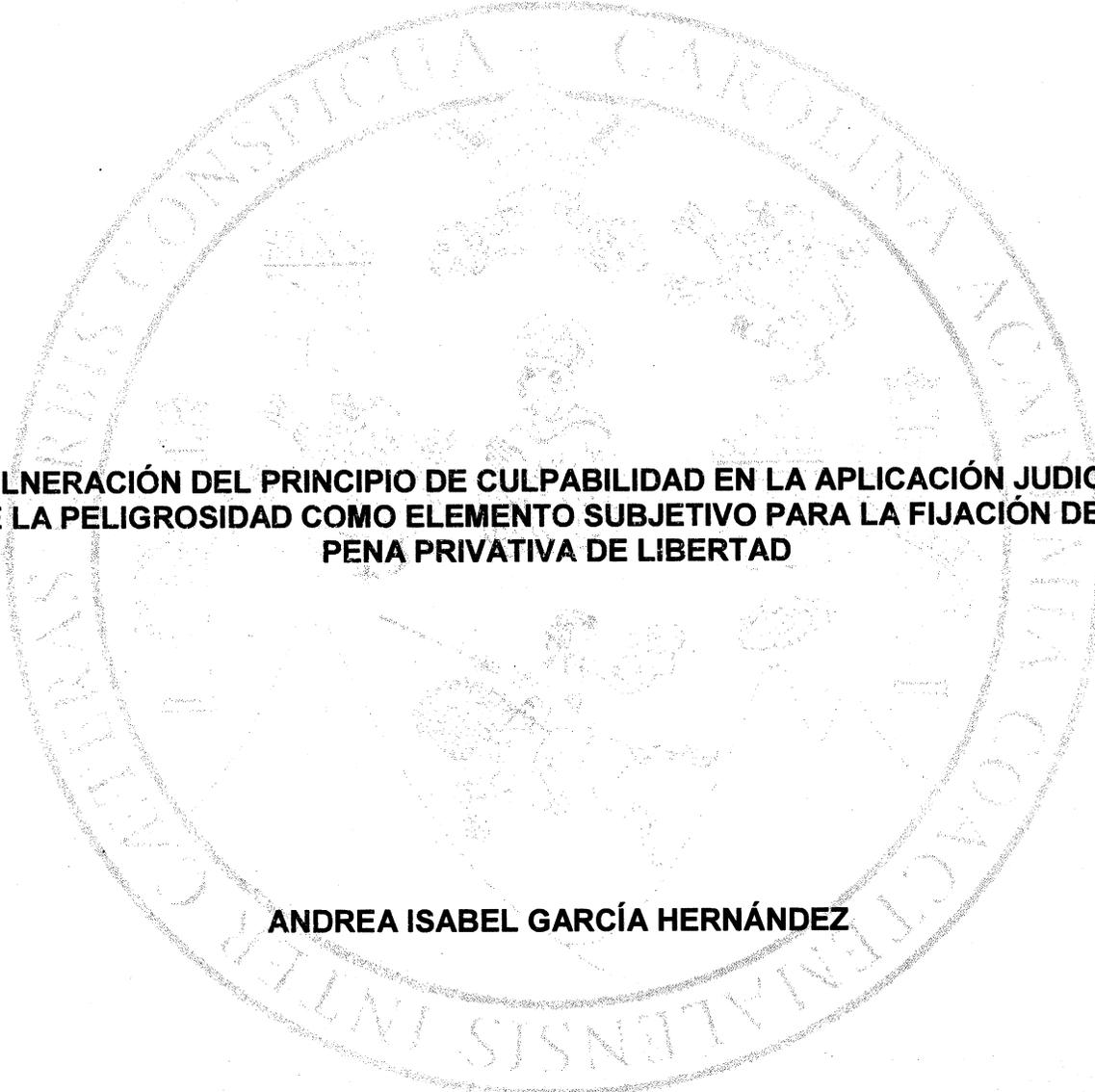


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA APLICACIÓN JUDICIAL  
DE LA PELIGROSIDAD COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA LA FIJACIÓN DE LA  
PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

**ANDREA ISABEL GARCÍA HERNÁNDEZ**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2019**

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

**VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA APLICACIÓN JUDICIAL  
DE LA PELIGROSIDAD COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA LA FIJACIÓN DE LA  
PENNA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

**TESIS**

**Presentada a la Honorable Junta Directiva**

**de la**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**de la**

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

**Por**

**ANDREA ISABEL GARCÍA HERNÁNDEZ**

**Previo a conferírsele el grado académico de**

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Y los títulos profesionales de**

**ABOGADA Y NOTARIA**

**Guatemala, noviembre de 2019**

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL I: Licda. Astrid Janette Lemus Rodríguez

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Marvin Omar Castillo García  
Vocal: Lic. Elios Uriel Samayoa López  
Secretario: Lic. Ery Fernando Bamaca

**Segunda Fase:**

Presidente: Licda. Sonia Eugenia Calderón Contreras  
Vocal: Licda. Jennifer María Isabel Soliz Revolorio  
Secretario: Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco

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



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 19 de junio de 2018.**

Atentamente pase al (a) Profesional, **CARLOS ENRIQUE RIVERA CLAVERIA**  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
**ANDREA ISABEL GARCÍA HERNÁNDEZ**, con carné **201401613**,  
 intitulado **VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA**  
**PELIGROSIDAD COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA LA FIJACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

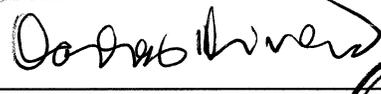
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

  
**LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ**  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



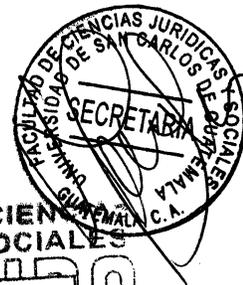
Fecha de recepción 10 / 07 / 2018 f) \_\_\_\_\_



Asesor(a)  
 (Firma y Sello)



Carlos Enrique Rivera Clavería  
Abogado y Notario



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
**RECIBIDO**  
14 FEB. 2019  
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Guatemala, 12 de febrero de 2019.

Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Hora: \_\_\_\_\_  
Firma: \_\_\_\_\_

Licenciado Orellana

Atento hago de su conocimiento el dictamen como asesor de tesis de la bachiller Andrea Isabel García Hernández, carné número 201401613, de conformidad con el nombramiento con fecha 19 de junio de 2018, del trabajo de tesis intitulado Vulneración del Principio de Culpabilidad en la Aplicación Judicial de la Peligrosidad como Elemento Subjetivo para la Fijación de la Pena Privativa de Libertad, como sigue:

Contenido: La investigación se estructuró en cinco capítulos, que abarcaron los temas de la culpabilidad en el derecho penal, la teoría de la pena, la individualización de la pena, la peligrosidad y medidas de seguridad, y la vulneración del principio de culpabilidad en la aplicación judicial de la peligrosidad como elemento subjetivo para la fijación de la pena privativa de libertad, advirtiéndolo la necesidad de la derogación del ente peligrosidad, (mayor o menor peligrosidad del culpable), mediante reforma legislativa del artículo 65, del Código Penal.

Metodología: Los métodos aplicados fueron el histórico y analítico, y la técnica aplicada fue la revisión bibliográfica. Partió del análisis evolutivo de la fijación de la pena privativa de libertad, en íntima relación con las teorías y fallos nacionales e internacionales, para concluir en la necesidad de expulsar del ordenamiento jurídico penal guatemalteco el ente peligrosidad.

Redacción: La composición utilizada en la transcripción del trabajo de tesis fue conforme a la gramática del lenguaje castellano, la redacción es clara, concisa, técnica y comprensible para el lector forense.

Contribución: El trabajo de tesis expuso la vulneración del principio de culpabilidad, al aplicar los jueces en

sentencia penal el instituto de la peligrosidad en contra del agente activo, como un elemento subjetivo para la privación de la libertad, advirtió la sustentante que se pretende sancionar una probable conducta futura indemostrable, dando lugar a la arbitrariedad judicial, en virtud que el ente peligrosidad se fundó únicamente para la aplicación de medidas de seguridad, circunstancia que riñe con el *statu quo* de un Estado demmocrático y constitucional de derecho, justificándose plenamnete la reforma del Artículo 65, del Código Penal, al revelarse la intención de que esa regla se troque en una norma de aplicación equitativa al juzgar los conflictos penales.



Conclusión: Lo relevante de la conclusión fue exponer la comprobación hipotética de la problemática, al aplicarse el ente de la peligrosidad al resolver el conflicto sometido al juzgador o tribunal, se propone como solución a esa problemática real, la reforma del Artículo 65, del Código Penal, para que en el futuro, la pena privativa de libertad se fije por la culpabilidad del sujeto activo y no por la conducta criminal anterior del incoado.

Bibliografía: La ordenación bibliografica en textos, legislación y jurisprudencia, fue idónea para abordar los temas del contenido, los textos le permitieron desarrollar un marco teórico amplio, y la legislación y jurisprudencia, le permitieron comprobar la hipótesis de la vulneración del principio de culpabilidad, para colegir en la justa y necesaria reforma del Artículo 65, del Código Penal.

Y declaro no ser pariente dentro de los grados de ley con la sustentante.

Considero que el trabajo de tesis cumple con los requisitos para su aprobación, (Artículo 31, del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público), y emito dictamen favorable, por tal debe continuarse con el trámite *ad hoc*.

Sin otro particular, me suscribo de usted,

Lic. Carlos Enrique Rivera Clavería  
Asesor de Tesis  
Colegiado 4616





**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de octubre de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANDREA ISABEL GARCÍA HERNÁNDEZ, titulado VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PELIGROSIDAD COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA LA FIJACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.





## DEDICATORIA

### **A DIOS:**

“Porque con él está la sabiduría y la fortaleza; suyo es el consejo y la inteligencia.” Job 12:13. Gracias por tu infinito amor, tu gracia y tu favor, gracias porque hoy puedo ver tus promesas cumplidas en mi vida.

### **A MIS PADRES:**

Nelson Giovanni García Matta y Silvia Violeta Hernández Dávila, por sus sacrificios, sus consejos, sus oraciones, su amor incondicional y por ser mi ejemplo a seguir. Los amo y gracias por apoyarme a cumplir mis sueños.

### **A MIS HERMANOS:**

Leslie Carolina García Hernández y José Daniel García Hernández, por su amor, su apoyo y sobre todo por darle alegría a mi vida y tomarme como un ejemplo a seguir.

### **A MI ABUELA:**

Estela Dávila, por su amor, su apoyo, sus oraciones y porque sé que su sueño era verme convertida en una profesional. Gracias por siempre creer en mí.



**A MIS TÍAS:**

Lorena Hernández, Elizabeth Villagrán y Moira García,  
por su amor, sus oraciones y su apoyo incondicional.

**A MIS PRIMOS:**

Bryan, Alejandra, Ericka, Daniela, Mónica, Fernanda y  
Wendy, por su cariño y apoyo en cada etapa de mi vida.

**A MIS AMIGOS:**

Por su cariño, apoyo, consejos y por todos los  
momentos compartidos, en especial a Karla, Alejandra,  
Paola, Dayana, Luis, Guillermo, José, Argentina,  
Mariela, Eddy, Diego, Brandon, Ximena, Plinio y Julio.

**A:**

El pueblo de Guatemala, por permitirme con sus  
impuestos acceder a la de educación superior.

**A:**

Mi *alma mater*, la tricentenaria Universidad de San  
Carlos de Guatemala. Eres grande entre las del mundo.

**A:**

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en  
especial, a la jornada matutina, por ser parte de mi  
formación académica, por enseñarme a amar el  
Derecho y a hacer las cosas siempre con excelencia.

## PRESENTACIÓN



La investigación es de tipo cualitativo, pertenece a la rama del derecho público, específicamente al derecho penal, en virtud de contemplar en el párrafo primero del Artículo 65 del Código Penal, una vulneración del principio de culpabilidad al establecer la peligrosidad como elemento subjetivo para la fijación de la pena privativa de libertad, con el cual se pretende sancionar una probable conducta futura indemostrable y dando lugar a innumerables arbitrariedades, puesto que la peligrosidad únicamente puede ser fundamento para aplicar una medida de seguridad más no una pena.

El estudio se realizó en el departamento de Guatemala, en el período comprendido del año 2015 al 2017, siendo el objeto de estudio el primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal, y los sujetos de estudio los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente.

Como aporte académico, se estableció que existe una vulneración del principio de culpabilidad al momento que los jueces en Guatemala toman en consideración el elemento de la peligrosidad y, para garantizar los principios y garantías constitucionales en materia de derecho penal, dentro de la misma se sugiere al legislador una propuesta de reforma, en el sentido que la pena se fije únicamente dentro de los límites señalados para cada delito, la gravedad del ilícito y la culpabilidad del sujeto.

## HIPÓTESIS



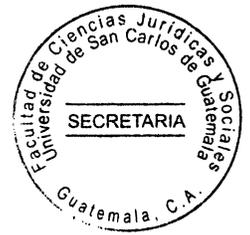
El mecanismo jurídico adecuado para evitar que los jueces en Guatemala vulneren el principio de culpabilidad al tomar en consideración la peligrosidad como elemento subjetivo para la fijación de la pena privativa de libertad es la reforma del primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal, en el sentido que la pena se fije únicamente dentro de los límites señalados para cada delito, la gravedad del ilícito y la culpabilidad del sujeto.

## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



La investigación realizada confirma la hipótesis planteada en base al resultado obtenido utilizando el método jurídico-histórico y el método analítico, partiendo del análisis evolutivo de la fijación de la pena privativa de libertad y el análisis realizado sobre diversas teorías, estudios, sentencias nacionales e internacionales, se determinó que existe una vulneración del principio de culpabilidad al momento que un juez toma en consideración la peligrosidad como elemento subjetivo para la fijación de la pena privativa de libertad.

Derivado de lo anterior, la hipótesis planteada fue validada en virtud de ser el mecanismo jurídico adecuado, para evitar el problema, la reforma del primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal, en el sentido que la pena se fije únicamente dentro de los límites señalados para cada delito, la gravedad del ilícito y la culpabilidad del sujeto.



# ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

## CAPÍTULO I

1. La culpabilidad en el derecho penal.....	1
1.1. Derecho penal.....	1
1.1.1. Definición.....	2
1.1.2. Naturaleza jurídica.....	3
1.1.3. Características.....	4
1.1.4. Escuelas del derecho penal.....	6
1.1.5. Contenido del derecho penal.....	8
1.1.6. Ramas del derecho penal.....	9
1.1.7. Principios del derecho penal.....	10
1.1.8. Fines del derecho penal.....	13
1.2. El delito.....	14
1.2.1. Definición.....	15
1.2.2. Elementos característicos del delito.....	15

## CAPÍTULO II

2. Teoría de la pena.....	17
2.1. Consideraciones históricas.....	17
2.2. Definición.....	18
2.3. Características.....	19
2.4. Teorías que justifican la pena.....	22
2.4.1. Teorías absolutas o retribucionistas.....	22
2.4.2. Teorías relativas, prevencionistas o utilitarias.....	23



2.4.3. Teoría mixta o de la unión.....	25
2.5. Principios en relación a la pena.....	26
2.6. Clasificación de la pena.....	27
2.6.1. Clasificación doctrinaria.....	27
2.6.2. Clasificación en la legislación penal guatemalteca.....	28
2.7. Pena privativa de libertad.....	29
2.7.1. Consideraciones históricas.....	29
2.7.2. Definición.....	31
2.7.3. Elementos.....	31
2.7.4. Clase de pena privativa de libertad.....	32
2.8. Justificación, fundamento y función social de la pena.....	33

### CAPÍTULO III

3. Individualización de la pena.....	35
3.1. Individualización legislativa o determinación legal de la pena.....	35
3.1.1. Definición.....	36
3.1.2. Sistemas de determinación legal de la pena.....	37
3.1.3. Criterios para la determinación legal de la pena.....	38
3.2. Individualización judicial o fijación de la pena.....	40
3.2.1. Definición.....	41
3.2.2. Criterios para la fijación de la pena.....	42
3.2.3. Elementos para la fijación de la pena.....	43
3.3. Individualización ejecutiva.....	46

### CAPÍTULO IV

4. Peligrosidad y medidas de seguridad.....	47
4.1. Peligrosidad.....	47



4.1.1. Consideraciones históricas.....	47
4.1.2. Definición.....	48
4.1.3. Tipos de peligrosidad.....	49
4.2. Medidas de seguridad.....	50
4.2.1. Consideraciones históricas.....	51
4.2.2. Definición.....	53
4.2.3. Naturaleza.....	53
4.2.4. Características.....	54
4.2.5. Finalidad.....	55
4.2.6. Los estados peligrosos.....	56
4.2.7. Clasificación doctrinaria de las medidas de seguridad.....	57
4.2.8. Clasificación en la legislación penal guatemalteca.....	58
4.2.9. Distinción entre medidas de seguridad y penas.....	60

## CAPÍTULO V

5. Vulneración del principio de culpabilidad en la aplicación judicial de la peligrosidad como elemento subjetivo para la fijación de la pena privativa de libertad.....	61
5.1. Resabios del modelo subjetivista o derecho penal de autor en el Artículo 65 del Código Penal de Guatemala.....	61
5.1.1. Derecho penal de autor o modelo subjetivista.....	62
5.1.2. Derecho penal de acto o modelo objetivista.....	64
5.1.3. La peligrosidad como fundamento de la medida de seguridad.....	65
5.1.4. La culpabilidad como fundamento de la pena.....	66
5.1.5. Vulneración del principio de culpabilidad.....	67
5.1.6. Análisis jurídico doctrinario de sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Guatemala.....	71



5.1.7. Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia con respecto al elemento de la peligrosidad.....	75
5.2. Mecanismo jurídico adecuado para evitar la vulneración del principio de culpabilidad al tomar en cuenta la peligrosidad en la fijación de la pena privativa de libertad.....	80
5.2.1. Propuesta de reforma del Artículo 65 del Código Penal.....	81
5.2.2. Efectos de la reforma.....	85
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>89</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>91</b>



## INTRODUCCIÓN

La investigación reviste de importancia, en virtud de la necesidad de realizar un análisis del primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal, a fin de que el Estado cumpla con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, con el objeto de evitar vulneraciones a principios fundamentales del derecho penal y coadyuvar a mejorar el sistema penal guatemalteco.

La problemática que ha permitido indagar sobre la necesidad de reformar el citado artículo es que, a pesar que la Constitución Política de la República de Guatemala es garantista y que en el ámbito del derecho penal hubo una transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, fundamentado en el derecho penal de acto, en el primer párrafo de este artículo aún existen resabios del modelo subjetivista basado en el derecho penal de autor, puesto que establece la peligrosidad como elemento para la fijación de la pena, facultando a los jueces en Guatemala a fijar una pena, principalmente la pena privativa de libertad, no solo por el acto ejecutado, sino también por la personalidad del sujeto, su apariencia, su *statu* económico y su probable conducta futura.

El objetivo general de la investigación era demostrar que se vulnera el principio de culpabilidad al momento que un juez toma en consideración la peligrosidad como elemento para la fijación de la pena privativa de libertad, objetivo que fue alcanzado, en virtud de que la peligrosidad, según la doctrina y la jurisprudencia, es un elemento subjetivo carente de cualquier contenido válido, siendo el mecanismo jurídico adecuado para evitar el problema la reforma del primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal, por parte del Congreso de la República de Guatemala.



El contenido de la investigación está estructurado en cinco capítulos, el primero, hace referencia al término de culpabilidad en el derecho penal, desarrollando la culpabilidad no solo como principio sino también como elemento positivo del delito; en el segundo, se desarrolla todo lo relativo a la teoría de la pena y en específico a la pena privativa de libertad; el tercero, se refiere a la individualización de la pena estableciendo y desarrollando cada uno de los elementos en los que se basa el juez al momento de fijar una pena; el cuarto, desarrolla la peligrosidad y las medidas de seguridad, haciendo una distinción de estas últimas con las penas; finalmente, en el quinto capítulo, se realiza el análisis de la vulneración del principio de culpabilidad en la fijación de la pena privativa de libertad en Guatemala y se puntualiza, en la necesidad de reformar el párrafo primero del Artículo 65 del Código Penal, sugiriendo una propuesta de reforma al legislador, acorde a los principios y garantías constitucionales en materia penal.

Los métodos utilizados en el trabajo fueron el método jurídico-histórico y el método analítico, puesto que partiendo del análisis evolutivo de la fijación de la pena privativa de libertad y el análisis realizado sobre diversas teorías, estudios y fallos nacionales e internacionales, se determinó que existe una vulneración del principio de culpabilidad, al momento en que un juez toma en consideración el elemento de la peligrosidad. La técnica utilizada para reforzar la investigación fue la revisión bibliográfica, la cual permitió comprobar la hipótesis planteada.

En Guatemala existe normativa que no se adapta a la realidad social o que es incompatible con los principios y garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, como es el caso del primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal, por ello, se hace necesario que el Congreso de la República de Guatemala realice una reforma de este Artículo, en el sentido de que la pena se fije únicamente dentro de los límites señalados para cada delito, la gravedad del ilícito y la culpabilidad del sujeto, a fin que se eliminen resabios de la Escuela Positivista en el Código Penal y sea una norma funcional dentro del sistema jurídico y social moderno.



## CAPÍTULO I

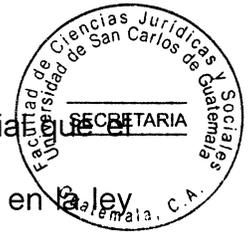
### 1. La culpabilidad en el derecho penal

El término de culpabilidad reviste importancia en el derecho penal, constituye no solo un elemento positivo del delito, sino también un principio que sirve de límite a la facultad sancionadora del Estado, en la medida que no puede imponérsele una pena a un sujeto, si no es como consecuencia de la comisión de un delito debidamente comprobado a través de un proceso penal.

#### 1.1. Derecho penal

El derecho penal es una de las ramas más antiguas del saber jurídico, cuyo surgimiento obedece a la necesidad de regular la conducta del hombre en sociedad, a través de la imposición de una sanción o pena, con el objeto de proteger valores fundamentales del hombre, a fin de lograr un orden social y una convivencia pacífica. Ese orden social exige también el involucramiento de otras instituciones sociales, así el funcionamiento de tales instituciones se logra a través de su inclusión en el sistema de control social que opera en la sociedad y el cual es irrenunciable a ella.

Este sistema de control social está compuesto por subsistemas, cada uno de los cuales se encarga de un sector concreto de la sociedad. Es por esa razón que el derecho penal



funciona como un subsistema del derecho dentro del sistema de control social. El Estado dispone para evitar la comisión de conductas tipificadas como delitos en la ley penal.

### 1.1.1. Definición

- a. Punto de vista subjetivo *ius puniendi*: Es “la facultad de imponer penas que tiene el Estado como único ente soberano... es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.”<sup>1</sup> Derivado de lo anterior, el derecho penal desde el punto de vista subjetivo se refiere a la potestad de penar exclusiva del Estado, es un atributo que deviene de su soberanía estatal que le permite determinar los delitos y las faltas, e imponer una pena o medida de seguridad.
  
- b. Punto de vista objetivo o *jus poenale*: Es el “conjunto de normas jurídico – penales que regulan la actividad punitiva del Estado, que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad...”<sup>2</sup>. Es decir, el derecho penal, desde este punto de vista, es un conjunto de normas o disposiciones jurídicas establecidas por el Estado, que regulan las conductas

<sup>1</sup> De León Velasco, Héctor; José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general**. Pág. 4

<sup>2</sup> *Ibid.*



tipificadas como delitos o faltas, y establecen las correspondientes penas y medidas de seguridad.

- c. Definición integral: Es “un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado...”<sup>3</sup>. De esta manera el derecho penal se encuentra conformado tanto por normas jurídicas como por instituciones, principios y doctrinas que regulan la facultad sancionadora del Estado al momento de imponer una pena a un sujeto como consecuencia de la comisión de un delito previamente comprobado a través de un proceso penal.

### **1.1.2. Naturaleza jurídica**

Derivado de las definiciones anteriores se puede afirmar que el derecho penal es de naturaleza jurídica pública, porque la labor de imponer una pena o una medida de seguridad es una función pública, que únicamente pertenece al Estado, como expresión de su soberanía, además, de que la comisión de cualquier conducta delictiva crea un vínculo entre el transgresor de la norma y el Estado, puesto que este último es el único titular del poder punitivo. Solamente el Estado tiene esa potestad, *ius puniendi*, de imponer una determinada sanción derivado de la comisión de un delito, para proteger intereses, tanto individuales como colectivos, a fin de lograr la paz social.

---

<sup>3</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de derecho penal*. Pág. 31



### 1.1.3. Características

- a. Es una ciencia cultural o social: El derecho penal es una ciencia cultural o social, su objeto de estudio es el deber ser y no el ser de las conductas humanas en sociedad.
- b. Normativo: Es normativo porque está conformado por normas jurídicas penales de naturaleza coercitiva, las cuales contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana en una sociedad.
- c. Positivo: Únicamente se consideran normas jurídicas penales aquellas que han sido creadas por el Estado con las formalidades establecidas legalmente y solo se consideraran como delitos aquellas conductas tipificadas por la ley.
- d. Público: En virtud que solo el Estado tiene la potestad de determinar las conductas que se van a tipificar como delitos y de imponer una pena o medida de seguridad por la comisión de los mismos. Únicamente el Estado tiene esa facultad de castigar derivado de la comisión de un delito, *ius puniendi*.
- e. Valorativo: Las normas jurídicas penales son elaboradas para el cumplimiento de sus fines a través de una valoración previa que permite calificar ciertas conductas como delitos, los cuales, en caso de comisión, conllevan a una sanción, asimismo, el juez, al momento de emitir una sentencia, califica la conducta humana de acuerdo a una valoración.



- f. Sancionador: Parte del ordenamiento jurídico impone determinadas sanciones penales a quienes infringen las normas prohibitivas e imperativas. Por ello, mientras exista el derecho penal no puede dejar de ser sancionador, pues nunca puede prescindir de la aplicación de una pena, para cumplir el fin de orden y paz social.
- g. Preventivo: Con el surgimiento de las medidas de seguridad el derecho penal dejó de ser eminentemente sancionador, adoptando además la característica de ser preventivo, busca evitar la comisión de un delito anticipándose al hecho delictivo. Es así como tiene una tarea social frente al delincuente y eso significa que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general.
- h. Rehabilitador: No solo busca imponer una sanción, sino también que el delincuente pueda reincorporarse a la sociedad. Esta característica está ligada con la prevención, pues a través de la imposición de una sanción y la exitosa reincorporación del sujeto que ha delinquido a la sociedad se pretende evitar que el sujeto vuelva a delinquir.
- i. Fragmentario: Debe ser subsidiario, accesorio y de mínima intervención, es decir, únicamente debe utilizarse cuando los demás subsistemas de control social, no hayan podido neutralizar la problemática, ya que debe ser el último recurso del Estado contra la agresión delictiva, por ser un recurso de *ultima ratio*.



j. Finalista: Tiene como objetivo principal regular las conductas humanas en sociedad a través de la imposición de una sanción, a fin de conservar el orden social y jurídico establecido.

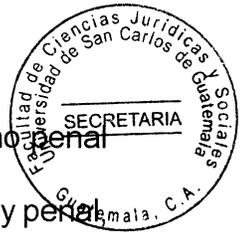
#### 1.1.4. Escuelas del derecho penal

Históricamente dos han sido las escuelas del derecho penal que han tomado mayor relevancia y que se contraponen una con la otra. De acuerdo con los principios difundidos por el iluminismo, la pena se justificaba en la utilidad social, es decir, debía entenderse como un medio de defensa social que funcionaba como una intimidación a la colectividad, prevención general, y su límite debía encontrarse en las exigencias de la necesidad. Con esas ideas fundamentales la Escuela Clásica tuvo sus inicios a principios del Siglo XIX en la Escuela de los Juristas.

Dentro de esta escuela el derecho penal “va encaminado al desempeño de una función ético-redistributiva, y por ende, la cantidad y la gravedad de la pena deben ser proporcionadas a la gravedad del delito cometido. El delito aparece en esta nueva concepción como un “ente jurídico” y no como un ente de hecho; en tanto que el delincuente es relegado a un segundo plano y se le exige la responsabilidad de un hombre medio”<sup>4</sup>, en cuanto a la aplicación de las penas, se basó sobre el presupuesto del libre albedrío del delincuente y la responsabilidad moral.

---

<sup>4</sup> Estrada Arispe, Carlos Enrique. *Manual de derecho penal guatemalteco, parte general*. Pág. 5



La Escuela Clásica fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el derecho penal representaba en esa época, procuró la humanización por medio del respeto a la ley penal, del reconocimiento de garantías individuales y la limitación al poder absoluto del Estado, sostenía que el fundamento del *ius puniendi* del Estado era la justicia, pero restringido por la necesidad de la defensa. Las ideas que dieron origen a esta escuela tuvieron su antecedente inmediato en la corriente de pensamiento de Beccaria, expuesta en su libro De los delitos y las penas. Su obra se basó en la crítica a los abusos del derecho penal, del proceso penal y de la imposición de la pena en su época.

Por otro lado, surge a mediados del Siglo XIX, en Italia, la Escuela Positiva, como una nueva corriente de pensamiento del derecho penal, constituyéndose bajo principios y postulados más uniformes que la Escuela Clásica. Esta escuela generó una revolución en el campo jurídico-penal, provocando una confusión en las ideas de esa época y, con ello, la crisis del derecho penal clásico. La doctrina positiva fue elaborada por Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo. Nace como una reacción a los excesos jurídicos de la Escuela Clásica, a su extremo formalismo, al abuso de la dogmática, al olvido del delincuente y su creencia de haber agotado la problemática jurídico-penal.

Mientras que la Escuela Clásica había excluido al delincuente de sus construcciones jurídicas, esta escuela lo elevó a un primer plano, partió de la idea que el objeto del derecho penal es el hombre y el método a usar era el positivo-inductivo, por esa razón, la ciencia penal no consideraba al delito como un ente jurídico, sino como una conducta humana, como un fenómeno individual y social, por ello, era importante estudiar al



hombre y el medio que lo rodea, pues, siendo el hecho delictivo el resultado de una vivencia y del medio que le rodea, resulta inaplicable la tesis del libre albedrío, por lo mismo, la pena no podía ser vista como un castigo.

El positivismo era predominantemente determinista y se asienta sobre la responsabilidad social, por esa razón es considerada la precursora de la doctrina de la defensa social, la cual establece que la sociedad tiene derecho a defenderse de los ataques de quienes lo hacen. Así, el fin principal de las penas ya no era el restablecimiento del derecho violado, sino la prevención, en consecuencia, ya no son determinadas y proporcionales al daño causado por la comisión del delito, sino que las mismas son indeterminadas y proporcionadas a la temibilidad del delincuente, permitiendo un arbitrio amplio del juez para que este pudiera ajustar la pena a la personalidad del delincuente.

#### **1.1.5. Contenido del derecho penal**

- a. Parte general: Esta parte se ocupa de las instituciones, conceptos, principios y doctrinas relativas al delito, al delincuente, a las penas y las medidas de seguridad. Es decir, la teoría de la ciencia del derecho penal, teoría del delito y teoría de la coerción penal. Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra contenida en el libro primero del Código Penal.
  
- b. Parte especial: Esta parte se ocupa en particular de las conductas tipificadas como delitos o faltas, y de las correspondientes penas y medidas de seguridad que debe



imponerse al infractor de la ley penal. Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra desarrollada en el libro segundo y tercero del Código Penal.

#### **1.1.6. Ramas del derecho penal**

- a. Sustantivo o material: Es llamado de esta manera ya que se refiere a la sustancia de la Ciencia del Derecho Penal, como es el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad. Esta rama del derecho penal está conformada por el conjunto de normas jurídico-penales que regulan los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad.
  
- b. Procesal penal o adjetivo: Hace referencia al conjunto de normas de carácter procedimental por medio de las cuales es investigado, debatido y resuelto un caso concreto, determinando la responsabilidad penal del sujeto. Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, estableciendo los actos constitutivos del procedimiento necesarios para decidir si debe imponerse una pena o una medida de seguridad. Es el medio por el cual se busca la aplicación del derecho penal sustantivo a través de un proceso, a fin de llegar a la emisión de una sentencia, por parte de un juez, en la que se deduzca si hay participación del sujeto.
  
- c. Ejecutivo o penitenciario: Es el conjunto de normas positivas que regulan los diferentes sistemas de penas, así como los procedimientos de aplicación, ejecución o cumplimiento de las mismas, la custodia o tratamiento, la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención. Es



importante mencionar que el derecho penal ejecutivo no solo está conformado por normas positivas, sino también por principios, doctrinas e instituciones que regulan la ejecución de las penas en los centros destinados para el cumplimiento de la condena.

### 1.1.7. Principios del derecho penal

Los principios son lineamientos, aspiraciones o directrices generales que sustentan una determinada rama del derecho, en este caso del derecho penal. Entre los principios más importantes del derecho penal se encuentran los siguientes:

- a. Principio de legalidad: Es un pilar fundamental en el derecho penal, ya que establece que la intervención punitiva del Estado “tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”.<sup>5</sup> Actúa como una garantía a los particulares limitando el poder punitivo del Estado al momento de sancionar únicamente aquellas conductas que se encuentren tipificadas como delitos en la ley penal.

Este principio suele expresarse “en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho

---

<sup>5</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Pág. 80



puede merecer una pena”<sup>6</sup>, buscando de esta manera impedir la actuación ilimitada y arbitraria del Estado.

Así, el principio de legalidad debe formularse de la siguiente manera: Toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia jurídica de una ley, por ello, se dice que no puede imponerse una pena sino es como consecuencia de una conducta tipificada como delito en la ley penal. De esta manera es como las garantías derivadas del principio de legalidad imponen un límite al legislador al momento de determinar las conductas que van a ser tipificadas como delitos, y la correspondiente pena o medida de seguridad a aplicar, asimismo, imponen un límite al juez al momento de determinar la responsabilidad penal del sujeto, y fijar la pena o medida de seguridad.

b. Principio de mínima intervención: Establece que el derecho penal tiene que quedar reducido a su más mínima expresión. El Estado solo puede intervenir para imponer una sanción cuando exista una violación a bienes jurídicos tutelados. En el derecho penal moderno este principio se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado, pues, “supone que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”<sup>7</sup>, siempre que existan otros medios distintos al derecho penal para la defensa de los derechos individuales y el orden social, estos serán preferibles por ser menos lesivos.

---

<sup>6</sup> Bacigalupo, Enrique. Principios del derecho penal, parte general. Pág. 55

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón: teorías del garantismo penal. Pág. 56



Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de fragmentación y subsidiariedad del derecho penal. La fragmentación permite utilizar el derecho penal exclusivamente para salvaguardar valores fundamentales de la sociedad, frente a los ataques más intolerables a tales valores para el mantenimiento del orden social. La subsidiariedad entiende al derecho penal como el último recurso frente a la desorganización social, una vez que el Estado ha agotado todas las posibilidades que le ofrecen los demás subsistemas de control social puede acudir al derecho penal.

c. Principio de culpabilidad: El término de culpabilidad debe entenderse como la “calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de falta o delito a quien resulta agente de uno u otra, para exigir la correspondiente responsabilidad.”<sup>8</sup> La culpabilidad constituye no solo un principio, sino también un elemento positivo del delito. Para que un sujeto sea culpable y, por ende, se le pueda imponer una pena, primero tiene que haber realizado una conducta tipificada como delito en la ley penal, segundo, el sujeto debe haber actuado con dolo o culpa y, tercero, no debe existir causa que lo exima de responsabilidad.

Es por esa razón que este principio sirve de límite a la facultad sancionadora del Estado, pues, no puede imponérsele una pena a un sujeto si no es como consecuencia de la comisión de un delito debidamente comprobado a través de un proceso penal. Garantiza que las penas señaladas en la ley penal deben ser impuestas únicamente a las personas

---

<sup>8</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Pág. 101



que se consideren responsables de la comisión de un delito, por ello, se dice que el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma, ya que no puede haber pena sin culpabilidad ni tampoco la pena puede superar la gravedad de la culpabilidad.

En virtud de lo anterior se dice que el principio de culpabilidad cumple dos funciones dentro de la estructura del sistema penal. La primera, es que condiciona la pena, pues solo será legítima la pena que tenga como presupuesto la culpabilidad del autor, es decir, que tiene por objeto la constatación de los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor y justifica la imposición de una pena. La segunda, es que condiciona la magnitud de la pena, dado que solo se considerará legítima la pena que resulte adecuada a la culpabilidad del autor. Desde esta perspectiva la culpabilidad tiende a establecer los criterios de la medición de la gravedad del reproche.

### **1.1.8. Fines del derecho penal**

El derecho penal al ser un subsistema que forma parte del sistema de control social y, al igual que los demás subsistemas, persigue asegurar el orden y la paz social, a través de normas jurídicas, proceso y sanción.

Históricamente se le han reconocido estos fines al derecho penal, ya que permite reestablecer el orden jurídico y social establecido previamente, por medio de la



imposición de una pena al sujeto que ha alterado ese orden, realizando una conducta tipificada como delito en la ley penal. Sin embargo, con el surgimiento de las corrientes modernas, y por ende, las medidas de seguridad, el derecho penal moderno también persigue fines de prevención efectiva del delito, es decir, evitar esas conductas que supongan una grave perturbación para el mantenimiento del orden social, la rehabilitación, readaptación y resocialización del delincuente.

## 1.2. El delito

Históricamente el delito, al igual que el derecho penal, ha tenido diversas denominaciones, dependiendo de la valoración jurídica que se le ha otorgado. “En la primigenia Roma se habló de *Noxia* o *Noxa* que significa daño, apareciendo después en la culta Roma para identificar a la acción penal, los términos de: *Flagitium*, *Scelus*, *Facinus*, *Crimen*, *Delictum*, *Fraus* y otros ...”<sup>9</sup>, sin embargo, las denominaciones de *crimen* y *delictum* fueron los términos aceptados hasta la edad media, quedando reservado el primero para las infracciones de mayor gravedad, en consecuencia, con mayor pena, y el segundo, para las infracciones de menor gravedad, por lo tanto, con menor penalidad.

En la Escuela Clásica el delito era considerado como un ente jurídico, una infracción a la ley penal, posteriormente, la Escuela Positiva consideró al delito como un fenómeno natural o social, y el derecho penal moderno, plantea un sistema bipartito, empleando el

---

<sup>9</sup> De León Velasco. Op. Cit. Pág. 119



término de delito para designar a las transgresiones graves a la ley penal y, el término de falta para designar a las transgresiones leves.

### **1.2.1. Definición**

De las diferentes clasificaciones para definir al delito, la más acertada es la definición dogmática, la cual establece que el delito es “la acción típica, antijurídica y culpable”<sup>10</sup>, es decir, que es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, en cuanto a la punibilidad, es un elemento que puede o no estar, dependiendo de las circunstancias.

### **1.2.2. Elementos característicos del delito**

Para determinar si una conducta es calificada como delito, se debe analizar si concurren los elementos positivos comunes a todo hecho delictivo, siendo estos los siguientes:

- a. La acción: Se refiere a la conducta en general, abarcando tanto los comportamientos activos como omisivos. La acción es todo comportamiento derivado de la voluntad, la cual involucra siempre una finalidad. En virtud de lo anterior, se afirma que cuando falta el componente de la voluntad no puede existir una acción penalmente relevante, como en los casos de fuerza exterior, movimientos reflejos y estados de inconsciencia.

---

<sup>10</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal**. Pág. 26



- b. La tipicidad: Es la descripción de la conducta prohibida por la ley penal. Es el conjunto de elementos, determinados por la ley, constitutivos de un delito. Los tipos penales tienen dos componentes básicos: el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo. El aspecto objetivo hace referencia a lo externo de la conducta, distinguiendo entre delitos de mera actividad y delitos de resultado. El aspecto subjetivo alude al elemento psicológico del comportamiento, haciendo posible distinguir entre tipos dolosos y culposos.
- c. La antijuricidad: En términos generales por antijuricidad se entiende a la contradicción entre la conducta realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. Es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano indicando que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. Sin embargo, algunas conductas en principio contrarias al ordenamiento jurídico, pueden en determinados casos considerarse como lícitas, esto sucede cuando procede la aplicación de una causa de justificación, la cual convierte a la conducta típica en lícita.
- d. La culpabilidad: Puede definirse como juicio de reproche que se realiza al actor de un delito por haber realizado una conducta antijurídica. Una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico es culpable cuando cuente con todas sus facultades, conoce la norma prohibida y no exista una circunstancia que haga inexigible otra conducta. El reproche se fundamenta en la posibilidad del sujeto de poder escoger actuar de otro modo o abstenerse del comportamiento delictivo, motivado por la norma.



## CAPÍTULO II

### 2. Teoría de la pena

La pena es una de las sanciones más graves dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, precisar el momento histórico que le dio origen resulta imposible, ya que su génesis se remonta aún antes de la existencia de una sociedad jurídicamente organizada.

#### 2.1. Consideraciones históricas

En la sociedad primitiva las penas eran impuestas directa y cruelmente, pues eran consideradas como un castigo o venganza por un mal causado. Durante este período no existían penas estructuradas y preestablecidas, la venganza no estaba sometida a ningún criterio de proporcionalidad y la comisión de un delito provocaba no solo la reacción de la víctima, sino también la de sus parientes, de la tribu o el clan. Con el surgimiento de La Ley del Tali3n se estableció limitaciones a la venganza, aparecieron métodos de castigo en el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentaban establecer una primera proporcionalidad entre el da3o producido y el castigo.

El origen de la imposici3n de la pena como facultad estatal, que busca la hegemonía de cierto grupo a fin de controlar a la mayoría, se remonta a la edad media, en donde prevalece un consentimiento del Estado para que la comunidad venga sus ofensas, pero, sin encontrarse determinadas. Comenzando de esta manera una paulatina labor



del Estado para abstraer las reacciones individuales y concentrarlas legalmente en una sola pena, y así se llega hasta el Siglo XVIII con el concepto de que la pena depende de un orden social.

Es por lo anterior que se afirma que el inicio de las penas radica en las leyes, pues éstas son las condiciones por la que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estado de guerra y gozar de una libertad que les era inútil. Así, la teoría general contemporánea del derecho penal, únicamente considera como penas las restricciones y privaciones de bienes jurídicos tutelados, que se encuentran establecidos en la ley penal, concibe a este primordialmente como represivo, como un sistema que mediante la fuerza obtiene el máximo de respeto para las normas primarias o que hace de la fuerza el contenido mismo de las normas secundarias.

## 2.2. Definición

La pena es “una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal.”<sup>11</sup>

Otra definición de pena es la siguiente: “Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta.”<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. Pág. 171

<sup>12</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 225



Derivado de lo anterior se puede afirmar que la pena ha sido entendida como un mal que se impone a un sujeto como consecuencia de la comisión de un delito, que consiste en la privación de su libertad o en la restricción de algún derecho fundamental, determinada y fijada por la autoridad establecida en la ley a través de un proceso legal.

### 2.3. Características

- a. Es un castigo: Constituye un sufrimiento físico, moral o espiritual para el condenado, al ser privado de su libertad o restringido en sus derechos. Es un mal que se impone a un sujeto por la realización de una conducta antijurídica.
  
- b. Es de naturaleza pública: El Estado es el único ente capaz de imponer y ejecutar una pena, derivado del *ius puniendi*. La facultad de castigar es un atributo de la soberanía del Estado.
  
- c. Es una consecuencia jurídica: Es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, partiendo del principio de legalidad, no puede imponérsele una pena a un sujeto sino es como consecuencia de una conducta tipificada como delito en la ley penal, asimismo, solo puede imponerla un órgano jurisdiccional competente a través de un debido proceso en donde se compruebe la culpabilidad del sujeto.



- d. Es personal: Únicamente puede afectar a una persona determinada, la que cometió el delito, es por ello que la pena está estrechamente ligada con el principio de culpabilidad, el cual garantiza a los individuos que el Estado sólo puede dirigir el *ius puniendi* en contra de quien fue declarado responsable del hecho mediante sentencia firme.
- e. Es individualizada: Se impone solo por los hechos realizados por personas concretas, por lo que se exige su individualización, la cual consiste en un proceso tendente a tomar la pena abstracta y, mediante sucesivas concreciones, adaptarla a las necesidades suscitadas por el caso en cuestión, a través de un proceso legal que termina con la emisión de una sentencia.
- f. Debe ser proporcionada: Al ser la reprobación de una conducta antijurídica, debe ser graduada a la naturaleza, a la gravedad del delito y al daño causado, 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.”<sup>13</sup> En ese sentido la pena en ningún momento puede superar el grado de culpabilidad del sujeto que delinquiró.

---

<sup>13</sup> Zaffaroni, Eugenio. *Tratado de derecho penal, parte general I*. Pág. 77



- g. Debe ser flexible: La pena debe ser graduada dentro del máximo y mínimo señalado por la ley. Asimismo, debe ser flexible en cuanto a revocarla o repararla mediante un acto posterior, en caso de determinarse un error judicial.
  
- h. Debe ser necesaria y suficiente: La necesidad atañe a que la pena debe no solo ser merecida por haberse cometido un delito, sino también deber ser necesaria para alcanzar sus fines. En cuanto a la suficiencia, esta permite encuadrar las penas en unos contornos que no siempre coinciden con el criterio de necesidad, pudiendo la pena necesaria tener déficit de suficiencia por exceso o bien porque no alcanza una medida determinada.
  
- i. Debe ser pronta e ineludible: La prontitud supone que la pena sea dispuesta a la brevedad posible y que sea ineludible, significa que su cumplimiento debe ser forzoso. Que la pena sea pronta e ineludible es una exigencia de su finalidad de prevención general.
  
- j. Debe ser ética y moral: Debe estar orientada hacia la reeducación, rehabilitación y readaptación del delincuente en la sociedad. En ese sentido, el Estado no puede infringir un mero sufrimiento al sujeto que delinquiró, sino que debe atender a su reeducación, rehabilitación y readaptación, a fin de devolver un ciudadano útil a la sociedad.



## **2.4. Teorías que justifican la pena**

Históricamente han existido diversas teorías que tratan de justificar la imposición de una pena, atendiendo a la finalidad de las mismas, ya sea que la pena tienda a una prevención general, a una prevención especial o, bien, tenga por finalidad tanto la prevención general como la especial.

### **2.4.1. Teorías absolutas o retribucionistas**

Estas 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. Encuentran su justificación exclusivamente en el delito cometido, ya que considera la pena como una retribución, como una compensación del mal causado por el delito. La pena no tiene una función social sino una razón de justicia, se sanciona porque se ha delinquido. La ocurrencia de un delito basta para aplicar una pena independientemente si está es útil o no, ya que no es vista como un medio sino como un fin en sí misma, en consecuencia se retribuye el mal por el mal.

De esta manera la retribución se encuentra ligada con razones religiosas y éticas, que confunden delito con pecado y pena con expiación. Durante el período de la Ilustración se produce una justificación metafísica y ya no religiosa de la retribución. Siendo dos de los autores más destacados Kant y Hegel. Kant plantea una retribución moral, para él la ley penal es un imperativo categórico, de tal manera que un delincuente debe ser castigado por los hechos cometidos incluso si la sociedad civil se disolviera,



fundamentando de esta manera la pena sobre la base de la retribución exigida por la justicia, desvinculada de toda finalidad utilitaria.

Al contrario, Hegel plantea una retribución jurídica, para él la fundamentación de la retribución se basa en la necesidad de establecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del sujeto que delinquirió y que solo puede ser reafirmada a través de un castigo penal. En consecuencia, la pena para Hegel es la reacción necesaria para reestablecer el orden jurídico que se ha violado sin tener un fin utilitario posterior.

#### **2.4.2. Teorías relativas, prevencionistas o utilitarias**

En las teorías relativas la pena se legitima porque tiende precisamente a obtener un fin relativo o circunstancial, como lo es el socialmente útil de prevenir o evitar el delito. Pretende sustentar la pena justificando la intervención penal en los fines que desempeña dentro de la sociedad. Esta teoría, distinto a las teorías absolutas, se refiere al fin de la pena, siempre partiendo de la idea que la pena es un mal, le otorga un carácter de necesaria, más que merecido, para hacer posible la convivencia social y evitar la comisión del delito, es un medio y no un fin.

Las teorías relativas de la pena, buscan en su imposición, frente a las teorías absolutas, utilidades sociales, prevención general, o individuales, prevención especial. Son prevencionistas y según sea el fin de la pena, la generalidad o el individuo, pueden distinguirse las siguientes:



- a. Teoría de la prevención general negativa o intimidadora: Establece que el fin de la pena es prevenir o evitar la comisión de los delitos a través de la intimidación del colectivo social, para que sus miembros se abstengan de delinquir. La pena, como un mal, coacciona psicológicamente a los individuos de la sociedad que no han delinquido para disuadirlos de hacerlo, es decir, que mediante la amenaza de la imposición de una pena se intimida a los posibles infractores de la ley.
- b. Teoría de la prevención general positiva o integradora: Supone que la pena conserva y refuerza la vigencia efectiva de las normas penales, ya que se contrapone al delito, el cual es una expresión simbólica de la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. La pena fortalece la convicción de la sociedad acerca de la vigencia de las normas penales y promueve los lazos de integración social ante posibles infractores, asegurando de esta manera la confianza en el sistema. Para esta teoría el destinatario de la pena no es el infractor de la ley, sino el ciudadano honesto que cumple con las leyes, cuya confianza en el sistema hay que fortalecer.
- c. Teoría de la prevención especial: Para esta teoría la pena consiste en una intimidación individual que recae únicamente sobre el delincuente con el objeto de que no vuelva a delinquir. Se dirige al delincuente en particular e implica una actuación de corrección sobre el delincuente, a fin de evitar que vuelva a delinquir en un futuro. De esta manera el derecho penal se anticipaba a la comisión del hecho delictivo, por considerar al sujeto un peligro para la sociedad por su tendencia natural a delinquir. Nace con la Escuela Positiva italiana.



### 2.4.3. Teoría mixta o de la unión

Fue elaborada por Roxin basada en las finalidades de la pena en cada uno de los momentos en que interviene el derecho penal. Parte de la idea que en un Estado democrático de Derecho el fin de la pena únicamente puede ser preventivo, en donde las normas jurídicas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social. Así, el legislador al momento de realizar la incriminación actúa en función de la prevención general, conminación penal en abstracto, que hace que toda la colectividad dirija sus acciones sobre la base de preceptos jurídicos penales determinados que señalan conductas prohibidas castigadas con una pena.

La culpabilidad tiene lugar en el momento de la imposición de la pena en la sentencia, cuando se ha comprobado la responsabilidad penal del sujeto, sirviendo de límite a la intervención penal, ya que una persona no puede ser castigada más allá de su culpabilidad, una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre. La resocialización opera en la etapa del cumplimiento de la pena, entendida como una opción ofertada por el Estado para el desarrollo de la personalidad del individuo y asumida voluntariamente por los ciudadanos.

Finalmente, según esta teoría, “la pena sirve para fines de prevención general y prevención especial, tiene un límite claramente establecido, el cual consiste en el grado de culpabilidad del autor...”<sup>14</sup>, esto derivado a que a ninguna persona le puede imponer

---

<sup>14</sup> Roxin, Claus. *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*. Pág. 17



una pena si actuó sin culpabilidad, así como tampoco la pena puede superar el grado de culpabilidad del autor. Conforme a esta teoría los fines de la pena, la culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente.

## **2.5. Principios en relación a la pena**

Al momento de fijar una pena el juez o tribunal sancionador debe tomar en cuenta ciertos principios que hacen que la pena no sea una mera venganza del Estado contra el delincuente, sino que el juez debe tener presente su finalidad, es decir, la rehabilitación, reeducación y reforma del delincuente.

- a. Principio de proporcionalidad de las penas: Sostiene que debe existir una correlación entre el valor del bien jurídico protegido en el delito y el valor del bien jurídico que se va a privar al autor de un delito en forma de pena. Así, el juicio de ponderación determina que nunca un bien jurídico tutelado puede ser protegido a través de la privación de un bien jurídico de mayor entidad o jerarquía del autor. En consecuencia, el valor del bien jurídico protegido da el máximo de la pena que es permitida imponer. De conformidad con este principio, la gravedad del delito y la culpabilidad del autor deben estar en proporción justa en cuanto a la magnitud de la pena.
  
- b. Principio de humanidad de las penas: Forma parte de los Estados democráticos de Derecho, en los cuales la pena no puede ser concebida como un mal o una retribución por el mal causado, sino que debe estar basada en consideraciones de humanidad y protección de los derechos inherentes al ser humano. Mediante este principio se



busca que el individuo reciba el tratamiento que le ocasione el menor sufrimiento posible utilizando los medios adecuados. No puede sancionarse a una persona de tal manera que se anule el valor que tiene como ser humano.

## **2.6. Clasificación de la pena**

Al igual que otras figuras del derecho penal, las penas suelen clasificarse de manera doctrinaria, también existiendo una clasificación en la legislación penal guatemalteca, como se verá a continuación.

### **2.6.1. Clasificación doctrinaria**

- a. Atendiendo al fin que pretenden alcanzar: Intimidatorias, tienen por objeto la prevención especial; correccional o reformativa, tiene por objeto la reeducación, reforma y rehabilitación del delincuente; eliminatorias, tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligroso.
- b. Atendiendo a la materia y el bien jurídico: Capital, consiste en la eliminación física del delincuente; privativa de libertad, consiste en la pérdida de la libertad de locomoción del condenado; restrictiva de libertad, restringe la libertad ambulatoria del condenado en un lugar específico de residencia; restrictiva de derechos, consiste en la restricción de ciertos derechos individuales, civiles o políticos; pecuniaria, consiste en el pago de una suma de dinero al Estado en concepto de pena; infamantes y aflictivas, privan o



lesionan el honor, y la dignidad del condenado o pretenden causar un sufrimiento físico.

- d. Atendiendo a su magnitud: Fijas o rígidas, aquellas que se encuentran determinadas en forma precisa e invariable en la ley penal; variables, flexibles o divisibles, se encuentran determinadas en la ley penal dentro de un límite máximo y un mínimo; mixtas o cumulativas, es una combinación de dos clases de penas.
- e. Atendiendo a su importancia y modo de imponerlas: Principales, gozan de autonomía en su imposición; accesorias, no gozan de autonomía en su imposición, por lo que necesariamente deben ir unidas a la imposición de una pena principal.

### **2.6.2. Clasificación en la legislación penal guatemalteca**

La legislación guatemalteca clasifica las penas únicamente atendiendo a su importancia o modo de imponerlas, es decir, en principales y accesorias.

- a. Principales: De muerte, el Código Penal contempla este tipo de pena con carácter extraordinario, únicamente en los casos consignados expresamente en la ley y después de agotados todos los recursos legales; de prisión, consiste en la privación de la libertad personal y su duración en nuestro país puede ser de un mes hasta cincuenta años; de arresto, consiste en la privación de la libertad personal, destinada especialmente para las conductas tipificadas como faltas o contravenciones, y su



duración puede ser de uno a sesenta días; de multa, consiste en el pago de una cantidad de dinero impuesta a un sujeto que cometió un hecho delictivo no grave.

- b. Accesorias: Inhabilitación absoluta, comprende la privación de ciertos derechos políticos u otras disposiciones fundamentales en relación a funciones públicas; inhabilitación especial, consiste en la imposición de alguna de las inhabilitaciones absolutas o en la prohibición de ejercer una profesión; suspensión de los derechos políticos, al imponerse la pena de prisión se suspenden los derechos políticos durante la condena; 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; publicación de la sentencia, en los delitos contra el honor es una pena accesoria.

## **2.7. Pena privativa de libertad**

En Guatemala la pena privativa de libertad se encuentra regulada como una de las penas principales dentro del Código Penal, siendo una de las más comunes a fijar por parte del juez o tribunal sancionador, ya que está destinada para conductas tipificadas como delitos en la ley penal.

### **2.7.1. Consideraciones históricas**

En el Siglo XVI la pena privativa de libertad era vista con un fin meramente procesal, "se interpreta que los centros de privación de libertad se debía a un fin orientado a garantizar



la presencia física del culpable, asegurando que podría ser torturado para obtener su declaración o esperar la hora de pagar su culpa...”.<sup>15</sup> Derivado de ello, en esta época el internamiento no tenía un carácter de pena, sino que se le atribuía el carácter de medida de custodia para el que esperaba ser juzgado, medida que iba acompañada de torturas como medio de investigación.

A finales del Siglo XVII se determinó la aparición de las casas de corrección, las que fueron un antecedente importante en el proceso de conformación de las cárceles. El propósito principal de esta institución consistía en que mediante el trabajo obligatorio, los prisioneros adquirirían hábitos laborales y formación profesional, con el fin de que cuando recobran su libertad pudieran reincorporarse al mercado laboral voluntariamente. En esta época a la pena privativa de libertad se le da un enfoque utilitarista.

El origen de la privación de libertad como pena se remonta al período de la Ilustración, constituyendo uno de los ejes fundamentales para eliminar el Estado Absoluto. El origen de la concepción moderna de la prisión, se debe en gran medida a Beccaria, Howard y Bentham.

Las ideas del pensamiento iluminista constituyeron las bases de la Revolución Francesa y la independencia de Estados Unidos. Estos movimientos políticos se fundamentaron en los principios de limitación del poder, libertad, igualdad y fraternidad, los cuales llegaron a quedar plasmados en las Constituciones de varios países, incluyendo las de América

---

<sup>15</sup> Samayoa Sosa, Héctor Oswaldo. **Elementos para el debate penitenciario en Guatemala**. Pág. 31



Latina, con la intención de eliminar las arbitrariedades en el ejercicio del poder del Estado a través de la pena de prisión.

### 2.7.2. Definición

La pena privativa de libertad es parte de las penas principales establecidas en el Código Penal guatemalteco. Es definida como pena que consiste en “la pérdida de libertad ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutada conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización.”<sup>16</sup> Es decir, que consiste en la pérdida de la libertad de locomoción del condenado, obligándolo a permanecer en un establecimiento específico por un tiempo determinado. Puede ser pena de prisión o de arresto.

### 2.7.3. Elementos

La pena privativa de libertad cuenta con elementos que permiten que esta no sea un sufrimiento innecesario o una simple venganza del Estado hacia un sujeto, sino que permiten que la misma sea legítima al cumplir con cada uno de los principios y garantías establecidas en la legislación, pretendiendo la finalidad de resocialización del delincuente. Estos elementos son los siguientes:

---

<sup>16</sup> Mapelli Caffarena, Borja; Juan Terradillos Basoco. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Pág. 63.



- a. Sustanciales: Hacen referencia a la autorización y legitimidad para afectar la libertad de locomoción del delincuente por un tiempo determinado, de tal manera que las otras libertades fundamentales reconocidas por la legislación no deben ser afectadas o limitadas al condenado, excepto que sea autorizado por la legislación y se fije por un juez.
  
- b. De garantía: Son todas las seguridades para impedir la afectación o exigir la materialización de los derechos fundamentales establecidos en el ordenamiento jurídico. El primer elemento lo constituye el haber sido condenado por sentencia judicial firme, el segundo elemento se refiere al lugar donde debe cumplirse la condena, es decir, el internamiento en un establecimiento penitenciario, y el tercero, someter su cumplimiento al principio de legalidad ajustándose a la legislación vigente con el fin de evitar arbitrariedades.
  
- c. Dinámicos: Son todas esas acciones orientadas al cumplimiento de las penas privativas de libertad que tienden a la resocialización y reeducación de los condenados. En ese sentido los elementos dinámicos constituyen todos esos actos encaminados a la reforma del delincuente durante el cumplimiento de la condena.

#### **2.7.4. Clase de pena privativa de libertad**

- a. Pena de prisión: Según el Código Penal de Guatemala la pena de prisión consiste en la privación personal en los lugares destinados para el efecto y tiene una duración de



un mes a cincuenta años. Es una de las penas más graves y está destinada para conductas tipificadas como delitos en la ley penal.

- b. Pena de arresto: Consiste en la privación de la libertad personal destinada especialmente para las conductas tipificadas como faltas a la ley penal, y, su duración puede ser de uno a sesenta días. Su cumplimiento debe realizarse en centros diferentes destinados a condenas de prisión.

## **2.8. Justificación, fundamento y función de la pena**

- a. Justificación ética de la pena: Aunque el derecho penal busca recurrir a la fuerza para imponer coactivamente la observancia de sus normas, su eficacia radica en el consenso de todos sus destinatarios. Así, el individuo ajusta su comportamiento a la norma penal con la convicción de que la misma es la expresión de las relaciones humanas intersubjetivas y no del mero arbitrio de quienes detentan el uso de la fuerza.
- b. Fundamento real de la pena: 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. En el caso de Guatemala la Carta Magna señala que es deber del Estado garantizar a sus habitantes la vida, seguridad y paz. De esta manera, el fundamento real de la pena radica en su necesidad para mantener las condiciones esenciales de la coexistencia social, es decir, en su indispensabilidad para mantener el orden normativo en la sociedad.



- c. Función social de la pena: La pena es un medio para garantizar y mantener el orden en la sociedad. Su función es atender y canalizar la contravención a normas jurídicas penales y evitar la comisión de delitos futuros para el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social.



## CAPÍTULO III

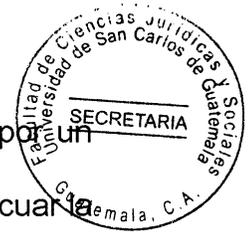
### 3. Individualización de la pena

Desde el momento en el que el legislador señala el marco penal del delito hasta el momento de la ejecución de la pena, se realiza un proceso lógico que se conoce como individualización de la pena. En ese sentido, la individualización de la pena constituye un proceso de adaptación que se inicia con la descripción típica en la ley penal y concluye con la ejecución de la pena impuesta, es decir, consiste en la precisión que en caso concreto se hace para determinar la calidad y cantidad de los bienes jurídicos tutelados posibles y necesarios de privar al sujeto que delinque, procurando su resocialización.

La individualización de la pena está comprendida dentro de una etapa legal, otra judicial y, en el caso de la ejecución de penas privativas de libertad, también se añade la intervención administrativa o penitenciaria. Es por ello que doctrinariamente la individualización de la pena se realiza mediante tres fases: legislativa, judicial y ejecutiva.

#### 3.1. Individualización legislativa o determinación legal de la pena

La superación de la arbitrariedad judicial propia del antiguo régimen y el establecimiento 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, el cual no hace referencia a la determinación 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 juez o tribunal sancionador debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor.

“Esta clase de individualización se encuentra en la propia norma penal, en forma abstracta y general, para cada tipo penal en particular. La extensión temporal de la pena, por regla general, se fija entre un máximo y un mínimo. Este sistema está planteado de esa manera, para que el juez tenga libertad de elección al adecuar la sanción penal a cada caso concreto, entre los límites establecidos normativamente.”<sup>17</sup>

Cuando el legislador establece la pena que corresponderá a cada delito la individualiza de manera general, tomando en cuenta todas las posibles formas de comisión y respecto a cualquier persona. Este tipo de individualización conlleva dos momentos: en el primero, el legislador adecúa la pena a cada figura delictiva, tomando en cuenta el valor del bien jurídico tutelado; y en el segundo, el legislador disminuye o aumenta la pena dependiendo de las circunstancias particulares, ya sean atenuantes o agravantes.

### 3.1.1. Definición

La determinación legal de la pena es la fase correspondiente al legislador que “consiste en el establecimiento del marco penal genérico (por ej., prisión de dos a cuatro años) que corresponde a cada delito”<sup>18</sup>, donde predominan criterios de prevención general y

<sup>17</sup> Trejo, Miguel Alberto. *Manual de derecho penal, parte general*. Pág. 654

<sup>18</sup> *Ibíd.* Pág. 583

proporcionalidad. Mediante la determinación legal de la pena el legislador señala una cantidad genérica de pena que considera necesaria y suficiente para intimidar a los ciudadanos, a fin de evitar que estos realicen alguna conducta considerada como delito.



Consiste en la fijación, por la ley, con carácter general y abstracto, de la pena correspondiente a cada delito. En esta fase de individualización el legislador debe tener en cuenta el bien jurídico tutelado que se lesiona a través del delito que se pretende sancionar, a fin de señalar los límites que posteriormente el juez debe tomar en cuenta para la fijación de la pena en un caso concreto.

### **3.1.2. Sistemas de determinación legal de la pena**

- a. Pena indeterminada: En este sistema la pena no ha sido establecida concretamente por el legislador, carece de límites máximos y mínimos, o de un límite máximo, haciendo depender su duración de las necesidades de reforma del delincuente. Este sistema fue defendido por el correccionalismo y por la Escuela Positiva pero en la actualidad ha perdido vigencia, pues se considera contrario al principio de legalidad. El contenido de la ley permitía al juez emitir una sentencia con una pena indeterminada que se concretaba por la penitenciaría, atendiendo a las características del sujeto sobre el que se concebían las exigencias de prevención especial.
- b. Pena relativamente indeterminada: El sistema de indeterminación relativa de la pena permite al juez fijar su duración dentro de un máximo un mínimo prefijados, así pues,



el poder de aumentar o disminuir la pena sólo puede ejercerse dentro de estos límites.

Este sistema se encarga de controlar la arbitrariedad judicial y con ello los posibles abusos, pues la ley penal establece los parámetros que permiten al juez seguir haciendo uso de su discrecionalidad pero de manera limitada.

- c. Pena determinada: A través de este sistema se le asigna la pena prevista para el delito mediante una pena fija. Señala una pena rígida determinada previamente por la ley, como consecuencia de la comisión de un delito, restringiendo totalmente la discrecionalidad del juzgador. No se tiene en consideración a la persona del delincuente ni las circunstancias particulares de cada caso.

### **3.1.3. Criterios para la determinación legal de la pena**

- a. Bien jurídico tutelado: El legislador debe tomar en cuenta que la pena sea proporcional al bien jurídico tutelado. La descripción de la conducta antijurídica en la ley penal debe ser relevante en el derecho penal, al poner en peligro o lesionar los intereses considerados como esenciales para la sociedad. De esta manera, el legislador debe seleccionar el bien jurídico a proteger comparando la mayor o menor importancia del bien jurídico lesionado en el delito de que se trate con el que se lesiona en otras figuras delictivas, sin llegar a caer en un modelo autoritario.



- b. Realización incompleta o intervención como cómplice: La legislación penal guatemalteca refleja un menor contenido de injusto en los casos de la realización incompleta del delito y la participación de un sujeto como cómplice, de ahí que prevea rebajas de pena en estos casos, permitiendo imponer penas por debajo del límite máximo y mínimo para el autor de un delito consumado, como es evidente en los Artículos 63 y 64 del Código Penal.
  
- c. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: El legislador aumenta o disminuye la pena de acuerdo a las circunstancias particulares que modifican la responsabilidad penal, ya sean circunstancias atenuantes o agravantes. El Código Penal guatemalteco regula estas circunstancias en los Artículos 26 y 27.
  
- d. Concurso de delitos: El legislador también debe prever los casos de concurrencia de concurso de delitos. En el Código Penal de Guatemala, en el caso de concurso real, el Artículo 69, establece que se deben imponer todas las penas correspondientes a las infracciones cometidas por el responsable, a fin que las cumpla sucesivamente, iniciando con la más grave, no pudiendo exceder del triple de la pena de mayor duración y, en el caso de concurso ideal, el Artículo 70, establece que se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalado mayor sanción, aumentada en una proporción que en ningún caso deberá superar la tercera parte.



- e. Delito continuado: Cuando varias acciones u omisiones típicas constitutivos de otros tantos delitos, pero, siempre manteniendo una misma unidad objetiva y subjetiva, en este caso el Artículo 71 del Código Penal, establece que se aplicará la sanción que corresponde al delito, aumentada a una tercera parte.

### **3.2. Individualización judicial o fijación de la pena**

La fijación de la pena es una tarea que le corresponde desarrollar al juez, a diferencia de la determinación legal de la pena que es una tarea que le corresponde al legislador. Al desarrollar dicha tarea el juez debe identificar la magnitud de la pena a imponer dentro de los parámetros que ha determinado el legislador, es decir, mientras que la determinación legal de la pena es un acto abstracto que corresponde al legislador, la fijación de la pena será un acto concreto que corresponde al juez o tribunal sancionador, sin embargo, en ambas tareas deben quedar fuera los elementos subjetivos.

En la fijación de la pena el órgano enjuiciador debe tomar en consideración las reglas establecidas por el legislador, es por ello que en esta fase el juez o tribunal debe llevar a cabo dos tareas: en primer lugar, la llamada determinación cualitativa o elección del grado de la pena prevista para cada delito, porque la ley obliga a imponer penas inferiores o superiores, o sustituir una pena por otra, de acuerdo a la gravedad del delito, y en segundo lugar, procede a la determinación cuantitativa de la pena, que consiste en la extensión o cantidad concreta de la pena a cumplir.



Se trata de una función autónoma del juez a través de la cual se determina la pena en relación a las peculiaridades del caso concreto. Así, una vez determinado el marco legal de la individualización en abstracto, el juez debe concretar dentro de los límites establecidos por ese marco, sin que de ninguna manera los pueda superar. El verdadero sentido de la individualización judicial, lo constituye la adaptación de la medida de la pena al delito realizado por el autor.

En la individualización judicial debe tenerse en cuenta tanto el criterio de la proporcionalidad de la pena respecto al hecho delictivo, como las necesidades preventivas especiales que presente el sometimiento a juicio. El juez es la pieza fundamental en esta fase de individualización, ya que la pena que se aplicará al caso concreto es el resultado del análisis que realiza, basado y delimitado por la misma ley, y auxiliado por la lógica, la psicología, la sociología y la experiencia adquirida durante su vida profesional.

### **3.2.1. Definición**

La individualización judicial o fijación de la pena es “el procedimiento por medio del cual la pena abstractamente determinada por la ley se adecua al delito cometido por el concreto autor.”<sup>19</sup> Es la tarea autónoma realizada por el juez o tribunal de sentencia, en el momento de determinar la pena que se va a aplicar a la persona que ha sido condenada por la comisión de un delito, dentro del marco legal que establece el límite mínimo y

---

<sup>19</sup> Creus, Carlos. *Derecho penal, parte general*. Pág. 477



máximo de la pena señalada para el delito. Es una facultad discrecional del juez o tribunal, pero no una discrecionalidad libre sino jurídicamente vinculada con criterios valorativos anteriores que impiden decisiones arbitrarias.

### **3.2.2. Criterios para la fijación de la pena**

En los delitos con penas únicas indivisibles, la función de la individualización de la pena por parte del juez se reduce a una mínima expresión, ya que una vez determinado 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 y mucho más cuando la pena es divisible, es decir, cuando tiene que determinar la magnitud de la pena dentro de un máximo y un mínimo señalado por el legislador. En estos casos, los tribunales fijarán la pena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso.

En ese sentido, el juez, al individualizar la pena, debe tomar en cuenta como se encuentra determinada la pena en la ley penal, al establecer esta los parámetros que el juez o tribunal sancionador no puede sobrepasar. Asimismo, debe tener presente los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y las garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala que deben aplicarse en todo proceso penal.



### 3.2.3. Elementos para la fijación de la pena

El Artículo 65 del Código Penal, regula lo relativo a la fijación de la pena, estableciendo los siguientes elementos:

- a. Máximo y mínimo señalado por la ley para cada delito: En el derecho penal guatemalteco se aplica el sistema de pena relativamente indeterminada, el cual no se traduce en una pena fija o rígida para cada delito, sino que se establecen parámetros mínimos y máximos, dentro de los cuales el juez o tribunal sentenciador debe adecuar la pena, tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto, limitando de esta manera la discrecionalidad del juzgador y evitando cualquier tipo de arbitrariedad.
  
- b. La mayor o menor peligrosidad del culpable: El término de peligrosidad no se encuentra definido dentro del Código Penal derivado de su complejidad, sin embargo, en el derecho penal este término “se refiere a la posibilidad que tenga el culpable de cometer otros delitos en el futuro (peligrosidad criminal) o bien que el culpable pueda causar daño o poner en peligro a la comunidad (peligrosidad social).”<sup>20</sup> De esta manera si al sujeto a quien se le considera culpable tiene la posibilidad de delinquir en el futuro, se estará frente a la peligrosidad criminal, o si la ley considera que la persona es un peligroso para la sociedad, se estará frente a la peligrosidad social.

<sup>20</sup> Girón Palles, José Gustavo. Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. No. 59. Pág. 6



En ambos casos, la peligrosidad es un concepto dirigido hacia el futuro, pero cuando se trata de fijar la pena se está interpretando también hacia el pasado, pues se toma en cuenta las características personales del sujeto, como la reincidencia y los antecedentes personales del culpable, las cuales incidirán en un aumento de la pena.

c. Antecedentes personales de este y de la víctima: Por antecedentes personales el legislador quiere decir que el juez, a la hora de determinar la pena, atienda a los factores psicosociales que han condicionado la ejecución del hecho punible por parte del delincuente. Entre ellos cabe citar la extrema pobreza, la pertenencia a una familia desintegrada, la escasa instrucción. Sin embargo, en el proceso penal guatemalteco se ha aplicado este elemento entendiendo por antecedentes personales los antecedentes penales y policiales que se utilizan para graduar la pena.

d. Móvil del delito: Este elemento hace referencia a la razón o el porqué de la comisión del delito, el motivo que tuvo el sujeto para realizar la conducta delictiva, obliga diferenciar entre los motivos que han desempeñado un papel fundamental en la comisión del delito y aquellos que tuvieron un papel secundario. En ese sentido el móvil del delito es la motivación que tiene el sujeto activo para la realización de la conducta descrita en la ley penal que sirve como supuesto para descubrir la verdad de la investigación, para obtener pruebas y para ponderar la pena.



- e. Extensión o intensidad del daño causado: Se refiere precisamente a la puesta en peligro del bien jurídico. Es una referencia acertada al grado en que ha sido lesionado o puesto en peligro el bien jurídico tutelado en el delito que se trate. De lo que se trata es de valorar la mayor o menor intensidad del daño causado al bien jurídico protegido en el delito correspondiente. El juez debe tomar en cuenta al principio de proporcionalidad, ya que la pena debe tener relación con la gravedad del delito cometido, y el bien jurídico lesionado o puesto en peligro.
- f. 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."<sup>21</sup> Se encuentran reguladas en el Artículo 26 del Código Penal, las cuales únicamente disminuyen la responsabilidad penal pero no la anulan totalmente.
- g. Circunstancias agravantes: Las circunstancias agravantes son sucesos que, en la ejecución del delito, provocan mayor gravedad del mal producido al bien jurídico tutelado, aumentan la responsabilidad penal del sujeto, ya que se exige un mayor reproche al autor, por lo tanto, ocasionan el aumento de la pena establecida en la norma jurídica. En el ordenamiento guatemalteco se encuentran reguladas en el Artículo 27 del Código Penal, aunque también suelen incluirse en leyes especiales.

---

<sup>21</sup> Girón Palles. **Op. Cit.** Pág. 63



### 3.3. Individualización ejecutiva

Se le llama también como individualización administrativa o 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.”<sup>22</sup> En esta fase se le da vida a la pena impuesta por el juez en la sentencia, ya que es donde el condenado cumple la pena y en donde puede recibir un beneficio penal. Está orientada a la reeducación y corrección del delincuente, procurando limitar su permanencia en un establecimiento penitenciario con el fin de estudiarlo para aplicar los medios de tratamiento necesarias que permitan una adecuada reinserción social.

La conducción, desarrollo y supervisión de la misma es competencia de los funcionarios administrativos encargados del régimen penitenciario, en tanto estas no estén asignadas a la autoridad judicial, juez de vigilancia penitenciaria o juez de ejecución de la pena. En el caso de Guatemala esta fase es judicial, ya que el Artículo 51 del Código Procesal Penal establece que la ejecución de la pena, y todo lo que se relacione con ella, está a cargo de un juez de ejecución, quien debe velar por el mantenimiento de la legalidad en el cumplimiento de la pena y salvaguardar los derechos de los condenados frente a la arbitrariedad administrativa.

---

<sup>22</sup> Muñoz Conde. Op. Cit. Pág. 602



## CAPÍTULO IV

### 4. Peligrosidad y medidas de seguridad

Peligrosidad y medidas de seguridad son dos términos íntimamente relacionados, el derecho penal moderno contempla la aplicación de medidas de seguridad a las personas que se consideran como peligrosas, por ello, se dice que la peligrosidad es el presupuesto que permite la aplicación de una medida de seguridad, al contrario de la pena la cual tiene como presupuesto la culpabilidad del sujeto.

#### 4.1 Peligrosidad

La peligrosidad ha sido un tema relevante dentro del derecho penal, esta característica influye de manera determinante en el momento de la imposición de la condena y el trato que recibirá el sujeto que delinquiró durante su cumplimiento, pues según sea mayor o menor el grado de peligrosidad del sujeto obtendrá un tratamiento distinto, acorde a sus necesidades y características, con el fin de reintegrarse a la sociedad.

##### 4.1.1. Consideraciones históricas

De las teorías positivistas propugnadas por los juristas Ferri, Garófalo y Lombroso surge el término de la *temibilitá*, el que fue posteriormente sustituido por el de inadaptación social y, se refiere a las características personales del infractor de la ley, que justificaban la aplicación de la pena para contener el riesgo de conductas reprochables a futuro. El



término de peligrosidad fue mencionado por primera vez por el famoso criminólogo Raffaele Garófalo en 1895 en su libro *Criminología*, en donde ya hacía referencia a este concepto como la potencia delincencial de su autor y la probabilidad de reiteración de la comisión de un delito.

La Escuela Positiva consideró a la peligrosidad como una característica que estaba determinada biológicamente y, por consiguiente, era insuperable. Es así como se sustentó la teoría del derecho penal de autor en contraposición a la Escuela Clásica del derecho penal de acto. De acuerdo a la primera corriente, la persona debe ser castigada por lo que es, declaración que puede realizarse, incluso, *ex ante*, es decir, cuando aún el delito no ha sido cometido; la segunda, sostiene que la persona debe ser penada únicamente por lo que hizo.

De esta manera la visión del delito fue tratado como un problema estrictamente social, como una patología que generó diversas explicaciones científicas del delito y políticas para su control. Así, las penas de muerte y de reclusión perpetua, se constituyeron como las soluciones legales idóneas para contener la peligrosidad como elemento inherente y natural del delincuente.

#### **4.1.2. Definición**

El Diccionario de la Real Academia Española, señala que la peligrosidad “deriva del latín *periculosos*, adjetivo que significa lo que tiene riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, pudiéndose identificar el término mal, con el daño, que se deriva del



latín *dannum*, que significa detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o bien molestia. La peligrosidad “es la capacidad de una persona para convertirse con probabilidad en autor de delito. Puede decirse también que es la predisposición a violar la ley penal o sea la tendencia a delinquir y también que es la actitud asocial del sujeto.”<sup>24</sup>

Se entiende, por lo tanto, que una persona será considerada peligrosa cuando se crea que pueda causar un daño, lo que significa que no es necesario que una persona cometa previamente un delito para que sea considerada como peligrosa. Es por ello que junto con el término de peligrosidad se habla del término temibilidad, el primero haciendo referencia a la probabilidad que tiene un sujeto de cometer un delito, causar un daño, y el segundo, como la expectativa que forma la sociedad sobre el sujeto que es considerado peligroso.

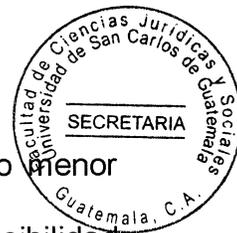
#### **4.1.3. Tipos de peligrosidad**

El término de peligrosidad fue definido en forma general por la Escuela Positivista del derecho penal, como la capacidad determinada biológicamente para cometer conductas antijurídicas. Sin embargo, fue el jurista Enrico Ferri quien posteriormente hizo una distinción entre peligrosidad social y peligrosidad criminal.

---

<sup>23</sup> De León Velasco. *Op. Cit.* Pág. 298

<sup>24</sup> Carrara, Francisco. *Programa de derecho criminal, parte general.* Pág. 290



a. Peligrosidad social: La peligrosidad social hace referencia a “la mayor o menor probabilidad de que un sujeto cometa un delito.”<sup>25</sup> Es decir, se refiere a la posibilidad de que una persona, sin haber cometido un delito, se encuentra próxima a cometerlo, es antes del hecho delictivo. El sujeto considerado peligroso será aquel que hasta el momento no ha cometido ningún delito, pero, se considera que puede producir un daño a la sociedad mediante sus actos futuros, entendiendo por daño social a la posibilidad de que el sujeto cometa un delito.

b. Peligrosidad criminal: La peligrosidad criminal hace referencia a “la mayor o menor readaptabilidad a la vida social de un sujeto que ya delinquirió.”<sup>26</sup> Es la posibilidad de que una persona que ha cometido un delito pueda volver a violar la ley penal, es posterior al hecho delictivo. El sujeto considerado peligroso será aquel que ha cometido un delito, e incluso, hasta una tentativa de delito, pero por su condición personal, por su incapacidad penal o inimputabilidad no se le puede imponer una pena.

#### 4.2. Medidas de seguridad

El Código Penal prevé junto con las penas las medidas de seguridad. La medida de seguridad surge en los casos en los que no es posible aplicar una pena al sujeto que ha

---

<sup>25</sup> Ferri, Enrico. **Principios del derecho criminal del delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia.** Pág. 276

<sup>26</sup> **Ibíd.**



realizado un injusto penal, por no tener la capacidad para ser culpable. Su fundamento radica en la peligrosidad del autor del delito, puesto que las medidas de seguridad y corrección, a diferencia de las penas, son fruto del derecho penal de autor.

Las medidas de seguridad se han desarrollado a partir de la prevención especial y se orientan por principio a la personalidad del autor. En comparación con la pena se han invertido los papeles, la personalidad del autor se encuentra en un primer plano y la conducta solo interesa para dar lugar a la sanción y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación.

#### **4.2.1 Consideraciones históricas**

Producto del positivismo criminológico surgieron nuevas propuestas, a finales del Siglo XIX, en cuanto al fundamento de la pena, entre las que trascendió el modelo binario de consecuencias penales, atribuido al tratadista Carl Stoos, quien introdujo por primera vez, sistemáticamente, las medidas de seguridad en el Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893.

El proceso histórico a través del cual se llega al Anteproyecto de Stoos, parte de la pena como única solución en la lucha contra el delito. Así, una pena entendida según la concepción del retribucionismo clásico, que fundamentaba la responsabilidad del sujeto en el libre albedrío, no podía abordar eficazmente las conductas delictivas realizadas por los menores de edad o los anormales mentales, pues era precisamente su falta de capacidad para determinarse por sí mismos lo que impedía realizar el reproche ético-



jurídico que consistía en el juicio de culpabilidad, haciendo de este modo que quedaran excluidos de la aplicación de una pena.

Algo semejante sucedía con otro tipo de delincuentes, estos sí plenamente responsables, como los delincuentes habituales o reincidentes, ya que una concepción retributiva de la pena no permitía actuar sobre este tipo de delincuentes de forma eficaz para prevenir la comisión de delitos futuros.

Es por ello que Stoos sostenía que las medidas de seguridad debían instituirse como un método de tratamiento totalmente distinto de las penas en cuanto a su fundamento y orientación. Consideró que la pena no era adecuada para estas personas, pues, no estaba determinada con arreglo al estado del agente, sino con arreglo al acto por él ejecutado, siendo por ende, necesarias otras medidas que consiguieran lo que la pena no obtenía, diferenciándose de estas en cuanto a su fundamento.

Como resultado de la dinámica evolutiva del derecho penal, resurgió el concepto de culpabilidad, instituyéndose como el elemento subjetivo del delito y, por ende, el fundamento y límite de la pena a imponer. Así, la conducta antijurídica se consideró como la pieza rectora de la culpabilidad, por lo que únicamente podía reprocharse la conducta que encuadrara en el tipo penal previsto con anterioridad en la ley, eliminándose de esta manera los resabios la corriente positivista al dejar de ser las circunstancias personales del delincuente y las razones endógenas objeto de punición.



#### 4.2.2. Definición

La medida de seguridad “es la reacción del ordenamiento jurídico frente a la peligrosidad criminal revelada por el delincuente tras la comisión de un delito por él mismo.”<sup>27</sup> Esta reacción tiene como objetivo exclusivo evitar que la persona sobre la que recae vuelva a delinquir. “Consiste en especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de corrección, de educación y curación), a su segregación de la misma (medidas de seguridad en sentido estricto).”<sup>28</sup>

De esta manera las anteriores definiciones coinciden en que las medidas de seguridad constituyen consecuencias jurídicas del delito, cuando no es posible aplicar una pena al sujeto responsable de un delito, por carecer de capacidad para ser culpable derivado de su estado psicológico. En estos casos el Estado, en vez de sancionarlos con una pena, les impone tratamientos especiales para lograr su resocialización.

#### 4.2.3. Naturaleza

En la historia no existe un criterio unificado en cuanto a la naturaleza de las medidas de seguridad, doctrinariamente se ha discutido si deben ser de carácter judicial o administrativo. Algunos tratadistas estiman que las medidas predelictivas deben ser de

---

<sup>27</sup> Casabona, Romeo. *Peligrosidad y derecho penal preventivo*. Pág. 77

<sup>28</sup> De León Velasco. *Op. Cit.* Pág. 290



orden administrativo, mientras que las que nacen de la comisión de un delito del orden judicial.

En el derecho penal moderno existe un consenso en admitir la naturaleza jurídico-penal y no administrativa de las medidas de seguridad. En el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, las medidas de seguridad son de carácter judicial, el Artículo cuatro del Código Procesal Penal establece que las medidas de seguridad previstas en el Código Penal, solo podrán decretarse por tribunales de justicia en sentencia firme.

#### **4.2.4. Características**

- a. Son medios o procedimientos que utiliza el Estado: La imposición de medidas de seguridad es una tarea que corresponde exclusivamente al Estado, a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes.
- b. Tienen un fin preventivo, rehabilitador, no retributivo: Pretenden prevenir la comisión de futuros delitos, a través de la educación, corrección y curación de los sujetos con probabilidad de delinquir. Busca anticiparse a la comisión del hecho delictivo y la reforma del delincuente.
- c. Son medios de defensa social: Su imposición depende de la peligrosidad del sujeto y no de la culpabilidad del mismo, por lo que el Estado las utiliza para prevenir y rehabilitar a una persona a fin de garantizar los intereses de la sociedad.



- d. Puede aplicarse a peligrosos criminales y a peligrosos sociales: Entendiéndose por peligroso criminal al sujeto que después de haber delinuido presenta probabilidades de volver a delinquir, mientras que el peligroso social es el sujeto que no habiendo delinuido presenta probabilidades de hacerlo.
  
- e. Por tiempo indeterminado: Es decir que una vez impuestas solo pueden reformarse o revocarse, cuando ha desaparecido evidentemente la causa o el estado peligroso que motivó al sujeto a delinquir.
  
- f. Responden al principio de legalidad: No puede imponerse una medida de seguridad sino se encuentra previamente establecida en la ley.

#### **4.2.5. Finalidad**

El fundamento de las medidas de seguridad se encuentra en la prevención social frente a un sujeto que es inimputable pero en el cual existe un pronóstico de que cometa nuevos delitos. Las medidas de seguridad son una respuesta a la peligrosidad del inimputable, en tanto las penas, a la culpabilidad del delincuente.

De esta manera, las medidas de seguridad llevan consigo un fin preventivo, rehabilitador y no retributivo, pues, busca evitar la comisión de futuros delitos a través de la educación, corrección y curación, según sea el caso, de los sujetos que tengan probabilidad de



delinquir. En un Estado democrático de Derecho las medidas de seguridad entonces tienen el mismo fin de la pena, si se refiere 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 de ciertos derechos fundamentales al sujeto que delinquirió, mientras en las medidas de seguridad se lleva a cabo a través de tratamientos especiales.

#### **4.2.6. Los estados peligrosos**

Para la imposición de una medida de seguridad, además, de la declaración judicial por medio de sentencia o la solicitud de apertura del Juicio para la Aplicación Exclusiva de Medidas de Seguridad y Corrección, se necesita la concurrencia de un estado de peligrosidad. Derivado de ello se puede decir que los presupuestos para la aplicación de una medida de seguridad se resumen, por lo tanto, en que el sujeto haya cometido un injusto penal, es decir una acción típica, antijurídica, aunque no sea culpable, y que exista peligrosidad. Así, los estados peligrosos son índices que facultan al juez a realizar el juicio sobre la peligrosidad del sujeto que ha cometido un injusto penal.

Los estados peligrosos en el Código Penal guatemalteco se encuentran establecidos en el Artículo 87, siendo estos los siguientes: a) La declaración de inimputabilidad; b) Interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado; c) Declaración de delincuente habitual; d) La tentativa imposible del delito; e) La vagancia habitual; f) Embriaguez habitual y cuando el sujeto fuere toxicómano; y g) La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena.

#### 4.2.7. Clasificación doctrinaria de las medidas de seguridad

- a. Propiamente dichas y preventivas: Las primeras se aplican como complemento de la pena, son postdelictuales. Las segundas, no dependen de la comisión de un delito, son predelictuales.
  
- b. Curativas, reeducativas o correccionales, y eliminatorias: Las primeras, tienen por objeto el tratamiento clínico-psiquiátrico de los sujetos inimputables anormales por deficiencias mentales, así como de los ebrios consuetudinarios, y los toxicómanos. Las segundas, buscan la reeducación, la reforma, la rehabilitación y la resocialización del individuo. Las terceras, tratan de eliminar de la sociedad a los sujetos que son inadaptables a ella, individuos incorregibles, como delincuentes reincidentes y habituales.
  
- c. Privativas de libertad, no privativas de libertad y patrimoniales: Las primeras, privan o coartan la libertad de locomoción del sujeto que la sufre a través de su internamiento en centros especiales. Las segundas, no coartan en forma absoluta la libertad de locomoción del sujeto que la sufre. Las terceras, recaen de forma directa sobre el patrimonio del sujeto al cual se impone.



#### 4.2.8. Clasificación en la legislación penal guatemalteca

- a. Internamiento en un centro o establecimiento psiquiátrico: El Artículo 89 del Código Penal, establece que esta medida de seguridad debe ser impuesta a los inimputables que sufren enfermedades o trastornos mentales. En estos casos la supervisión de su cumplimiento está a cargo de un Juez de Ejecución Penal, quien debe verificar que los sujetos internados sean tratados con dignidad y respeto.
  
- b. Internamiento en una granja agrícola, centro industrial o análogo: El Artículo 91 del Código Penal, pretende establecer un régimen de trabajo para los delincuentes habituales, para los peligrosos por una tentativa imposible y para los peligrosos por vagancia, evidenciando de esta manera un derecho penal de autor, pues pretende someter a una persona a medidas de seguridad únicamente por su personalidad, siendo esto contrario con los principios constitucionales de todo Estado democrático.
  
- c. Internamiento en un centro educativo o de tratamiento especial: El Artículo 94 del Código Penal, establece que al condenar por delito cometido bajo influencia de alcohol, drogas o estupefacientes, el tribunal podrá disponer que el sujeto sea internado en un establecimiento de tratamiento especial.
  
- d. Libertad vigilada: Según el Artículo 97 del Código Penal, la libertad vigilada es un mecanismo de protección que consiste en confiar a los enfermos mentales, los toxicómanos o ebrios habituales al cuidado de su familia bajo la inspección inmediata



del Juez de Ejecución. Puede ser impuesta en la propia sentencia, señalando las instrucciones específicas a las que se somete el condenado, o también puede ser aplicada por el Juez de Ejecución de oficio o a solicitud de parte.

- e. Prohibición de residir en determinados lugares: El Artículo 98 del Código Penal, establece que los tribunales podrán imponer al sujeto que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinados lugares. Este Artículo conlleva un riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica, ya que da la posibilidad que a una persona, después de haber cumplido una pena o medida de seguridad, se le pueda restringir derechos fundamentales en base a consideraciones subjetivas del juez.
  
- f. Prohibición de concurrir a determinados lugares: El Artículo 99 del Código Penal, establece que cuando un delito haya sido motivado por hábito vicioso, costumbres disolutas o cuando el caso lo requiera, el tribunal podrá imponer, además de la pena, la prohibición de concurrir a determinados lugares. Esta disposición supone una manifestación de derecho penal de autor, al fundamentarse en la peligrosidad social del sujeto, pues se basa en los hábitos y costumbres del autor del delito, dando lugar de esta manera a la arbitrariedad judicial y a la doble penalización.
  
- g. Caución de buena conducta: El Artículo 100 del Código Penal, establece que esta medida es una garantía, personal, hipotecaria, prendaria o depósito de una cantidad



de dinero, de que el sujeto peligroso no cometerá nuevos delitos y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba. De esta manera la caución de buena conducta viene a complementar a las medidas de seguridad no privativas de libertad.

#### **4.2.9. Distinción entre medidas de seguridad y penas**

Así como se puede observar que existen algunas semejanzas entre las medidas de seguridad y las penas, además, de su naturaleza penal, ambos tipos implican la privación de bienes jurídicos y ambas sanciones van orientadas a la convivencia social, también existen diferencias entre las mismas, pues, mientras el fundamento y límite de la pena, se hallan en la culpabilidad y en la necesidad, el fundamento de la medida de seguridad es la peligrosidad, la cual incluye la necesidad y, en principio, prescinde de límite.

De esta manera 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. Asimismo, la pena se impone únicamente a los imputables de un modo determinado, y la medida de seguridad a imputables o inimputables, en base a un criterio de utilidad social, teniendo una duración indeterminada, subordinada a su propia ejecución. En cuanto a los fines, mientras a las penas se les atribuye una función preventiva general y especial, a la medida de seguridad se le atribuye una función preventiva especial.



## CAPÍTULO V

### **5. Vulneración del principio de culpabilidad en la aplicación judicial de la peligrosidad como elemento subjetivo para la fijación de la pena privativa de libertad**

En los capítulos anteriores se han desarrollado los aspectos doctrinarios generales que dan las pautas para llegar a determinar la existencia de una vulneración del principio de culpabilidad en la fijación de la pena privativa de libertad en Guatemala, en virtud de la presencia de resabios del derecho penal de autor, propugnado por la Escuela Positivista del derecho penal, que en la actualidad son inconcebibles desde la perspectiva de los derechos humanos y del derecho penal garantista.

#### **5.1. Resabios del modelo subjetivista o derecho penal de autor en el Artículo 65 del Código Penal de Guatemala**

A pesar que la Constitución Política de la República de Guatemala es garantista y que en el ámbito del derecho penal, hubo una transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, en el Artículo 65 del Código Penal, referente a la fijación de la pena, aún existen resabios que corresponden al modelo subjetivista o derecho penal de autor, en donde se juzga y se castiga al autor de un delito, no por sus actos o la conducta que



realizó, sino por su conducta anterior, es decir, su mayor o menor peligrosidad, siendo contrario a los principios constitucionales en todo Estado democrático de Derecho.

### **5.1.1. Derecho penal de autor o modelo subjetivista**

A finales del Siglo XIX, el jurista, Enrico Ferri, sostuvo una concepción ideológica denominada Defensa Social, sostenía que las personas debían ser responsables por sus conductas ante la sociedad y la sanción era la reacción natural al hecho delictivo. Según su concepción, la peligrosidad era razón suficiente para imponer una pena, por tal motivo, esta debía medirse en relación al peligro que representaba el sujeto y el delito que podía llegar a cometerse en un futuro, la naturaleza y extensión de la misma debían ser suficiente para neutralizar su peligrosidad.

Rafael Garófalo reforzó la teoría de Enrico Ferri, argumentando la doctrina de la temibilidad constante y activa del delincuente, lo cual permitía predecir el mal que de él podía esperarse, sosteniendo que se debía temer a alguien porque ese alguien era peligroso, por lo tanto, la temibilidad es consecuencia de la peligrosidad, justificando así la aplicación de una pena para las personas que significaban un peligro a la sociedad.

Producto de las concepciones positivistas de estos juristas, surgió la idea del llamado derecho penal de autor, en contraposición a las concepciones de los juristas clásicos, que defendían el llamado derecho penal de acto. En el derecho penal de autor la persona es castigada por lo que es, se asume que las características personales del inculpaado son un factor que debe considerarse para la imposición de la pena.



Este derecho penal imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al resto de las personas consideradas normales. Este concepto existe “cuando la pena se vincula a la personalidad del autor... lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que solo el que el autor sea tal se convierte en objeto de censura legal.”<sup>29</sup>

De esta manera, se puede decir que el derecho penal de autor, es un sistema que impone una pena en función de la personalidad del autor y contempla el hecho delictivo en concreto, únicamente como una motivación. Castiga al sujeto por lo que es, independientemente de haber cometido un delito. El sujeto responde por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, pues se considera peligroso para la sociedad por su tendencia natural a inclinarse hacia el delito, con criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por su propia naturaleza.

La pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar o rehabilitar, como un medio que pretende corregir a la persona considerada peligrosa, pues, se basa en la falaz premisa de la existencia de una relación lógica-necesaria entre delincuente y delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo haga en un futuro. Así, el derecho penal de autor es incompatible con un Estado democrático de Derecho y tiene su aplicación solo en los Estados autoritarios, en donde el sistema de justicia es de naturaleza inquisitiva, en este sistema el sujeto activo de un delito se configura como un objeto procesal que es sancionado únicamente por considerarlo un peligroso social.

---

<sup>29</sup> Roxin, Claus. **Derecho penal, parte general**. Pág. 176



### 5.1.2. Derecho penal de acto o modelo objetivista

El derecho penal de acto se comprende como “una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente...y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual...”<sup>30</sup>. El delincuente únicamente responde a la transgresión a la norma y no por su grado de peligrosidad, pues, este sistema entiende que lo principal es la lesión al orden jurídico o social, otorgando menor importancia a las características personales del actor.

El derecho penal de acto se ciñe al principio de legalidad, según este sistema, solo puede seguirse un proceso penal en contra de un sujeto, cuando se han producido acciones u omisiones previstas como delitos o faltas en la ley penal, esto significa que solo interesan los actos constitutivos de delitos, más no la personalidad del sujeto, en consecuencia, no puede perseguirse penalmente a la persona, solo por el hecho de considerarlo peligroso para la sociedad, sino solo por lo que hizo.

De esa manera, lo relevante para el derecho penal de acto, es la conducta que realiza la persona y que tiene consecuencias en el mundo exterior, porque la conducta constituye el elemento objetivo de toda norma penal, que al realizarse es objeto de una consecuencia jurídica, de un reproche social, de modo que la pena se mide exclusivamente en función del tipo penal y la culpabilidad del sujeto, lo que se busca mediante este sistema es reducir o limitar el poder punitivo del Estado. Así, el derecho

---

<sup>30</sup> **Ibíd.** Pág. 176



penal de acto tiene su aplicación en los Estados democráticos de Derecho, en donde el sistema de justicia es de naturaleza acusatoria.

### **5.1.3. La peligrosidad como fundamento de la medida de seguridad**

Fue en los tiempos de la Escuela Positivista 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, esta Escuela sostenía que todo aquel sujeto que se considerará peligroso era merecedor de la imposición de una pena, derivado de su tendencia natural a delinquir.

Con Carlos Stooss, surgió el sistema dualista que diferenciaba entre las penas y las medidas de seguridad. Para este sistema, aceptado por unanimidad en la doctrina y por la mayoría de los países latinoamericanos, las penas y las medidas de seguridad tienen distinto fundamento. Se dice que la pena se fundamenta en la culpabilidad del sujeto, entendida como reproche que se hace a un sujeto que ha cometido un delito pudiendo no hacerlo, mientras que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad del sujeto, pues estas no son dictadas como una retribución del injusto penal, sino para la seguridad futura de la sociedad frente a ulteriores violaciones a normas jurídicas.

En este caso, el hecho delictivo solo tiene valor de conocimiento, por esa razón la clase y extensión de la medida de seguridad no se determina de acuerdo a la gravedad del delito, sino de acuerdo a la peligrosidad del autor. Si bien, anteriormente, las medidas de seguridad podían aplicarse tanto a los peligrosos sociales como a los peligrosos



criminales, en los modernos Estados democráticos únicamente deben tener fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, es decir, en la medida en que de las circunstancias personales de este pueda deducirse un pronóstico de un comportamiento futuro que revele la probabilidad de la comisión de un nuevo delito.

En consecuencia, la comprensión de que las medidas de seguridad, relativas a la peligrosidad social, pre-delictuales, crean inseguridad jurídica al estar estructurada en datos subjetivos y no objetivos. De esta manera, el pronóstico del estado peligroso tiene que hacerse frente a la realización de un ilícito penal y partiendo de las condiciones personales del sujeto.

#### **5.1.4. La culpabilidad como fundamento de la pena**

Como resultado de la dinámica evolutiva del derecho penal, resurgió el concepto de culpabilidad, estableciéndose como el elemento subjetivo del delito y, por ende, el fundamento y límite de la pena a imponer. Así, en un sistema de derecho penal basado en el principio de culpabilidad, como lo es el sistema penal guatemalteco, la pena debe quedar limitada por la retribución del quebramiento de una norma jurídica por parte de un sujeto que actúa culpablemente. De esta concepción se deduce que la culpabilidad no solo desempeña un papel esencial frente a la justificación de la imposición de la pena, sino que, además, supone un límite a la actividad coercitiva del Estado.

La pena se justifica en la retribución frente al autor como retribución por el hecho culpable, por esa razón y, en primer término, la individualización judicial de la pena debe orientarse



hacia la compensación de la culpabilidad del autor por la conducta realizada, es decir, que “tiene que partir de la función compensatoria de la pena, en cuanto la pena sirve a la justa retribución del injusto y la culpabilidad.”<sup>31</sup> El juez debe fijar la pena que resulte adecuada a la gravedad de la culpabilidad, ya que esta “determina el límite máximo de la pena, pero...por debajo de ese límite es posible observar exigencias preventivas que, inclusive pueden determinar una reducción de la pena adecuada a la culpabilidad.”<sup>32</sup>

Así, el autor de un delito responde solo por su culpabilidad, pues con ello se ratifica la vigencia de la norma y se mantienen las condiciones necesarias para la coexistencia social. La culpabilidad es el fundamento de la individualización y el sentido de la pena responde fundamentalmente a la compensación del injusto culpable, por ende, la culpabilidad es un concepto graduable que se halla en la base de la fijación de la pena, pues, en este contexto, se trata de la valoración del injusto culpable y no el concepto de culpabilidad como elemento positivo del delito.

#### **5.1.5. Vulneración del principio de culpabilidad**

La pena tiene su fundamento en la culpabilidad y, por el contrario, la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad del sujeto, ya que es la culpabilidad lo que le falta al sujeto para poder responder penalmente por el hecho delictivo. Es decir, que si bien la acción realizada por el individuo es un hecho antijurídico no le es del todo imputable por carecer de culpabilidad y por ese motivo no se le puede aplicar una pena.

<sup>31</sup> Choclan Montalvo, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. Pág. 173

<sup>32</sup> Bacigalupo, Enrique. *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*. Pág. 38



A pesar de ello el primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal, referente a la fijación de la pena privativa de libertad, establece lo siguiente: "El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable..."

Esta disposición, al estar redactada de esa manera, concibe un modelo subjetivista basado en el derecho penal de autor, pues el elemento de la peligrosidad es un elemento subjetivo que hace inexistente el axioma del derecho penal garantista de *nulla actio sine culpa*, en otras palabras, vulnera el principio de culpabilidad, ya que hace posible que el juez o tribunal sancionador fije una pena privativa de libertad tomando en cuenta no solo la conducta realizada por el sujeto, sino también su personalidad y probable conducta futura.

La peligrosidad como elemento para la fijación de la pena privativa de libertad es un legado de la Escuela Positivista, que no tiene sustento científico para que sea considerado como elemento ni como agravante de la pena, ya que "la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, solo comportamientos empíricos determinados exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto."<sup>33</sup> Siendo de esta manera la peligrosidad un elemento subjetivo, al basarse únicamente en una probabilidad de la comisión de un hecho delictivo a futuro y no en la culpabilidad del sujeto.

---

<sup>33</sup> Ferrajoli. *Op. Cit.* Pág. 35



La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez versus Guatemala, el 20 de junio de 2005, el Juez Sergio García Ramírez, señaló lo siguiente: “Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor, actual o futuro, no ya por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable... Esto genera... un Derecho penal de autor, en el que se reacciona en función de la persona, que se contrapone al Derecho penal de acto, hecho o conducta, en el que se reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producido, la culpabilidad acreditada”.

Así, la peligrosidad es un resabio de los modelos penales positivistas que se vuelve un concepto inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos, en la medida que dicho término implica una cosificación del sujeto y una privación de su dignidad humana, pues se impone una pena no por la conducta realizada por el sujeto, sino por lo que la persona es, su personalidad, siendo de esta manera incompatible con el principio de culpabilidad.

La Corte Suprema de la Nación Argentina, el 5 de junio de 2006, en la causa número 1573 afirmó: “Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el Derecho Penal, se le hace... como un juicio subjetivo de valor del juez...”. De este modo, resulta un criterio arbitrario inverificable, contradictorio con los principios, valores y garantías constitucionales.



La fijación de la pena por parte del juez debe estar limitada por el principio de culpabilidad, principio primordial en el derecho penal garantista y en el actual Estado de Derecho. Así, el juez al momento de fijar una pena privativa de libertad no puede basarse en elementos subjetivos carentes de contenido, fundamento, sustento y justificación, la sentencia dictada carecería de un defecto de forma y sería contraria a los principios constitucionales.

La peligrosidad tomada como pronóstico de conducta siempre es irracional e injusta en el caso concreto, y lo es precisamente por su naturaleza de probabilidad, careciendo de esta manera de cualquier contenido válido. El Estado de Guatemala al mantener la peligrosidad como elemento para la fijación de la pena privativa de libertad está vulnerando el principio de culpabilidad, al hacer posible que los jueces fijen penas, principalmente la pena privativa de libertad, no solo por el acto ejecutado, sino también por la personalidad del sujeto, su estatus económico, su apariencia y su probable conducta futura.

Según el derecho penal moderno, basado en el derecho penal de acto, la peligrosidad únicamente puede ser fundamento para aplicar una medida de seguridad más no una pena, por lo mismo, el Estado de Guatemala, con el simple hecho de mantener vigente dicho artículo, está incumpliendo con el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece la obligación que tienen los Estados partes de adecuar su legislación interna a la misma.



### **5.1.6. Análisis jurídico doctrinario de sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Guatemala**

Dentro de la presente investigación se realizó un análisis de 36 sentencias condenatorias, dictadas en los años 2015 al 2017, por los diferentes Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Guatemala, con el fin de determinar si aún existen jueces que hacen uso de la facultad establecida en el Artículo 65 del Código Penal, al tomar en consideración el elemento de la peligrosidad, social y criminal, en el caso de tomar en cuenta antecedentes penales del sujeto, al momento de fijar una pena privativa de libertad, tal como se verá a continuación.

Tribunal Undécimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, la Jueza Coralia Carmina Contreras Flores Aragón, constituida en Juez Unipersonal, en sentencia del 18 de mayo de 2016, causa 01073-2016-00050, señaló: "...de acuerdo a lo que establece el artículo 65 del Código Penal, la juzgadora realiza el siguiente análisis:

a) En cuanto a la mayor o menor peligrosidad del procesado, la juzgadora al respecto no emite ningún pronunciamiento en virtud de que no se cuenta con prueba documental, especialmente pericial al respecto..."

Como se observó, si bien la jueza no emitió ningún pronunciamiento con respecto a la peligrosidad del sujeto, por la falta de pruebas documentales, consideró este elemento al momento de fijar la pena privativa de libertad, lo cual conlleva a inducir que si en dado



caso, se hubiesen aportado las pruebas suficientes para determinar la peligrosidad del acusado, la jueza hubiese aplicado este criterio. Asimismo, toma en cuenta el ámbito personal del acusado y los antecedentes penales de este, siendo esto algo subjetivo e incompatible con el principio de culpabilidad, al no incidir de ninguna forma en la comisión del hecho delictivo.

En el mismo sentido se dictaron las siguientes sentencias:

- Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Juez Presidente Carlos Enrique Rivera Clavería, Jueces Vocales Raúl Francisco Ramírez Perdomo y Marco Tulio Molina Lara, sentencia del 25 de febrero de 2016, causa 01073-2014-00364.
- Tribunal Undécimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Jueza Patricia Anabella Veras Castillo, constituida en Juez Unipersonal, sentencia del 30 de septiembre de 2016, causa 01080-2016-00141.
- Tribunal Décimo Tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Jueza Magda Corina Martínez Cabrera de Joachin, constituida en Juez Unipersonal, sentencia del 18 de octubre de 2016, causa 01071-2016-00332.



- Tribunal Undécimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Jueza Morelia Ríos Arana de Villalta, constituida en Juez Unipersonal, sentencia del 23 de mayo de 2017, causa 01069-2016-0044.
- Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Jueza Vilma Militza Paredes Contreras, constituida en Juez Unipersonal, sentencia del 30 de junio de 2017, causa 01080-2013-00117.
- Tribunal Décimo Tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Juez Juan Antonio Aceituno López, constituido en Juez Unipersonal, sentencia del 17 de octubre de 2017, causa 01074-2015-000528.

Tribunal Undécimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, la Jueza Miriam Yanet Hernández López, constituida en Juez Unipersonal, en sentencia del 1 de agosto del 2017, causa 01071-2016-00513, señala lo siguiente: "...De conformidad con la naturaleza de la presente sentencia, y tomando en consideración que no se ha determinado mayor o menor peligrosidad del culpable, ni otros presupuestos establecidos en ley se impuso pena mínima tal y como quedo acreditado dentro de la parte resolutive de la presente sentencia."

En este caso la juzgadora impuso la pena mínima al acusado, en virtud de no haberse determinado la mayor o menor peligrosidad del culpable, llegando a la conclusión que,



en caso de que se hubiese llegado a determinar al sujeto como peligroso, ya sea social o criminal, la juzgadora hubiese aumentado la pena.

En las sentencias obtenidas también fue posible apreciar como muchos de los jueces establecían que la peligrosidad del sujeto no se había acreditado porque su conducta no encuadraba dentro de los supuestos establecidos en el Artículo 87 del Código Penal, tal es el caso de la siguiente sentencia.

Tribunal Quinto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, la Jueza Bélgica Anabella Deras Roman, constituida en Juez Unipersonal, en sentencia del 2 de febrero de 2017, causa 01069-2013-00206, señala: “a) En cuanto a la mayor o menor peligrosidad, no se determinó en el curso del debate que el acusado encuadre dentro de los índices de peligrosidad contemplados en los artículos 87 y 88 del Código Penal...”.

En el mismo sentido, el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, el Juez Carlos Miguel Barrera Estrada, constituido en Juez Unipersonal, dictó sentencia el 10 de febrero de 2015, en la causa 02035-2013-02280. Sin embargo, estos índices únicamente pueden ser considerados al momento de aplicar una medida de seguridad, más no una pena.

Es por esta razón, que se puede determinar que la mayoría de los jueces en Guatemala carecen de conocimientos en la aplicación del elemento de la peligrosidad en la fijación de la pena privativa de libertad, haciendo de la misma una zona de peligro para los



derechos fundamentales del acusado, pues algunos jueces aún toman en consideración este elemento al momento de fijar una pena privativa de libertad.

Por lo tanto, se vuelve necesario eliminar el elemento de la peligrosidad del Artículo 65 del Código Penal, en virtud de verse reflejado en las 36 sentencias analizadas, una utilización inadecuada o hasta el desuso de este elemento, por parte de algunos jueces, además, el elemento de la peligrosidad es incompatible con el principio de culpabilidad.

#### **5.1.7. Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia con respecto al elemento de la peligrosidad**

Dentro de la presente investigación también se recolectaron criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, en materia penal, con el fin de comprobar que los Tribunales de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Guatemala, sí han tomado en consideración el elemento de la peligrosidad al momento de fijar una pena privativa de libertad, tal como se verá a continuación.

En la casación No. 34-2004, sentencia del 23 de septiembre de 2004 "...la Sala impugnada ciertamente tuvo por acreditado un hecho decisivo para confirmar la pena del acusado Carlos René Chavarría Meléndez, no obstante que el incoado solicitara la suspensión condicional de la pena y la Sala manifiesta que: "al emitir el presente fallo consideramos pertinentes (sic) el análisis del numeral 4º. Del artículo 72 del Código Penal



al estimar que la naturaleza del delito cometido, sus móviles y circunstancias, revelan peligrosidad en el agente...y puede presumirse que volverá a cometer el mismo...”.

Como se observó, tanto la Sala impugnada como el Tribunal de Sentencia, tienen por demostrado que el procesado revela índices de peligrosidad, es por ello que resuelve confirmar la pena, sin embargo, al examinar la sentencia de primer grado la Cámara Penal consideró que el tribunal “...no tuvo por probado, por no haber declaración respectiva de la “peligrosidad social del acusado”, para que el tribunal de sentencia no le haya impuesto la pena conmutable por no exceder la misma de cinco años de prisión...”, ello implica una violación al derecho de defensa respecto de la imputación necesaria que la acusación debe contener y que el Estado debe de garantizar.

De esta manera, se puede observar nuevamente que los Tribunales de Sentencia Penal e incluso las Salas de la Corte de Apelaciones, han tomado en consideración, reiteradamente, los índices de peligrosidad del acusado al momento de resolver, pues se basan en el elemento de la peligrosidad para aumentar a disminuir la pena, constituyendo de esta manera una vulneración a garantías y principios en materia penal reconocidos constitucionalmente, en especial, al principio de culpabilidad, en virtud que estos índices únicamente pueden ser tomados en cuenta el momento de fijar una medida de seguridad más no una pena.

En las casaciones acumuladas No. 44-2003 y 46-2003, sentencia del 28 de febrero de 2005, la Cámara Penal casó parcialmente la resolución de fecha 7 de marzo de 2003,



dictada por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, tomando en cuenta los elementos que para la fijación de la pena establece el Artículo 65 del Código Penal, "...esta Cámara establece lo siguiente: ... que en la resolución interlocutoria se consideró una menor peligrosidad en el procesado por haberse demostrado que es una persona trabajadora y sin vicios;...se estableció como circunstancia atenuante la carencia de antecedentes penales...".

En este caso se puede observar que las Salas de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal han aplicado la peligrosidad al momento de resolver, pues en este caso la Sala consideró que el acusado revela una menor peligrosidad, por ser una persona trabajadora, sin vicios y sin antecedentes penales, sin embargo, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, el elemento de la peligrosidad sigue siendo algo subjetivo e incompatible con el principio de culpabilidad, al no incidir de ninguna forma en la comisión del hecho delictivo.

En la casación No. 203-2006, sentencia del 29 de marzo de 2007, la Cámara Penal se pronunció de la siguiente forma: "...la Sala resolvió que el artículo 65 del Código Penal, no fue infringido porque es notorio el grado de peligrosidad de los imputados, al existir dolo en su actuar... se colige que aplicó indebidamente el mencionado artículo, al considerar que la peligrosidad del culpable procede de la existencia del dolo en el hecho acreditado y la utilización de armas de fuego, sin embargo, a partir de la peligrosidad del victimario para la determinación de la pena supone una tendencia del derecho penal de autor, misma que resulta incompatible con los principios del derecho penal..."



Al examinar las sentencias de primer grado, se apreciaron que dentro de los parámetros para la imposición de la pena fueron la peligrosidad de los victimarios y los antecedentes de la víctima. Así se puede determinar que los Tribunales de Sentencia y las Salas de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, emitieron sentencias completamente incompatibles con el derecho penal moderno, basado en el derecho penal de acto, pues fijaron la pena basándose principalmente en el elemento de la peligrosidad que establece el Artículo 65 del Código Penal, sancionando circunstancias personales de los acusados.

“El órgano *a quo* yerra al aplicar la peligrosidad de los victimarios para la determinación de la pena, primero porque es una circunstancia que contradice los principios que inspiran la Constitución, que respeta el principio de inocencia y se funda en la culpabilidad como principio rector, evitando graduar la pena utilizando conceptos que penetran en la personalidad del individuo. Segundo, al considerar...notorio el grado de peligrosidad, tal proceder es equívoco, puesto que la peligrosidad que contempla el artículo aludido se complementa con lo estipulado en el artículo 87 del Código Penal, para determinar la situación de estado peligroso que permite la imposición de medidas de seguridad...”.

Es de esta manera como la Cámara Penal emitió una sentencia acorde con el actual Estado de Derecho, haciendo alusión a que el elemento de la peligrosidad no solo es violatorio a principios constitucionales, en la medida que se pretende sancionar la personalidad del sujeto basándose en una posible conducta delictiva futura, sino que también hizo énfasis en la aplicación de los índices de peligrosidad establecidos en el Artículo 87 del Código Penal, los cuales deben tomarse en cuenta únicamente al



momento de imponer una medida de seguridad, puesto que la pena únicamente debe tener como fundamento la culpabilidad del acusado.

En Casación No. 12-2010, Sentencia del 26 de abril de /2011, el Tribunal gradúo la pena, con base en la peligrosidad del acusado que está contenido como uno de los elementos que establece el artículo 65 del Código Penal. Al hacerlo no consideró si en la plataforma fáctica de la acusación se contenían hechos que sustentaran ese estado de peligrosidad, de conformidad con el Artículo precitado, y que además hubiera sido probado y acreditados como tal en la sentencia.

“...el estado de peligrosidad a que se refiere el código penal, constitucionalmente no puede ser entendido y aplicado más que como una condición personal para graduar la pena, que como ya se dijo, puede ser considerada, siempre que haya sido atribuida en la imputación, necesariamente probada y demostrada en juicio penal, y nunca como una forma de prevenir delitos futuros. Si se utiliza para modificar la responsabilidad penal, desnaturalizaría nuestro sistema penal que se basa en los hechos atribuidos a una persona, y no a su condición personal, esta última propia del derecho penal de autor, por cuya aplicación el Estado de Guatemala ha sido censurado por violar las garantías...”.

La Cámara resolvió que el Tribunal de Sentencia equivocadamente lo asume para fijar la pena, sin que haya sido acreditado el sustento fáctico de tal estado, y sobre esa base pondera la misma para aumentarla arriba del mínimo que le correspondía, por ello consideró que la circunstancia examinada era violatoria del contenido del Artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, al no emitirse una sentencia fundamentada, por lo que el



recurso se declaró procedente y ordenó el reenvío de las actuaciones para que la Sala objetada se pronunciara sobre los vicios denunciados.

En consecuencia, se hace necesario modificar el Artículo 65 del Código Penal, con el fin de eliminar el elemento de la peligrosidad, en virtud de haber sido comprobado, por las diferentes sentencias y criterios jurisprudenciales de la Cámara Penal, que el mismo es contrario a principios constitucionales, específicamente, contrario al principio de culpabilidad, pues la pena únicamente debe fijarse en base a la culpabilidad del acusado, asimismo, el elemento de la peligrosidad, es incompatible con el derecho penal moderno, basado en el derecho penal de acto.

**5.2. Mecanismo jurídico adecuado para evitar la vulneración del principio de culpabilidad al tomar en cuenta la peligrosidad en la fijación de la pena privativa de libertad**

En Guatemala existen diversos cuerpos legales que no se adaptan a la realidad social, o que son incompatibles con los principios y garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, por ello, surge la necesidad de modificarlas o adaptarlas para que sean leyes que funcionen dentro el sistema jurídico y social del país, como es el caso del primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal.

Para que una norma jurídica pueda ser modificada debe llevar un proceso determinado ante el Congreso de la República de Guatemala, a quien corresponde la potestad de



legislar. Es por ello que el mecanismo jurídico adecuado para evitar que los jueces en Guatemala vulneren el principio de culpabilidad al tomar en consideración la peligrosidad como elemento subjetivo para la fijación de la pena privativa de libertad, es la reforma al Artículo 65 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, es decir, constituye una tarea que corresponde exclusivamente al legislador, a quien le corresponde determinar el marco jurídico en abstracto.

#### **5.2.6. Propuesta de reforma al Artículo 65 del Código Penal**

La Constitución Política de la República de Guatemala es garantista, derivado de ello consagra principios que son fundamentales en el derecho penal, tales como el principio de inocencia, el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad, entre otros. Asimismo, establece la obligación del Estado de Guatemala de cumplir con los compromisos adquiridos por medio de tratados, convenios y convenciones internacionales.

Es por esa razón que todo el ordenamiento jurídico interno debe encontrarse en concordancia con la misma, lo cual no sucede con el primer párrafo del Artículo 65 del Código Penal, puesto que establece la peligrosidad como elemento para la fijación de la pena privativa de libertad, vulnerando de esta manera el principio de culpabilidad al ser un elemento subjetivo, aplicado por el juez, con el cual se pretende sancionar una probable conducta futura indemostrable y dando lugar a innumerables arbitrariedades.



Es importante mencionar que la culpabilidad es el elemento que conecta el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica, de esta manera sirve como límite a la facultad sancionadora del Estado, pues, el juez no puede fijar una pena a un sujeto si no es como consecuencia de la comisión de un delito debidamente comprobado a través de un proceso penal. En ese sentido, la culpabilidad cumple las funciones de condicionar la pena y condicionar la magnitud de la pena, dado que solo será legítima la pena que tenga como presupuesto la culpabilidad del autor y la que resulte adecuada al grado de la misma.

Derivado de lo anterior, la fijación de la pena privativa de libertad debe cumplir con los principios y garantías establecidas en la Carta Magna, es decir, que la pena debe fijarse únicamente dentro de los límites señalados para cada delito, la gravedad del ilícito y la culpabilidad del sujeto, más no en la peligrosidad del mismo, para garantizar los principios y garantías constitucionales, dentro de la presente investigación se sugiere al legislador la siguiente propuesta de reforma:

Congreso de la República de Guatemala

Decreto número \_\_\_\_\_

Del Congreso de la República de Guatemala

Considerando: Que es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República un debido proceso en caso de la comisión de un delito, cumpliendo con el ejercicio de los derechos, principios y garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, Tratados y Convenios Internacionales.



Considerando: Que la Constitución Política de la República de Guatemala es garantista y en el ámbito del derecho penal hubo una transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, aún existen resabios que corresponden al modelo subjetivista o derecho penal de autor, en donde se juzga y se castiga al autor de un delito no por sus actos o la conducta que realizó, sino por circunstancias personales de este, siendo contrario a los principios constitucionales en todo Estado democrático de Derecho.

Considerando: Que el Artículo 65 del Código Penal establece la peligrosidad como elemento para la fijación de la pena privativa de libertad, vulnerando de esta manera el principio de culpabilidad al ser un elemento subjetivo, aplicado por el juez, con el cual se pretende sancionar una probable conducta futura indemostrable y dando lugar a innumerables arbitrariedades, puesto que la peligrosidad únicamente puede ser fundamento para aplicar una medida de seguridad más no una pena.

Considerando: Que el Estado de Guatemala, con el simple hecho de mantener vigente la normativa mencionada, incumple con el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que en dicho artículo se establece la obligación que tienen los Estados partes de adecuar su legislación interna a la mencionada Convención.

Por tanto:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, literal a), de la Constitución Política de la República de Guatemala.



Decreta:

La siguiente:

Reforma al Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala

Artículo 1. Se reforma el párrafo primero del Artículo 65, el cual queda así:

“El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponde dentro del máximo y mínimo señalado por la ley, para cada delito, la extensión e intensidad del daño causado, el móvil del delito y el grado de culpabilidad del sujeto, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho, apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia, siempre que hubiesen sido predeterminadas y desarrolladas en la audiencia del juicio.”

Artículo 2. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia dentro de los ocho días siguientes al de su publicación en el Diario Oficial.

Remítase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Emitido en el Palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala, el \_\_\_\_\_  
de \_\_\_\_\_ dos mil \_\_\_\_\_.

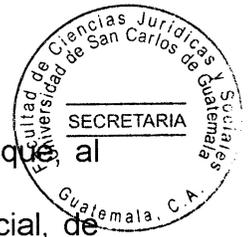


### 5.2.2. Efectos de la reforma propuesta

La reforma del párrafo primero del Artículo 65 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, en la forma propuesta, traería consigo los siguientes efectos:

- a. Inaplicabilidad de elementos subjetivos por parte del juez o tribunal sancionador: La reforma propuesta se basa únicamente en elementos objetivos, evitando de esta manera que el juez o tribunal sancionador, fije una pena privativa de libertad aplicando elementos subjetivos que, no tienen un sustento jurídico ni científico. Así, el juez ya no sancionaría al infractor, actual o futuro, por lo que es, su personalidad, su tendencia, su apariencia, su estatus económico, sus posibles decisiones, su conducta futura y probable, sino que sancionaría al sujeto por la conducta realizada, tomando en cuenta los límites señalados para cada delito, la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad de este.

De esta manera se estaría limitando la arbitrariedad del juez al basarse ya no en la peligrosidad del sujeto, concepto que concibe un modelo subjetivista, basado en el derecho penal de autor y que hace inexistente el axioma del derecho penal garantista de que no hay acción sin culpa. Lo relevante para el juez, al momento de fijar la pena privativa de libertad, va a ser la conducta que realizó la persona y que tuvo consecuencia en el mundo exterior.



En virtud que la conducta constituye el elemento objetivo de toda norma penal que al realizarse es objeto de una consecuencia jurídica, es decir, de un reproche social, de modo que la pena privativa de libertad va a fijarse exclusivamente en función del tipo penal y la culpabilidad del sujeto, buscando así reducir o limitar el poder punitivo del Estado, al concebir la norma jurídica únicamente como un derecho penal de acto o modelo objetivista, acorde con el actual Estado democrático de Derecho y el sistema acusatorio del derecho penal guatemalteco.

- b. Cumplimiento del principio de culpabilidad: La propuesta de reforma establece que la pena privativa de libertad va a fijarse de acuerdo al grado de culpabilidad del sujeto atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho, de esta manera la culpabilidad cumple sus dos funciones de condicionar la pena y condicionar la magnitud de la pena, haciendo posible que toda pena privativa de libertad que se fije de acuerdo a los elementos establecidos en el Artículo 65 del Código Penal, sea legítima, al tener como presupuesto la culpabilidad del autor del delito, evitando así toda vulneración al principio de culpabilidad.

A través de la reforma del Artículo 65 del Código Penal, el autor de un delito ya no va a responder por su grado de peligrosidad, sino que solo lo hará por el hecho culpable, así la pena privativa de libertad quedará limitada por la retribución del quebramiento de una norma jurídica penal, por parte de un sujeto que actúa culpablemente, limitando de esta manera la actividad coercitiva del Estado, al tomar como base el principio de culpabilidad.



- c. Concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Mediante la implementación de la reforma propuesta, el Estado de Guatemala, a través del Congreso de la República, cumpliría con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, evitando de esta manera vulneraciones a principios fundamentales del Derecho Penal, a su vez, coadyuvaría a mejorar el sistema penal guatemalteco, eliminando resabios del modelo subjetivista o derecho penal de autor contenido en el Artículo 65 del Código Penal, incompatibles con el actual Estado democrático de Derecho.

Eliminar el elemento de la peligrosidad como elemento subjetivo para la fijación de la pena privativa de libertad, permitiría que existiera una concordancia con el principio constitucional de culpabilidad y el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que en dicho artículo se establece la obligación que tienen los Estados partes de adecuar su legislación interna a la mencionada Convención.



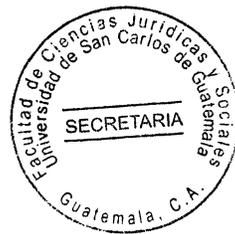


## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La culpabilidad en el derecho penal constituye no solo un elemento positivo del delito, sino también un principio fundamental que limita la facultad sancionadora del Estado, cumple las funciones de condicionar la pena y condicionar la magnitud de la pena, garantizado de esta manera que las penas señaladas en la ley penal deben ser impuestas únicamente a las personas que se consideren responsables de la comisión de un delito.

El Artículo 65 del Código Penal, establece la peligrosidad como elemento para la fijación de la pena, concibiendo así un modelo subjetivista basado en el derecho penal de autor, en donde se juzga y se castiga al autor de un delito no por la conducta que realizó sino por las circunstancias personales de este, vulnerando de esta manera el principio de culpabilidad, haciendo posible que los jueces en Guatemala fijen penas, principalmente la pena privativa de libertad, no solo por el acto ejecutado sino también tomando en cuenta aspectos subjetivos carentes de cualquier contenido válido e indemostrables, dando lugar, de esta manera, a innumerables arbitrariedades.

Por lo tanto, se hace necesario que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Artículo 65 del Código Penal, en el sentido de que la pena se fije únicamente dentro de los límites señalados para cada delito, la gravedad del ilícito y la culpabilidad del sujeto, a fin de que el juez cumpla con el principio de culpabilidad al aplicar únicamente elementos objetivos al momento de fijar una pena privativa de libertad.





## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Principios del derecho penal, parte general**. España: Ed. Akal, 1998.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principio de culpabilidad e individualización de la pena**. España: Ed. Comares, 1999.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2005.
- CARRARA, Francisco. **Programa de derecho criminal parte general**. Argentina: Ed. Tecnos, 1976.
- CASABONA, Romeo. **Peligrosidad y derecho penal preventivo**. España: Ed. Bosch, 1986.
- CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. **Individualización judicial de la pena**. España: Ed. Colex, 1997.
- CREUS, Carlos. **Derecho penal, parte general**. Argentina: 4ª ed. Ed. Astrea, 1999.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. España: Ed. Facultad de Derecho, 2000.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal; José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general**. Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 2015.
- ESTRADA ARISPE, Carlos Enrique. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**. Guatemala: Ed. Artemis Edinter Guatemala, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. España: Ed. Torrota, 1995.
- FERRI, Enrico. **Principios del derecho criminal del delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia**. Madrid, España: Ed. Reus, 1933.
- GIRÓN PALLES, José Gustavo. **Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. No. 59**. Guatemala: Ed. Servitag, 2010.



JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Argentina: 1ª ed. Ed. Losada, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**. México: 1ª ed. Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1995.

MAPELLI CAFFARENA, Borja; Juan Terradillos Basoco. **Las consecuencias jurídicas del delito**. España: 3ª ed. Ed. Civitas, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. España: Ed. Bosch, 1975.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta, (s.f).

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**. España: 1ª ed. Ed. Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania**. México: Ed. Ubijes, 2008.

SAMAYOA SOSA, Héctor Oswaldo. **Elementos para el debate penitenciario en Guatemala**. Guatemala: Ed. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales en Guatemala, 2014.

TREJO, Miguel Alberto. **Manual de derecho penal, parte general**. El Salvador: Ed. Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio. **Tratado de derecho penal, parte general I**. Argentina: Ed. Ediar, 1980.

### **Legislación:**

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

**Código Penal**. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1993.

**Código Procesal Penal**. Decreto 51-92 del Congreso de la República. Guatemala, 1994.