con recursos de procedencia ilícita de la forma siguiente: “ al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, impedir o encubrir o impedir

²¹⁷ C. Gamboa Montejo. *Lavado de dinero Estudio teórico conceptual*;

http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/sapi_i55_01_13.pdf. Consulta febrero 2015.



conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos bienes, o alentar alguna actividad ilícita. La misma pena se aplicara a los empleados y funcionarios de de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten, ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente.”²¹⁸

Como se ilustró anteriormente, el tipo penal referente a lavado de dinero tiene regulada su calificación en el Código Penal, en el rubro de operaciones con recursos de procedencia ilícita, en cuyas normas se estipulan los verbos rectores que encierran las conductas delictivas, el propósito criminal y las consecuencias jurídicas de la conducta penal.

Los verbos rectores que encierra la conducta penal constituyen las acciones de: adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar, transferir; con la finalidad de ocultar, pretender ocultar, encubrir o impedir el origen de los bienes y recursos, producto de ilícitos penales.

Existe, en México, una ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, denominada: Ley contra el lavado de dinero, y su ámbito de aplicaciones toda la República, y el objeto de la ley consiste en que sus normas son aplicables de manera supletoria; sobre todo, la regulación de operaciones ilícitas de carácter financiero y las obligaciones de las autoridades; asimismo contiene disposiciones correspondientes a las autoridades encargadas de aplicar la ley, cuya finalidad constituye la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

²¹⁸ Artículo 400 bis Código Penal Mexicano. www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-01-13.pdf. consulta febrero 2015.



Lo importante como objeto de estudio de esta ley, se encuentra en el capítulo ocho, que se refiere a lo relacionado con los delitos en los que se puede incurrir, en materia de operaciones con recursos de procedencia ilícita y las respectivas sanciones consistentes en prisión, multa e inhabilitación cuando se trate de servidores públicos.

b) Penas reguladas en el delito de lavado de dinero

Las consecuencias jurídicas que se producen en la comisión de los supuestos establecidos en el artículo cuatrocientos bis del Código Federal mexicano son las siguientes: pena de privación de libertad de cinco a quince años y de mil a cinco mil días multa, esta pena se aplicará al sujeto activo, lo cual puede ser cualquier persona que adecúe su conducta en el tipo penal previsto en este artículo, la misma pena se aplica a empleados y funcionarios de las instituciones del sistema financiero, que en forma dolosa presten ayuda a otro para la comisión del delito regulado en el artículo citado.

La pena anterior se aumenta en una mitad cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigación o juzgar la comisión de delitos, además de la inhabilitación de su cargo hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

c) Bien jurídico tutelado

El valor jurídico que pretenden proteger tanto, el Código Penal mexicano como la ley ya referida, es “proteger el sistema financiero y la economía nacional, por medio del establecimiento de medidas y procedimientos para prevenir y decretar



actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una organización interinstitucional”²¹⁹

De lo anterior, se determina que el Estado Federal mexicano, con la promulgación de las leyes citadas, pretende proteger la seguridad jurídica de su sistema financiero y su economía nacional mediante las leyes ya comentadas. Pero, además, existen otras leyes que, integradas, tienen la misma finalidad, por ejemplo, La Ley Federal Mexicana de Instituciones y Finanzas, Ley General de Sociedades Mutualistas y Seguros, Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, Ley de Sociedades para Inversión, Ley del Mercado de Valores; entre otras.

²¹⁹ Artículo 2, de la ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita. www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-01-13.pdf. Consulta febrero 20015.



5.7 CUADRO COMPARATIVO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN EL DERECHO COMPARADO

PAIS	LEGISLACIÓN	BIEN JURÍDICO TUTELADO	PENA DE PRISIÓN	PENA DE MULTA	COMISO	EXTINCIÓN DE DOMINIO	REPARACIÓN DIGNA
GUATEMALA	Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.	La economía y el sistema financiero nacional	De seis a veinte años.	Igual al valor de los bienes instrumentos o productos objeto del delito.	De los objetos provenientes de la comisión del delito o de instrumentos utilizados para su comisión.	Pérdida a favor del Estado de bienes u objetos producidos de un ilícito penal.	Cantidad de dinero en concepto de reparación del daño que causo el hecho.
ARGENTINA	Código Penal Argentino.	Administración de justicia.	De dos a diez años.	De dos a diez veces del monto de la operación.	Similar al de Guatemala.	No existe ley que taxativamente regule la extinción de dominio.	
CHILE	Código Penal Chileno	Seguridad del Estado y paz social.	De cinco años y un día a veinte años.	Doscientas a mil unidades tributarias mensuales.			Daños y perjuicios.
COLOMBIA	Código Penal Colombiano.	Economía nacional.	De seis a quince años.	Quinientos a cincuenta mil salarios mínimos mensuales.			
COSTA RICA	Ley sobre estupefacientes sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Código Penal Federal.	Seguridad jurídica del sistema financiero del país. Sistema financiero y economía nacional.	De cinco a quince años.	No pena pecuniaria. De mil a cinco mil días multa.	Similar al de Guatemala.		
MÉXICO							



5.8 Interpretación del cuadro comparativo del delito de lavado de dinero otros activos en el Derecho Comparado

En el cuadro comparativo, se puede establecer que en la mayoría de países se ha regulado este flagelo, toda vez que tienen compromisos internacionales, mediante los convenios que los países han ratificado con relación al narcotráfico; pero es necesario considerar que algunos países tienen leyes específicas que regulan este tipo penal y otros tienen regulado el ilícito en su Código Penal. Con relación a Guatemala, existe una ley específica, siendo la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos.

En cuanto al bien jurídico tutelado, varía de un país a otro. Hay algunos que tutelan la administración de justicia; en el caso de Argentina, es la administración de justicia; en Chile, la seguridad del Estado y la paz social; en Colombia, la economía nacional; en Costa Rica, la seguridad jurídica y financiera del país; en México, el sistema financiero y economía nacional; de manera que los países citados han regulado este flagelo protegiendo como bien jurídico la administración de justicia y, en su mayoría, su economía nacional y el sistema financiero en el caso de Guatemala. En el caso de Argentina, se ha calificado el delito como encubrimiento y el resto de países, contra su economía o sistema financiero e incluso contra la paz y la seguridad colectiva.



Acerca de la pena, existe variación referente a la ponderación, que las diferentes leyes regulan al respecto; en Argentina tiene pena de prisión y multa, hay comiso, no existe ley de extinción de dominio y tampoco publicación de la sentencia. Chile, tiene pena de prisión y multa, no tiene comiso ni extinción de dominio, hay responsabilidad civil. En Colombia, tiene pena de prisión y multa, no comiso, no extinción de dominio, tampoco reparación civil. En Costa Rica, hay pena de prisión, hay comiso, no pena de multa, no extinción de dominio, tampoco responsabilidad civil. En México, pena de prisión, pena de multa, no comiso, no extinción de dominio, no responsabilidad civil.

En Guatemala, con respecto a los países citados, se ve más gravosa para el condenado, porque, además de la pena de prisión, existe una multa igual a la cantidad del efectivo lavado. No obstante que este efectivo es objeto de comiso, o en todo caso de extinción de dominio, en la multa surge una pena de prisión de libertad ampliada en caso de impago de la misma, y en la mayoría de casos más grave que la prisión principal. Por si fuera poco, aquí se muestra claramente la doble pena de privación de libertad; aquí es donde se logra determinar que la pena del delito de lavado de dinero no es humana, sino al contrario es inhumana y degradante, que hasta podría constituir una pena perpetua de prisión, y en tal sentido, no cumpliría el fin de resocialización de la persona condenada. Es de considerar que vulnera el principio de legalidad, que por deuda no hay prisión; sin embargo, el penado con multa en este delito, al no pagar la multa, se convierte en deudor del Estado y luego



en prisionero. Es necesario considerar que también se vulnera el principio de equidad, porque este delito resulta tener mayor pena que el delito de homicidio o, en todo caso, de asesinato por la prisión ampliada; en consecuencia, también limita el principio de proporcionalidad entre el delito cometido y la pena, ya que no existe ponderación equitativa entre el bien jurídico que tutela el ilícito de lavado de dinero u otros activos y la pena que le corresponde.



5.9 Consecuencias jurídicas del delito de Lavado de Dinero u otros Activos en la práctica judicial

5.9.1 Interpretación del cuadro de sentencias

Sentencia Número 1

Tiene una prisión de 6 años y multa de \$.42, 497 multiplicado por Q.7.64 es igual a Q. 324,677.08. El valor de la multa en quetzales y Q. 324,677.08 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 3,246.7708 días de prisión.

3,246.7708 días de prisión dividida entre 360 días que es un año es a 9.018807778 que equivalen a 9 años y 6 días de prisión. Entonces la prisión por impago de la multa es 9 años y 6 días de prisión, más los 6 años de prisión que inicialmente le impusieron suman un total de 15 años con 6 días.

Sentencia Número 2

Tiene una prisión de 10 años y multa de \$.104, 270 multiplicado por Q.7.64 es igual a Q. 796,622.8. El valor de la multa en quetzales y Q. 796,622.8 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 7,966.228 días de prisión.



7966.228 días de prisión dividido entre 360 días que corresponden a un año 22.12841111 que equivale a 22 años y 1 mes y 15 días de prisión. Entonces la prisión por impago de la multa es 22 años, 1 mes y 15 días de prisión más los 10 años de prisión que inicialmente le impusieron suman un total de 32 años con 1 mes y 15 días.

Sentencia Número 3

Tiene una prisión de 6 años y multa de \$.208, 300 multiplicado por Q.7.64 es igual a Q.1, 591,412. Valor de la multa en quetzales y Q.1, 591,412 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 15,914.12 días de prisión.

15,914 12 días de prisión dividido entre 360 días que corresponden a un año es a 44.20588889 que equivale a 44 años con 2 meses y 13 días. Entonces la prisión por impago de la multa es de 44 años con 2 meses 13 y días de prisión, más los 6 años de prisión que inicialmente le impusieron, suman un total de 50 años con 2 meses y 13 días.

Sentencia Número 4

Tiene una prisión de 6 años y multa de \$.64, 046 multiplicado por Q.7.64 es igual a Q.1, 591,412. El valor de la multa en quetzales y Q. 489,311.44 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 4,893.1144 días de prisión.



4,893.1144 días de prisión dividido entre 360 días que corresponden a un año es igual a 13.59198444 que equivalen a 13 años con 7 meses y 3 días. Entonces la prisión por impago de la multa es a 13 años 7 meses y 3 días, más los 6 años de prisión que inicialmente le impusieron suman un total de 19 años con 7 meses y 3 días.

Sentencia Número 5

Tiene una prisión de 7 años y una multa de \$. 82,500 multiplicado por Q.7.64 es igual a Q. 630,300. El valor de la multa en quetzales y Q. 630,300 dividido entre Q.100.00 por cada día corresponden a 6,303 días de prisión.

6,303 días de prisión dividido entre 360 días que equivale a un año, es igual a 17.50833333 que equivale a 17 años con 6 meses y 3 días. Entonces la prisión por impago de la multa es a 17 años con 6 meses y 3 días de prisión más los 7 años de prisión que inicialmente le impusieron suman un total de 24 años 6 meses y 3 días.

Sentencia Número 6

Tiene una prisión de 6 años y multa de \$.64, 747 multiplicado por Q.7.64 es igual a Q. 494,667.08 El valor de la multa en quetzales y Q. 494,667.08 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 4,946.6708 días de prisión.



4,946.6708 días de prisión dividida entre 360 días que corresponde a un año es a 13.74075222 que equivale a 13 años con 8 meses y 25 días. Entonces la prisión por impago de la multa es a 13 años con 8 meses y 25 días de prisión, más los 6 años de prisión que inicialmente le impusieron, suman un total de 19 años con 8 meses y 25 días.

Sentencia Número 7

Tiene una prisión de 6 años y multa de \$. 151,576 multiplicado por Q.7.64 es igual a Q.1, 158,040.64 valor de la multa en quetzales; y Q. 1,158, 040.64 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 11,580.4064 días de prisión.

11,580.4064 días de prisión dividida entre 360 días que corresponde a un año, es a 32.16779556 que equivale a 32 años con 2 meses. Entonces la prisión por impago de la multa es a 32 años con 2 meses de prisión, más los 6 años de prisión que inicialmente le impusieron suman un total de 38 años con 2 meses.

Sentencia Número 8

Tiene una prisión de 6 años y multa de \$.105, 000 que multiplicado por Q.7.64 es igual a Q. 802,200 que es el valor de la multa en quetzales; y Q. 802,200 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 8,022 días de prisión.



8,022 días de prisión divididos entre 360 días que corresponden a un año 22.28333333 que equivale a 22 años 3 meses y 12 días. Entonces la prisión por impago de la multa es a 22 años con 3 meses y 12 días de prisión, más los 6 años de prisión que inicialmente le impusieron suman un total de 28 años con 3 meses y 12 días.

Sentencia Número 9.

Tiene una prisión de 7 años y multa de \$. 2719960 multiplicado por Q.7.64 que es igual a Q. 20780494.4 valor de la multa en quetzales y Q. 20780494.4 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 207804.944 días de prisión.

207804.944 días de prisión divididos entre 360 días que corresponden a un año es a 577.2359556 que equivalen a 577 años con 2 meses y 24 días. Entonces la prisión por impago de la multa es a 577 años con 2 meses y 24 días de prisión más los 7 años de prisión que inicialmente le impusieron suman un total de 584 años con 2 meses y 24 días.

Sentencia Número 10.

Tiene una prisión de 6 años y multa de \$. 71,720 multiplicado por Q.7.64 es igual a Q. 547,940.8 valor de la multa en quetzales y Q. 547,940.8 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 5,479.408 días de prisión.



5,479.408 días de prisión divididos entre 360 días que corresponden a un año es a 15.22057778 que equivalen a 15 años con 2 meses y 18 días. Entonces la prisión por impago de la multa es a 15 años con 2 meses y 18 días de prisión, más los 6 años de prisión que inicialmente le impusieron suman un total de 21 años con 2 meses y 18 días.

Sentencia Número 11.

Tiene una prisión de 9 años y multa de \$.122, 500 que multiplicado por Q.7.64 es igual a Q. 935,900 que es el valor de la multa en quetzales y Q. 935900 dividido entre Q.100.00 por cada día es igual a 9359 días de prisión.

9359 días de prisión divididos entre 360 días que corresponden a un año es a 25.99722222 que equivale a 25 años con 11 meses y 28 días. Entonces la prisión por impago de la multa es a 25 años con 11 meses y 28 días de prisión, más los 9 años de prisión que inicialmente le impusieron, suman un total de 34 años con 11 meses y 28 días.



CUADRO No 1

5.10. SENTENCIAS CONDENATORIAS POR EL DELITO DE LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS EN GUATEMALA.

No	Tribunal	No. carpeta judicial	Fecha	Sexo del Condenado	Cantidad de dinero incautada	Pena		Comiso	Publicación de la sentencia.	Conversión (prisión ampliada)
						Prisión	Multa			
1	7º	C-G374-2008 Of. 1a	14-5-09	X	\$42,497.00 USD	6	\$42,497.00 USD	\$42,497.00 USD	X	15 años 6 días
2	8º	13530-2007 Of. 1o	22-10-2008	X	\$104,270.00 USD	10	\$104,270.00 USD	\$104,270.00 USD	X	32 años 1 mes y 15 días
3	11º	C-01071-2010-01440	16-6-2011	X	\$208,300.00 USD	6	\$208,300.00 USD	\$208,300.00 USD	X	50 años 2 meses 13 días
4	4º	C-49-2010	15-4-2011	X	\$64,046.00 USD	6	\$64,046.00 USD	\$64,046.00 USD	X	19 años 7 meses y 3 días
5	Coatepeque	10-2011 UA3	19-7-2011	X	\$82,500.00 USD	7	\$82,500.00 USD	\$82,500.00 USD	X	24 años 6 meses y 3 días
6	4º	C-36-2007	25-2-2009	X	\$64,747.00 USD	6	\$64,747.00 USD	\$64,747.00 USD	X	19 años 8 meses y 25 días
7	2º	C-22-2009. Of.3º.	10-2-2010	X	\$151,576.00 USD	6	\$151,576.00 USD	\$151,576.00 USD	X	38 años 2 meses
8	1º	C-40-2008 Of.1o	12-1-2009	X	\$105,000.00 USD	6	\$105,000.00 USD	\$105,000.00 USD	X	28 años 3 meses y 12 días.



9	Suchitepéquez	233-2011 Asistente 3	22-5-2012	X		\$2,719,960.00 USD	7	\$2,719,960.00 USD	\$2,719,960.00 USD	X	584 años y 24 días
10	6°	0171-2008-06423 Of. 3o	4-8-2010		X	\$71,720.00 USD	6	\$71,720.00 USD	\$71,720.00 USD	X	21 años 2 meses y 18 días
11	2°	99-2010 Of. 1o	7-4-2011		X	\$122,500.00 USD	9	\$122,500.00 USD	\$122,500.00 USD	X	34 años 11 meses y 28 días

Fuente: Análisis de sentencias condenatorias, por el delito de lavado de dinero u otros activos, realizado por el sustentante el 2 de diciembre de 2014.

En un Estado democrático es congruente con los fines y principios de la pena que, en el delito de lavado de dinero u otros activos, la pena sea de prisión y multa, además del decomiso de la cantidad de dinero incautada, pues cuando el condenado no cuenta con los recursos económicos para el pago de la multa, esta se convierte en prisión.



5.11. Principios vulnerados en la regulación y aplicación de la pena, en el delito de lavado de dinero u otros activos, en el sistema penal guatemalteco

Después de ilustrar algunas de las sentencias dictadas en Guatemala por delitos de lavado de dinero u otros activos, considero que en las penas dictadas se vulneran principios que garantizan la seguridad jurídica, que resguardan los derechos fundamentales de toda persona frente al poder punitivo del Estado.

5.11.1. Principio de proporcionalidad

El caso de estudio en relación con el delito de lavado de dinero u otros activos, claramente se logra determinar que no concurren la correspondencia equitativa entre el hecho y las consecuencias jurídicas, porque el delito regulado en el artículo 4º. De dicha ley, el legislador ha previsto o asignado la pena de prisión de libertad y la multa como penas principales y como accesorias, el comiso o en su caso la extinción de dominio y finalmente la reparación digna.

En la práctica, a manera de ilustración, se observa en las sentencias ilustradas e interpretadas anteriormente, tomando como ejemplo el caso conocido en el departamento de Mazatenango, identificado en el cuadro como número nueve,



se le condenó a pena de privación de libertad de 7 años y una multa de 2,719,960.00 quetzales a razón de cien quetzales por día, al hacer la conversión respectiva, hace un total de 577 años con 2 meses y 24 días de prisión ampliada, que resulta del impago de la multa, sumados los siete años, purgará en total 584 años con 2 meses y 24 días el condenado; sin tomar en cuenta las penas accesorias tales como el comiso o en su caso la extinción de dominio y la reparación digna.

El extremo anterior permite concluir que en el delito de lavado de dinero, la pena asignada como consecuencia jurídica no es proporcional, porque no existe ninguna relación natural entre el delito y las penas ni su intensidad, el primero se explica que el delito es de carácter patrimonial sin embargo la pena asignada es de prisión de libertad y la multa que se convierte en prisión ampliada por el impago resulta ser de privación de libertad y de exceso intensidad en su cumplimiento.

5.11.2 Principio de resocialización

En Guatemala, la pena además de ser un instrumento de control social para la obtención de la seguridad de la sociedad guatemalteca, el sistema jurídico penal ha planteado como fin mediato de la pena, como un medio de readaptación



social y reeducación del delincuente, como se regula en el Artículo 19 de la Constitución Política De La República de Guatemala.

En teoría, se entiende que el presidiario que cumple una pena se está corrigiendo, porque es considerado antisocial por su conducta criminal, y siendo la pena un medio reformador o transformador de la conducta del delincuente, se entiende que al recobrar su libertad es apto para incorporarse a la sociedad y enfrentar la vida cotidiana para su coexistencia. En la realidad esta expresión resulta vaga y utópico, porque si analizamos el caso de ejemplo de las sentencias enumeradas se logra establecer que una persona que cumple una condena de prisión ampliada por impago de la multa por unos cincuenta años y si tomamos el otro ejemplo de la pena de prisión de 584 años, es imposible que se dé la resocialización, toda vez que la pena es en exceso y en este caso es absurdo hablar de resocialización de la persona, toda vez que la esperanza de vida de la persona, es significativamente menor.

5.11.3 Principio de dignidad humana

El tema de los derechos humanos de la persona, ha sido de mucha relevancia y preocupación en las ciencias sociales, pero especialmente en los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos, que va desde su reconocimiento hasta



su garantía de observancia y cumplimiento y Guatemala no es la excepción, de igual manera en la doctrina, la *iusfilosofía* mediante una gama de obras que ha predicado su importancia y tratamiento que debe darle el derecho, a manera de ejemplo menciono el principio pro hombre, pro persona entre otros que pregonan su importancia.

En Guatemala la Constitución Política de la República, el contenido iusfilosófico del preámbulo, como elemento esencial lo constituye la protección de la persona humana como sujeto y fin del orden social, al Estado como responsable del régimen de legalidad, seguridad, justicia le corresponde observar esa garantía de protección humana.

Guatemala es signataria de instrumentos internacionales como La Declaración de Los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las normas mínimas de Naciones Unidas, para el tratamiento de personas privadas de libertad.

Con las consideraciones anteriores “el principio de humanidad” obliga a reconocer que el delincuente, independientemente de cualquier delito que haya cometido, es un semejante, una persona humana que tiene derecho a ser



tratada como tal y a reintegrarse a la sociedad como una persona con pleno derecho.

En el caso de estudio, la pena que se regula y se aplica en el delito de lavado de dinero u otros activos es inhumano y degradante, prueba de ello cito el caso de la sentencia de la casilla número tres y once del cuadro de sentencia, que se han dictado en Guatemala; el primero con pena ampliada que alcanza los cincuenta años de privación de libertad, y el segundo con pena de prisión de libertad de 584 años de privación de libertad.

Los ejemplos de las sentencias anteriores constituyen un parámetro, que las penas previstas por el legislador en el delito de lavado de dinero u otros activos en Guatemala, son degradantes e inhumanos, ya que trasciende de la persona condenada, y de esa forma, viola el Artículo 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 52 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, instrumentos que prohíben las penas inhumanas y degradantes para la persona.



5.11.4 Principio de equidad

Es un principio que constituye un elemento esencial de la justicia, puede decirse que la equidad asegura la observancia de la igualdad en sus diferentes manifestaciones en el caso del derecho. La equidad es una cualidad de mucha importancia, no solo en la aplicación de la justicia, en cuanto a la imposición de la pena, sino en el caso especial de estudio sobre el delito de lavado de dinero u otros activos. Desde mi punto de vista la pena señalada para este delito el legislador dejó de observar la equidad, puesto que al considerar el ejemplo de las sentencias que se han venido cuestionando tales como la pena impuesta en el caso que se ubica en la casilla número tres del cuadro de cotejo de sentencia , aquí se verifica que la pena de prisión ampliada asciende a 50 años con 2 meses y 13 días; sin embargo, sí verificamos la pena que el legislador le asigna al delito de asesinato regulado en Artículo 132 del Código Penal, tiene una pena de 25 a 50 años de prisión, tomando en cuenta que en este delito el bien jurídico tutelado es la vida como eje central de derecho de protección, no obstante en el delito de lavado dinero u otros activos el bien jurídico tutelado es la economía nacional como quedó anota anteriormente. Se observa claramente, en los dos ejemplos citados, la falta de equidad en la regulación de las penas en el delito de lavado de dinero u otros activos.



5.12. Interpretación de resultados

5.12.1. Análisis de las penas impuestas en sentencias condenatorias por el delito de lavado de dinero u otros activos

En esta parte de la investigación se analizaron 11 sentencias condenatorias ejecutoriadas por el delito de Lavado de Dinero u otros Activos, cuya muestra se obtuvo en el Juzgado Primero de Ejecución Penal, y en el Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Quetzaltenango. Para ello se vació la información en un cuadro de cotejo que describe el tribunal que las dictó, la fecha de la sentencia, el sexo del condenado (a), la cantidad de dinero incautada, la pena de prisión y la pena de multa impuesta, las penas accesorias de decomiso sobre la cantidad de dinero incautada, la publicación de la sentencia en dos medios de comunicación escritos, y la conversión a un día de prisión por cada cien quetzales de multa que no se haga su pago efectivo.

La muestra de sentencias condenatorias dictadas corresponde a los años del dos mil ocho al dos mil doce, y respecto de las personas condenadas, equivalente 8 hombres que representan el 73%, y 3 mujeres que representan el 27%. Respecto de las cantidades de dinero incautadas la menor es de cuarenta y dos mil cuatrocientos noventa y siete dólares de los Estados Unidos de América, (\$ 42,497.00 USD) y la mayor cantidad corresponde a dos millones setecientos diecinueve mil novecientos sesenta dólares (\$.2,719,960.00. USD) Estas



sumas de dinero son muy importantes porque la pena de multa es igual a la cantidad incautada.

El delito de lavado de dinero u otros activos tiene una pena de prisión de 6 a 20 años, y partiendo de este mínimo y máximo, a un 64% de condenados se les impuso 6 años de prisión equivalente a la pena mínima, a un 18 % se le impuso 7 años de prisión, a un 9% lo condenaron a 9 años de prisión y a otro 9% a 10 de prisión. Tal como establece el artículo 50 del Código Penal, se puede conmutar la pena de prisión que no exceda de cinco años, y si el tipo penal de lavado de dinero u otros activos tiene una pena mínima de seis años, es inmutable, por lo tanto se tendrá que cumplir y no es susceptible de evitarla pagando una multa en vez de prisión.

En relación con las penas accesorias tal como el decomiso de la cantidad de dinero incautada y la publicación de la sentencia, éstas fueron impuestas en el 100% de la muestra analizada; la pena de multa impuesta en todos los casos analizados fue el equivalente a la cantidad de dinero incautada, y aquí es donde los condenados que no puedan pagar la pena de prisión, se les aplica la conversión de la multa en prisión a razón de un día de prisión por cada cien quetzales que no paguen en este caso al Organismo Judicial. La institución de la conversión también es conocida con el nombre de prisión ampliada, pues en la mayoría de los casos la prisión por impago de la multa es superior a la pena de



prisión impuesta, y en otros sobrepasa el plazo máximo de prisión que establece la ley guatemalteca que es de cincuenta años de prisión.

Por ejemplo, en la sentencia número 1 tiene una pena de prisión de 6 años y una multa de 42, 497.00 dólares y por insolvencia tendrá que cumplir una prisión de 15 años con 6 días de prisión, por lo que ésta aumentó en un 150% y así la conversión amplía la pena de prisión inicialmente impuesta. El siguiente cuadro sirve de ilustración en cuanto al aumento de la pena de prisión por insolvencia.

CUADRO

RESUMEN DE LA PENA DE PRISIÓN, MULTA Y CONVERSIÓN O INSOLVENCIA.

Sentencia No	Prisión	Multa	conversión de la multa y/o aumento de la prisión	Total de la Prisión Efectiva
1	6	\$. 42,497.00 USD	9 años 6 días.	15 años 6 días
2	10	\$. 104,270.00 USD	22 años 1 mes 15 días	32 años 1 mes y 15 días
3	6	\$. 208,300.00 USD	44 años 2 meses 13 días	50 años 2 meses 13 días
4	6	\$. 64,046.00 USD	13 años 7 meses y 3 días	19 años 7 meses y 3 días
5	7	\$. 82,500.00 USD	17 años 6 meses y 3 días	24 años 6 meses y 3 días
6	6	\$. 64,747.00	13 años 8 meses y 25 días	19 años 8 meses y 25 días



		USD		días
7	6	\$. 151,576.00 USD	32 años 2 meses	38 años 2 meses
8	6	\$. 105,000.00 USD	22 años 3 meses	28 años 3 meses y 12 días.
9	7	\$.2,719,960. 00 USD	577 años 2 meses y 24 días	584 años 2 meses y 24 días.
10	6	\$. 71, 720.00 USD	15 años 2 meses y 18 días	21 años 2 meses y 18 días
11	9	\$.122,500.0 0 USD	25 años 11 meses y 28 días	34 años 11 meses y 28 días
Total		\$. 3,737,116.0 0 USD		

Fuente: Análisis de sentencias condenatorias, por el delito de Lavado de dinero u otros activos, realizado por el sustentante el 2 de diciembre de 2014.

En este cuadro se puede interpretar que, en los casos 3 y 9, que equivalen a un 18% de la muestra analizada se les impuso una pena de prisión promedio de 6 años y 6 meses de prisión. Con la conversión aumentó a un promedio de 294 años y 10 meses de prisión. La pena de prisión aumentó de manera excesiva pues en ambos casos es mayor de 50 años, y como preceptúa el artículo 44 del Código Penal, la pena de prisión no puede ser superior a 50 años, por lo que éstas penas son inhumanas o degradantes, tal como lo establece el artículo 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En las sentencias 2, 7, 8 y 11 que equivalen a un 36% de las resoluciones condenatorias analizadas, se les impuso un promedio de 8 años de prisión y por la conversión aumentó a un promedio de 25 años 3 meses de prisión,



casos en donde por la multa sobrepasó 5 años tres meses el máximo de la pena. Las penas aumentaron de 22 a 32 años de prisión cuando inicialmente tenían de 6 a 10 de prisión, equivalente a más de un generación de personas, por lo que si el condenado tuviere un promedio de 25 años de edad, cumplirá la prisión por insolvencia en un rango de edad de 47 a 57 años de edad, pero como tiene pena de publicación de la sentencia, documento escrito con un promedio de 10 hojas, tiene un alto costo de divulgación en dos diarios o periódicos de mayor circulación en el país. Resulta ser una pena que sobrepasa los 30 años de prisión, en todo caso superior a la máxima que regula el Estatuto de la Corte Penal Internacional²²⁰ para delitos muy graves, pues la pena en estos cuatro casos tiene un promedio de 34 años de prisión incluyendo la conversión.

En las sentencias 1, 4 y 6, que corresponde a un 27% de la muestra se les impuso un promedio de 6 años de prisión que con la conversión aumentó a 18 años con una ampliación de 300% de la pena prisión impuesta, pues las penas de prisión aumentaron de 13 a 19 años de prisión de la pena que inicialmente fue impuesta, para ello es importante que el tipo penal tiene asignada una pena de prisión de 6 a 20 años, por lo que en estos casos aumentó la pena mínima más de un cien por ciento y hasta la pena máxima de 20 años. Finalmente en los casos 5 y 10 que corresponde a un aproximado de 19% de la muestra analizada tiene penas de prisión de 7 y 6 años, la insolvencia aumento la pena 17 y 15 años

²²⁰ Artículo 78 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Excepto penas a perpetuidad en casos muy especiales y de los cuales no se han emitido condenas.



respectivamente, lo que equivale un promedio de 113% de las penas inicialmente impuestas.

5.12.2. Análisis en relación con bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado en el tipo penal de lavado de dinero u otros activos, es la economía nacional. En la muestra de sentencias que se analizó, quedó claro que el impago de la multa aumentó excesivamente la pena de prisión, y la primera explicación que surge es la proporcionalidad del daño causado al bien jurídico respecto de la cantidad de dinero incautada, pero al analizar de una forma material, hubo antijuricidad formal al realizar conductas contrarias a la norma penal que regula el tipo penal de lavado de dinero u otros activos, pero como existe la pena accesoria de comiso de la cantidad de dinero incautado, éste monto ingresa a los fondos privativos del Organismo Judicial, y en vez de sufrir menoscabo o afectación, o lesión el bien jurídico, este provoca un ingreso económico para el Estado, que en la muestra de 11 casos analizados suman tres millones setecientos treinta y siete mil, ciento dieciséis dólares de los Estados Unidos de América (\$. 3,737,116.00 USD), que multiplicado por la tasa de cambio a un promedio de Q.7.64 da un resultado de veintisiete millones quinientos cincuenta y un mil quinientos sesenta y seis quetzales con veinticuatro centavos (Q. 27, 551, 566. 24), lo cual resulta ser una rentabilidad para el Estado representado por el Organismo Judicial al utilizar este dinero que ingresará a los fondos privativos.



5.12.3. Verificabilidad de la hipótesis

La hipótesis planteada fue “No es congruente con los fines y principios de la pena en un Estado democrático, que en el delito de lavado de dinero u otros activos, la pena sea de prisión y multa, además del decomiso de la cantidad de dinero incautada, pues cuando el condenado no cuenta con los recursos económicos para el pago de la multa, ésta se convierte en prisión”.

La hipótesis se comprobó, pues aunque el tipo penal de lavado de dinero u otros activos tiene un pena de prisión asignada entre un mínimo de 6 y un máximo de 20 de prisión, además, tiene asignada una multa igual valor de los bienes, instrumentos o productos objetos del delito, que en las sentencias analizadas fue dinero en billetes de dólares de los Estados Unidos de América, en donde al no tener recursos económicos el condenado, ésta se convierte en prisión. Además se les impuso la pena accesoria de comiso de las cantidades de dinero incautadas a favor del Organismo Judicial, y lejos de ocasionar un daño al bien jurídico, ingresó tres millones setecientos treinta y siete mil, ciento dieciséis dólares de los Estados Unidos de América (\$. 3,737,116.00 USD), que multiplicado por la tasa de cambio a un promedio de Q.7.64 da un resultado de veintisiete millones quinientos cincuenta y un mil quinientos sesenta y seis quetzales con veinticuatro centavos (Q. 27, 551, 566. 24), por tales motivos en el delito de lavado de dinero u otros activos, la pena mixta de prisión y multa, en la forma como está legislado no es congruente con los fines y principios de la pena en un Estado democrático.



CONCLUSIONES

1. No es congruente con los fines y principios de la pena en un Estado democrático, que en el delito de lavado de dinero u otros activos, la pena sea de prisión y multa, además del decomiso de la cantidad de dinero incautada, pues cuando el condenado no cuenta con los recursos económicos para el pago de la multa, ésta se convierte en prisión.
2. Al aplicar la conversión por impago de la multa, la prisión aumenta excesivamente, llegando a niveles de penas inhumanas y degradantes, debido a que las cantidades de dinero incautadas por el delito de lavado de dinero u otros activos son en dólares de los Estados Unidos de América, y al convertirlos a quetzales representan sumas demasiado altas equivalentes a la pena de multa es este delito.
3. Además de las penas principales de prisión y multa, se aplican las penas accesorias de comiso de los bienes, instrumentos u objetos incautados, que en la mayoría de casos es dinero, que ingresa a los fondos privativos del Organismo Judicial. El bien jurídico inicialmente lesionado, es una fuente de ingresos para el Estado.





BIBLIOGRAFÍA

1. Bacigalupo Z. Enrique. *Manual de derecho penal*. Parte general. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. 1996.
2. Becharia Bonesana, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica. 2000.
3. Becharia, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Puebla México: Editorial José. M. 2,000.
4. Bidart Campos, A. German. *El enemigo en el derecho penal, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Ciencias Sociales*. Universidad de Buenos Aires. 2006.
5. Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2ª. edición. España: Editorial Arazandi Vasco. 2012.
6. Bocino, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.L. 2008



7. Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ra edición. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.1999.
8. Cfr. H. MAYER, Kant, Hegel und das Strafrecht, en "Festschrift f. Engisch", 1969, pp. 64 Y ss.; E. SCHMIDT, Gottingen: Eeinführung indie Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 19653.
9. Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón Tomas. *Derecho Penal Parte general*, Tercera edición. Madrid: Editorial Trota, 1995.
10. Codesio Eduardo Alberto, de Martini Siro M.A. *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires: Editorial Sur América, 2005.
11. Creus Carlos, *Derecho penal Parte general*. 3ra edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. 1994.
12. Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal. Tomo I. Parte General. Volumen segundo*. 18ª. edición. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A. Urgel, 51 bis.1975.



13. De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. *Derecho penal guatemalteco*. 15ª. edición. Guatemala: Editorial Fénix. 2004.
14. Diez Ripollés, José Luis. *Manual de derecho penal guatemalteco*, Guatemala: Editorial Artemis Edinter S.A. 2001.
15. Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona, España: Editorial Gedisa. 2008.
16. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Planeta S.A. 1984.
17. Ferrajoli Luis. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A. 1995.
18. Fontan Palestra, Carlos, *Derecho penal Introducción y Parte general*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot. 1998.
19. Girón Palles José Gustavo, *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*. Guatemala: No. 59. Servitag. 2010.



20. Girón Palles, José Gustavo, *Teoría jurídica de la pena aplicada al juicio ejecución*. Guatemala: Impreso por CIMGRA. 2012.
21. Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo, Arroyo Zapatero Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, Serrano Piedecosas José Ramón y García Rivas Nicolás. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. España: Editorial Praxis. S.A. 1999.
22. Gómez de La Torre, Ignacio Berdugo, Ferre Olive, Juan Carlos y Serrano Piedecosas, José Ramón. *Manuel de derecho penal. Parte General III. Consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona. España: Editorial Praxis. 1994.
23. Gómez González, Orlando T. *El derecho penal en un Estado democrático y de derecho*, Edición 24/2010. <http://www/>. Revista perspectiva.com. consulta 18 de Junio 2015.
24. Hernández Carrasquillo, Juan. *Derecho penal fundamental II tomo*. Colombia: Editorial Temis. 1995.
25. Hirsch, Hans Joachim. *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*. Argentina: Editorial Adhoc SRI. 1992.



26. Jakobs Gunther. *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teorías de imputación*. Universidad de Extremadura. Madrid. 1995.
27. Jakobs Gunther y Polaina Navarrete, Miguel. *El derecho penal antes las sociedades modernas*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México: Primera edición. 2006.
28. Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª. Edición. Madrid, España: Editorial Tecnos S.A.. 1996.
29. Landrove Díaz, Gerardo; *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª. edición. Madrid, España: Editorial Tecnos. S.A. 1991.
30. Lastra López, Daniela Carolina y Anduela Quezada. *El tratamiento del lavado de dinero en Chile ante la normativa de la Ley 19-913 Universidad de Chile*. Santiago de Chile 2008.
31. López Betancourt, Eduardo. *Introducción al derecho penal*. Novena edición. República Argentina: Editorial Porrúa Av. 2001.



32. Madrazo Mazariegos Danilo, Madrazo Mazariegos Sergio. *Teoría de la pena utópica y realidad*. Guatemala: Editorial Magna Terra. 2008.
33. Madrigal García, Carmelo y Rodríguez Ponz, Juan Luis. *La edad penal, Derecho penal Parte general Judicatura*. Madrid: Editorial Carperi. 2004.
34. Maier, Julio. B.J. *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L. 1995.
35. Maier, Julio. B.J. *La víctima y proceso penal*. Argentina: Editorial Ad Hoc S.R.I 1992.
36. Malvárez Contreras, Jorge. *La reparación del daño al ofendido o víctima del delito*. México: Editorial Porrúa. 2008.
37. Mapelli Cafferana Borja, Terradillos Basoco Juan. *Manual de derecho penal, Parte general III, Consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona, España: Editorial Praxis. 1994.
38. Mapelli Cafferana Borja, Terradillos Basoco Juan; *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª. edición. Madrid España: Editorial Civitas. S. A. 1996.



39. Mendoza Luna, Miguel. *Asesinos en serie*. Primera edición. Bogotá Colombia Editorial Norma S.A. 2010.
40. Mir Puig, Santiago. *Derecho penal Parte general*. 4ta edición. Barcelona 1996.
41. Mir Puig, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, España. Editorial Ariel, S.A. 1994.
42. Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª. edición, España: Casa Editorial S.A., 1982.
43. Muñoz Conde Francisco, García Arán Mercedes. *Derecho penal Parte General*. 4ta edición. Valencia. 2000.
44. Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. 3ª. edición. Bogotá Colombia 2010.p Penal. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. 1996.
45. Rodríguez Barillas, Alejandro y Binder Alberto, Ramírez Silvina. *Manual de derecho procesal penal II*. Tomo II. Guatemala. Editorial Serviprensa S. A. 2002.
46. Roxin Claus. *Derecho penal Parte general*. Tomo I, Segunda edición, España: Editorial Civitas. 1,997.



47. Roxin Claus. *Derecho penal parte general*. Tomo I Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*. Tercera edición Editorial Civitas. S.A.1997.
48. Roxin, Claus. *La reparación de los fines de la pena*. Buenos Aires Editorial Ad-hoc. 1992.
49. Solórzano, Justo Vinicio. *Hacia la humanización del sistema de penas en Guatemala*. Guatemala: Editorial ediciones del Instituto de Ciencias Penales. 1999.
50. Vallejo, Manuel Jaén; *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 1999.
51. Villalta Ramírez, Ludwin Guillermo Magno. *Principios, derechos y garantías estructurales en el proceso penal*, Segunda edición, Guatemala. 2007.
52. Bovino, Alberto. *Problemas del derecho procesal contemporáneo*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.I. 2008.
53. Zaffaroni Eugenio Raúl. *La estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar. 2009.



54. Zaffaroni Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal Parte general* Tomo I. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1980.

55. Zaffaroni Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal Parte general*. Tomo V. Buenos Aires, Argentina: Cuarta edición. 2006.

OTRAS REFERENCIAS

1. Comisión Internacional de Juristas Guía para Profesionales. *Impunidad y graves violaciones de los derechos humanos*. Ginebra 2008.
2. Lastra López, Daniela Carolina y Andueza Quezada, *El tratamiento del lavado de dinero en Chile ante la Normativa de la Ley 19.913*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Santiago de Chile 2008.
3. Gamboa Montejo, Claudia. *Lavado de dinero estudio teórico conceptual*; http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/sapi_i55_01_13pdf. Consulta Febrero 2015.
4. Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala No, 59. Guatemala, 2010.
5. Rosales Barrientos, Moisés. *Publicación que contiene Ley de Extinción de dominio y su reglamento*. Cámara Penal Organismo Judicial. Guatemala. 2012.



REFERENCIAS NORMATIVAS

1. Código Penal Decreto 17-73.
2. Código Penal mexicano. www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-01-
Consulta febrero 2015.
3. Código Procesal Penal Decreto 51-92.
4. Código Penal de la nación de Argentina, Ley 11.179.
5. Constitución Política de la República de Guatemala.
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
7. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
8. Declaración Universal de Derechos Humanos.
9. Ley contra lavado de dinero u otros activos Decreto 67-2001.
10. Ley de extinción de dominio Decreto 55-2010.
11. Ley del régimen penitenciario Decreto 33-2006.
12. Ley 25246 Creación de la unidad de información financiera, Buenos Aires
Argentina 13 de abril del año 2000.
13. Ley 19.366 del país de Chile.
14. Ley 599 del Código penal emitida por el Congreso de Colombia julio 24 del año
2,000. [www.oas.org/dil/esp/Código Penal Colombia. pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Código%20Penal%20Colombia.pdf). Consulta enero 2015.



15. Ley No. 82.04 Asamblea legislativa de la República de Costa Rica
<https://www.citibank.comgt/costarica/pdf/>. Consultado febrero 2015.

16. Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita. www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-01-13.pdf

17. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

18. Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.