

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

**LA PENA DE ARRESTO EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

JUAN RAMÓN FAJARDO CORDÓN

Al Conferírsele el Grado Académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2007

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

**LA PENA DE ARRESTO EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

JUAN RAMÓN FAJARDO CORDÓN

Guatemala, noviembre de 2007

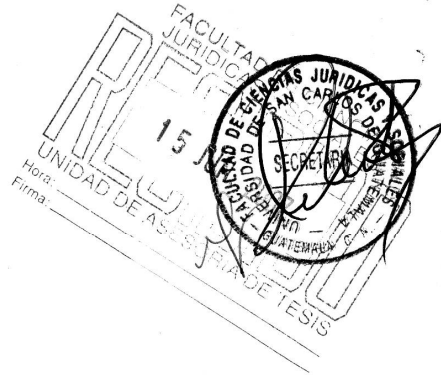
**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZON: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. José Balbino Cruz Gramajo

ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 5 de Junio del 2007.

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

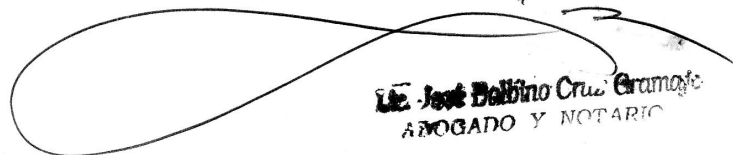
Respetable Lic. Castillo Lutín:

De conformidad con la providencia de esa Unidad, procedí a Asesorar la Tesis del estudiante *JUAN RAMON FAJARDO CORDON*, intitulada "La Pena de Arresto en el Código Penal Guatemalteco".

La tesis en cuanto a la forma y fondo responde y llena los requisitos exigidos en esta clase de trabajos académicos; es clara, está redactada en forma ordenada, sus conclusiones y recomendaciones se relacionan con el contexto de lo escrito y se consulto la bibliografía adecuada.

Por lo anterior estimo que el trabajo realizado llena todos los requisitos para su aprobación, previa discusión en examen publico.

Me suscribo del Licenciado Castillo Lutín con muestras de respeto y consideración.



Lic. José Balbino Cruz Gramajo
ABOGADO Y NOTARIO

Col. 5739

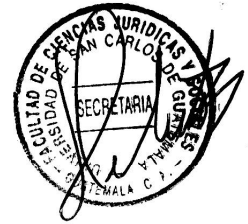
6ª. Calle 4-17 zona 1 Oficina 501 Quinto Nivel Torre Sur Edificio Tikal, tel. 22302726

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.




UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecinueve de junio de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) CARLOS ENRIQUE CRUZ MURALLES**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **JUAN RAMÓN FAJARDO CORDÓN**, Intitulado: **"LA PENA DE ARRESTO EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.




LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTIÑ
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

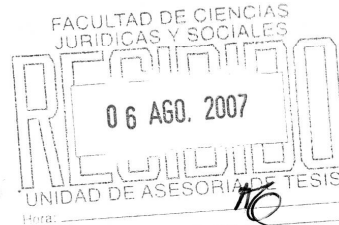
cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Lic. Carlos Enrique Cruz Muralles
Abogado y Notario



Guatemala, 02 de agosto de 2007.

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Licenciado:

Tengo el honor de dirigirme a usted, en mi calidad de revisor del trabajo de tesis de la Bachiller: **JUAN RAMÓN FAJARDO CORDÓN**, intitulado "**LA PENA DE ARRESTO EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**".

El trabajo revisado expone en forma clara y objetiva el problema planteado, exponiendo de manera manifiesta, la situación actual conforme las doctrinas modernas de la figura del arresto en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Es mi opinión que el contenido científico y técnico del trabajo, la metodología, las técnicas de investigación utilizadas, la redacción y la bibliografía, son las adecuadas e idóneas para el tipo de investigación realizado. Las conclusiones y las recomendaciones formuladas son consecuencia directa del estudio y análisis del problema, consecuentemente consistentes y congruentes con el mismo; siendo su aporte científico de gran importancia en el ámbito nacional en el conocimiento de esta pena privativa de la libertad personal.

El trabajo referido, cumple con lo estipulado en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por lo expuesto, en mi calidad de REVISOR DE TESIS al emitir el dictamen correspondiente **APRUEBO** el trabajo de investigación relacionado.

Sin otro particular y agradeciendo el alto honor que me ha concedido, al nombrarme REVISOR DE TESIS, me suscribo como su atento servidor,

Atentamente,

CARLOS ENRIQUE CRUZ MURALLES
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 4449



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiuno de septiembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JUAN RAMÓN FAJARDO CORDÓN, Titulado "LA PENA DE ARRESTO EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/stlh



DEDICATORIA

- A DIOS: Creador sabio y bondadoso de todo lo que existe visible e invisible agradeciendo su Misericordia.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:
ESPECIALMENTE A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
- A ESCUELA DE HISTORIA
- A MIS PADRES: Juan Fajardo Bustamante y Maria Teresa Cordón Urrutia (QEPD), quienes me dieron la oportunidad de brindarme la existencia.
- A MI ESPOSA Rosa Andrade Rodas, Gracias por apoyarme y por haber creído en mi, y por formar parte de mi vida.
- A MIS HIJOS: Juan Manuel, María Teresa, Ana Cecilia, Scheherezade e Ivannoe, razón que me impulsa a luchar y a seguir adelante.
- A MIS NIETOS: Carlos Enrique y Mahilyn Cecilia, por ser mis agradables compañeros de travesuras.
- A LOS LICENCIADOS,
ASESOR Y REVISOR DE TESIS Lic. José Balbino Cruz Gramajo y Lic. Carlos Enrique Cruz Muralles
Con sincero agradecimiento, por su colaboración y apoyo.
- A MIS CUÑADOS, YERNOS,
PRIMOS, SOBRINOS: Por su apoyo y su comprensión.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. De las penas	1
1.1. Origen	1
1.2. Definición	5
1.3. Características	7
1.4. Naturaleza jurídica	11
1.5. Clasificación doctrinaria	15
1.6. Clasificación legal conforme nuestro Código Penal	21
1.6.1. Penas principales	21
1.6.2. La pena de muerte	21
1.6.3. La pena de prisión	21
1.6.3. La pena de arresto	23
1.6.4. La pena de multa	25
1.6.2. Penas accesorias	25
1.6.2.1. Inhabilitación absoluta	25
1.6.2.2. Inhabilitación especial	25
1.6.2.3. Comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito. ...	27
1.6.2.4. Expulsión de extranjeros del territorio nacional.....	27
1.6.2.5. Publicación de sentencias	27

	Pág.
1.6.2.6. La conmuta	27
1.6.3. Conversión de la pena de multa	27

CAPÍTULO II

2. Del arresto	29
2.1. El arresto	29
2.1.1. Origen	29
2.2.2. Definición	32
2.2.3. Características	33

CAPÍTULO III

3. La pena de arresto en la legislación penal en otros países.....	39
3.1. La pena de arresto en otros países	40
3.1.1. Concepto de arresto jurídico en Argentina	41
3.1.2. La naturaleza jurídica del arresto domiciliario en el Perú	42
3.1.3. Inconstitucionalidad sobre la pena de arresto en Colombia	46
3.1.4. Inconstitucionalidad sobre la pena de arresto en Argentina	59

CAPÍTULO IV

4. La pena de arresto en el Código Penal Guatemalteco	71
4.1. Consideraciones	72
4.2. Resultados	78
4.3. Interrogantes	78
4.3.1. Interrogante número 1	79
4.3.2. Interrogante número 2	80

	Pág.
4.3.3. Interrogante número 3	81
4.3.4. Interrogante número 4	81
4.3.5. Interrogante número 5	83
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

Partiendo del análisis de la personalidad del delincuente y no del delito o falta, considerando que la sanción y la pena son un medio de defensa social, que deben pretender la prevención general respecto de la amenaza de la pena a todos los ciudadanos, y la prevención especial respecto de la aplicación de la sanción al delincuente, vale proponer al mismo tiempo una serie de medidas de seguridad que deban aplicarse en relación a la personalidad del delincuente, quedando así desterrada para siempre la idea de que la pena sea la única consecuencia del delito o la falta.

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

Y es así que algunos tratadistas principian definiéndola como un mal que impone el Estado al delincuente como un castigo retributivo a la comisión de un delito, partiendo del sufrimiento que la misma conlleva para la expiación de la culpabilidad del sujeto; algunos otros parten de la idea de que la pena es un bien, o por lo menos debe serlo para el delincuente cuya injusta voluntad reforma, es un bien para el penado en cuanto debe consistir en un tratamiento desprovisto de espíritu represivo y doloroso,

encaminado solamente a la reeducación del delincuente; otros parten del punto de vista de la defensa social y hablan de la prevención, individual o colectiva a la comisión del delito, otros se refieren a la pena como un mero tratamiento, para la reeducación y rehabilitación del delincuente; y algunos otros desde un punto de vista meramente legalista la abordan como restricción de bienes que impone el Estado a través de un órgano jurisdiccional, producto de un debido proceso penal como la consecuencia de la comisión de un delito o falta.

La política criminal, en su persistente tarea de demoler poco a poco lo viejo e inservible, inició una campaña contra las penas cortas de privación de libertad, y hoy nadie discute que las mentadas sanciones, más que beneficiar perjudican gravemente. Nuestro ordenamiento penal sustantivo, a través de Código Penal en su Artículo cuarenta y cinco, se pronuncia respecto de la pena de arresto manifestando que: La pena de arresto consiste en la privación de la libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión. Tomando en cuenta que la pena de arresto se caracteriza por ser una pena leve impuesta únicamente a quienes cometen faltas y cuya sanción es de uno a sesenta días, tal y como lo reza nuestro ordenamiento penal sustantivo, así como que dentro del adjetivo se encuentra a quien corresponde su aplicación y ejecución, en el presente trabajo se planteó el problema en cuanto a que si es factible o no la abolición de esta figura jurídica como una de las penas principales adoptadas por nuestro Código Penal y para ello se realizó un trabajo

de campo dentro del sector profesional del derecho con el objeto de conocer sus consideraciones al respecto. Se seleccionó una muestra de cincuenta profesionales del derecho, y cuyo objetivo general como ya se dijo fue conocer sus opiniones y razonamientos en cuanto al tema tratado.

En primer lugar se preguntó la opinión sobre la pena de arresto, si se estaba de acuerdo con su aplicación, que desventajas y ventajas tiene ésta y por último que si sería conveniente su abolición. Llegando a la conclusión de que: Con el presente trabajo se pudo determinar que existe en el medio jurídico la aceptación de abolir la pena de arresto, toda vez que se considera obsoleta, caduca y onerosa para el Estado y poca efectiva como medio disuasivo frente a la sociedad. La Constitución Política de la República de Guatemala, establece que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden apegada a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Y continúa rezando que por faltas o por infracciones a los reglamentos no deben permanecer detenidas las personas cuya identidad pueda establecerse mediante documentación, por el testimonio de persona de arraigo o por la propia autoridad. Se confirmó que la pena de arresto es una medida restrictiva de libertad aplicada especialmente a faltas, que viola el derecho a la libre locomoción de las personas a quienes se les aplica, por la simple comisión de una infracción leve sin trascendencia jurídica. En estudios realizados dentro del sistema carcelario guatemalteco, a septiembre del año 2006, éste contaba con una población de 8359 personas, hombres

y mujeres; de los cuales 3952 se encontraban cumpliendo condena; 4307 se encontraban en prisión preventiva y 100 en prisión por faltas, lo que representaba un 1.19 por ciento de la población en los presidios. Que de acuerdo con una política criminal democrática sustentada en la Constitución Política de la República de Guatemala, la pena de arresto debe desaparecer del ordenamiento jurídico en busca de una justicia reparadora para la paz social objeto del derecho penal.

Para el desarrollo del presente trabajo de tesis, se consideró importante tratar en el primer capítulo sobre las penas, su origen, definición, características, naturaleza jurídica, clasificación doctrinaria y clasificación conforme nuestro Código Penal. En su segundo capítulo trata sobre el arresto, su origen, definición y características. En su tercer capítulo se hace un estudio sobre la pena de arresto en la legislación de otros países y en su capítulo cuarto y último se hace referencia a la pena de arresto en el Código Penal guatemalteco. Es importante hacer mención que conforme al plan de investigación para el presente trabajo de tesis se utilizó el método inductivo-deductivo, así como el analítico y científico.

CAPÍTULO I

1. De las penas.

1.1 Origen.

Es evidente que el antecedente más importante que impulso a la corriente clásica del derecho penal es la obra de Beccaria, corriente de pensamiento jurídico penal que se inicia en la Escuela de Juristas como originalmente se le denominó a la Escuela Clásica. Y de quien se pueden resumir los más importantes logros de esta escuela quien fuera el maestro Francesco Carrara, según lo cuenta el doctor Sebastián Soler, con la doctrina de Carrara alcanza el derecho penal un punto en el cual es posible fijar el límite perpetuo de lo ilícito, del cual ya no solamente el juez, sino el legislador mismo no puede apartarse sin incurrir en tiranía, es decir, en la negación misma del Derecho. Con la construcción de Carrara quedan separadas las esferas de responsabilidad tradicionalmente confundidas por la religión, por la moral y el derecho.

Para la Escuela Clásica y la doctrina Carrariana, el fundamento del *Ius Puniendi* es la sola justicia. ^{1/} Se equivoca dice, el que ve el origen del derecho de castigar en la sola necesidad de la defensa, desconociendo el primer origen de ella en la justicia. La ley penal no puede entrar a considerar sino aquellos hechos que se han realizado por un hombre, en violación de la ley, con plena conciencia. Es decir, con pleno discernimiento, voluntad y libertad. Para que una acción pueda por la autoridad social ser legítimamente declarada imputable a su autor como delito, es necesario que sea

1/ Soler, Sebastián. Prólogo de la obra “PROGRAMA DEL CURSO DERECHO CRIMINAL” Vol. I.

reprochable, que sea dañosa a la sociedad y precisamente que esté promulgada la ley que lo prohíbe. Uno de los postulados más importantes de esta Escuela Clásica respecto de la pena, se reduce en la consideración como un mal, a través del cual, se realiza la tutela jurídica, siendo la única consecuencia del delito. Y éste, que no es precisamente un ente de hecho sino más bien un ente jurídico, una infracción a la ley del Estado, que establece el límite de lo prohibido, y que lo distingue además de ser una infracción a la ley moral, que no es delito, y que su sanción prevalece exclusivamente al orden moral de las personas, la colectividad; contrario a la pena que se traduce como sanción por la comisión del delito.

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

Así se mantuvo este postulado, hasta el apareamiento de la Escuela Positiva, que partiendo del análisis de la personalidad del delincuente, (y no del delito como lo hicieron los clásicos) consideraron que la pena era un medio de defensa social, que debía de pretender la prevención general (con la amenaza de la pena a todos los ciudadanos) y la prevención especial (con la aplicación de la pena al delincuente) proponiendo al mismo tiempo una serie de medidas de seguridad que debían éstas de

aplicarse en relación a la personalidad del delincuente, quedando así desterrada para siempre la idea de que la pena era la única consecuencia del delito. Y así pues, lo manifiestan los juristas José Francisco De Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco, en su obra, Curso de Derecho Penal Guatemalteco, ^{2/} que en cuanto al origen y significado de la pena “realmente el origen de la pena en la sociedad jurídicamente organizada, se pierde en el transcurso del tiempo, tanto más si vemos que las características de las penas en la actualidad son diversas a las utilizadas por los antepasados, que basándose en el cumplimiento de un castigo o en una vindicta, se imponían directa y cruelmente.

El origen de la pena como actividad estatal ha de buscarse en la edad media; comienza entonces una paulatina labor del Estado para abstraer las relaciones individuales y concentrarlas legalmente en la pena, y así se llega hasta el siglo XXVIII con el concepto de que la pena depende de un orden colectivo. En la actualidad solo podemos concebir formalmente las penas, como aquellas restricciones y privaciones de bienes jurídicos señalados específicamente en la ley penal, cualquier otro tipo de sanción jurídica que no provenga de la ley penal no es considerada como pena para efectos de nuestra disciplina.

Etimológicamente al término pena se le han atribuido varios significados en la historia del derecho penal, así se dice que la misma se deriva del vocablo **PONDUS** que quiere decir **PESO**; otros consideran que se deriva del sánscrito **PUNYA** que significa **PUREZA** o **VIRTUD** (Valores espirituales que debía alcanzar el delincuente a través

^{2/} De Mata Vela, J. F. De León Velasco H. A. **CURSO DE DERECHO PENAL CUATEMALTECO**. Pág. 235

del sufrimiento por el delito cometido); Algunos otros creen que se deriva del griego **PONO** que significa **TRABAJO** o **FATIGA**; y por ultimo se considera que proviene de la palabra latina **POENA**, la cual significa **CASTIGO** o **SUPLICIO**. En cuanto a la terminología jurídica, en nuestro medio y en sentido muy amplio se habla de pena, sanción, castigo, condena, punición, entre otros, sin embargo entendemos que desde el punto de vista strictu sensu estos términos podrían tener diversos significados. Cuando los tratadistas engloban tanto penas como medidas de seguridad, hablan de reacción social, reacción social contra el delito, medios de defensa social, medios de retribución y prevención social, sin embargo ha sido mas acomodado el nominativo de consecuencias jurídicas del delito.

En cuanto al significado la pena tiene diversas formas de conceptualización, desde su concepción como un mero castigo que se impone al delincuente, hasta su concepción como un tratamiento para reeducarlo, pasando por la prevención especial y general contra el delito. Al respecto Eugenio Cuello Calón ^{3/} expresa: “ el sentido y fin atribuido a la pena por las distintas concepciones penales es muy diverso. En este punto predominan dos principios antagónicos: El de la expiación o retribución que da a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito cometido, y el de la prevención que aspira, como su nombre lo indica a prevenir la comisión de nuevos delitos. El antagonismo entre las concepciones de la pena castigo y la pena prevención, termina en la orientación penológica anglosajona que abandona por completo la idea de retribución y de castigo, sustituyéndola por la de tratamiento; sobre la base del estudio

^{3/} Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Págs. 581 y 582.

de la personalidad del delincuente y encaminado a su reforma, a la segregación de los no reformables y a la prevención del delito. Por su parte Enrique Pessina, ^{4/} expone que la pena expresa en su significado general, es un dolor, considerado especialmente en la esfera jurídica, expresa un sentimiento que cae por obra de la sociedad humana, sobre aquel que a sido declarado autor del delito. El fin último de la pena es negar el delito, no ya en el significado vulgar de hacer algo que no se haya realizado, sino más bien en el sentido de anular el desorden contenido en la aparición del delito, reafirmando la soberanía del Derecho sobre el individuo. Esta reintegración, del derecho violado abraza en su concepción todos los demás fines asignados por los varios sistemas científicos y que se pretendan sean fines fundamentales de la pena.

La intimidación o coacción psicológica para impedir el delito; la seguridad social e individual, ya en cuanto a la persona, ya en cuanto a los bienes, el impedir por medio de la amenaza de la pena, o por ejemplaridad del castigo inflingido, que el número de los delitos crezca; la corrección de los individuos manchados por el delito, sea por el temor, sea por la disciplina, son todos ellos efectos útiles y apetecibles de la pena siempre que ésta vaya dirigida al fin de la reafirmación del derecho.

Recientemente en España el connotado maestro de la Universidad Complutense de Madrid, José María Rodríguez Devesa, ^{5/} analiza el significado de la pena desde dos puntos de vista: estáticamente dice, la pena es simplemente la consecuencia primaria del delito. El delito es el presupuesto necesario de la pena; entre ambos hay una

^{4/} Pessina, Enrique. **Elementos del derecho penal**. Págs. 601,602 y 603.

^{5/} Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 883.

relación puramente lógica, puede decirse que es una retribución del delito cometido, si se descarga a esta palabra todo el significado vindicativo. dinámicamente considerada, la pena tiene primordialmente los mismos fines de la ley penal, la evitación de las conductas que la ley penal prohíbe o manda ejecutar. Esa finalidad se trata evidentemente de conseguir, tanto al nivel de la amenaza legal general como de la imposición y ejecución concreta sobre un determinado individuo perteneciente a la comunidad, mediante un doble efecto que se denomina Prevención General, cuando opera sobre la colectividad, como un hecho en muchas conciencias Prevención Especial, operando sobre el que ha cometido el delito para que no vuelva a delinquir. En síntesis podemos afirmar que tanto el origen como el significado de la pena, guardan íntima relación con el origen y significado del delito; es el delito el presupuesto imprescindible para la existencia de la pena, de tal manera que una noción jurídica de la misma deberá estar en relación con la noción jurídica del delito, sin embargo es indiscutible que tanto la comisión del delito como la imposición de la pena tienen como común denominador al sujeto denominado delincuente, por lo que precisa el estudio de las penas, partiendo del delito y de la personalidad del delincuente, buscando la defensa de la sociedad a través de la plena justicia, conciliando de esta manera las contradicciones que al respecto plantearon en un principio las dos escuelas del Derecho Penal, referidas anteriormente.

1.2 Definición.

En cuanto a la definición de la pena como una de las principales instituciones del Derecho Penal, puede definirse de varias formas, atendiendo a diferentes puntos de

vista, así algunos tratadistas principian definiéndola como un mal, que impone el Estado al delincuente como un castigo retributivo a la comisión de un delito, partiendo del sufrimiento que la misma conlleva para la expiación de la culpabilidad del sujeto; algunos otros parten de la idea de que la pena es un bien, o por lo menos debe serlo para el delincuente cuya injusta voluntad reforma, es un bien para el penado en cuanto debe consistir en un tratamiento desprovisto de espíritu represivo y doloroso, encaminado solamente a la reeducación del delincuente; otros parten del punto de vista de la defensa social y hablan de la prevención, individual o colectiva a la comisión del delito, otros se refieren a la pena como un mero tratamiento, para la reeducación y rehabilitación del delincuente; y algunos otros desde un punto de vista meramente legalista la abordan como restricción de bienes que impone el Estado a través de un órgano jurisdiccional, producto de un debido proceso penal como la consecuencia de la comisión de un delito; y así se ha definido la pena atendiendo a diversos criterios, que se consideran todos válidos desde su particular punto de vista, sin entrar a discutir desde luego los aspectos filosóficos de su naturaleza jurídica.

Entre otras definiciones resalta conforme Francesco Carrara, que la pena es el mal que de conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que son reconocidos culpables de un delito. Del argentino Sebastián Soler, se dice que la pena es un mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos. Para el mexicano Raúl Carranca y Trujillo la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que

representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo como fin la defensa social. Nosotros, dicen De Matta Vela y De León Velasco, ^{6/} “consideramos que la pena es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone uno órgano jurisdiccional competente, en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal. Y por último, el Abogado Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, dice: “ La pena es un castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial a quien ha cometido un delito o falta. ^{7/}

Y continua manifestando que Mezger dice que en sentido estricto es la imposición de un mal proporcionado al hecho, es decir; una retribución por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que corresponde aún en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido, debiendo de existir entre la pena y el hecho una equiparación valorativa.

1.3 Características.

Dentro de las características mas importantes que distinguen a la pena desde el punto de vista estrictamente criminal, se comienza con que es un castigo, partiendo de la idea de que la pena se convierte en un sufrimiento para el condenado al sentir la

^{6/} De Mata Vela, J. F. De León Velasco H. A. **Op. Cit.** Pág. 240.

^{7/} Manuel Ossorio. **Diccionario de ciencias jurídicas.** Pág. 558

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

Por otro lado se dice que es de naturaleza jurídica pública, debido a que solamente al Estado corresponde la imposición y la ejecución de la pena, y que nadie más puede arrogarse ese derecho producto de la soberanía del Estado.

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

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

Existe además la característica de la pena que consiste en que ésta debe de ser determinada en la ley penal, y el condenado no debe de sufrir más de la pena impuesta la cual debe de ser limitada, respecto al resultado y la comisión del delito.

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

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

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

1.4 Naturaleza jurídica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la pena, ésta se identifica en buena manera con la naturaleza jurídica del derecho penal, es decir, que ambas son de naturaleza jurídica pública, partiendo del *Ius Puniendi*, como el derecho que corresponde en forma exclusiva al Estado de castigar, concepción que ha sido aceptada por el derecho penal moderno. La pena es de naturaleza pública, porque solo el Estado puede crearla, imponerla y ejecutarla, lo que significa que a ningún particular le está permitido juzgar criminales y atender contra ellos imponiendo una pena. Ahora bien, el mismo poder punitivo del Estado, se encuentra limitado con el principio de legalidad, lo que significa que *-Nullum Crimen Nullum Poena Sine Lege-* de tal manera la misma autoridad no puede imponer una pena, si ésta no está previamente determinada en la ley penal, además se necesita como presupuestos de su imposición que exista la comisión de un delito, que éste sea imputable a un sujeto responsable, sin que existan eximentes de punibilidad y que se haya dictado una sentencia condenatoria, después de seguido un proceso penal con todas las garantías de la defensa.

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

A este respecto Cuello Calón ^{8/} asienta que la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente al de la prevención del delito, pero orientada hacia este rumbo no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya

^{8/} Cuello Calón, Eugenio. **Op. Cit.** Pág. 582

base es la retribución, porque la realización de la justicia es un fin socialmente útil.

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

Se dice que sobre un fondo de justicia debe la pena aspirar a la obtención de los siguientes fines: ^{9/}

a) Obrar sobre el delincuente creando en él, por el sufrimiento que contiene, motivos que le aparten del delito en el porvenir y sobre todo, como finalidad preponderante, tender a su reforma y a su readaptación a la vida social. Si el delincuente es insensible a la intimidación y no fuere susceptible de reforma, la pena debe de realizar una función de eliminación de dichos individuos del ambiente social.

No refiriéndose exactamente a que tipo de eliminación se refiere, Cuello Calón, ya que si esa eliminación es física a través de la pena de muerte, o tiene el carácter de un confinamiento definitivo a través de la cadena perpetua, nuestra legislación penal ha encontrado varios obstáculos como lo es la petición actual de la abolición de la pena de muerte como una violación a los derechos íntegros de los derechos humanos respecto de la personalidad del delincuente.

b) Obrar no solo sobre el delincuente, sino también sobre los ciudadanos pacíficos, mostrándoles, mediante su conminación y su ejecución, las consecuencias de su

^{9/} De Mata Vela, J. F. De León Velasco H. A. **Op. Cit.** Pág. 244.

conducta delictuosa, vigorizando así su sentido de respeto a la ley y creando en los hombres de sentido moral escaso, por razones de propia conveniencia, motivos de inhibición para el porvenir.

La función preventiva realizada por la sanción penal, cuando actúa sobre el penado, se denomina especial o individual; y cuando se ejerce sobre la colectividad en general se llama prevención general o colectiva. En donde tanto el fundamento como los fines de la pena, se han enfocado hasta nuestros días por tres principales teorías a saber:

1. Teoría de la retribución.

Esta teoría sostenida por una tradición filosófica y cristiana, se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objeto de alcanzar la justicia. Su fundamento está en el castigo- retributivo que debe recibir el delincuente por la comisión de un mal causado denominado delito, en tal sentido la pena debe ser aflictiva, un sufrimiento, un mal para el delincuente, para lograr la amenaza penal.

Soler, ^{10/} entiende que no podría amenazarse a los miembros de una sociedad, prometiéndoles un bien o un privilegio, y explica: “puede perfectamente suceder que el delincuente no reciba la pena como mal, no por ello deja de ser pena. El vagabundo que comete una pequeña ilicitud para ganar el bienestar de la cárcel durante unos meses de invierno, sufre jurídicamente una pena, porque el derecho valora la libertad más que el bienestar. Claro está que la eficacia de un sistema penal depende de la coincidencia perfecta entre sus valoraciones y las valoraciones psico-sociales medias.

10/ Soler, Sebastián. **DERECHO PENAL ARGENTINO**. Pág. 406.

Un derecho penal que construyera sus penas sobre la base de bienes socialmente poco valiosos sería ineficaz.

Por su parte el profesor Luis De La Barreda, ^{11/} adversa esta teoría al sostener que la retribución trata, en rigor, de fundamentar la necesidad de la pena, pero no la fundamenta sino más bien la presupone, y de manera radical sostiene que su significado estriba en la compensación de la culpabilidad, pero no explica porque toda la culpabilidad tenga que retribuirse con una pena. Otra objeción es, que la idea retributiva compensadora solo puede sostenerse mediante un acto de fe, pues racionalmente es incomprensible que el mal cometido es decir el delito; pueda borrarse con un segundo mal, como lo sería la pena.

2. Teoría de la prevención especial.

Esta teoría nace con el positivismo italiano y luego se desarrolla en Alemania por Franz Von Liszt; la pena consiste para esta teoría, en una intimidación individual que recaer únicamente sobre el delincuente con el objeto de que éste no vuelva a delinquir; no pretende como la anterior retribuir el pasado, sino prevenir la comisión de nuevos delitos, corrigiendo al corregible, intimidando al intimidable o haciéndolo inofensivo al privarlo de la libertad al que no es corregible ni intimidable. El profesor De La Barreda, en la ponencia citada anota: “ la teoría de la prevención especial conduce a una consecuencia inocultable, con independencia de que seamos culpables o no de un delito, todos podemos ser corregibles o al menos se nos puede inhibir, y si ello se hace sin tomar en cuenta la culpabilidad, para los fines correccionistas promulgados, se abre

11/ De La Barreda , Solórzano. **PUNIBILIDAD, PUNICION Y PENA.** Ponencia 1er. Congreso de Derecho Penal mexicano.

la posibilidad de la pena ilimitada temporalmente, y luego hace una segunda objeción; si no existe peligro de que un delito se repita, por grave que sea, ningún sentido tiene la pena. Y finalmente dice, la idea de corrección indica un fin de la pena, pero no la justifica.

3. Teoría de la prevención general.

Sostiene que la pena debe conllevar una intimidación no solo de tipo personal, sino de tipo general a todos los ciudadanos, actuando como advertencia de lo que les puede suceder si se atreven a cometer un delito, es decir, que el fin de la pena para esta teoría no es la retribución, ni la corrección del delincuente, sino que radica en sus efectos intimidatorios para todos los hombres sobre las consecuencias perniciosas de su conducta antijurídica; esto partiendo de la idea como dice Mezger, citado por Federico Puig Peña,^{12/} la base criminal es un fenómeno común a todas las personas, es decir, que la tendencia a realizar actos criminales no se circunscribe, en el sentido de la teoría lombrosiana del delincuente nato, a una determinada especie humana, sino que como criminalidad latente instintiva que existe en todos los hombres, incluso en los mejores. Ahora bien, con el fin de contrarrestar y oponerse a los efectos de esta inclinación, se hace necesaria la institución de determinados impulsos, sin lo que no podría llevarse a cabo la vida común social.

A esta teoría Luis de la Barreda, objeta por un lado, si de lo que se trata es de intimidar a todos, nada impide el establecimiento de sanciones lo mas graves posibles. Por otro lado, no se ha atendido al dato empírico de que en numerosos delincuentes no se ha

^{12/} Puig Peña, Federico. **DERECHO PENAL.** Pág. 337.

podido determinar el efecto intimidante de la penas. Y es que de todas las teorías, dice, ninguna de ellas ha propuesto cuando se justifican las sanciones penales, las tres teorías quieren explicar para que sirve la pena, pero no a que hecho debe de aplicarse. Por consiguiente, cabe mencionar que la pena es la real privación de libertad o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.

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

1.5 Clasificación doctrinaria.

Respecto de la clasificación de las penas en la doctrina del Derecho Penal se han presentado una serie de clasificaciones en cuanto a las penas, tomando en consideración varios aspectos, como el fin que se proponen, la materia sobre la que recaen, el bien jurídico que privan o restringen, el modo como se imponen, su duración y su importancia entre otros. De Mata Vela y De León Velasco, ^{13/} consideran las más

13/ De Mata Vela, J. F. De León Velasco H. A. **Op. Cit.** Pág. 253.

importantes las que a continuación se detallan:

1. Atendiendo al fin que se proponen alcanzar.

- a) Intimidatorias: Son aquellas que tienen por objeto la prevención individual, influyendo directamente sobre el ánimo del delincuente con el fin de que no vuelva a delinquir. A decir de Puig Peña, son las más indicadas para los individuos aún no corrompidos en los que aún existe el resorte de la moralidad, que es preciso reforzar con el miedo de la misma, este tipo de pena se da principalmente en los delincuentes primarios y un ejemplo de ella es el arresto domiciliario.
- b) Correccionales o reformatorias: Son aquellas que tienen por objeto la rehabilitación, la reforma, la reeducación del reo para que pueda reincorporarse a la vida social como un ser útil a ella, desintoxicado de todo tipo de acciones antisociales; se dice que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente pero que aún consideramos como corregibles y un ejemplo de esta clase de pena lo es la pena de prisión, la cual debe de cumplirse en un centro especial correccional.
- c) Eliminatorias: Son aquellas que tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligroso. Se entiende que su eliminación tiene por objeto separarlo de la sociedad en consideración a su alto grado de peligrosidad criminal, de tal manera que se puede lograr imponiendo la pena capital para privarlo de la existencia,

o bien confinándolo en una prisión a través de la cadena perpetua, lo cual viene a ser un ejemplo claro de este tipo de pena.

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

- a) La pena capital: Mal llamada también pena de muerte, ya que realmente es una condena a muerte porque en realidad lo que se priva del delincuente condenado a ella es la vida; la pena capital o pena de muerte consiste pues en la eliminación física del delincuente y es muy discutible en la doctrina científica del Derecho Penal, lo que ha dado lugar a encendidos debates entre abolicionistas que propugnan por la abolición de la pena de muerte y antiabolicionistas que propugnan porque se mantenga la imposición de la misma. A este extremo existen dos teorías, según descripción que hace Puig Peña, ^{14/} en donde cabe mencionar la teoría abolicionista, de la que se dice que principia a finales del siglo XVIII con la obra del penalista milanés César Beccaria quien sostenía la ausencia de efectos intimidativos en la pena de muerte y la escasa trascendencia del espectáculo de la ejecución pública, con argumentos esgrimidos a favor, como lo es el punto de vista moral y jurídico. Y por otro lado la teoría antiabolicionista, de la que se dice que muchos siglos transcurrieron sin que se pusiera en tela de juicio la legitimidad de la pena de muerte, y ello –dice Puig Peña- se debió a la autoridad casi dogmática de Santo Tomás de Aquino, quien formuló su famoso símil del miembro enfermo que es necesario amputar para la conservación de la vida,

14/ Puig Peña, Federico. **DERECHO PENAL**. Pág. 366.

teoría que tiene como argumentos una justa retribución para los delitos contra la vida. Nace entonces una teoría ecléctica, la que frente a las dos posiciones radicalmente adversas, surge una postura intermedia, que sostiene que la pena de muerte no debe aplicarse en tiempos de normalidad, pero si en circunstancias extremas de descomposición social, por cuanto la pena capital, constituye un acto de legítima defensa por parte del poder público, por cuanto que sin ella se multiplicarían lo criminales, se llegaría a la desorganización política y social de algunos pueblos, y en definitiva iría cada vez más en aumento el número de malhechores con el gran peligro para la sociedad que ello representa.

b) La pena restrictiva de libertad: Consiste en la pena de prisión o de arresto, que priva al reo de su libertad de movimiento, es decir, que limita o restringe el derecho de locomoción del condenado, obligándolo a permanecer en una cárcel, centro penitenciario o centro de detención, por un tiempo determinado. Científica, técnica y moralmente ejecutada la pena privativa de libertad, debe influir positivamente en el condenado a fin de retribuir la comisión del delito y ante todo a rehabilitarlo, reeducarlo y reformarlo para su nuevo encuentro con la sociedad, de lo contrario la cárcel puede convertirse en un centro de perversión y los reos en peligrosos criminales, lo cual es totalmente contrario a los fines de la ejecución de la pena en el moderno Derecho Penitenciario.

c) La pena restrictiva de libertad: Son aquellas que limitan o que restringen

la libertad del condenado al destinarle un específico lugar de residencia, es decir, que obligan y limitan al condenado a residir en un determinado lugar, tal es el caso del arresto domiciliario que contempla nuestra legislación procesal penal.

- d) La pena restrictiva de derechos: Son aquellas que restringen o limitan ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley, tal es el caso de las inhabilitaciones o suspensiones a que se refiere nuestro Código Penal.
- e) La pena pecuniaria: Son penas de tipo patrimonial que recaen sobre la fortuna del condenado, tal es el caso de la multa y el comiso, así como la confiscación de bienes que consiste en la pérdida del patrimonio o parte del mismo a favor del Estado.
- f) Penas infamantes y penas aflictivas: Las penas infamantes privan o lesionan el honor y la dignidad del condenado, las cuales tenían por objeto humillar al condenado, tal es el caso de la picota (poste en donde se exhibía la cabeza de los reos), y la obligación de vestir de determinada manera. Las penas aflictivas son penas de tipo corporal que pretendían causar dolor o sufrimiento físico al condenado sin privarlo de la vida, tal es el caso de los azotes y las cadenas, la mutilación y la marca con hierro candente. Afortunadamente este tipo de penas ya han desaparecido de las legislaciones penales modernas de los países cultos, y tan solo han quedado como un recuerdo histórico en la evolución de las

ideas penales, en las que en la antigüedad prevalecía la idea del castigo y jamás de la rehabilitación del delincuente.

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

1.6 Clasificación legal conforme nuestro Código Penal.

De acuerdo con la actual legislación penal guatemalteca las penas se dividen en principales y accesorias son penas principales ¹⁵ la de muerte o pena capital, la de prisión, la de arresto y la de multa; y son penas accesorias ¹⁶ la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, el comiso y la pérdida de los objetos o instrumentos del delito, la expulsión de extranjeros del territorio nacional, ¹⁷ el pago de costas y gastos procesales, la publicación de sentencias, y todas

15/ Código Penal guatemalteco, Art.41

16/ Op. Cit. Art.42

17/ Ley de Extranjería de Guatemala. Art.77

aquellas que otras leyes señalen.

1.6.1 Penas principales: Son aquellas que gozan de autonomía en su imposición, de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de otra u otras, por cuanto tienen independencia propia. Manuel Ossorio,^{18/} dice al respecto que son penas principales las que el código señala como correspondiente a cada delito y que se denomina así porque a veces esa pena principal puede ir acompañada de otra pena llamada accesoria.

1.6.1.1 La pena de muerte: Tiene carácter extraordinario en nuestro país, y solo se aplicará en los casos expresamente consignados en la ley, es decir, a delitos señalados por la ley y cometidos en las circunstancias expresadas por la misma y después de agotados todos los recursos legales, aún el recurso de gracia, que no es un recurso jurídico penal propiamente dicho. Sin embargo la pena de muerte no podrá imponerse por delitos de orden político, cuando la condena se funde en presunciones, a las mujeres, a varones mayores de sesenta años y a las personas cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición, en esos caso siempre que la pena de muerte sea convertida en prisión, se aplicará esta en su límite máximo. ¹⁹

1.6.1.2 La pena de prisión: Consiste en la privación de la libertad personal, y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración en nuestro país puede ser de un mes hasta cincuenta años. A los condenados a

18/ Manuel Ossorio. **Diccionario de ciencias jurídicas**. Pág. 560.

19/ **Op. Cit.** Art. 43

prisión que observen buena conducta durante las tres cuartas partes de la condena se les pondrá en libertad, en el entendido que si cometieren un nuevo delito durante el tiempo que estén gozando de dicho privilegio, deberán cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito cometido. La rebaja a que se refiere nuestro Código Penal no se aplicará cuando en reo observe mala conducta, cometiere un nuevo delito o infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena.²⁰ Está destinada especialmente para los delitos o crímenes y es sin duda la más importante dentro de nuestro sistema punitivo. En Guatemala el sistema original de prisiones o penitenciarias, ha sido suplantado por un sistema de granjas penales de rehabilitación para el reo, sin que hasta la fecha de ello se vean buenos frutos a los cambios esperados respecto de la reeducación y reforma del delincuente, ya que las penas privativas de libertad ejecutadas en estos centros penales no han logrado resolver los graves problemas desde el punto de vista patológico y social que presentan muchos delincuentes, y más aún ahora con las llamadas maras, prueba de ello es el elevado índice de reincidencia y habitualidad en muchos delincuentes que cumplen su condena, se integran a la sociedad, vuelven a delinquir y regresan de nuevo al penal.

1.6.1.3 La pena de arresto: Consiste también en la privación de la libertad personal, y su duración se extiende de uno a sesenta días y está destinada especialmente para las faltas o contravenciones que son infracciones leves a la

20/ Op. Cit. Art. 44

ley penal. Nuestra legislación establece que éstas se ejecutarán en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión /21 sin embargo por razones de espacio físico, carencia de instituciones previstas en la ley y el elevado número de personas sujetas a proceso y sujetos responsables de faltas, los lugares resultan siendo los mismos y no fue sino hasta hace algún tiempo atrás que fue creado un lugar supuestamente específico para contemplar este tipo de arresto.

1.6.1.4. La Pena de Multa: Consistente en el pago de una cantidad de dinero que deberá fijar el juez dentro de los límites legales /22 señalados para cada delito y cuando no se encuentra estipulada, en la Ley del Organismo Judicial. La pena de multa tiene un importancia cada vez mayor dentro del Derecho Penal moderno, especialmente porque sigue ganando terreno en cuanto a su disputa con las penas cortas de prisión, señalándose en la doctrina que aunque causa aflicción no degrada, no deshonra al penado en su núcleo social y constituye una fuente de ingreso para el Estado; sin embargo ha sido constantemente criticada diciendo que para el rico representa la impunidad y para el pobre un sacrificio, en ese sentido para Devesa, 23/ esta pena debía estar reservada para las personas que gocen de cierto grado de fortuna, las distintas legislaciones penales en el mundo para contrarrestar lo expuesto han

21/ **Op. Cit.** Art. 45

22/ **Op. Cit.** Art. 52

23/ Rodríguez Devesa, José María. **Op.Cit.** Pág. 835.

establecido cuantías proporcionales de acuerdo a la capacidad económica del penado, en nuestro país el Código Penal establece que la multa tiene carácter Personal y será determinada de acuerdo a la capacidad económica del reo, su salario su sueldo o renta que perciba, su aptitud para el trabajo o capacidad de producción, cargas familiares y demás circunstancias que indiquen su solvencia económica.

1.6.2 Penas accesorias: Son aquellas que por el contrario de las principales no gozan de autonomía en su imposición, y para imponerlas necesariamente deben anexarse a una principal, es decir, que su aplicación depende de que se imponga una pena principal, de lo contrario por si solas no pueden imponerse. Manuel Ossorio, dice al respecto que pena accesoria es aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada principal y pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas.

1.6.2.1 Inhabilitación absoluta: Según nuestra legislación penal consiste en la pérdida o suspensión de los derechos políticos, la pérdida de empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque provinieren de elección popular, la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos; la privación del derecho de elegir y ser electo, y la incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor. /24

1.6.2.2 Inhabilitación especial: Que consiste en la imposición de alguna o de

algunas de las inhabilitaciones absolutas descritas anteriormente; ²⁵ o bien en la prohibición de ejercer alguna profesión o actividad, cuyo ejercicio depende de una autorización, licencia o habilitación; esta prohibición se refiere especialmente cuando el delito se hubiere cometido abusando del ejercicio profesional o bien infringiendo deberes propios de la actividad a que se dedica el sujeto.

1.6.2.3 Pérdida de los objetos o instrumentos del delito:

Consiste en la pérdida a favor del Estado de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido a no ser que estos pertenezcan a un tercero que no tenga ninguna responsabilidad penal en el hecho delictivo. ²⁶ Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se decretará el comiso, aún y cuando no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del sindicado. Los objetos decomisados de ilícito comercio se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial.

1.6.2.4 Expulsión de extranjeros del territorio nacional: En cuanto a esta pena accesoria nuestro Código Penal solamente se limita a mencionarla, al igual que el pago de costas procesales, sin embargo entendemos que solo se aplicará a los extranjeros y deberá ejecutarse una vez cumplida la pena principal, sí como que las costas deberán de pagarse a quien se deben por el

25/ Op. Cit. Art. 57

26/ Op. Cit. Art. 60

responsable de las mismas.

1.6.2.5. Publicación de sentencias: Se impondrá como accesoria a la principal, en los delitos contra el honor, y cuando fuere solicitado por el ofendido o sus herederos, y el juez considere que la publicidad contribuirá a reparar el daño moral causado y se hará a costa del condenado o los solicitantes, en uno o dos periódicos de los de mayor circulación del país. Sin embargo en ningún caso podrá ordenarse la publicación cuando se afecta intereses de menores o terceras personas. /27

1.6.3 La conmuta: Se dice que no es precisamente una pena, sino un beneficio que se otorga al condenado, por medio de la cual la pena de prisión cuando no exceda de cinco años, o sea de arresto en todos los casos se puede trocar por pena de multa. Sin embargo no podrá otorgarse la conmuta a los reincidentes y delincuentes habituales, a los condenados por hurto y robo, a los peligrosos sociales a juicio del Juez. /28

1.6.4 Conversión de la pena de multa: En esta figura jurídica adoptada por nuestro Código Penal, se manifiesta que los penados con multa que no la hicieren efectiva en el término legal o que no cumplieren con efectuar las amortizaciones para su debido pago, o fueren insolventes, cumplirán su condena con privación de libertad, regulándose el tiempo y las condiciones personales del penado entre cinco y cien quetzales por cada día. /29

27/ Op. Cit. Art. 61

28/ Op. Cit. Art. 50 y 51

29/ Op. Cit. Art. 55

CAPÍTULO II

2. Del arresto.

Origen.

Las penas restrictivas de la libertad han figurado siempre a través de la historia. En el Derecho Romano, la práctica de este tipo de sanción como una de las penas principales de la época, nos muestra cómo esas penas estaban arraigadas en aquella legislación. En los primeros tiempos del imperio romano aparecen la *Relegatio*, que posteriormente toma una forma agravada con la *Deportatio*. La Relegatio o Relegación, en el Derecho Romano, consistía en la pena de destierro que no llevaba consigo la pérdida de los derechos civiles, en contraposición por ello con la *Deportatio* o Deportación que significaba el destierro total con todo y sus derechos ya fueran civiles o de familia, lo equivalente a dejar la ciudad de roma, sin otra restricción a la libertad. El Derecho germánico y el canónico conocieron igualmente estas sanciones. Como su mismo nombre lo indica, este tipo de sanción no priva de libertad al individuo afectado por ella; sino, solamente restringe el uso de la misma. La política criminal, en su persistente tarea de demoler poco a poco lo viejo e inservible, inicio una campaña contra las penas cortas de privación de libertad, y hoy nadie discute que las mentadas sanciones, más que beneficiar perjudican gravemente. Efectivamente, el ambiente desmoralizador de la cárcel hace que los individuos al entrar en ella, en vez de corregirse, sigan las instrucciones del mal vivir dadas por los profesionales del delito. Las estadísticas

han hecho observar que las reincidencias se dan principalmente en los casos de penas cortas de privación de libertad. Así como en los anteriores supuestos las penas cortas no producen efecto intimidante respecto a los profesionales y habituales del hampa que nada tienen que perder, en cambio respecto de otros muchos, para los que son contraproducentes, porque rompen a veces el freno más poderoso que podría contenerlos: la vergüenza. En muchos pueblos, no es raro que un hombre de buenos sentimientos, después de algunos meses de cárcel a donde le llevó su mala ventura por la comisión de una falta no menos grave, se juzgue tan desventurado ante los suyos que tome el camino del delito. La única obra de la prisión en estos casos ha sido en lanzar por esos derroteros a quien sin la pena, hubiera seguido una vida honrada.

Esto, en realidad, no integra un argumento con poder disuasorio, lo que hay es que, puesto en concordancia con los anteriores argumentos, integra una razón atendible, pues sino corrige ni intimida, el gasto realizado por el Estado es superfluo. Algún penalista, como Sánchez Tejerína, ha encontrado excesivo todo este lujo de doctrinas contrarias y entiende que suprimir en absoluto las penas cortas de prisión de libertad supone un desacierto. No estamos conformes con el ilustre tratadista, mientras se disponga de otros medios para sustituir este fracaso represivo debe acudirse a los mismos, y solamente en última instancia podría mantenerse en algunos supuestos y mientras se consigne el reemplazarlos en definitivo del sistema. A un primer momento en que el Estado una vez que haya señalado al delincuente y

el castigo que ha de cumplir por su falta o delito, se desinteresa por completo de él, sucede una segunda etapa, en la que el poder público tiene particular cuidado en examinar el desarrollo y eficacia de la medida impuesta contra el que ha violado la paz social. Este interés suscita en estudio y este estudio una ciencia, la ciencia penitenciaria, que tiene por objeto el concepto, especie y aplicación de las penas y en cierto sentido, el fin de la misma puesto que, naturalmente la finalidad asignada a la sanción tiene una influencia esencial sobre la concepción y construcción del régimen penitenciario. Ahora bien, por estrecho parentesco ha figurado hasta ahora la ciencia penitenciaria dentro del área del Derecho Penal, pero las más modernas conclusiones científicas sostienen que éste debe desembarazarse del pesado lastre que supone aquella. Esto no quiere decir que menosprecie su importancia ya que de todas maneras constituye una ciencia auxiliar al Derecho Penal.

Como ya lo dijimos anteriormente, son penas privativas de libertad aquellas que consisten en la reclusión del condenado en un establecimiento destinado al efecto, bajo un régimen determinado por la ley. Hoy en día constituyen el eje de todo sistema represivo, pero, en cambio, no ha sucedido así a través de la historia.

Efectivamente, como ya lo mencionamos, en el Derecho Romano, la misión principal de la cárcel era la custodia de los delincuentes destinado al suplicio. Fue el Derecho Canónico el que dio gran importancia a la prisión, organizándola como verdadera pena con la finalidad de provocar la reflexión y conlleva el arrepentimiento y la enmienda. En los derechos seculares se seguía manteniendo el cometido originario hasta fines del siglo XVII, entonces el internamiento se sustentaba como

propia pena y al poco tiempo de surgir así recibe la influencia del penitenciarismo John Howard, que es para esta ciencia lo que Beccaria fue para el Derecho Penal. En su libro *State of the Prisons*, puso de manifiesto con vivos colores el estado lamentable de las prisiones de su tiempo, y por influjo, los estados comienzan una labor de ejecución racional y humana de las penas privativas de libertad, base del poderoso movimiento penitenciario que caracteriza los tiempos modernos. No se puede olvidar nunca que la pena es un mal, es una sanción, es un sufrimiento que el Estado impone a consecuencia de un delito o falta. En este sentido, la organización de la pena tiene que estar orientada a esa dirección, evitando que la cárcel, como aspiran algunos penitenciaristas avanzados, se convierta en un lugar de molición, tranquilidad y reposo. Puesto que la pena es un sufrimiento, sin eficacia, desmoralizando al penado mismo y a la sociedad. Al penado porque, encontrando en ella comodidades que a lo mejor no tendría en la vida de libertad, sería una tentación para la reincidencia; a la sociedad, porque, el ejemplo de una pena viene a constituir un mejoramiento de bienestar. Lo anteriormente dicho, no significa, sin embargo, que al penado haya que tratársele como si se desconociera su condición de ser humano. No, el penado es un hombre, y como tal hay que tratarle. Como dice Cuello Calón, el delincuente no se haya fuera del derecho, sino, en una relación de derecho público con el Estado; porque deducidos los derechos perdidos o restringidos por la condena, su condición jurídica es igual a la de todos los ciudadanos no reclusos y en consecuencia la pena no puede ofender la

personalidad humana ni repercutir sobre derechos e intereses jurídicos no afectados por la sanción, en este caso por la pena de arresto. Pero poco habría conseguido la legislación si con la pena solo se obtuviese el castigo del delincuente, su finalidad es muy distinta, tiende, quiérase o no, a reeducarlo. La reforma es el fin de todo sistema penitenciario y a ella, tiene que tender la legislación. Esa reforma exigirá una consideración particular de cada penado, su edad, sexo, condición, cultura, temperamento, carácter, género de vida, condiciones morales, físicas, etc. Pero, en conclusión para obtener la reeducación es siempre necesario un órgano general disciplinario.

2.2 Definición.

Conforme Manuel Ossorio ^{30/} a quien ya he citado, el arresto es la detención provisional del presunto reo, reclusión por tiempo breve como corrección o pena. Siendo que estas dos acepciones no son admitidas en el léxico de todas las legislaciones. Así en la escala de penas del Código Penal Español de 1870 el cual fuera reformado en el año de 1932, se establecen las penas de arresto mayor con duración de un mes y un día a seis meses, y la de arresto menor con duración de uno a treinta días, además de sus accesorias como lo es la pena de multa y el decomiso. Similarmente en el Código Penal italiano, estas penas por su levedad se aplican a los delitos de escasa importancia y principalmente a las llamadas faltas o contravenciones. Contrariamente en el Código Penal argentino, no se señala la pena de arresto aunque si figuraba en su código penal anterior. Sin embargo el arresto en la Argentina, como sanción

30/ Op. Cit. Pág. 66

pena consistente en la simple detención de la persona a quien se impone. Con referencia al Derecho Procesal, es el acto ejecutado por autoridad competente de aprehender a una persona de quien se sospeche haya cometido un delito o contravención y retenerla detenida por breve tiempo hasta que intervenga el juez que ha de entender en el asunto. En definitiva el arresto equivale a lo que en otras legislaciones, entre ellas la Argentina, denominan detención.

El arresto como la detención, puede ser ilegal cuando se efectúe sin cumplir lo que la ley establece. Por otro lado el autor mencionado, define la pena de arresto como una pena leve, en oposición a la pena grave; la de menor sufrimiento o perjuicio para el condenado, como el arresto de corta duración, la represión y suele ser en todo caso la sanción que acompaña a las faltas.

Para nuestra legislación, en el Código Penal encontramos definidas las penas, entre ellas las penas principales, siendo la pena de arresto una de ellas y reza que la pena de arresto, consiste en la privación de libertad hasta por sesenta días y la misma se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión.

2.3 Características.

Tras desarrollar el origen y definición de esta institución deben determinarse las características mas importantes de la misma, en las que encontramos que según el tratadista español Eugenio Cuello Calón consigna como principales las siguientes:

- a) ES UN SUFRIMIENTO: Para el penado, quien por lo general es el condenado

en sentencia firme al cumplimiento de una pena, por automasia, el que esta extinguiendo la pena privativa de libertad en un establecimiento penitenciario.

- b) ES PÚBLICA, es decir, que es impuesta única y exclusivamente por el Estado.
- c) DEBE SER IMPUESTA POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA, a través de los administradores de justicia y como consecuencia de un procedimiento penal.
- d) DEBE SER PERSONAL, lo que significa que debe de recaer en la persona o sujeto responsable de la comisión de la falta o contravención.
- e) DEBE SER LEGAL, es decir, que debe estar previamente establecida en ley.

Es preciso tratar de desarrollar con más amplitud las características que hemos citado anteriormente, por lo que podemos decir, siguiendo con lo manifestado por el tratadista Cuello Calón, respecto al primer carácter que: ésta constituye un sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia que proviene de la restricción o privación de libertad impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, como el derecho a la vida, la propiedad y la libertad entre otros. Al consignar algunas definiciones de la pena, manifestamos que a ésta generalmente se le concibe como un mal, sin embargo, como dice Bettiol citado por Cuello Calón, que es un mal en cuanto es sinónimo de un sufrimiento físico y espiritual, pero desde el punto de vista moral, en cuanto constituye la reafirmación de una norma no puede ser sino un bien. De esta manera se considera la pena como un bien para el penado en cuanto debe de consistir en un tratamiento, desprovisto de espíritu

represivo y doloroso, encaminado únicamente a la reeducación del delincuente.

Respecto a que la pena es pública, o sea que deviene de la imposición del Estado, para la conservación del orden público o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito o por la falta, significa que los sufrimientos que el Estado impone con otros fines o motivaciones, por ejemplo, las correcciones disciplinarias con las que se sancionan a los empleados o funcionarios públicos, las sanciones impuestas por las infracciones a los reglamentos de policía, los aplicados por lo general por las autoridades gubernamentales y correcciones impuestas por los padres o tutores a sus hijos no constituyen pena. Al respecto nuestra Constitución Política establece que: No son punibles las acciones y omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por ley anterior a su perpetración. Y el Código Penal vigente reza: El llamado principio de legalidad en el sentido de que, nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en ley.

En cuanto a que la pena debe ser impuesta por tribunales de justicia, como consecuencia de un procedimiento legal, podemos agregar que tal principio tiene acogida en nuestra Constitución Política al establecer que nadie puede ser condenado sin antes haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante tribunales o autoridades competentes y preestablecidos, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo, y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos sino en virtud de procedimiento que reúna los

mismos requisitos. Es preciso agregar que la pena debe ser impuesta por los tribunales de justicia competentes, toda vez que de conformidad con la ley constitucional vigente, ninguno podrá ser juzgado por comisión o por tribunales especiales.

El principio de que la pena debe ser personal, es tan antiguo, ya que estaba considerado en Las Partidas – Las partidas de Alfonso El Sabio, las cuales son siete y dentro de la cuales se encuentra la relacionada con todos los problemas de fondo y forma respecto del Derecho Penal - y consiste en que la pena debe recaer solamente en el penado, de tal manera que nadie pueda ser castigado por actitudes delictuosas y contravenciones de otros sujetos. Realmente este carácter manifiesta que la penalidad del condenado no puede transferirse para su cumplimiento en ninguna otra persona distinta de aquélla a quien se le ha impuesto; sin embargo indirectamente es bien conocida la angustia y la serie de penalidades que sufren muchas veces los familiares de los condenados y los consecuentes daños morales y materiales de que son objeto, máxime cuando la pena consiste en la privación de la libertad por ejemplo y esta recae sobre jefes de familia numerosa y de escasos recursos, cuya subsistencia depende únicamente de él. En nuestro medio el Estado permanece indiferente en forma total frente a estos graves problemas sociales a pesar de la corriente moderna existente ya en algunos países tendientes a proporcionar amparo y asistencia moral a la familia de los encarcelados.

Finalmente se dice que la pena debe ser legal, esto significa que no puede existir ninguna pena sin que esté previamente determinada en la ley, y solo puede imponerse en los límites establecidos en ella, para un hecho previsto para la misma como delito o falta. La penalidad humana correría el riesgo de ser atropellada si se admitiera castigar delitos o faltas no previstas anteriormente por una ley de carácter legal. Citamos ya el precepto legal constitucional y de nuestro ordenamiento penal respecto de una norma y principio fundamental en la comisión de la falta y su sanción a través de la pena que al respecto reza: Que no se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad. Lo que significa que no hay delito sin ley previa a su perpetración. En tal sentido son estas las características más propias de la pena de arresto y de cómo pueden constituirse como principios básicos sobre el contenido del tema.

CAPÍTULO III

3.1 La pena de arresto en la legislación penal en otros países.

3.1 La pena de arresto en otros países.

Como anteriormente se dijo, en la escala de penas del Código Penal español se establecen las penas de arresto mayor con duración de un mes y un día a seis meses, y la de arresto menor con duración de uno a treinta días, además de sus accesorias como lo es la pena de multa y el decomiso. Similarmente en el Código Penal italiano, estas penas por su levedad se aplican a los delitos de escasa importancia y principalmente a las llamadas faltas o contravenciones. Contrariamente en el Código Penal argentino, no se señala la pena de arresto aunque si figuraba en su Código Penal anterior. Sin embargo el arresto en la Argentina, como sanción disciplinaria es medida que se adopta en materia administrativa y militar, más que como penitencia, como procedimiento rápido para evitar nuevas infracciones. Ofrece particular importancia en el Derecho Militar en cuyo Código se aplica el arresto como pena consistente en la simple detención de la persona a quien se impone. Con referencia al Derecho Procesal Penal, es el acto ejecutado por autoridad competente de aprehender a una persona de quien se sospeche haya cometido un delito o contravención y retenerla por breve tiempo hasta que intervenga el juez que ha de entender en el asunto. En definitiva el arresto equivale a lo que en otras legislaciones, entre ellas la Argentina, denominan detención.

3.1.1 Concepto de arresto en la ley penal Argentina.

En la Argentina, como sanción disciplinaria es medida que se adopta en materia administrativa y militar, más que como penitencia, como procedimiento rápido para evitar nuevas infracciones.

*Arrestar. Encarcelar a un delincuente.

En las fuerzas armadas, pena privativa de la libertad que puede llevarse a cabo en el domicilio del imputado, y que por lo general se reserva para infracciones o faltas de poca gravedad.

*Arresto. Acción de conducir detenida a una persona a la que se considera culpable o sospechosa.

Sanción disciplinaria restrictiva de la libertad, utilizada dentro del ámbito militar, que tiene por fin evitar nuevas infracciones.

Si bien el arresto puede equivaler a prisión, la distinción resulta de establecer que aquel que esta preso es el que ha ingresado en la cárcel con el objeto de cumplir una condena; mientras que el que se encuentra arrestado es aquel que tiene su propia casa por cárcel o que a pesar de estar en la cárcel o en los calabozos del tribunal, solo se encuentra en depósito o guarda.

El arresto como pena privativa de la libertad no es admitido por todas las legislaciones, entre las que lo admiten, la española lo divide en mayor y menor.

El primero (la más leve entre las penas graves privativas de la libertad) tiene una duración de un mes y un día a seis meses; mientras que el segundo se halla reservado para las faltas o contravenciones y dura de uno a treinta días.

El Código Penal argentino no contiene la pena de arresto como pena privativa de la libertad; equivale a lo que en la Argentina se denomina detención.

Como sanción disciplinaria, el arresto se lleva a cabo dentro del ámbito administrativo y del militar.

La Constitución Política de Argentina establece en su Artículo 18: "Nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente", protege así el derecho a no ser arrestado sin causa justa y forma legal. El arresto que se realiza sin cumplir los requisitos que la ley requiere, constituye detención ilegal.

3.1.2 La naturaleza jurídica del arresto domiciliario en el Perú.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARRESTO DOMICILIARIO.

(EL PERÚ, Cusco)

El arresto domiciliario sigue siendo un tema de importante análisis jurídico. A continuación, presentamos un Artículo sobre la materia. No cabe duda que este tema ha concitado la atención de toda la población a raíz de la modificatoria del Artículo 47 del Código Penal de la República de El Perú, por la que se abonaba con estricta igualdad la detención preventiva y el arresto domiciliario a efectos del cómputo del cumplimiento de la pena privativa de la libertad. En base a ello, ha surgido una serie de

Pero, ¿qué concepto o criterio manejamos respecto al arresto domiciliario, desde el punto de vista técnico procesal penal? A razón de ello, es oportuno precisar algunos conceptos. El arresto domiciliario es una medida cautelar personal provisional, que se ubica dentro de la modalidad de la comparecencia restrictiva. Se trata de una alternativa a la detención realizada a los imputados mayores de 65 años de edad que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente, ya que la ley presume que esta persona requiere una atención y un trato especial que sería imposible brindarle en prisión, por lo que esta medida es excepcional que restringe la libertad de ciertas personas, con la finalidad de cautelar, esto es, proseguir y garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, y evitar la fuga del imputado. Esta restricción de la libertad personal se cumple en el propio domicilio u otro señalado por el Juez, con la vigilancia necesaria.

Ahora entramos al fondo del asunto. Tomando en cuenta los conceptos antes referidos podemos decir que la idea de equiparar el arresto domiciliario con la pena privativa de la libertad y descontar un día de arresto domiciliario por un día de pena privativa de la libertad, es ilógico, ya que con este orden de ideas se llegaría incluso a hacer lo mismo cuando se trate de cualquier otra medida cautelar: ejemplo, vigilancia de individuo o institución, orden de comparecer personalmente y de no ausentarse, prohibición de comunicarse con determinada persona, imposición de una caución económica. Pues,

en definitiva, también estas medidas cautelares restringen la libertad. El motivo que impide esta ilógica equiparación es que si bien se puede conceder, por ejemplo, la medida cautelar de no ausentarse de la localidad limita la libertad ambulatoria, no lo hace del mismo modo ni en la misma magnitud que la detención. Ronald Gamarra, ex procurador anticorrupción, manifiesta en un artículo publicado en el diario oficial *El Peruano* “Delinca y cumpla la pena en su casa”, esto entendido en lo inaceptable que sería decir que “el procesado que permanece en su casa, cómodo y abrigado al lado de su familia y quizás disfrutando el dinero robado al Estado comparta la misma situación que aquel que ha dado con sus huesos en la chirona”.

Esto es por lo demás, un argumento que imposibilita descontar un día de pena privativa de la libertad por la de un día de arresto domiciliario. Se trata de una afectación radicalmente distinta de la libertad. El Artículo 47 del Código Penal equipara un día de detención a un día de privación de la libertad, porque ambos son materialmente idénticos, en cambio la comparecencia en la modalidad de arresto domiciliario, no sólo tiene requisitos distintos a los de la detención, sino que en ningún caso se trata de los mismos y responden a requisitos distintos, porque se trata de medidas diferentes, y no es lógico también equipararlos en cuanto a sus efectos. Sobre este tema, el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo del 11 de diciembre de 2004, plantea en uno de sus considerandos, lo siguiente:”... otra interrogante surge de si el arresto domiciliario sufrido se deduce del cómputo de la pena privativa de la libertad; considerando un sector que su naturaleza es de aseguramiento al proceso y no el de la pena, por lo tanto es independiente a la ejecución de la sanción, pues no se aplica

como una pena anticipada sino por la intensidad del peligro procesal que existe, a fin de poder concluir con el proceso, pues en el caso que se sustrajere no se podría expedir sentencia condenatoria en ausencia o contumacia “ Por lo que Acordaron: por mayoría ; El arresto domiciliario es sólo una restricción en comparecencia no equiparable a la detención preventiva”. Con ello, creemos que toda duda ha de poderse ya esclarecer. También resulta necesario precisar que, sea cual sea la resolución judicial expedida por el órgano jurisdiccional respecto a estas medidas, deberá ser motivada como un principio básico de la función jurisdiccional de rango constitucional. Por lo que dicha medida además se extinguirá cuando el proceso penal se termine, si la pretensión no es estimada, la medida se extingue, porque ya no hay efectos que deban asegurarse ni dificultades en su desenvolvimiento que deban evitarse. Si la pretensión es estimada, sancionándose al imputado, la medida también se extingue porque a partir de ella la sentencia despliega sus efectos propios, esto es, desarrolla su eficacia ejecutiva. Por lo que con un criterio propio, y aplicando el principio de proporcionalidad, podría descontarse por un día de prisión efectiva cuatro días de arresto domiciliario, pero nunca a razón de un día de prisión efectiva por la de uno de arresto domiciliario. Si bien es cierto que esta modificatoria ha sido derogada por el Congreso de la República, pero dicha ley por la retroactividad benigna podría aplicarse a algunos casos, es por esta razón que posteriormente es declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional por ende nulo sus efectos, de allí sale a relucir la interrogante. Si el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma

derogada, bueno este tema dejamos en debate hasta una próxima publicación.

3.1.3 Inconstitucionalidad sobre la pena de arresto en Colombia.

Sentencia C-628/96 SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
BOGOTA.1996.

PENA-Naturaleza

La pena implica la eliminación o disminución de un derecho fundamental de la persona encontrada responsable de la infracción penal (vida, libertad, patrimonio, etc.). Su función es de carácter retributivo, preventivo, protector y resocializador.

CONVERSIÓN DE MULTA EN ARRESTO-Competencia del legislador

El objetivo de la conversión de la pena es la reparación a la sociedad frente a la ofensa realizada por quien ha sido declarado responsable de infringir los preceptos penales, lo que genera la aplicación de la sanción correspondiente. La conversión así ordenada, es una pena supletoria ante el incumplimiento de la pena principal impuesta. La pena pecuniaria -la multa- es convertida o transformada por el legislador en desarrollo del principio de legalidad de la sanción, en una pena privativa de la libertad -el arresto-, habida cuenta del incumplimiento de la primera por quien ha sido condenado por la justicia penal. Su fundamento jurídico reside esencialmente en el incumplimiento del condenado a cumplir con la pena principal impuesta y en la necesidad social de evitar la impunidad de las conductas delictivas. La consagración de penas y sanciones

constituye una competencia propia del legislador que, en principio es libre para asignar diferentes consecuencias negativas a los comportamientos que considera reprochables e injurídicos, de acuerdo con criterios de proporcionalidad.

DETENCIÓN POR DEUDAS CIVILES -Prohibición

Cuando la Constitución prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas, se refiere concreta y particularmente a aquellas originadas en relaciones de origen civil, sin que en éstas medien situaciones o hechos punibles. En el caso del precepto acusado, la multa se impone -y se convierte en arresto- no por el incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del resarcimiento por la lesión que se haya inferido al orden social al no cumplirse con la pena principal impuesta -la multa-.

CONVERSIÓN DE MULTA EN ARRESTO - Evaluación de circunstancias por juez
Frente a la norma, corresponde al Juez al aplicarla, hacer una evaluación con respecto a las circunstancias que rodean la negativa del pago de la multa, donde naturalmente deberá tener en cuenta las condiciones económicas del condenado, que hubieren hecho imposible el pago oportuno de la multa impuesta como pena principal y única.

Por ello, corresponderá en todo caso a dicho funcionario determinar la pena en proporción a la conducta y condiciones del sujeto.

Referencia: Expediente D-1338

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 49 del Decreto-ley 100 de 1980.

Actor: Jaime Enrique Lozano

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fé de Bogotá, D.C., Noviembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y seis (1996).

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano JAIME ENRIQUE LOZANO promovió ante la Corte Constitucional demanda contra el artículo 49 del Decreto-ley 100 de 1980, la que procede a resolverse por esta Corporación una vez tramitado el juicio correspondiente, previas las siguientes consideraciones.

I. Texto de la norma acusada.

Se transcribe a continuación el texto del artículo acusado del Decreto Ley 100 de 1980, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 35.461 del miércoles veinte (20) de febrero de mil novecientos ochenta (1980).

"Artículo 49. Conversión de multa en arresto. Cuando la multa hubiere sido impuesta como pena principal y única y el condenado no la pague o amortizare de acuerdo con lo previsto en los artículos anteriores, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal por día. En este caso, el arresto no podrá exceder de cinco años.

El condenado a quien se le haya hecho la conversión de que trata el inciso anterior, podrá hacer cesar el arresto en cualquier momento en que satisfaga la parte proporcional de multa que no haya cumplido en arresto".

II. Fundamentos de la demanda.

Considera el actor que la norma acusada viola el preámbulo y los Artículos 1o., 2o., 28 y 121 de la Constitución Política.

Fundamenta el accionante su demanda en que la preceptiva acusada autoriza legalmente una metamorfosis más gravosa para una persona condenada en cuanto

como es la multa en una sanción que afecta gravemente la libertad del ciudadano como es el arresto. Deviene así en forma ostensible una violación injustificada y flagrante del principio de la seguridad jurídica y de la tipicidad, toda vez que si el legislador precisa un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico-social, necesaria e inescindiblemente debe también precisarle al ciudadano la sanción de que será objeto por desconocer aquella norma. Es decir, que según la moderna teoría del delito, no puede haber comportamiento humano reprochable sin que lleve explícita la sanción en caso de trasgresión, sanción que debe estar clara y precisamente determinada en su género, especie y duración. En la norma acusada, indica el actor, el legislador señala para ciertos delitos una *especie* (multa) dentro del *género* (sanción penal), pero aquella bien puede ser modificada a posteriori por el Juez, transformándola en una *especie* diferente como sería la privación de la libertad.

Por lo demás, agrega que no podría argüirse que determinados delitos quedarían sin sanción efectiva si la multa no es cancelada por el penado, pues de un lado, aunque se imponga la privación de la libertad mediante la prisión o el arresto como penas principales en determinados asuntos o procesos, dichas sanciones pueden quedar sin cumplimiento efectivo por virtud de los subrogados penales (Arts. 68 y 72 del Código Penal), y del otro, si se tratare de delitos tipificados por ejemplo en la Ley 30/86, siempre existe el expediente o solución de compulsar copias a la Dirección Nacional de Estupefacientes o si se tratare de otros delitos, de expedir dichas copias al Consejo Superior de la Judicatura. De no ser así no se entendería el porqué de la existencia de estas entidades y procedimientos coactivos, tornándose estéril su existencia.

Señala el demandante que de conformidad con el artículo 28 constitucional, no habrá prisión ni arresto por deudas en ningún caso. Y si ello no fuera suficiente, expresa que el Artículo 121 superior establece que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley". Y no se podrá negar que el juez resulta obligado legalmente a transgredir esta disposición superior, ya que resulta ejecutando una pena principal diferente a la impuesta en el fallo en firme para cobrar una deuda en favor del Estado que bien podría hacerlo coactivamente a través de los jueces de ejecuciones fiscales mediante trámite distinto y con medidas que en cualquier caso no conllevan el menoscabo de un valor supremo como la libertad individual y la dignidad humana. Sustenta lo anterior en la sentencia No. T-490 de 1992 de la Corte Constitucional.

III. Intervención de autoridad pública.

Dentro del término de fijación en lista, el Ministerio de Justicia y del Derecho a través de apoderado, presentó escrito defendiendo la constitucionalidad de la disposición acusada con fundamento en los siguientes considerandos.

Sostiene que el hecho de que en una norma se establezca que la multa se podrá convertir en arresto, es la tipificación legal de una circunstancia que permite bajo determinados supuestos, que ante el incumplimiento en el pago de una condena se repare a la sociedad a través de otro tipo de sanción que en este caso es el arresto.

En efecto, afirma que la sanción busca que la sociedad se vea reparada por una ofensa que se le cause y en razón a que la sanción impuesta en algunos casos no se cumple, la misma ley en el artículo impugnado determina una sanción supletiva en forma de

arresto con miras a que el fin último de la pena se logre.

En este orden de ideas, señala el interviniente que si bien el infractor condenado debe asumir una deuda pecuniaria en favor del Estado -multa-, el fin último perseguido por el derecho con su imposición es sancionarlo por una ofensa en contra del orden social y resarcir a la sociedad por la misma; de esta manera, más que una deuda pecuniaria, el infractor asume principalmente una deuda social que tiene que verse compensada a través del pago de la multa o en su defecto, con el cumplimiento de la pena equivalente de arresto.

Adicionalmente, afirma que cuando se arresta a alguien por razón del incumplimiento en el pago de una multa que se le ha impuesto como sanción por un hecho ilícito, la privación de la libertad no opera debido a aquel incumplimiento; es decir, la ley no impone ni tipifica una sanción por el incumplimiento en el pago de la multa, sino que consagra una sanción supletiva para los hechos delictivos sancionados con multa y que no se vean resarcidos por el incumplimiento de la sanción inicialmente prevista.

Así mismo, en cuanto al cargo contra el artículo superior, estima que cuando la Carta prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas está refiriéndose a aquellas deudas originadas en relaciones de origen civil sin que en estas medien circunstancias reprochables o punibles; es decir, el sentido de la expresión es no permitir la privación de la libertad por el incumplimiento de obligaciones contractuales cuando éstas tengan origen lícito dentro del ordenamiento jurídico.

En síntesis, agrega que si por la comisión de un hecho punible se impone la sanción de multa y esta no se paga, la conversión de la pena en arresto que prescribe el Artículo 49 del Código Penal no opera en virtud del incumplimiento en el pago de la multa, sino en razón del resarcimiento por la lesión que de una u otra forma se haya inferido al orden social.

Finalmente, en relación con la vulneración del Artículo 121 superior, indica que cuando el juez dispone que ante el incumplimiento en el pago de la multa se sancione con arresto, aquél no está actuando por fuera de sus facultades ni de la ley, pues ella misma otorga esta facultad; en otras palabras, el juez está facultado por la ley -Código Penal-, para cambiar la pena de multa por la de arresto si eventualmente no se paga la primera a través de alguna de las formas que se autorizan, de tal forma que no se puede afirmar que se esté facultando legalmente a la autoridad judicial para vulnerar el precepto superior. Lo que el Código Penal hace no es violar el derecho de seguridad jurídica sino que busca una sanción supletoria en el evento en que la sanción de multa no se cumpla.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Mediante oficio No. 1036 de julio veinticinco (25) de 1996, el señor Procurador General de la Nación (E) envió a la Corte Constitucional el concepto de rigor, solicitando declarar la exequibilidad del Artículo acusado. Fundamenta su petición, en los siguientes argumentos:

En primer lugar, expresa que la postura interpretativa del demandante en relación con la norma impugnada no corresponde al contenido de la misma en la perspectiva del derecho sancionatorio colombiano.

De otra parte, señala que lo regulado en el precepto acusado no es el pago de una obligación pecuniaria pues la conducta punible sancionada se supone que fue aquella que dió lugar a la imposición de la multa como pena principal y única. Lo penalizado en la norma es entonces, el comportamiento renuente del condenado a cumplir con la deuda social, si se quiere, contraída con el Estado como efecto de una sentencia judicial para resarcir el daño social ocasionado por la conducta que dió lugar a la pena pecuniaria, no en vano la multa consiste en la obligación de pagar al Tesoro Nacional una suma de dinero.

Señala el señor Agente del Ministerio Público que la conversión es entonces una pena supletoria ante el incumplimiento de la pena principal impuesta. La pena de carácter pecuniario es convertida por el legislador en una privativa de la libertad, habida cuenta del incumplimiento de la primera por parte de quien ha sido condenado por la justicia penal. La conversión de la pena principal y única en otra más gravosa encuentra su fundamento jurídico no sólo en la necesidad social de evitar que las conductas delictivas queden impunes, sino en la circunstancia de la contumacia atribuida al condenado cuando éste no ha cumplido con una pena, haciendo caso omiso de las modalidades de cumplimiento de la pena principal que le ofrece el Código Penal en los artículos anteriores las cuales facilitan su cumplimiento.

Es por lo anterior que a juicio del Procurador, la acusación no es procedente puesto que

el legislador estableció en el precepto acusado una pena privativa de la libertad como consecuencia de una conducta consistente en incumplir con el pago de una deuda contraída en el ejercicio de actividades civiles, razón por la cual estima que la prohibición del inciso final del Artículo 28 constitucional no ha sido desconocida. Así mismo, señala que no es válido afirmar que el Artículo 49 demandado genera incertidumbre jurídica debido a que en él se autoriza al Juez de ejecución de penas para hacer más gravosa la misma cuando ésta se ha incumplido, pues es justamente la preceptiva y no el funcionario el que autoriza tal conversión.

Finalmente, en relación con la presunta violación del Artículo 121 superior, señala que no es válido el argumento del actor, pues al convertir la pena de multa en pena de arresto, siempre y cuando haya tenido ocurrencia el supuesto de hecho previsto por la norma, el juez de ejecución de penas no estaría haciendo otra cosa que darle cumplimiento al Artículo 121 constitucional al aplicar lo que la ley le prescribe hacer.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia.

Con base en que las disposiciones acusadas forman parte de una decreto-ley de la República, esta Corporación es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad del Artículo 49 del Decreto-ley 100 de 1980, conforme a lo dispuesto por el numeral 5o del Artículo 241 de la Carta Política.

Problema jurídico.

Sostiene el demandante que el precepto acusado viola flagrantemente los principios de

la seguridad jurídica y de la tipicidad al facultar al funcionario judicial para que transforme una pena pecuniaria o económica como es la multa, en una sanción que afecta gravemente la libertad del ciudadano como es el arresto, haciendo en esa forma más gravosa la situación de la persona condenada. Así, señala que no puede haber comportamiento reprochable sin que lleve explícita la sanción en caso de transgresión, la cual debe estar clara y precisamente determinada en su género, especie y duración. Agrega que según el Artículo 28 superior, no habrá prisión ni arresto por deudas en ningún caso. Y además en su criterio, se vulnera el Artículo 121 ibídem, pues el juez resulta ejecutando una pena principal diferente a la impuesta en el fallo en firme para cobrar una deuda en favor del Estado que bien podrían hacerlo coactivamente los jueces de ejecución fiscal.

Examen del precepto acusado.

Es bien sabido que frente a determinados comportamientos humanos que lesionan intereses sociales relacionados con la existencia, conservación, seguridad y bienestar de los miembros de la colectividad, el legislador ha diseñado una estructura jurídica tendiente a reprimir tales hechos y conductas delictivas, castigando con sanciones la violación de los preceptos legales.

Dada la gravedad de la ofensa que el hecho delictuoso acarrea, se han previsto en la legislación penal sanciones rigurosas, impuestas por funcionarios de la rama judicial que administran justicia una vez se tramita el respectivo proceso.

El delito se considera como la conducta típica, antijurídica y culpable para la cual el legislador ha determinado una sanción penal. Así pues, cuando aparece procesalmente

demostrado que una persona realizó dicha conducta delictiva, debe el juez declarar la responsabilidad respectiva e imponerle la sanción penal correspondiente.

De esta manera, no tendría fundamento que se describan modelos de conducta humana para proteger determinados intereses jurídicos y se establezcan medidas punitivas para quien los vulnere, si la efectiva realización de tales hechos no se traduzca en una ineludible imposición de la sanción enunciada.

La pena implica entonces, la eliminación o disminución de un derecho fundamental de la persona encontrada responsable de la infracción penal (vida, libertad, patrimonio, etc.). Su función es de carácter retributivo, preventivo, protector y resocializador.

El estatuto penal ha previsto dos modalidades de penas o sanciones: 1) las privativas del derecho a la libertad - la prisión y el arresto-, y 2) las que recaen sobre el patrimonio económico, dentro de la cual el legislador ha previsto la multa, que se concreta en la exigencia al condenado de cancelar una determinada suma de dinero en favor del Estado.

La doctrina ha distinguido diversos sistemas en materia de multa, y en relación con su pago. En cuanto a la cancelación, existen diversas formas: Aquel que se hace por una sola vez; cuando el juez fija un plazo determinado o permite el abono por cuotas, previa caución; en los casos de amortización como consecuencia del trabajo, y finalmente, en aquellos eventos en que el juez se encuentra facultado para ordenar su conversión en arresto cuando la multa ha sido impuesta como pena principal y única, y el condenado no la pagare o amortizare, como en el caso contemplado en la norma acusada.

La naturaleza de la sanción pecuniaria, de otra parte, es puramente represiva y, precisamente, esa finalidad es la que asume el arresto cuando se muestra incapaz de servir ese cometido.

Si la pena pecuniaria no se cancela y la misma no se usa en arresto, puede perder eficacia disuasiva la sanción. El juicio de reprochabilidad de una específica conducta, corre el riesgo de tornarse en pauta no obligatoria de conducta si a la conducta desviada y a la elusión de su respectiva sanción no sigue consecuencia adversa alguna. No merece glosa constitucional que el legislador busque asegurar, mediante el arresto sustitutivo, la efectividad de su propio mandato sancionatorio”.

De otra parte, en cuanto a la supuesta violación del Artículo 28 constitucional, cabe advertir que el legislador estableció en el Artículo 49 del Código Penal una pena supletoria privativa de la libertad como consecuencia del incumplimiento del pago de una sanción pecuniaria que no tiene el carácter de deuda y por consiguiente no desconoce el ordenamiento superior.

Al respecto es preciso advertir que cuando la Constitución prohíbe en el Artículo 28 la detención, prisión o arresto por deudas, se refiere concreta y particularmente a aquellas originadas en relaciones de origen civil, sin que en estas medien situaciones o hechos punibles. En el caso del precepto acusado, se reitera, la multa se impone -y se convierte en arresto- no por el incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del resarcimiento por la lesión que se haya inferido al orden social al no cumplirse con la pena principal impuesta -la multa-.

Finalmente, tampoco prospera a juicio de la Corporación, el cargo relacionado con la

supuesta violación del Artículo 121 superior, pues el juez está facultado por la ley para que en el caso de incumplimiento en el pago de la multa, convierta la pena en arresto como pena supletoria. Así, cuando la multa impuesta como pena principal y única no se satisface, el juez habilitado por la ley puede convertirla en pena de arresto, con lo cual no está desconociendo el ordenamiento superior, sino ejerciendo una potestad por mandato expreso del legislador.

Cabe advertir que frente a la norma acusada, corresponde al Juez al aplicarla, hacer una evaluación con respecto a las circunstancias que rodean la negativa del pago de la multa, donde naturalmente deberá tener en cuenta las condiciones económicas del condenado, que hubieren hecho imposible el pago oportuno de la multa impuesta como pena principal y única. Por ello, corresponderá en todo caso a dicho funcionario determinar la pena en proporción a la conducta y condiciones del sujeto.

Por lo anterior, al no prosperar los cargos esgrimidos contra el Artículo 49 del Código Penal y encontrarse ajustada la norma acusada a los mandatos constitucionales, se declarará su exequibilidad en la parte resolutive de esta providencia.

VI. Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del Procurador General de la Nación (E) y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE:**

Declarar **EXEQUIBLE (QUE SE PUEDE EJECUTAR)** el Artículo 49 del Código Penal –

Decreto-ley 100 de 1980-.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Presidente

3.1.4 Inconstitucionalidad sobre la Pena de Arresto en Argentina.

INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA DENTRO DE CASO PENA DE ARRESTO.

CAUSA Nº 264-00-CC/2004 “BRITES, Liliana s/ infracción art. 68 – Recurso de Inconstitucionalidad”.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 2 días del mes de febrero de 2005, se reúne la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. José Sáez Capel y Elizabeth A. Marum, a efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Defensor Oficial a fs. 204/226 vta. contra la sentencia dictada por este Tribunal en el presente legajo, del que,

RESULTA:

- 1) Que el primer día del mes de diciembre del pasado año este Tribunal adoptó la decisión que obra a fs. 190/200 a través de la cual CONFIRMÓ la sentencia apelada, obrante a fs. 122/130, en cuanto no hace lugar a los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 11, 22 y 68 CC y CONFIRMÓ PARCIALMENTE la decisión impugnada en cuanto condena a Teresa Liliana Brites por

contravención prevista en el art. 68 ley 10, MODIFICANDO LA PENA IMPUESTA por la Jueza de grado, y REDUCIENDO la condena a un solo día de arresto de cumplimiento efectivo en el establecimiento que la Ciudad de Buenos Aires posee a tal fin.

2) Que contra la decisión aludida el Sr. Defensor de Teresa Liliana Brites interpuso el recurso de inconstitucionalidad, cuya admisibilidad esta bajo examen, mediante el cual pretende acceder a la instancia extraordinaria local. Para lograr su objetivo propone cinco “puntos temáticos” que considera constituyen singularmente cinco cuestiones constitucionales que meritan la concesión del presente recurso. Los cinco agravios aludidos los expone manifestando que: I) La sentencia de este Tribunal ha sido arbitraria y violatoria de la defensa en juicio. Argumenta esta afirmación sosteniendo que el planteo de inconstitucionalidad del art. 68 CC fue rechazado mediante la utilización de expresiones que remiten a cuestiones de hecho y prueba y mediante “afirmaciones dogmáticas intrascendentes” (fs. 205 vta.) y sin sustento legal alguno. Argumenta que tachó de inconstitucional el art. 68 CC sobre la base de “argumentos teóricos” que no fueron contestados y que el rechazo de un planteo de inconstitucionalidad sobre la base de afirmaciones que hacen a la acreditación de cuestiones fácticas representa otra manifestación de la arbitrariedad pues “la validez de una norma depende de su construcción y de su aplicabilidad a todos los actos hipotéticos”. Culmina este “punto temático” afirmando que el análisis de los hechos del caso “nada tiene que ver con el fondo de problema presentado” (fs. 206/206 vta.). II) La sentencia de condena ha violado el principio de congruencia entre la acusación y la

sentencia. Desarrolla este agravio manifestando que durante el proceso, el Ministerio Público Fiscal amplió ilegalmente la base fáctica constitutiva de la imputación sin que se haya cumplido con los rituales previstos para la ampliación del requerimiento de juicio. Especifica su agravio manifestando que la relación fáctica efectuada por el titular de la acción mediante el alegato final no se corresponde con el sustrato fáctico del requerimiento de juicio (fs. 207 vta.). Afirma que esa ampliación fáctica ocurrió toda vez que originalmente se imputó a Teresa Liliana Brites el suministro de “una botella de cerveza en un envase de plástico” y luego, como consecuencia del testimonio de Silvio Ontivero, se modificó la imputación al momento de alegar cuando se atribuyó a su prohijada “el suministro de varias botellas de alcohol”. Ello, según afirma, sorprendió a su parte y afectó el eficaz ejercicio defensivo. Culmina este “punto temático” afirmando que “la decisión condenatoria adoptada por el tribunal a quo respecto del suministro de varias botellas de cerveza excede del ámbito de conocimiento prefijado por la hipótesis fáctica que había sido enunciada en el requerimiento de juicio, más allá de la cual, la señora Jueza titular del Juzgado N^o 16 del fuero carecía de jurisdicción” (fs. 212). III) Inconstitucionalidad del art. 68 CC aplicado en el caso. Pretende aquí el Sr. Defensor oficial demostrar la existencia de un caso constitucional, digno del análisis de la instancia extraordinaria en el marco de un proceso de conocimiento como el de marras, manifestando que la conducta allí prohibida no satisface la regla de la máxima taxatividad legal que deriva del principio de legalidad. Para demostrarlo desarrolla una muy elaborada lección teórica de los principios que considera vulnerados para arribar a la conclusión de que “no existe inteligencia alguna del concepto adyacencias que, por

más esfuerzo que pretenda hacerse en miras a dar precisión al concepto, consiga eliminar los problemas que la vaguedad de este último provoca para la efectividad del principio de legalidad” (fs. 215 vta.). Por lo expuesto, afirma que “resulta imposible para un habitante de la Ciudad de Buenos Aires saber cuál es el límite geográfico fijado legalmente con relación a las adyacencias de un estadio y, por tanto, saber si su conducta es legal o ilegal. Y esto así, más allá de que aquél pueda creer que su lugar de suministro está abarcado por la prohibición” (fs. 218). Afirma que este Tribunal, al confirmar el rechazo de este planteo, “no hizo más que remitirse a cuestiones probatorias” (fs. 219).

IV) Inconstitucionalidad del art. 11, inc 10 del CC aplicado en el caso. En este “punto temático” desarrolla su repudio constitucional contra la norma que permite la aplicación de la pena de arresto en materia contravencional. Considera que señalando la inexistencia de norma constitucional que habilite al legislador porteño a establecer la pena de arresto para quienes cometan contravenciones logra proponer una cuestión constitucional en virtud de la cual este Tribunal debe conceder el acceso a la instancia pretendida. En este acápite afirma que los únicos dos argumentos volcados por este Tribunal para rechazar el planteo son inadmisibles.

V) Inconstitucionalidad del art. 22, último párrafo del CC. Afirma en este punto el Sr. Defensor que la previsión del último párrafo del art. 22 CC, en tanto prevé la aplicación de la pena de arresto para quienes realicen la conducta prohibida por el art. 68 CC, lesiona los principios constitucionales de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad de los actos públicos. Por ello, solicita la declaración de la inconstitucionalidad de dicha norma. Para demostrar su afirmación el Sr. Defensor reitera las razones que propuso en su escrito de apelación

ordinaria y, en definitiva, pretende con su propuesta presentar un caso hábil para distraer la extraordinaria atención del máximo Tribunal local. 4) Que a fs. 228/230 vta. dictamina el Sr. Fiscal de Cámara quien considera que el recurso extraordinario local no debe ser admitido. Ello así pues, a su criterio, los agravios no pasan de representar una referencia ritual a reglas constitucionales sin lograr acreditar, en forma precisa y fundada, su trasgresión. Agrega, más allá de la posible confusión en la cita, que la concesión del recurso por dicho motivo implicaría que cada vez que se articula en abstracto, y sin la entidad requerida, la pretensión de inconstitucionalidad de una norma local con apoyo en su comparación con otra prohibición que tutela distintos bienes jurídicos, el Tribunal superior de la causa deba sí y siempre conceder el pretendido acceso a la instancia extraordinaria (el entrecomillado de fs. 230 se corresponde con lo dicho por este Tribunal en ocasión de declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad intentado. Carlos Alberto s/ Infracción ley 255 - Apelación”, Causa N° 1472-00/CC/2003, del 5/07/2004). En resumen, el Sr. Fiscal de Cámara afirma que el Sr. Defensor oficial se limita a realizar una nómina de los supuestos principios constitucionales violados con profusas citas jurisprudenciales y doctrinarias que ubican sus planteos en un plano abstracto sin demostrar en forma concreta la medida en que las supuestas afecciones, logran significar una cuestión constitucional.

5) Que a fs. 231 los autos quedaron en estado de ser resueltos, en virtud de lo cual se sometió el recurso a estudio del Tribunal y, tras deliberar, se considerará la cuestión relativa a la admisibilidad adjetiva y sustantiva de los recursos extraordinarios locales de inconstitucionalidad.

6) En la inteligencia aludida es dable apreciar que la presentación ha sido fundada e interpuesta dentro del plazo legal establecido, se efectuó ante este tribunal y contra la resolución que resuelve en forma definitiva la imputación formulada. Con ello corresponde afirmar la procedencia formal del recurso.

En lo atinente a la admisibilidad sustantiva del recurso en cuestión la tarea de este Tribunal consiste en juzgar su admisibilidad constatando la presencia de agravios constitucionales reales y discriminándolos de la mera invocación genérica de preceptos, principios, derechos y garantías (así lo ha explicado con claridad meridiana la Sra. Jueza Ana María Conde *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Feng Chen Chih s/ art. 40 CC - Apelación”, causa Expte. n° 2212, del 11/06/2003 citada por este Tribunal en ocasión de atender los recursos de inconstitucionalidad interpuesto en las causas “PRESCAVA, David Daniel s/ art. 189 bis CP”, Causa 072-00-CC/2004, del 9/11/2004; “Nuñez, Diego Ariel s/Inf. Art. 51 CC- Apelación”, Causa N° 314-01-CC/2004, del 17/12/2004; “ONISZCZUK, Carlos Alberto s/ Ley 255 (Federico Lacroze 3531), del 20/12/2004; “PELLIZARI, Luis Santiago s/ inf. art. 39 bis C.C”, Causa 279-00-CC/2004, 21/12/2004; “Kim In Jung s/Inf. Art. 74 CC- Apelación”, 27/12/2004, entre otras). Esto así pues, como es muy sabido, es común a toda vía recursiva extraordinaria establecer pautas estrictas para su procedencia.

Así las cosas, el método acostumbrado por este Tribunal frente al recurso establecido

por quien pretende el acceso a la vía extraordinaria a los efectos de concluir si alguno o algunos de ellos representan un caso constitucional a ser dilucidado por nuestro máximo Tribunal local. En este obrar se puede afirmar que los agravios vinculados son:

I) La sentencia de este Tribunal ha sido arbitraria y violatoria de la defensa en juicio.

Como se reseñara, se agravia al Sr. Defensor que se rechazara su propuesta de inconstitucionalidad del art. 68 CC sin contestar sus argumentos teóricos y que dicho rechazo se hiciera sobre la base de afirmaciones que hacen a la acreditación de cuestiones fácticas. Ello transforma, a su criterio, la decisión de este Tribunal en arbitraria.

Desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial de la arbitrariedad de sentencias, sistematizada por prestigiosos doctrinarios, la primera de las afirmaciones aludiría a la causal de arbitrariedad consistente en que el Tribunal ordinario habría omitido decidir una cuestión oportunamente propuesta y conducente a la solución del pleito (Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro, El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria; T I, capítulo IV, Abeledo-Perrot, 1995); esa cuestión omitida estaría constituida por los argumentos teóricos esgrimidos por el Sr. Defensor para tachar de inconstitucional el art. 68 CC.

El aludido motivo, sin embargo, debe ser apreciado, en tanto motivo de cuestión constitucional, restrictivamente, desde el momento que incumbe exclusivamente a los jueces de la causa determinar cuáles son los puntos que quedan comprendidos en la

litis-contestación. Se trata de una cuestión de derecho común ajena, en principio, a la órbita del recurso extraordinario (*Fallos* 233:47; 234:14; 235:768; 243:43 y 45; 246:77, entre muchos otros)

Desde esta perspectiva se ha afirmado, que para que la sentencia de un Tribunal de alzada "pueda calificarse de arbitraria en los términos de la jurisprudencia de la Corte al respecto, es menester (...) que la omisión verse sobre una cuestión sustancial para la decisión del pleito" (*Fallos* 239:126). A criterio de este Tribunal ello no ocurre en el caso.

Desde la misma perspectiva, la segunda de las afirmaciones (la sentencia es arbitraria pues rechazó un planteo de inconstitucionalidad sobre la base de afirmaciones que hacen a la acreditación de cuestiones fácticas) no encuentra referencia en ningún antecedente del máximo Tribunal federal, creador pretoriano de la doctrina que se esgrime para intentar ingresar a la instancia extraordinaria.

En efecto, otra de las causales de arbitrariedad, reconocidas por la doctrina del máximo Tribunal federal, consiste en invocar prueba inexistente para fundar en ella el fallo (Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro, *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*; T I, capítulo XI, Abeledo-Perrot, 1995). Sin embargo, este Tribunal desconoce la existencia de descalificaciones por arbitrariedad que haya formulado el máximo Tribunal federal por haberse efectuado una correlación del planteo abstracto con el hecho concreto que es objeto de juzgamiento.

En definitiva, es menester recordar una vez más que la arbitrariedad de sentencia como cuestión constitucional es estricta, pues atiende a cubrir supuestos excepcionales (Fallos: 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que sólo propende a atender los desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, tales pronunciamientos resulten descalificables en tanto actos jurisdiccionales (Fallos: 294:376). En el caso no puede concederse el recurso por este motivo sin incurrir con ello en un tratamiento ordinario de la competencia del máximo Tribunal local.

II) La sentencia de condena ha violado el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.

El recurso de inconstitucionalidad tampoco debe ser concedido por este motivo.

Si bien el impugnante ha propuesto este agravio en forma oportuna, el mismo fue tratado en ocasión de resolver el escrito de impugnación ordinario. Allí, se afirmó que la pretendida afectación al derecho de defensa por el motivo esgrimido debía prosperar únicamente ante la real afectación del derecho de defensa, es decir, que no cualquier dato contenido en la sentencia y ausente en la acusación permite predicar un cambio en el objeto del reproche sino tan solo un dato significativo.

Luego de efectuar un análisis procesal de las piezas involucradas en el cuestionamiento defensorista, el Tribunal concluyó en la ausencia de la pretendida afección.

El Sr. Defensor no se hizo eco de esta forma de rechazar su planteo nulificante. Es

decir no explicó de qué modo ese dato, que considera trascendente, habría violado el derecho de defensa. Entonces el agravio no supera la calidad de genérica invocación del derecho aludido y no demuestra la concreta afectación al derecho constitucional.

III) Inconstitucionalidad del art. 68 CC aplicado en el caso.

Como se dijera, pretende también el Sr. Defensor oficial demostrar la existencia de un caso constitucional manifestando que la conducta prohibida por la norma aplicada al caso no satisface la regla de la máxima taxatividad legal que deriva del principio de legalidad. Ello genera a su criterio la imposibilidad de adecuar la conducta a derecho y, por ende, del posterior reproche.

Sin perjuicio del elaborado planteo teórico crítico de la figura aplicada al caso, el Sr. Defensor no aduce la circunstancia de que su prohijada se hubiese visto en el problema que señala (bajo, por ejemplo, la concurrencia en el caso de un error de prohibición). De este modo, el Sr. Defensor no conecta sus agravios con las circunstancias del caso y pretende que en un proceso de conocimiento este Tribunal analice en abstracto, y en forma desvinculada del caso, la constitucionalidad de una norma de carácter general. El planteo impide entonces la concesión del recurso.

La propuesta del Sr. Defensor, en caso de haber sido admitida por este Tribunal, pudo haber implicado, atento el modo en que ha sido planteada, el ejercicio de una competencia que es propiedad monopólica del Tribunal al que ahora se pretende acceder (ver art. 113 inc. 2 CCBA).

Lo mismo se puede decir, no ya mediante palabras de este Tribunal de instancia, sino con la cita oportuna de lo manifestado por el Juez José Osvaldo Casás, en otra decisión producida por la misma unidad defensoría aquí impugnante: “Corresponde recordar que la vía utilizada por el recurrente en el caso no resulta apta para que el Tribunal conozca en planteos abstractos de inconstitucionalidad” (del considerando 8 del voto del mencionado Juez *in re* “Ministerio Público —Defensor Oficial Contravencional y de Faltas n° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Oniszczyk, Carlos Alberto s/ infracción ley 255- apelación’”, Expte n° 3171, del 16/12/2004). Valga entonces este nuevo recordatorio.

IV) Inconstitucionalidad del art. 11, inc 10 del CC aplicado en el caso.

Entiende el Sr. Defensor que señalando la inexistencia de norma constitucional que habilite al legislador porteño a establecer la pena de arresto para quienes cometan contravenciones logra proponer una cuestión constitucional. Sin embargo, ello no es así.

No demuestra el impugnante la necesidad de que cada pena determinada por el legislador requiera la previa habilitación del poder constituyente. En rigor el requisito que reclama la Constitución para que una persona pueda ser privada de libertad es “la orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente”. Ella existe en el caso. Este motivo no involucra un caso constitucional de entidad suficiente para lograr el ingreso, al menos inmediato, a la instancia extraordinaria.

V) Inconstitucionalidad del art. 22, último párrafo del CC.

Sostiene el esmerado Defensor que la previsión del último párrafo del art. 22 CC, en tanto prevé la aplicación de la pena de arresto para quienes realicen la conducta prohibida por el art. 68 CC, lesiona los principios constitucionales de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad de los actos públicos.

Frente a planteos de índole similar (inconstitucionalidad de especie y monto de amenazas punitivas), formulados por la misma unidad defensoría hoy impugnante, este Tribunal entendió que si frente a cada pretensión de inconstitucionalidad de una norma local señalando lo irrazonable o desproporcional de su pena, el Tribunal superior de la causa, deba si, y siempre, conceder el recurso solo se lograría distraer la exclusiva y extraordinaria competencia revisora del Tribunal Superior de Justicia con asuntos contruidos en base a meras comparaciones sin demostrar suficientemente la razón de la desproporcionalidad que se alega (este Tribunal in re “ONISZCZUK, Carlos Alberto s/ Infracción ley 255 - Apelación” Causa N° 1472-00/CC/2003 del 5/7/2004). Desde el momento que el rechazo del recurso en aquella ocasión fue “aprobado” por el Tribunal al que se pretende acceder (“Ministerio Público —Defensor Oficial Contravencional y de Faltas n° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Oniszczuk, Carlos Alberto s/ infracción ley 255- apelación’”, Expte n° 3171, del 16/12/2004).

Por las razones expuestas, en mérito a las normas legales y antecedentes jurisprudenciales citados, y de conformidad con o dictaminado por el señor Fiscal de Cámara, el Tribunal

RESUELVE:

I) Declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad presentado, a fs. 204/226 vta., por el Dr. Emilio A. Cappuccio (arts. 27 y 28 Ley 402), con costas.

II) Tener presente la reserva formulada.

Regístrese, notifíquese con carácter de urgente, y oportunamente remítase al Juzgado de origen, a sus efectos.

Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Av. Leandro N. Alem 684 C1001AAO - Conmutador: 4011-1300

CAPÍTULO IV

4. La pena de arresto en el Código Penal guatemalteco.

4.1 Consideraciones.

Nuestro ordenamiento Penal Sustantivo, a través de Código Penal en su Artículo cuarenta y cinco, se pronuncia respecto de la pena de arresto manifestando que: La pena de arresto consiste en la privación de la libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión. Tomando en cuenta que la Pena de Arresto se caracteriza por ser una pena leve impuesta únicamente a quienes cometen faltas y cuya sanción es de uno a sesenta días, tal y como lo reza nuestro ordenamiento penal sustantivo, así como que dentro del adjetivo se encuentra a quien corresponde su aplicación y ejecución, en el presente trabajo se planteó el problema en cuanto a que si es factible o no la abolición de esta figura jurídica como una de las penas principales adoptadas por nuestro Código Penal y para ello se realizó un trabajo de campo dentro del sector profesional del derecho con el objeto de conocer sus consideraciones al respecto. Se seleccionó una muestra de cincuenta profesionales del derecho, y cuyo objetivo general como ya se dijo fue conocer sus opiniones y razonamientos en cuanto al tema tratado.

De acuerdo a la información obtenida a través de las encuestas realizadas se pudieron obtener los siguientes resultados:

En primer lugar se les preguntó sobre que opinaban de la Pena de Arresto, ya que este dato permitió verificar el conocimiento sobre el tema. En el mismo se confirmó que el noventa por ciento conoce que la pena de arresto es una medida restrictiva de libertad que se aplica a infracciones o faltas y que se trata de una sanción leve, así como que evita la saturación del sistema de administración de justicia. Sin Embargo, viola muchas veces el derecho a la libre locomoción del ciudadano a quien se le aplica. Y un diez por ciento cree y piensa que la pena de arresto, es ya una pena obsoleta y que se debe de buscar otra forma para sancionar al infractor de una conducta no menos grave por la comisión de una falta o infracción. Como que debiera de aplicarse otra clase de medidas tales como el arresto de fin de semana con trabajo en beneficio de la comunidad para que cumpla con un fin social además de evitar de esta forma la saturación del sistema de administración de justicia en el campo penitenciario. Aquí en este grupo de muestra cabe mencionar que si bien es cierto, la mayor parte de los encuestados se refirió en cuanto a que la pena de arresto la observan y definen dentro de los conceptos antes vertidos, no queda sino también aceptar de que se trata de una medida ya caduca y obsoleta, próxima a aceptar dentro de su figura jurídica un cambio en su estructura frente a lo social y no puramente a lo jurídico, que es a donde viene a recaer en todas sus formas y finalidades.

Cuando se les preguntó si estaban de acuerdo con su aplicación y porqué, el noventa por ciento respondió que no, porque entre otras consideraciones se manifestó que la pena de arresto ayuda al individuo que comete faltas a reconsiderar su actitud negativa frente a la sociedad ya que de alguna manera sirve para disuadir el delito; siempre y

cuando esta se realice con orden judicial, no siendo útil aunque tenga sus desventajas, además no evita que se acumule un gran número de procesos y se sature la administración de justicia en lo que corresponde al ramo de lo penitenciario y por último, porque estando establecida en los cánones del sistema de justicia no sirve en gran escala a la sociedad como un método de regeneración al individuo y resocialización dentro del círculo al cual este pertenece; porque es propia de una prevención general y de la prevención especial y por último, porque es obsoleta y onerosa, lo que representa un gasto innecesario para El Estado. Y un diez por ciento contestó que sí estaba de acuerdo con la pena de arresto, en virtud de que dicha figura jurídica, se encuentra regulada dentro de nuestra legislación y porque supuestamente ayuda al individuo que comete faltas a reconsiderarlas; y porque, probablemente se provocaría una situación al margen de la ley al no aplicarse y por último porque de alguna manera sirve para disuadir al delito.

Así mismo se les preguntó sobre las desventajas que creen tiene la pena de arresto, a lo cual un noventa y cinco por ciento, se pronunció en cuanto a que esta figura jurídica tiene muchas desventajas, manifestando entre otros aspectos que, una de las desventajas que representa la pena de arresto es de que estigmaticiza a la persona socialmente, causa problemas socioeconómicos y no permite disuadir al infractor, por otro lado, no hay sitios apropiados para cumplir la sanción impuesta, refiriéndose a los departamentos que es en donde existen lugares totalmente inapropiados para el cumplimiento de la pena de arresto, porque esta debe de cumplirse dentro de los

centros destinados especialmente para cumplir las penas propias de prisión y no de arresto, y que por último al igual que cuando se les preguntó sobre su acuerdo o no sobre esta figura jurídica, algunos reiteraron de que se trata de una sanción que le es onerosa al Estado, lo que viene a causar únicamente un desgaste económico innecesario.

En cuanto a la pregunta sobre las ventajas que otorga la pena de arresto al sistema de justicia, contrario a lo que contestaron respecto de las desventajas, el noventa y cinco por ciento se pronunció favorablemente, aduciendo que dentro de las ventajas están la de poder encontrar una forma inmediata de resolver la situación jurídica del infractor, haciéndolo pagar en forma convencional una multa a cambio de no ir a prisión, genera antecedentes que en cierta medida castigan al infractor, al crear antecedentes fortalece al sistema de justicia, crea escarmiento y da confianza a la sociedad por el castigo que recibe el infractor o delincuente, evita acumulación de procesos, tiende a disminuir la alta población carcelaria, y ayuda a regenerar al infractor creando un elemento preventivo del delito

Con respecto a la última pregunta, la cual consistió en preguntar si se creía conveniente abolir o la pena de arresto, un treinta por ciento se pronunció en cuanto a que no es

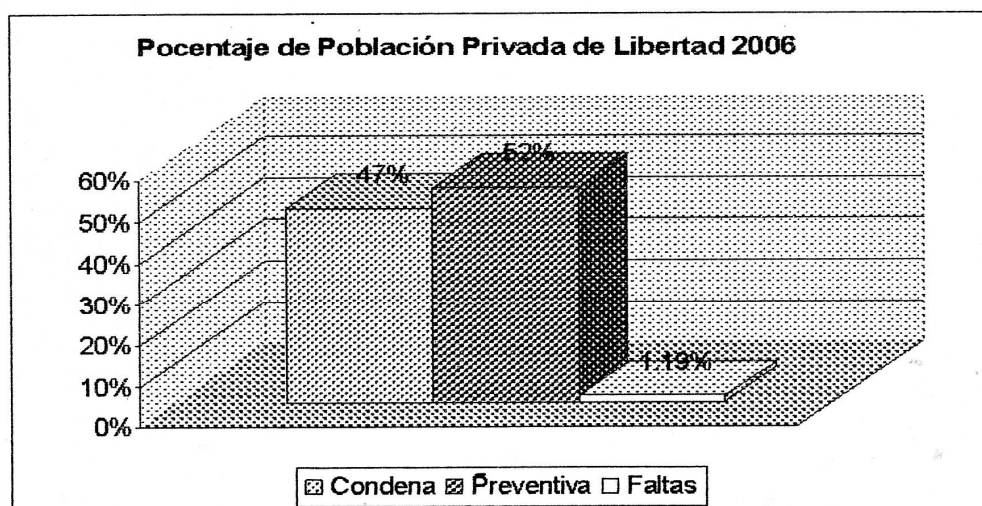
factible la abolición de esta clase de pena ya que cualquiera podría cometer faltas y sería impune, porque aún con lo antiguo tiene sus ventajas y estaría fuera de la ley; ya que ésta es parte del sistema de justicia; otros solo se pronunciaron a decir que no, sin razonar su respuesta, y por último se manifestaron en este sentido porque se requiere de más cultura ya que facilitaría la irrupción del anarquismo en el sistema de justicia. Mientras que un setenta por ciento se pronunció favorable en cuanto a que si sería conveniente que se aboliera la pena d arresto, toda vea, que sería factible sustituirla por otra clase de medidas, considerando que la redención es la excepción y la libertad la regla. Al igual que este tipo de pena o clase de sanción peculiar en la comisión de faltas, no llena la finalidad que se persigue, no previene la delincuencia y por último no tiene sentido que una persona cumpla con un arresto por haber realizado un acto regulado como falta, pero lo mas penoso es que se cumpla en los mismos lugares donde las personas guardan prisión preventiva pro delitos graves o de lesa humanidad, ya que no existe el suficiente presupuesto por parte del Estado, no obstante serle oneroso el aplicar y condenar en faltas, para realizar centros carcelarios idóneos para el cumplimiento de esa clase de penas, recordemos que se denomine como se denomine es pena de prisión el arresto, por lo que lo recomendable por política criminal sería condenar a una persona de multa y en caso de no tener dinero para pagarla o ser de escasos recursos se le ordene realizar servicios sociales especialmente en el área ambiental, pero no deberá de sancionársele con multa y servicios, y esto traería beneficios al propio Estado quien en lugar de tener pérdidas por el mantenimiento



constante percibiría ingresos de toda naturaleza.

El sistema carcelario guatemalteco a Septiembre de 2006 contaba con una población de hombres ³¹⁷ y mujeres de 8, 359 personas de las cuales 3, 952 se encontraban cumpliendo condena, 4, 307 en prisión preventiva y 100 personas en prisión por faltas.

Del 100% de la población el 47% se encontraba cumpliendo condena, el 52% en prisión preventiva y el 1.19% en prisión por faltas.



Del total de las personas privadas de libertad en 2006, la Dirección General del Sistema Penitenciario custodiaba a 7, 699 personas lo que representa el 92.10% del total de la población privada de libertad y la Policía Nacional Civil a 660 personas que es el 7.89% del total.

317 Fuente: Dirección General del Sistema Penitenciario. Guatemala. 2006.



4.2 Resultados

4.2.1 Interrogantes

ENCUESTA

La presente encuesta tiene como objeto la investigación del trabajo de tesis intitulado "LA PENA DE ARRESTO EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO", aprobado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Por lo anterior se agradece a los honorables profesionales del Derecho, sus respuestas y comentarios al respecto. Gracias.

INFORMACIÓN GENERAL

SEXO: MASCULINO _____ FEMENINO _____ EDAD: _____

AÑOS DE EJERCER LA PROFESIÓN _____ MAESTRIA PENAL _____

ASPECTOS SOBRE EL TEMA:

1. Qué opina de la Pena de Arresto ?

2. Está de acuerdo con su aplicación ?

Si _____ NO _____

Porqué? _____

3. Qué desventajas cree usted que tiene la Pena de Arresto?

a) _____

b) _____

4. Que ventajas cree usted que ofrece al sistema de justicia?

a) _____

b) _____

5. Cree usted que sería conveniente abolir la Pena de Arresto?

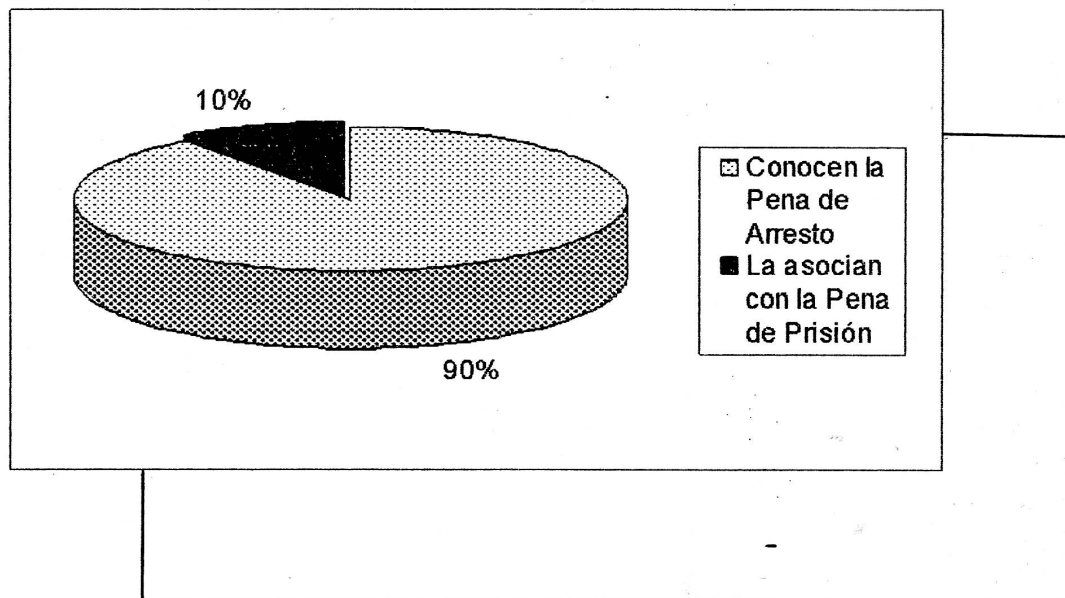
SI _____ NO _____

Porqué ?



4.2.2 Interrogante número 1

Qué opina de la Pena de Arresto ?

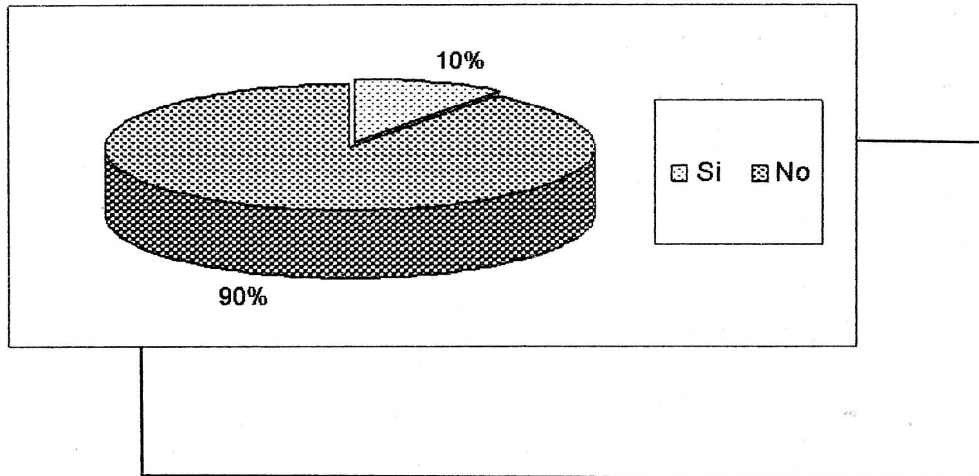


Fuente: Investigación de campo (marzo 2007)



4.2.3 Interrogante número 2

Está de acuerdo con su aplicación ?

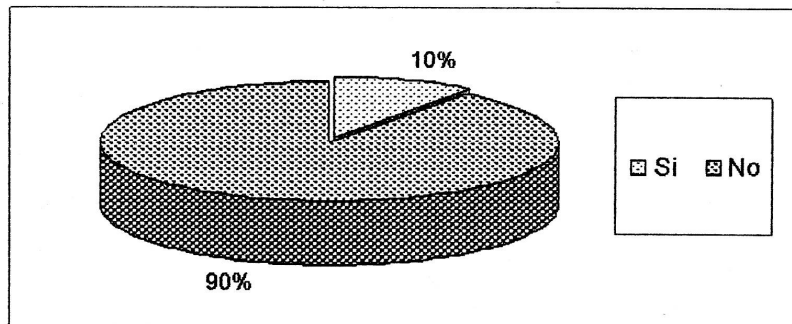


Fuente: Investigación de campo (marzo 2007)

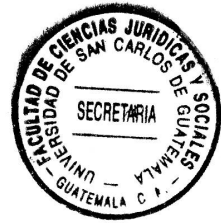


4.2.4 Interrogante número 3

Cree usted que tiene ventajas la Pena de Arresto ?

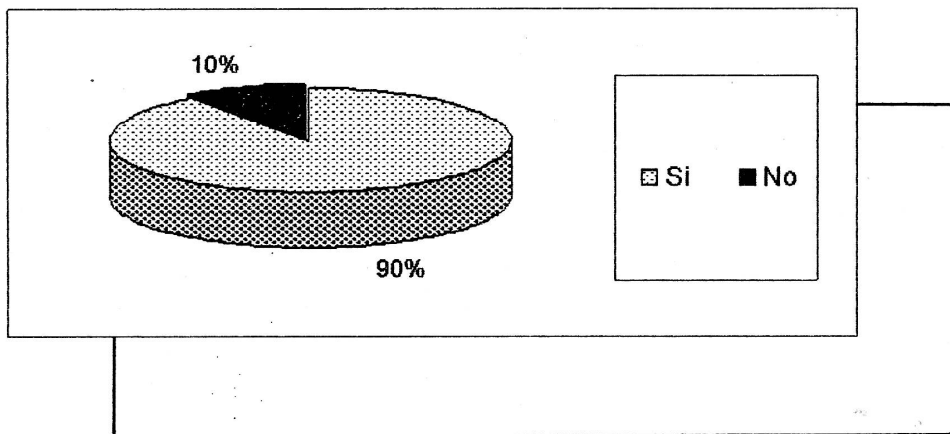


Fuente: Investigación de campo (marzo 2007)



4.2.5 Interrogante número 4

Cree usted que tiene desventajas la Pena de Arresto ?



Fuente: Investigación de campo (marzo 2007)

CONCLUSIONES

1. Con el presente trabajo se pudo determinar que existe en el medio jurídico la aceptación de abolir la pena de arresto, toda vez que se considera obsoleta, caduca y onerosa para el Estado y poca efectiva como medio disuasivo frente a la sociedad.
2. La Constitución Política de la República de Guatemala, establece que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden apegada a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Y continúa rezando que por faltas o por infracciones a los reglamentos no deben permanecer detenidas las personas cuya identidad pueda establecerse mediante documentación, por el testimonio de persona de arraigo o por la propia autoridad.
3. Se confirmó que la pena de arresto es una medida restrictiva de libertad aplicada especialmente a faltas, que viola el derecho a la libre locomoción de las personas a quienes se les aplica, por la simple comisión de una infracción leve sin trascendencia jurídica.
4. En estudios realizados dentro del sistema carcelario guatemalteco, a septiembre del año 2006, éste contaba con una población de 8359 personas, hombres y mujeres; de los cuales 3952 se encontraban cumpliendo condena; 4307 se encontraban en prisión preventiva y 100 en prisión por faltas, lo que representaba un 1.19 por ciento de la población en los presidios.

5. Que de acuerdo a una política criminal democrática sustentada en la Constitución Política de la Republica de Guatemala, la pena de arresto debe desaparecer del ordenamiento jurídico en busca de una justicia reparadora para la paz social objetivo del derecho penal.

RECOMENDACIONES

1. Hacer las reformas pertinentes al Código Penal, en lo relacionado a la pena de arresto, para insertar dentro de él expresamente alguna medida que la sustituya considerando los derechos mínimos e irrenunciables que la Constitución Política de la República de Guatemala, establecen a favor de las personas que cometen faltas o infracciones.
2. Que por tratarse de una forma de sancionar penalmente a quien comete una falta, y siendo que esta sanción viola las garantías constitucionales de las personas en sus derechos humanos, debiera de aplicarse otra clase de medida, tal como el arresto de fin de semana, con trabajo en beneficio a la comunidad para que cumpla con su función social.
3. Que no obstante que la pena de arresto, le resulta onerosa al Estado y éste no cuenta con lugares apropiados para su cumplimiento, por política criminal se condene a la persona con multa y en caso de no tener dinero para pagarla o ser de escasos recursos se le ordene realizar trabajos sociales, especialmente en el área ambiental, pero no deberá de sancionarle con multa y servicios.
4. Eliminar por completo este tipo de pena sustituyéndola con otra clase de sanción tomando en cuenta que la detención es la excepción y la libertad la regla, lo que vendría a modificar el contenido del Artículo 45 de nuestro Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, Cesar **Tratados de los delitos y las penas**
Buenos Aires, Argentina, 1948.

BERGALI, Roberto y Bustos, Juan **El poder penal del estado**
Buenos Aires, Argentina; Editorial Desalma, 1995.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo **Diccionario jurídico elemental**
Argentina, Editorial Heliasta, 15ª Edición 2001

CAPINTANTI, Henri. **Vocabulario jurídico.**
Buenos Aires, Argentina; Ediciones de Palma, 1986.

CARNELUTTI, Francesco, **Cuestiones sobre derecho penal.**
Buenos Aires, Argentina; Editorial Ejea, 1961.

ESPINOZA AVENDAÑO, José Vicente, **Aplicación de penas indeterminadas**
Guatemala, Tesis 493 USAC, 2002.

FIGUEROA SARTI, Raúl. Derecho Penal, **Legislación en Guatemala y leyes del código penal concordadas y anotadas**
Guatemala, Editorial F y G, 2004.

FLORES DAVILA, Santiago Raúl, **La Pena y su detención.**
Guatemala. Tesis 489 USAC, 2002.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales.**
Argentina, Editorial Heliasta SRL, 1981.

PALACIOS MOTA, José Antonio. **Apuntes de derecho penal.**
Guatemala, Serviprensa, 1980

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal parte general y parte especial.**
Barcelona España, 5ª Edición 1959 Ediciones Nauta S.A.

Legislación:

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

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

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

