

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

**IMPERATIVIDAD QUE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA PENAL
EJERZAN UN EFECTIVO CONTROL AL OTORGAR EL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN
CONDICIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN**

JORGE ANÍBAL ROSALES GÓMEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010

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

**IMPERATIVIDAD QUE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA PENAL EJERZAN UN
EFECTIVO CONTROL AL OTORGAR EL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL
DE LA PENA DE PRISIÓN**

TESIS

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

Por

JORGE ANÍBAL ROSALES GÓMEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2010

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Alfredo González Rámila
Vocal: Lic. Edgardo Enrique Enríquez
Secretario: Lic. Héctor Antonio Roldán Cabrera

Segunda Fase:

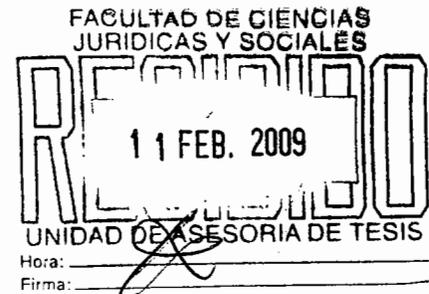
Presidente: Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus
Vocal: Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretaria: Licda. Ángela Aída Solares Fernández

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



Guatemala 11 de febrero de 2009

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a providencia de esa dirección, se me nombra asesor de Tesis del Bachiller: Jorge Aníbal Rosales Gómez, quién se identifica con número de carné estudiantil 9821913, quién elaboro el trabajo de tesis intitulado " **LA IMPERATIVIDAD QUE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA PENAL EJERZAN UN EFECTIVO CONTROL AL OTORGAR EL BENEFICIO DE SUSPENSION CONDICIONAL DE LA PENA DE PRISION**". Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito hacer de su conocimiento:

- I. Que el presente trabajo de tesis contiene un amplio contenido científico y técnico, el primero por ser aplicada la ciencia jurídica en el derecho penal, derivado de ella la aplicación de distintas ramas que componer el derecho y así proponer que se ejerza un efectivo control por parte de los señores jueces de primera instancia penal al otorgar el beneficio de suspensión condicional de la pena de prisión; y el segundo porque la realización de la misma llena los requisitos que se establecen para su realización.
- II. Los métodos aplicados fueron el inductivo y deductivo al hacer el respectivo análisis de los casos en concreto para llegar a conclusiones particulares y viceversa; el método analítico jurídico al hacer el análisis e interpretación de normas jurídicas; y el método sintético en el desarrollo de la parte teórica bibliográfica. Las técnicas de investigación aplicadas fueron: investigación documental utilizada mediante el análisis de las doctrinas y teorías de diferentes juristas; y la técnica de resumen.



- III. La redacción en su momento no fue la más correcta, por lo que se hicieron las debidas correcciones, enmendando en su momento el trabajo ya desarrollado.
- IV. La contribución científica que se aporta es de verdadera importancia, ya que se pretende un efectivo control del juzgador sobre el sustitutivo penal, suspensión condicional de la pena; por lo que se aporta al trabajo doctrina suficiente, normas jurídicas, derecho comparado, cuadros legales, etc.
- V. Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizadas se ajustan al trabajo de investigación.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente



Ramiro Ruiz Hernández
ABOGADO Y NOTARIO

Col. 5802

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

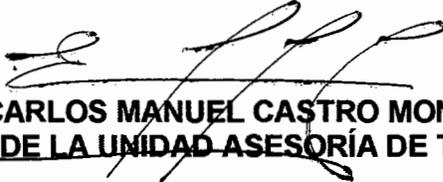
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, tres de septiembre de dos mil nueve.

Atentamente pase al (a la) **LICENCIADO (A) SERGIO MANFREDO BELTETÓN DE LEÓN**, en sustitución del (de la) revisor (a) propuesto (a) con anterioridad **LICENCIADO (A) LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES** para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **JORGE ANIBAL ROSALES GÓMEZ**, intitulado **"LA IMPERATIVIDAD QUE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA PENAL EJERZAN UN EFECTIVO CONTROL AL OTORGAR EL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a la) estudiante, si así lo estima conveniente la modificación del bosquejo preliminar de temas y de las fuentes de consulta originalmente contempladas, asimismo, el título del punto de tesis propuesto. 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. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

c.c. Unidad de Tesis
CMCM/sllh.



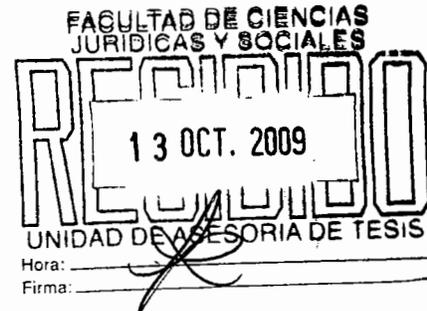
Lic. Sergio Manfredo Beltetón de León

ABOGADO Y NOTARIO

Edificio Torre Café 7ma av. 1-20, 8vo. nivel of. 815 zona 4
Tel.53333421



Guatemala 13 de octubre de 2009



Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho.

En atención a providencia de esa dirección, se me nombra revisor de Tesis del Bachiller: Jorge Aníbal Rosales Gómez, quien se identifica con número de carné estudiantil 9821913, quien elaboro el trabajo de tesis intitulado “ **LA IMPERATIVIDAD QUE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA PENAL EJERZAN UN EFECTIVO CONTROL AL OTORGAR EL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN**”. Para el efecto procedo a dictaminar en los siguientes términos:

- I. Procedí a REVISAR el contenido de tesis anteriormente mencionado mismo que fue asesorado por el Licenciado Ramiro Ruiz Hernández. Comparto con el asesor los criterios y conceptos contenidos en el trabajo desarrollado, difiriendo únicamente en el tema de tesis el cual queda de la siguiente manera: **“IMPERATIVIDAD QUE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA PENAL EJERZAN UN EFECTIVO CONTROL AL OTORGAR EL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN”**, ya que éste se ajusta al trabajo realizado por el ponente.
- II. El estudiante realizó el trabajo en forma acertada, en mi opinión el tema investigado es de mucha importancia, pues su contenido indica la imperatividad que los respetables señores jueces de primera instancia penal ejerzan un efectivo control en el otorgamiento del beneficio legal suspensión condicional de la pena, asumiendo un contenido científico y técnico en virtud que las teorías expuestas y el fondo del tema se han desarrollado conforme los lineamientos del derecho penal.
- III. El ponente del presente trabajo utilizó los métodos inductivo y deductivo, para estudiar los temas generalmente, partiendo de sus particularidades y viceversa; el método analítico jurídico haciendo el respectivo análisis e interpretación de normas jurídicas relacionadas con el tema; y el método sintético en el desarrollo de la parte teórica bibliográfica. Las técnicas de investigación aplicadas fueron: investigación documental utilizada mediante el análisis de las doctrinas y teorías de diferentes juristas; y la técnica de resumen y se observó su eficaz aplicación.
- IV. En la redacción del trabajo se hicieron algunas correcciones gramaticales.

Lic. Sergio Manfredo Beltetón de León

ABOGADO Y NOTARIO

**Edificio Torre Café 7ma av. 1-20, 8vo. nivel of. 815 zona 4
Tel.53333421**



- V. La contribución científica consiste en el actuar del juez de instancia penal, la trascendencia de su resolución aplicando un efectivo control sobre el beneficio de suspensión condicional de la pena, así dar seguridad jurídica a dicha institución.
- VI. El contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía con congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación.

Por lo tanto al haber finalizado la etapa de revisión del trabajo de tesis mencionado emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,

Lic. Sergio Manfredo Beltetón de León
Colegiado No. 2,985

Sergio Manfredo Beltetón De León
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DÉCANATO DE LA FACULTAD EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintinueve de julio del año 2010.

Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **JORGE ANÍBAL ROSALES GÓMEZ**, Titulado **IMPERATIVIDAD QUE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA PENAL EJERZAN UN EFECTIVO CONTROL AL OTORGAR EL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh





DEDICATORIA

A DIOS: Por la vida, salud y familia que me brindó; por haberme permitido alcanzar una meta muy importante.

A MIS PADRES: Por ser un ejemplo diario de lucha y su apoyo incondicional durante todos los días de mi vida; mil gracias, espero retribuírseles como se lo merecen.

A MIS ABUELOS: Juan, Delia y Amanda, en su memoria; legado e inolvidable recuerdo, que Dios los guarde en un lugar especial; a mi abuelo Francisco, para ustedes este triunfo.

A MIS HERMANAS: Mimi e Hilda, por brindarme en cada momento su apoyo incondicional.

A MIS TÍOS: Por los consejos que algún día me dieron y demostrarme el cariño de un hijo.

A MIS PRIMOS: Por haberme brindado el cariño de un hermano, en especial a Juan Carlos, Rosa Delia, Mónica, Guayo, Ismael y Walter.

A MIS AMIGOS: Tono, Gustavo, Mario, Josué, Rufino, Jonathan, Jesica, Jocabed, Marla, Lesly, Claudia, Dorian, Hugo, Karen, Manuel; porque nuestras experiencias e ideologías son



cimientos en mi vida; a Neca y Marlon porque su alegría sigue intangible en mi mente, descansen en paz; a José, Emilce, Pablo, Marla, Sergio, Fernando, Juan Carlos, Lester, Claudia, Alejandra, María Alejandra, por compartir aulas y desvelos para alcanzar la presente meta.

A KARLA:

Por convertirse en la pareja que siempre espere.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme dado el privilegio de ser parte de su estudiantado; infinitas gracias por ser la casa de estudio que me da la oportunidad de subir un peldaño muy importante en mi vida.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La pena.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Fines	2
1.2.1 Abolicionismo o justificacionismo.....	2
1.2.2 Tesis justificacionistas de la pena.....	6
1.2.3 La teoría dialéctica de la unión de Roxin.....	18
1.3 Principio de personalidad de las penas.....	19
1.4 Clases	20
1.4.1 Penas privativas de la libertad.....	20
1.4.2 Pena privativa de la vida.....	34
1.4.3 Pena restrictiva del patrimonio.....	41
1.4.4 Penas restrictivas de derecho.....	42

CAPÍTULO II

2. Sustitutivos legales o penales.....	47
2.1 Clasificación de los sustitutivos penales.....	47
2.1.1 Clasificación doctrinaria.....	47
2.1.2 Clasificación legal de los sustitutivos penales.....	49

CAPÍTULO III

3. Alternativas a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo.....	63
3.1 Antecedente histórico.....	63
3.2 El proyecto alternativo alemán.....	65
3.3 Formas de suspensión condicional de la pena en algunos países europeos.....	73
3.3.1 Suspensión condicional de la pena en Alemania.....	73

3.3.2 Suspensión condicional de la pena en Austria.....	73
3.3.3 Suspensión condicional de la pena en Portugal.....	74
3.3.4 Suspensión condicional de la pena en Italia.....	75
3.3.5 Suspensión condicional de la pena en Francia.....	77
3.3.6 Suspensión condicional de la pena en España.....	79
3.4 Derecho penal de triple vía.....	80

CAPÍTULO IV

4. El Juez de Primera Instancia Penal y su relación con la suspensión condicional de la pena.....	87
4.1 Suspensión condicional de la pena.....	87
4.2 Características de la suspensión condicional de la pena.....	91
4.3 Objetivo de la suspensión condicional de la pena.....	92
4.4 Responsabilidad de los jueces de instancia penal.....	92
4.4.1 Responsabilidad disciplinaria.....	93
4.4.2 Responsabilidad civil.....	100
4.4.3 Responsabilidad penal.....	102
4.4.4 Ventajas de la suspensión condicional de la pena.....	108
4.4.5 Desventajas de la suspensión condicional de la pena.....	108
4.4.6 El antecedente penal y su relación al otorgarse la suspensión condicional de la pena.....	109
4.4.7 Base legal.....	110
4.4.8 Imperatividad de ejercer un efectivo control en el proceso de otorgar la suspensión condicional de la pena.....	113
4.4.9 Procedimiento.....	115
CONCLUSIONES.....	117
RECOMENDACIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121



INTRODUCCIÓN

Elegir la suspensión condicional de la pena como tema para desarrollar el trabajo de tesis era algo que hacía pensar en una institución novedosa dentro del sistema penal guatemalteco, ya que ésta de manera muy atinada brinda un beneficio legal de gran trascendencia para la persona beneficiada, por lo que se elige desarrollar el presente trabajo con el fin de poner en manifiesto el detrimento que está sufriendo el mencionado sustitutivo, ya que el juez de primera instancia penal ha dejado de aplicar la normativa de manera objetiva, dejando que pierda certeza jurídica y lo mas triste es que consecuentemente pierde certeza social; puesto que al ser otorgada brinda la oportunidad de seguir con el rumbo normal de su vida; desempeñando su trabajo, sus relaciones sociales y familiares no se ven afectadas notoriamente; siendo éstos grandes beneficios para una persona que por razones, circunstancias o coincidencias quizá del momento, comete un hecho delictivo considerado por la ley de poca trascendencia legal para imponer una pena de prisión, que establece una serie de requisitos para ser otorgada a aquella persona merecedora no así por el hecho, sino por el modo de vida que antes del acontecimiento llevaba realizando; trascendencia también para el Estado por tomar el riesgo de tipificar normas que otorgan beneficios legales por hechos delictivos que tienen por efecto suspender la ejecución de la pena y éste la rehabilitación del condenado.

Se planteó como hipótesis la aplicación indiscriminada del sustitutivo penal, suspensión condicional de la pena, por parte de los jueces de primera instancia penal, evidenciando descontrol en el sistema de justicia penal. El objetivo general trazado fue: establecer la efectiva aplicación y otorgamiento de la institución suspensión condicional de la pena. Se individualizan como objetivos específicos, un análisis del desempeño del juez de primera instancia penal durante el desarrollo de la suspensión condicional de la pena; determinar si el juez de primera instancia penal valora la boleta de antecedentes penales para emitir la sentencia correspondiente.

El foco central de este trabajo es la imperatividad de ejercer un efectivo control en su



otorgamiento, por los señores jueces de primera instancia penal y dentro del mismo, sus requisitos; los cuales dan certeza y seguridad jurídica de ser otorgada a la persona indicada y haciendo principal enfoque al requisito segundo; el cual establece que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso.

Este estudio consta de cuatro capítulos: el primero trata la pena, sus fines, teorías y sus clases; el segundo los sustitutivos penales, desarrollados doctrinaria y legalmente; en el tercero se hace un estudio del derecho comparado en relación a la suspensión condicional de la pena; la relevancia que tuvo para Europa el proyecto alemán, así como los diferentes modelos que se aplican en países europeos; y, por último, en el capítulo cuarto se aborda al juez de primera instancia penal y su relación con la suspensión condicional de la pena; se desarrolla propiamente la suspensión condicional de la pena; la responsabilidad en que puede incurrir el juez en sus actuaciones, ventajas y desventajas del beneficio legal, la relación del antecedente penal en la suspensión condicional de la pena, regulación legal y el procedimiento legal para otorgar la suspensión condicional de la pena.

Se utilizó el método analítico jurídico para el análisis e interpretación de las normas jurídicas, tanto de carácter constitucional como ordinario, e internacional; el método sintético para el desarrollo de la parte teórica bibliográfica y el método inductivo para hacer un análisis del caso en concreto y llegar a un todo. Por último, se pusieron en práctica las técnicas siguientes: investigación documental, la cual es utilizada en el análisis de doctrinas y teorías de diferentes juristas; así también la de resumen en el desarrollo del contenido y análisis de casos.

En consecuencia es necesario que todo juez de primera instancia penal se sirva aplicar la suspensión condicional de la pena de manera objetiva en cada caso en concreto, aplicando sus requisitos a cabalidad y especialmente su requisito segundo, el cual le establece otorgar la institución solamente en caso que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso, así no dar beneficios a personas que no cumplan con los requisitos indispensables para su otorgamiento.



CAPÍTULO I

1. La pena

1.1 Definición

La pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito, esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesto tras un debido proceso por los órganos jurisdiccionales. “La pena importa infringir dolor”¹ y usualmente consiste en la privación de un derecho fundamental.

“La pena es la más grave de las sanciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico”². La distinción de la pena con respecto a otras sanciones semejantes del ordenamiento jurídico estriba en que tiene como presupuesto necesario la comisión de un delito y que debe ser impuesta por jueces independientes en un juicio conforme las reglas del derecho procesal penal Artículo 4 del Código Procesal Penal. La pena se distingue además por su absoluta independencia: pues, puede ser impuesta junto con otras sanciones. Esta simultaneidad no constituye una infracción del principio de ne bis in idem. Finalmente, es importante resaltar que la pena, a diferencia de otras sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico, afecta los bienes más importantes de un individuo; su vida, su libertad y su patrimonio.

¹ Zaffoni, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**; pág. 7.

² Cerezo Mir, José. **Derecho penal PG I**; pág. 26.



1.2 Fines

1.2.1 Abolicionismo o justificacionismo

“El problema sobre si el Estado tiene el derecho a castigar o no, es una pregunta que ha suscitado una viva polémica entre los pensadores del derecho penal”³. Los abolicionistas consideran que la pena no tiene fundamento racional para su justificación. Stanley Cohen señala que el pensamiento abolicionista es el nombre que se da, principalmente en Europa Occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo.

Las corrientes abolicionistas no son nuevas: A lo largo de la historia han existido movimientos importantes para abolir ciertas clases de penas. Pensadores como Beccaria, Voltaire, Puffendorf o Thomasius, lograron la prohibición total de la tortura y de las penas, crueles inhumanas y degradantes.

En efecto, el movimiento de abolición de la tortura comenzó en Prusia con Federico el Grande, y luego se extendió al resto de Europa. En 1841 ningún país europeo contemplaba en su ordenamiento jurídico la tortura y las penas corporales. La abolición de la tortura pone de relieve como el pensamiento penal puede cambiar en un momento histórico determinado. Durante más de 700 años la tortura fue por tanto una revolución jurídica que cambio radicalmente el concepto del derecho penal, del proceso inquisitivo

³ Ferrajoli, Luigi. **Sobre el debate entre justificacionistas y abolicionistas, derecho y razón. Teoría del garantismo penal;** Capítulos VI y VII.



de la pena. Hoy la prohibición absoluta de la tortura es una norma inderogable y no cabe invocar ninguna causa de la justificación frente a los actos de tortura.

La ilustración también atacó frontalmente la pena de muerte. Aún cuando la pena de muerte ha llegado a suscitar el consenso que exista en cuanto a la prohibición absoluta de la tortura, cabe resaltar que se encuentra totalmente abolida en Europa occidental y en la mayoría de naciones civilizadas. Además, la Comunidad Internacional tiene una tendencia abolicionista que se ha incorporado en los principales instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ambas normas internacionales proclaman que la pena de muerte no se establecerá en los países en donde haya sido abolida y, en la CADH se establece la cláusula de congelamiento, por medio de la cual, los Estados partes que no han abolido la pena de muerte se comprometen a no extender su aplicación a delitos que no la tuviesen contemplada al momento de su entrada en vigor.

Para Silvia Sánchez, "la mas fuerte apoyatura de la propuesta abolicionista se halla en la actualidad en el planteamiento de la criminología radical que descalifica el sistema penal". Esta descalificación del sistema penal se basa en tres postulados fundamentales:

- a) El sistema penal está específicamente concebido para hacer el mal;
- b) Es, además, una respuesta violenta y pública, susceptible de incitar a la violencia en otros ámbitos de la vida;
- c) Es una institución que crea y mantiene de modo falso la idea de poder procurar a las



víctimas ayuda y protección.

Abolicionistas como Louk Hulsman señalan que “el sistema penal ha etiquetado diversos conflictos sociales, asignándoles el nombre de delito y preestableciendo una solución (entre muchas posibles) que lleva a la imposición de un castigo, esto es, a la exclusión social del infractor”. Esta concepción reduccionista de los problemas sociales sustrae a las partes el conflicto original subyacente, produciendo con ello que el Estado prive a la víctima de una efectiva reparación del daño que le ha sido causado y no le satisfaga en sus verdaderos intereses.

Para Hulsman la cárcel constituye “una causa de sufrimiento carente de sentido, tanto corporal como psíquico, en la que los hombres pierden su personalidad y sociabilidad. Además, el sistema penal es profundamente discriminatorio: los principios y valores sobre los cuales reposa no se aplican en la realidad a todas las situaciones. Por el contrario, el sistema penal se aplica en un número ínfimo de situaciones, y sobre un grupo social determinado –los pobres o marginados sociales- a los cuales estigmatiza y excluye definitivamente de la vida en sociedad o se les condena a la reproducción de su situación de marginalidad”.

Hulsman critica “ante todo la actitud reduccionista del sistema penal, ya que la criminalización y señalización de una conducta no es más que una de las opciones posibles y no precisamente la mejor, para afrontar una situación etiquetada como delito. Afirma que todo delito no es más que una situación problemática, que ha sido así definida por el sistema, para no buscar una solución radical, es decir, una solución



que llegue a la raíz del problema social subyacente”.

Nills Christie complementa que “el gran perdedor del sistema penal es la víctima”, ya que la solución dada por el Estado (la criminalización) le impide una participación en su propio caso, así que además del daño causado por el delito, no obtiene una reparación adecuada que satisfaga sus intereses. La famosa frase de Nills Christie: “Jueces, fiscales y abogados son ladrones de conflictos y hay que devolverlos a las partes, es decir al delincuente y a la víctima” ha dado lugar a todo un movimiento en Europa, denominado la tercera vía, orientado a buscar una solución basada especialmente en la reparación.

El pensamiento abolicionista ha sido criticado por no haber podido elaborar una alternativa completa al sistema penal, y por lo tanto se le acusa de movimiento idealista, que confía en la resolución autónoma de los conflictos por parte de la sociedad. “Como el abolicionismo dirige sus ataques hacia la forma mas expresiva del poder monopólico, surgen inmediatamente los temores hobbesianos del bellum omnium contra omnes”⁴.

Otros críticos señalan que el castigo es parte del derecho de la víctima a una reparación por el daño sufrido; de manera que la abolición del castigo vendría a afectar los intereses de la víctima. Finalmente, se ha acusado el movimiento abolicionista señalando que el fundamento en que basa su propuesta no es científico: “no es posible demostrar que una organización social sin sistema penal reducirá el nivel de sufrimiento

4 Scheerer, Sebastian. *Hacia el abolicionismo*, en *VVAA. Abolicionismo penal*; pág. 27.



y violencia social”⁵.

Las argumentaciones en contra del pensamiento abolicionista pueden estar justificadas. Sin embargo, no cabe duda que el cuestionamiento puede estar justificado. Sin embargo, no cabe duda que el cuestionamiento al sistema penal y la transparentación de los problemas reales de su funcionamiento han servido para buscar en célebre frase de Radbruch ya no un derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal.

1.2.2 Tesis justificacionistas de la pena

Las tesis justificacionistas aceptan el derecho del Estado a castigar, aunque con fundamentos sumamente variados. Básicamente se ha respondido afirmativamente a la pregunta de si el Estado tiene el derecho a castigar desde dos perspectivas: las teorías absolutas y las teorías relativas o utilitarias.

➤ Teorías de la pena

- Las teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas encuentran la justificación de la pena exclusivamente en el delito cometido (*punitur quia peccatum est*). “La pena es retribución, es decir, compensación al causado por el delito”⁶. La retribución sin duda esta estrechamente vinculada a razones religiosas y éticas, que confunden delito con pecado y pena con expiación.

5 Larrauri, Elena. **Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista**. En *poder y control*; pág. 106.

6 Cerezo Mir, José. **Derecho Penal PG I**; pág. 20.



No obstante, durante la ilustración se produce una justificación metafísica, más no religiosa de la retribución. Los dos más destacados exponentes de la retribución en términos contemporáneos son Kant y Hegel, que pretenden justificar el derecho a castigar desde perspectivas retribucionistas, pero ya no apelando a ideas religiosas sino a una fundamentación racional humanista.

Para Kant la ley penal es un imperativo categórico, de tal manera que incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros el último asesino que se encontrara en la prisión tendría que ser ejecutado, para que a cada cual le suceda lo que merece por sus hechos. Kant fundamenta así la necesidad de la pena sobre la base de la retribución exigida por la justicia, por la comisión de un delito. De esta manera la pena queda desvinculada de toda finalidad utilitaria tal como la protección de la sociedad u otras.

Para Hegel, la fundamentación de la retribución se basa en la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente. Si la voluntad general es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negociación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. En consecuencia, la pena para Hegel es la reacción necesaria para restablecer el orden jurídico violado y no tiene ningún fin utilitario posterior. Hegel afirma que la pena no puede tener metas preventivas como la intimidación o la corrección: "Con la fundamentación de la pena de esta manera (como amenaza o intimidación) es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como un perro".



- **Crítica**

Las críticas principales a las teorías absolutas están encaminadas principalmente hacia la desvinculación que hacen de toda finalidad utilitaria o efecto social de la pena. Por ello, la teoría de la retribución es insostenible en un Estado social y democrático de derecho como el establecido en nuestra constitución. En efecto, el Estado, como institución humana, no es capaz de imponer una idea metafísica de la justicia ni está legitimado para ello. En un Estado democrático de derecho, la pena debe tener un fundamento racional, este fundamento racional esta en función de los objetivos que está llamado a cumplir el derecho penal en la sociedad: a saber, la preservación de la paz social y la seguridad jurídica.

- **Las teorías relativas o utilitarias**

Lo importante de las teorías relativas consiste en que pretenden sustentar la pena justificando la necesidad de intervención penal en los fines a que está llamada a desempeñar dentro de la sociedad.

Tradicionalmente tres han sido las respuestas que se han dado a la pregunta de para que sirve la pena:

- a) Para intimidar o prevenir delitos (preventivo general negativa o intimidatorio);
- b) Para estabilizar a la sociedad a través del refinanciamiento de los valores éticos de la colectividad (prevención general positiva);
- c) Para corregir al delincuente (prevención especial o resocialización) o para inocuizarlo



(prevención especial negativa).

- La prevención general negativa o intimidatoria

El concepto de prevención general ha sido tradicionalmente reconocido por la doctrina penal como fin principal de la pena. Durante el antiguo régimen, la intimidación de toda la colectividad se realizaba a través de la ejemplaridad de la ejecución, a menudo brutal de la pena. No obstante, la dureza de las penas y castigos corporales del antiguo régimen no estaban orientadas tanto a prevenir los delitos o conductas, sino a exhibir lo que sucedería a la persona que desafiaba a la autoridad del Rey. Las penas estaban orientadas por tanto a obtener la sumisión y obediencia hacia la autoridad.

No es sino hasta Feuerbach que la prevención general atendió ante todo al momento de la conminación penal contenida en la ley, Feuerbach indica que la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos para evitar que delincan, es decir, como coacción psicológica: "Este impulso sensual (a delinquir) será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho"⁷. Se traslada así el momento disuasivo de la ejecución de la pena, hacia el momento de la criminalización. La ejecución de la pena solo tiene sentido en esta construcción para confirmar la seriedad de la amenaza legal. La coacción psicológica opera principalmente, en abstracto, en el momento de la incriminación legal, la imposición y la ejecución de la pena es solo un reforzamiento. La

⁷ Bustos Ramírez, Juan. *Penal y Estado*; pág. 53.



prevención general opera para todos los ciudadanos, en términos generales, de manera abstracta, desde la norma penal.

No obstante, la intimidación como fin de la pena ha sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina, tanto desde el punto de vista utilitario, como por razones de humanidad.

Si bien hoy existe consenso unánime en que la pena tiene por objetivo la prevención de conductas para la protección de bienes jurídicos, ello no deriva de la prevención general como tal, sino de otros principios limitadores del ius puniendo que abogan por la intervención en la esfera de los derechos ciudadanos lo más limitada posible. Así, pues, en una sociedad democrática, las finalidades preventivas de las penas se encuentran unidas a la protección de bienes jurídicos fundamentales para la participación de los individuos dentro de la sociedad. Por ello, la pena no puede en ningún caso superar la importancia del bien jurídico tutelado, pues estaría en contravención al principio de proporcionalidad.

✓ Crítica

Pero la crítica más importante a las concepciones preventivas de la pena proviene de Kant y Hegel. Ambos autores consideran que no es posible utilizar al hombre como menor instrumento para fines de otro o sea, como para ejemplarizar o educar a la colectividad. La dignidad inherente al ser humano se violentaría si el hombre fuera castigado para prevenir al resto de la comunidad. Kant claramente señala "el hombre no



puede ser utilizado nunca como simple miedo para la realización de los propósitos de otro y ser incluido entre los objetos del derecho de cosas, de lo cual le protege su personalidad innata”.

- La prevención general integradora o positiva

La teoría de la prevención general positiva o integradora comúnmente busca la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, “la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y reforzar la confianza jurídica del pueblo”⁸. Tres aspectos se pueden distinguir dentro de la prevención general positiva:

- a) El efecto aprendizaje, motivado social-pedagógicamente;
- b) El ejercicio en la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y
- c) “El efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y se considera solucionado el conflicto con el autor”⁹.

⁸ Roxin, Claus. **Derecho penal PG**; pág. 91.

⁹ Ibid, pág. 92.

- Crítica

El aspecto más cuestionado de la prevención general positiva es su actitud moralista de reforzar los valores ético-sociales de la colectividad, pues ello podría construir una injerencia del derecho penal en la esfera de la actitud interna del ciudadano.

Mir Puig, por su parte, sostiene que la prevención general positiva puede entenderse como una forma de limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatorio a caer en el terror penal, por vía de la agravación de la amenaza penal. Y así, exigir que la prevención general no solo se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del derecho en su estado social y democrático, lo cual conlleva a tener en cuenta las exigencias de la proporcionalidad entre delito y pena y la razonabilidad de las conminaciones penales.

- La prevención especial

Si la prevención general se dirige a la colectividad, la prevención especial se dirige al delincuente en particular. La prevención especial implica por tanto, “una actuación sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro”¹⁰.

La teoría de la prevención especial se remonta a los orígenes del pensamiento penal. La prevención especial tomo verdadero auge en la Edad Moderna, con el surgimiento de las casas de trabajo, en Italia (casas de Lavouro) y de Holanda (Rasphuis) en los

¹⁰ Cerezo Mir, José. **Derecho penal PG I**; pág. 22.

siglos XVI y XVII. “Es aquí en donde la vieja idea de la redención y expiación del pecado a través del trabajo convierten a las cárceles en centros de corrección moral de los delincuentes”¹¹.

Esta idea de la corrección moral inspiró a pensadores como Bentham y Howard para crear sistemas penitenciarios orientados al arrepentimiento y enmienda del delincuente a través de la inculcación de principios cristianos. El famoso sistema penitenciario filadelfico pretendía la rehabilitación moral a través del aislamiento celular e incomunicación del reo y la lectura de la Biblia. Se buscaba así lograr el ambiente adecuado para una reflexión interior que hiciera recapacitar al delincuente sobre el daño cometido.

Sin embargo, la teoría de la prevención especial adquirió un nuevo impulso con el apareamiento de la Escuela Positiva italiana de Lombroso, Garofalo y Ferri. Lombroso sobre todo trato de demostrar que el delito no es la contravención del orden jurídico, sino primero antes es un daño social, provocado por un sujeto anormal, de la mano de las posturas positivas basadas en la etiología del delito.

Von Liszt, en Alemania desarrolló el programa de Marburgo que establecía la forma en que actúa la prevención especial como advertencia o intimidación individual mediante la pena para que no cometa futuros delitos; “como corrección o enmienda del delincuente, o al menos su readaptación social, mediante el tratamiento para incidir sobre el aspecto

¹¹Melossi, Dario y Massimo Pavarini. **Cárcel y fábrica**; pág. 198.

negativo que lo impulsa a delinquir y finalmente, para separar o inocuizar al delincuente asegurando que cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible estos no vuelvan a la comunidad”¹². Para ello Von Lizst clasificó a los delincuentes en tres grupos:

- a) “El delincuente habitual, de quién no puede conseguirse que desista, ni mejore;
- b) La intimidación para el delincuente ocasional; y
- c) La corrección del autor corregible”.

No es preciso describir los excesos que han llevado la teoría de la prevención especial y la resocialización de los Estado totalitarios del siglo XX. Baste recordar aquí el concepto de tipo penal de autor del totalitarismo nazi que, en última instancia, sirvió para justificar la persecución y ejecución subyacente, el positivismo criminológico sirvió para la promulgación en diversos países de las leyes de vagos y maleantes, leyes que en última instancia eran una forma de justificación para la explotación colonial de la mano de obra forzada.

- Crítica

La idea del peligroso social propugnada por la prevención especial logro ampliar la intervención del derecho penal en forma desmedida y desvincular al Estado de todo límite formal y material en la aplicación de la pena o medidas de seguridad. Sobre todo en las concepciones del positivismo criminológico italiano y de la defensa social, se

¹² Ibid.



admitió la intervención del derecho penal antes de la realización de un delito a través de las medidas de seguridad ante delictum derogando con ello la garantía del principio de legalidad y estableciendo un sistema de derecho penal de autor.

Las exigencias de la prevención especial podrían dar lugar en estos casos, a que delincuentes considerados peligrosos, que hubiesen cometido delitos de escasa gravedad, permanecieran privados de libertad por un tiempo ampliamente desproporcionado con el hecho cometido. Por el contrario, en aquellos casos los delitos graves, como el parricidio, en donde no siempre cabría apreciar peligrosidad criminal y las posibilidades que la persona vuelva a delinquir sean escasas no cabría aplicar pena alguna, puesto que los autores “no estaban necesitados de una tratamiento correctivo de prevención especial”¹³. Llegando al caso extremo expuesto por Roxin, un criminal de guerra nazi que ha matado a millones de judíos, pero que se encuentra ya perfectamente integrado a su comunidad, no debe ser castigado, porque es innecesario para fines de prevención especial, ya que no volverá a delinquir.

Por consiguiente, la prevención especial así concebida, no solo es totalmente antigarantista sino puede llevar a una aplicación arbitraria de la ley penal, ya que tiende a sustituir descripciones claras del derecho penal liberal, por pronósticos de peligrosidad.

Esta concepción de la prevención especial, basada en la transformación de la personalidad de una forma coactiva, no puede por tanto ser tomado como fundamento

13 Cerezo Mir, José. **Derecho penal PG**. pág. 28.



de la pena. Básicamente existen tres razones para rechazar esta forma de concebir la teoría de la prevención especial:

1. Puede dar lugar a la imposición de penas únicamente basadas en la personalidad del autor. Las personas que postulan valores distintos a los mayoritarios o que son vistos como “desviados” son criminalizadas por sus distintas formas de ser y de pensar. Lo anterior conduce necesariamente a penalizar la diferencia cultural y admitir que los valores pueden ser impuestos coactivamente, llevando en definitiva a rechazar el pluralismo ideológico que debe existir en toda sociedad democrática.

2. Puede conducir a una concepción de derecho penal de autor, en donde el principio de legalidad, tanto en la determinación del hecho punible, pero ante todo, en la extensión o medición de la pena, se ven profundamente debilitados. En efecto, se pierde todo objetivo razonable para determinar la duración de la pena y se sustituye por una declaratoria de rehabilitación de parte del juez o de la junta de tratamiento o de los trabajadores sociales. Y, como señala Roxin, llegado a un caso extremo, “se podría considerar un tratamiento resocializador cuando alguien apareciese como sujeto que extraña un grave peligro de criminalidad, sin que pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento”.

3. La resocialización o corrección concebida como transformación de la personalidad del delincuente es una invasión ilegítima del fuero interno del individuo. El Estado no está facultado para imponer coactivamente un orden de valores a los individuos pues ésto representa un atentado a la dignidad de la persona humana. Como ha señalado el Tribunal Constitucional Alemán: “No es misión del Estado...corregir a sus ciudadanos”.



El Artículo 1.1 de la ley Fundamental Alemana “prohíbe una educación forzosa en cualquier caso por cuanto afecta al núcleo intangible de la personalidad de un adulto”.

Las críticas a la prevención especial no deben, empero conducir a un retorno hacia la teoría de la retribución y la concepción de la pena como pura explicación como propugna el neoclasicismo en Estados Unidos. Retornar a la cárcel como un mero lugar de administración de sufrimiento, en donde el recluso queda olvidado por la sociedad es igualmente contrario a las exigencias de un derecho penal democrático. La resocialización debe ser formulada, ya no en función de justificar la aplicación de la pena. Sino como un derecho individual del recluso, en este sentido, se debe recordar las palabras del proyecto alternativo alemán al momento de hablar de la determinación de la pena: “Hay que tomar en que consideraron las consecuencias de la pena que se pueden esperar para la vida futura del autor en la sociedad”, lo cual debe llevar a prescindir de la pena en todos los casos en donde la pena únicamente depararía consecuencias negativas para el individuo y la sociedad.

Y, en segundo lugar, existe otra concepción de la prevención especial que permite entender la resocialización como un derecho individual que se encuentra desvinculada de la finalidad de corregir al delincuente y que debe afirmarse como una obligación material del Estado de proveer al recluso durante su estadía en prisión de todas aquellas posibilidades encaminadas a potenciar sus conocimientos y habilidades sociales para poder llevar al momento de reincorporarse a la sociedad una vida sin delitos. Los programas de alfabetización, de aprendizaje de artes manuales u oficios, educación secundaria o universitaria en las prisiones y cualquier otro que no afecte a la

intimidad del individuo constituyen un deber del Estado ya que permitirán a los reclusos vivir en mejores condiciones al reincorporarse a la vida social.

1.2.3 La teoría dialéctica de la unión de Roxin

Las objeciones a las diferentes teorías de la pena desembocan en la necesidad de sustentar una teoría que pueda plantear una superación de los problemas antes expuestos.

Desde esta perspectiva Roxin ha elaborado una teoría unificadora basada en las finalidades de la pena en cada uno de los momentos en que interviene el derecho penal.

Roxin parte de la idea que en un Estado democrático de derecho el fin de la pena solo puede ser preventivo. Las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que esta a su servicio (principio de exclusiva protección bienes jurídicos). Desde esta perspectiva la pena puede cumplir una finalidad preventiva general legítima.

Por ello, el legislador al momento de realizar la incriminación actúa en función de la prevención general. La conminación penal en abstracto contiene en su seno el poder disuario hacia toda la colectividad, que puede dirigir sus acciones sobre la base de preceptos penales perfectamente determinados, que señalan las conductas prohibidas castigadas con pena.



Ahora bien, la propia conminación penal constituye ya por si misma una intervención en la esfera de libertad del ciudadano. Por ello solo puede encontrarse justificada en casos de extrema necesidad (última ratio y frente a las actuaciones mas graves y violentas contra un bien jurídico). Toda incriminación penal que no proteja un bien jurídico fundamental, o que sea innecesaria, es una pena titánica.

Finalmente, la resocialización entra en juego en la etapa de cumplimiento de la pena. Por supuesto esta readecuación no puede ser forzosa, por cuanto ello viola la intangibilidad de la personalidad del individuo. La resocialización solo puede ser entendida como una opción para el desarrollo de la personalidad del individuo ofertada por el Estado y que es asumida voluntariamente por los ciudadanos. Como señala Roxin si la resocialización presupone voluntariedad, está claro también que no hay contradicción irresoluble entre el derecho fundamental a la resocialización, y la imposibilidad de que el Estado lo imponga coercitivamente.

1.3 Principio de la personalidad de las penas

El principio de la personalidad impide castigar a alguien por hechos ajenos. Hoy en día ya nadie puede admitir la imposición de sanciones por hechos cometidos por algún familiar. Lamentablemente, en Estados totalitarios así se ha actuado en numerosas ocasiones. Familias enteras eran detenidas y deportadas por ser alguno de sus miembros disidente político.

Sin embargo, este principio no es común con todas las ramas del derecho. En

numerosas ocasiones, ciertas personas que no cometieron los hechos, deberán responder civilmente por los mismos. Por ejemplo, “los herederos responden civilmente por los delitos cometidos por el responsable fallecido”, Artículo 115 del Código Penal, o “los que tienen bajo su potestad o guardo legal a un inimputable responden subsidiariamente por los daños ocasionados por éste”, Artículo 116 del Código Penal.

1.4 Clases

1.4.1 Penas privativas de la libertad

No existe en el ordenamiento jurídico una definición sobre la pena privativa de la libertad el Código Penal en su Artículo 44 y 45 se limita a resaltar que: implica la limitación de la libertad personal, su duración y sus lugares en donde debe cumplirse, sin hacer referencia alguna sobre sus finalidades y limitaciones en su aplicación.

La Constitución, que constituye los principios esenciales que deben materializarse tanto en las normas ordinarias como en el accionar del Estado, plantea en su Artículo 26 la libertad de locomoción, “como el derecho que tiene toda persona para entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia; agrega que cualquier limitación debe estar establecida por ley”.

Como pena, a la privación de libertad le asigna la Constitución en su Artículo 19 la finalidad de readaptación social y reeducación de los reclusos, limitando su aplicación a discriminatorio; prohibición de tratos crueles, denigrantes a su dignidad y torturas;

cumplir la pena en los lugares designados para el efecto; el derecho a comunicarse con sus familiares, defensor, asistente religioso, médico y en su caso, con su representante diplomático.

Con estos elementos aportados por la legislación, es posible definir “la pena privativa de libertad como la pérdida de la libertad ambulatoria de una persona durante un tiempo determinado por una sentencia debidamente ejecutoriada, mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario cuyo régimen está sometido al principio de legalidad, que tiene como fin generar condiciones favorables para la resocialización y reeducación del condenado”¹⁴.

Con la ayuda de esta definición, es posible determinar tres elementos esenciales de la pena privativa de libertad que favorece la comprensión de sus alcances y limitaciones:

a) Elementos sustanciales. Que se refiere a la autorización y legitimidad para afectar el derecho a la libertad de locomoción por un tiempo determinado, de tal manera que los otros derechos reconocidos por la legislación (con excepción de los que la ley autoriza limitarlos en la sentencia), podrán ser ejercidos por el condenado. De esta manera, los otros derechos individuales; económicos o sociales; y los referidos a los intereses difusos, no deberán ser afectados por la sentencia ni por el régimen penitenciario.

b) Elemento de garantía: “respetar las seguridades que son concedidas a la persona para impedir la afectación o exigir la materialización de los derechos sustanciales

14 Mapelli Caffarena, Borja y Juan Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas del delito*; pág. 67.



reconocidos en todo el ordenamiento jurídico”¹⁵. El primer elemento los constituye la categoría de condenado, o sea la existencia de una sentencia firme que modifique la condición jurídica dentro de un proceso: de inocencia a culpable; el segundo elemento se refiere al lugar donde debe de cumplirse la pena, que de conformidad con el Artículo 19 de la Constitución deben ser lugares especiales y diferentes a los destinados a las personas sujetas al régimen de prisión preventiva; y como tercer elemento el cometer a su cumplimiento el régimen de legalidad, de tal manera evitar la arbitrariedad de los funcionarios responsables de verificar y exigir su cumplimiento.

c) Elementos dinámicos. De éstos, se debe resaltar que todas las acciones orientadas al cumplimiento de las penas privativas de libertad deberán a la resocialización y reeducación de los condenados.

A pesar de los límites establecidos para su cumplimiento (elementos sustanciales, de garantía y dinámicos), para comprender las diferentes aristas que encierra el ejercicio del poder punitivo del Estado debemos reconocer que la privación de libertad corresponde a una de las manifestaciones de violencia social (el encierro de una persona es un acto violento) y por lo tanto de sufrimiento para las personas sometidas a este régimen. Con acierto Luigi Ferrajolli afirma al respecto: “la pena, cualquiera que sea la forma en que se justifique y suscriba, es en efecto la segunda violencia que se añade al delito. En el sentido del sufrimiento que implica la punición, Zaffaroni dice que constituye “el acto y efecto de una conducta que pretende responder sancionatoriamente a otra y que importa infligir una cierta dosis de dolor”.

15 Maier, Julio. **Derecho procesal penal argentino**; pág. 474

Resalta el contenido material de la privación de libertad, no pretende eliminar el aspecto resocializador que proponen las corrientes ideológicas sobre la cárcel e inspira a la Constitución, hacerlo, significaría legitimar únicamente el carácter de castigo y como consecuencia la justificación de cárceles sin rostro humano. Tampoco significa el otro extremo: la eliminación de las cárceles, pues en última instancia es un fenómeno cultural de ejercicio del poder que por el momento no es posible implementarlo dado el desarrollo de la humanidad. Por el contrario, tener siempre presente que el encarcelamiento es un acto violento y doloroso para cualquier persona, propone la reflexión y estudio sobre sus orígenes históricos, límites de aplicación en cuanto a su duración y condiciones, sus efectos negativos en la persona encarcelada y sus consecuencias en su grupo familiar y social. La necesidad de su aplicación en cuanto a su duración o no a grupos culturales y otros elementos que nos ayuden a encontrar sustitutos o a disminuir su impacto negativo, pero al mismo tiempo mantener los valores sociales necesarios para la convivencia social.

➤ **Clases de penas privativas de libertad**

El Código Penal incluye a la privación de libertad personal como pena principal, junto a la pena de muerte y la multa Artículo 41 del Código Penal. El carácter de pena principal se refiere a que su aplicación esté claramente especificada en el tipo penal, contrario a las penas accesorias, que se agregan a la pena principal y no están especificadas en los tipos penales. Como por ejemplo la aplicación de la inhabilitación especial Artículo 58 del Código Penal y la suspensión de derechos políticos Artículo 59 del Código Penal

que aplican conjuntamente a la pena principal y no están previstas específicamente para el delito de la parte especial.

La pena privativa de libertad se manifiesta en dos formas: la prisión y el arresto. La diferencia en aplicar una u otra, se relacionan con el tipo de infracción cometida (delito o falta), el lugar donde debe cumplirse y el tiempo máximo de duración. Si bien es cierto que tanto la prisión como el arresto afectan el mismo bien jurídico, y por lo tanto se aplican disposiciones esenciales comunes, no debe entenderse como modalidades de penas privativas de libertad, sino como penas distintas por estar sujetas a diferencias y concepciones diversas.

Existen dos mecanismos por los cuales se puede aplicar subsidiariamente la privación de libertad como pena. El primero se refiere a la obligación de convertir el monto adecuado de la multa impuesta a días de prisión o arresto; y el segundo a la conmuta de la pena de muerte, a la prisión en su límite máximo cuando por algún motivo no se puede aplicar.

- Pena principal de prisión

La legislación penal, Artículo 41 del Código Penal, "regula junto a multa, el arresto y la pena de muerte a la prisión como pena principal". La prisión consiste en la privación de libertad personal en lugares destinados para el efecto y tiene una duración de 30 días a 50 años", Artículo 44 del Código Penal.

Con la denominación de prisión, se eliminó la antigua clasificación de: prisión correccional, prisión simple, arresto mayor y menor. Boldova señala que: “esta clasificación respondió a la tesis de que las penas deberían ser proporcionadas tanto en cantidad como en calidad”. De esta manera, por ejemplo en la legislación española hasta 1983, se distinguió entre prisión mayor y menor, de una parte, y presidio mayor y menor de otra, en atención a la gravedad del delito. A los presidios se les asignó una connotación deshonrosa que no tenían las prisiones. Con la evolución teórica respecto a la cárcel, especialmente en el criterio de resocialización, esta clasificación perdió efectividad práctica. De esta manera, con la denominación prisión, enmarcada entre límites para cada delito, se hace referencia a un solo régimen que se caracteriza por la flexibilidad para decisiones político-criminales parlamentarias y accesibilidad en la determinación de la consecuencia jurídica, tanto a juristas como para legos.

De esta antigua clasificación de la pena de prisión, sobrevive en nuestro país la que contempla el Código Militar, vigente desde 1878. El Artículo 12 de la primera parte contempla el presidio con retención y sin retención; y la prisión en distintas modalidades (con servicios en obras públicas, mecánicos en el interior de las cárceles o cuarteles, y la prisión simple).

La prisión, sin lugar a dudas, constituye la pena para la mayoría de delitos en la legislación, y con excepción de la pena de muerte, es la más grave. Contrario a lo que podría pensarse intuitivamente, la privación de libertad, como pena, no es tan antigua. Sus orígenes pueden situarse en la ilustración y el Estado moderno (siglo XVIII). Las razones son diversas, pero conviene destacar que la reforma del sistema penal en su

conjunto (y con ello los cambios en las reformas de la pena), constituyó durante la ilustración uno de los ejes fundamentales para eliminar el Estado absoluto.

El origen de la concepción moderna de la prisión, se debe en gran medida (Tratado de los delitos y las penas, 1764), a Howard (El Estado de la prisiones, 1776), y Bentham (Tratado de la legislación civil y penal, 1802). Beccaría, consolidó la idea de que el fin de las penas no es atormentar o afligir al delincuente, ni deshacer un delito ya cometido, sino impedir que el delincuente cometa nuevos delitos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Howard, trató de incorporar el principio de humanidad en el régimen carcelario iniciando la reforma penitenciaria, cuyas soluciones se orientaron al aislamiento, trabajo e instrucción. Y Bentham hizo importantes aportes en la reforma penitenciaria, en especial, lo relacionado con su diseño arquitectónico: el Panóptico, con el fin de garantizar la observación y reflexión permanente del privado de libertad. Si bien es cierto que estas aportaciones contribuyen a la custodia o retención de reo (prevención general). Permitieron durante el siglo XX desarrollar modelos penitenciarios organizados alrededor de la idea de tratamiento (prevención especial).

- Duración de la pena de prisión

El análisis sobre la duración de la pena de prisión, pasa necesariamente por considerar la equiparación que se pretende de la privación de libertad, en relación al daño causado por el delito. En otras palabras, el sentido de equivalencia, por ejemplo, causar un daño en el patrimonio, en el caso del hurto, y la aplicación de una pena de prisión.

Es innegable que la pena implica la realización de hechos desagradables y males idóneos para cumplir sus finalidades preventivas. Sin embargo, no ha sido posible determinar una relación natural entre delito y pena (tipo, pena y cantidad). Esta abstracción encuentra su razón en valores fundamentales que sirven de base para la organización social: vida, libertad, patrimonio y otros asignados a la Constitución. Su contenido no está entonces en la aflicción en la privación de derechos reconocidos a los ciudadanos en el cuerpo legal (vida, pena de muerte; libertad, prisión; patrimonio, multa; privación de otros derechos, penas accesorias y específicas). El grado de afectación se deberá verificar íntegramente en la Constitución. Si este cuerpo legal contiene que el Estado debe garantizar el desarrollo integral de la persona Artículo 2, por lo tanto no se concibe la aplicación de la pena de muerte y otras penas que destruyan a la persona.

La prisión se encuentra a su nivel de abstracción en el tiempo de libertad, lo que permite asignarle un quantum (mínimos y máximos), de tal manera de garantizar otra característica fundamental en el sistema moderno de las penas: la proporcionalidad de conformidad con la gravedad del delito. Por su origen burgués, en donde la moneda constituye el valor de cambio de bienes, así el tiempo en el derecho penal moderno el papel de equivalente general en la determinación convencional de la gravedad de los delitos según el valor por ellos lesionados.

✓ Límite máximo

La pena de prisión implica necesariamente la afectación legítima de un bien jurídico garantizado por la Constitución, imprescindible para la realización de los planes de vida



de la persona como lo es la libertad, derecho de exigencia inmediata ante cualquier autoridad. Este hecho concreto se ve alterado por diversos aspectos, los cuales sirven de base para determinar el límite máximo que debe de contener la privación de libertad.

El primer elemento es la razón fundamental por lo cual se ha creado el Estado. Se hace énfasis en el sistema de su creación por cuanto que el Estado no existe por sí mismo, sino que es producto de la necesidad de la sociedad para garantizar el desarrollo de individuos, a diferencia de las personas que tienen existencia autónoma. Por esta razón, el Estado democrático de derecho se organiza en función del desarrollo de la persona. Así lo reconoce la Constitución en su Artículo 1 al establecer que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. En el mismo sentido, el Artículo 2 considera por su parte que es un deber del Estado organizarle al los habitantes de la República la vida, libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

El segundo elemento se refiere a la función y contenido asignado por la Constitución a la pena privativa de la libertad: readaptación social y reeducación de los reclusos Artículo 19. El mandato es claro, la finalidad de la pena de prisión es garantizar mecanismos que permitan a las personas disminuir sus posibilidades de reincidencia delictual y reintegrarse a su medio social en condiciones normales, como cualquier ciudadano.

Los elementos descritos ponen de manifiesto que, de conformidad con la Constitución, la pena de prisión adquiere funciones preventivas tanto general como especial. La



función de prevención general para mantener niveles aceptables de conflictividad y violencia social (permanentes en la historia de la humanidad) que permitan la convivencia pacífica. La prevención general se debe entender en su efecto positivo, de tal manera que permita el respeto de los valores fundamentales y no en sentido negativo, propio de un Estado autoritario en donde se gobierna miedo y terror.

La legislación penal establece un límite máximo de 50 años para la pena de prisión Artículo 44 del Código Penal. Máximo que deviene en inconstitucional en los dos sentidos de finalidad que inspiran a la pena de prisión. En la prevención general, debido a su efecto simbólico, tanto a su efecto en abstracto como en concreto, representa la imposibilidad de volver a vivir en libertad, en condiciones normales, lo que representa de hecho una cadena perpetua, muerte civil, que refleja un claro desconocimiento de los fines que la constitución le asigna a la pena de prisión. Las razones expresadas para justificar el aumento del máximo de prisión de 30 a 50 años: respuesta al fenómeno del aumento de la criminalidad y pretender disminuirla, deviene en política demagógica parlamentaria, debido a lo indemostrable de que el simple incremento de la pena disminuya el fenómeno criminal de manera efectiva. En estos temas hay que ser especialmente sensibles ya que es imposible determinar que el aumento o disminución de la criminalidad tengan una correlación directa con el aumento o disminución de las penas. La forma en que cada país responde a su criminalidad tiene bastante que ver con las orientaciones político-criminales que se adopten. "Así podemos ver con frecuencia que países que tiene muy extendidas las medidas alternativas y que la proporción de reclusos es relativamente baja, no tienen mayor índice de delincuencia que aquellos cuya política penal se basa esencialmente en un



aumento de la pena de prisión¹⁶.

El máximo de pena de prisión a 50 años también contradice el principio de resocialización que inspira la Constitución Política de la República de Guatemala Artículo 19, pues es imposible que la persona se reintegre después de este período a su medio social, no solo por la expectativa de vida, sino también al grave deterioro que causa este internamiento prolongado. Si llegara a sobrevivir de este largo internamiento, las consecuencias que implica el encierro máximo de 50 años, constituye por sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, por lo tanto inconstitucional.

✓ Límite mínimo

El límite mínimo de la pena de prisión también tiene relación con los fines preventivos general y especial expresados. En la prevención general, para fijar el límite, debe tenerse presente que para responder a la conflictividad y violencia social, el derecho penal debe ser un último mecanismo de intervención, debido a que conlleva necesariamente cierta dosis de violencia. Por este motivo, se hace necesario buscar otros mecanismos menos violentos para resolver el conflicto, de tal manera que el efecto simbólico de la pena se refleje con exclusividad para los conflictos que afectan gravemente la convivencia pacífica.

16 Giménez Salinas, **Imprisonment today and Tomorrow**. libro **International perspectives on Prisoner's Rights and Prison Conditions**; pág. 126



La legislación penal contempla para la pena de prisión el mínimo de 30 días Artículo 44.

Esta decisión político criminal afecta los criterios estipulados sobre la prevención general y especial expuestos. Existe la posibilidad de evitar la aplicación de penas cortas por medio de la conmuta en dinero. Si bien es cierto que significa una alternativa favorable, presenta el inconveniente material de no estar al alcance de personas de escasos recursos y legal por no poder aplicar a: los condenados por delitos de hurto y robo, reincidentes y habituales; los que a juicio del juez presenten condiciones personales de peligrosidad Artículo 51 del Código Penal. Estas últimas son penas discriminatorias, propias de un derecho penal de autor.

- Conversión de la pena de multa en prisión

“La pena de multa se ha constituido en nuestro ordenamiento jurídico como la principal alternativa a la pena de prisión, cumpliendo en forma efectiva los fines de prevención general y especial con baja cuota de violencia”¹⁷. Sin embargo, durante su ejecución la amenaza de la privación de libertad subsiste debido a que su falta de pago autoriza su conversión a prisión, debilitando su capacidad real de alternativa a las penas privativas de libertad para las penas imposibilitadas de hacer efectivo su pago.

El mecanismo de conversión de la multa a prisión se regula para tres situaciones Artículo 55 del Código Penal: cuando no se hiciere efectivo el pago en el tiempo estipulado; por falta de pago de las amortizaciones acordada; y para los insolventes. El tiempo de privación de libertad se regulará de conformidad con la gravedad del hecho y

¹⁷ Mapelli Caffarena, Borja. **Ob. Cit;** pág. 72



las condiciones personales del penado entre cinco y 100 quetzales por día.

Diversas formas se han previsto para evitar la conversión a prisión por falta de pago en tiempo: para la determinación del monto de la multa, se estipula que deberá tenerse en cuenta la situación económica del condenado Artículo 53 del Código Penal; la posibilidad de autorizar su pago por amortizaciones periódicas que no exceda de un año Artículo 54 del Código Penal; y la introducción del Código Procesal Penal de aplicar el embargo sobre bienes que alcancen a cubrirla previo a la aplicación de la conversión Artículo 499 del Código Procesal Penal.

Si tomamos en cuenta las desigualdades económicas que subsisten en nuestro país, estos criterios son insuficientes para garantizar que la pena de multa constituya una verdadera alternativa a la pena de prisión para los sectores desfavorecidos económica y socialmente, convirtiendo su uso al privilegio de unos pocos. Por esta razón, la conversión automática de la multa a prisión, especialmente para los insolventes, atenta contra el principio de igualdad y contra la prohibición de aplicar prisión por deudas Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Lo sucedido en Italia puede apoyar este argumento, en donde se declaró "la inconstitucionalidad porque la responsabilidad personal subsidiaria creaba una disparidad de tratamiento sobre la base de una situación económica ajena a la gravedad del delito cometido y a la personalidad del autor y porque operaba una traslación de la pena patrimonial a la personal del condenado insolvente, residuo de concepciones arcaicas basadas en la



fungibilidad entre libertad y patrimonio personal¹⁸.

Estas razones han conducido a pensar en otros sistemas de aplicación de la conversión de la pena de multa en prisión que permitan fortalecer su carácter alternativo a la pena de prisión; disminuya los riesgos de aceptación del principio de igualdad ante la ley; y garantice el principio de proporcionalidad por la gravedad del hecho. La doctrina moderna propone el sistema de días multa con el cual se garantiza por un lado preservar el principio de proporcionalidad por el hecho y aplicar el valor de la multa de conformidad con la capacidad económica del condenado. Éste es sólo el principio, se avanza en proponer alternativas a la privación de libertad en caso de falta de pago, por medio de la inclusión de cancelación en amortizaciones o rematar los bienes para cubrir la obligación. Las posibilidades de conversión se apuntan a afectar lo menos posible la libertad, como el internamiento de fin de semana (modelo español), trabajo comunitario y libertad controlada bajo cumplimiento de obligaciones. Para evitar afectaciones directas al principio de igualdad y proporcionalidad en el caso de la conversión a privación de libertad en el informe de sistemas penales y derechos humanos en América latina, se incluye el rechazo de la “conversión automática en razón de la mera insolvencia, proponiendo esta solo en caso de incumplimiento malicioso y establecimiento de límites máximos a las privaciones sustitutivas de la multa que guarden una razonable proporción con las penas de esa naturaleza que la multa reemplace en la respectiva legislación¹⁹.

18 Mapelli Caffarena, Borja . Resolución TC (N.131/79), pág. 169

19 Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Ob. Cit**; págs. 78 y 79



- Pena principal de arresto

Diversos elementos configuran al arresto como una pena privativa de libertad diferente a la prisión, una de carácter sustantivo y otras adjetivas. Entre las sustantivas se pueden enumerar: la legislación penal la incluye como una pena principal, junto a la pena de muerte y la prisión, Artículo 41 Código Penal; se asigna específicamente para las faltas, caracterizadas por el grado de lesividad mínima a determinados bienes jurídicos, Artículo 45 del Código Penal; la posibilidad de conmutar la privación de libertad por una cantidad de dinero, Artículo 50 del Código Penal; su duración no puede exceder de 60 días, Artículo 45; y la obligación que su ejecución se realice en centros distintos a pena de prisión, Artículo 10 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 45 del Código Penal.

1.4.2 Pena privativa de la vida

- La pena principal de muerte

La pena de muerte ha significado una práctica lamentable en el transcurso de nuestra historia. Ya que desde la época precolombina se estipulan penas corporales como la muerte, la esclavitud y el tormento. “Se relata que los Quichés llevaban a cabo las ejecuciones por lapidación, flechas y en algunos casos despeñando al delincuente”²⁰.

Durante el régimen colonial constituyó una práctica constante, principalmente contra los

²⁰ Guier, Jorge Enrique. *Derecho precolombino*; pág. 162

autores de motines en los pueblos de los indios. El suplicio de la pena de muerte aparece sólo, y siempre, en aquellos casos en que la furia de los que se amotinaban causó la muerte de uno o más representantes de la opresión. “Las sentencias, a tono con la concepción colonial del valor de las personas, cobraban entonces varias vidas indias por la vida de un español, y siempre de más de una por la de un servidor del sistema, aunque este último fuera indio. Le ejecución de la pena capital aparece en los documentos bajo tres formas: garrote, disparo de arma de fuego y ahorcamiento.”²¹

Durante la primera etapa de la vida independiente, después de luchas internas entre los diferentes estilos de liberalismo, se inició con un modelo acorde a los criterios liberales de los países más avanzados. La implementación de los Códigos de Livingston constituyeron el esfuerzo más profundo a la transformación de la justicia que nuestro país haya conocido hasta la fecha: Código Procesal Penal, Código Penal y Sistema Penitenciario. Estos modelos introdujeron los principios liberales acorde al desarrollo europeo y norteamericano de la época. Entre sus aportes, coherente con la época, la abolición de la pena de muerte. “Este esfuerzo fue obstaculizado por lo movimientos políticos conservadores y sólo duraron dos años (1834 a 1836)”²². Con su derogación, retorno el modelo de la colonia, que continuó su inercia hasta nuestros días. “No fue sino hasta 1889 que se abolió la pena de muerte para delitos comunes y se retornó a su definición y aplicación en 1936”²³.

21 Martínez Pelaez, Severo. **Motines de indios**; pág. 170

22 Vela Treviño, Sergio. **Vida, prisión y muerte en los Códigos de Livingston**; pág. 68

23 Barbero Santos. M. **Ob. Cit**; pág. 154 y 155



La Constitución de la República de 1985 contempla la aplicación de la pena de muerte en el Artículo 18, permitiendo al legislativo la posibilidad de abolirla. Excluye su aplicación para las mujeres, en los mayores de 60 años, a los reos de delitos políticos y comunes conexos con políticos y cuando se haya otorgado la extradición bajo la condición de no aplicarla.

Además de estos elementos sustantivos, la Constitución estipula una aplicación procesal en dos sentidos: en cuanto a la prueba, esta no deberá basarse en presunciones, lo que implica un grado de certeza jurídica rigurosa; y para evitar que los formalismos faciliten la arbitrariedad judicial, se contempla que contra la sentencia serán admitidos todos los recursos pertinentes, incluso el de casación. Para ser más explícitos, la Constitución agrega que la pena de muerte se ejecutará después de agotarse todos los recursos.

El Código Penal vigente desde 1973 contempla la pena de muerte para: el parricidio Artículo 131; asesinato Artículo 132; ejecución extrajudicial Artículo 132 bis; violación calificada Artículo 175; y caso de muerte de presidentes de los organismos del Estado o vicepresidente Artículo 383. A los cuales se les unieron el plagio o secuestro Artículo 201 amparado bajo el Artículo 1 del Decreto Número 81-96; y la desaparición forzosa Artículo 201 ter. el cual es adicionado por el Artículo 1 del Decreto Número 33-96.

En todos estos casos, la pena de muerte se aplica cuando por consecuencia del hecho resaltare la muerte de la persona. Con excepción de la violación calificada, se aplicará si las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinados

revelan una mayor y particular peligrosidad del autor y el plagio o secuestro. Con estas características se convierte la culpabilidad en un juicio de peligrosidad, refugiendo su concepción en la expresión propia del positivismo: el hecho no existe más que para verificar el criterio de las medidas adecuadas en nombre de la defensa social. Se rompe el esquema de la responsabilidad por el hecho y se tiende a un derecho penal de autor.

“Con la aplicación de la pena de muerte, llevada a estos extremos, se rompe con los esquemas propuestos por el positivismo criminológico de neutralización para los delincuentes más peligrosos y se llega a la eliminación de la persona”²⁴. Las razones se encuentran en las teorías utilitarias de la pena en sentido negativo (prevención general negativa y prevención especial negativa). La crítica más contundente a las teorías preventivas, en especial cuando se orientan en sentido negativo, es la objeción Kantiana: ningún hombre puede ser utilizado como medio para fines de otros. En este sentido, la persona constituye un fin en sí mismo, así lo considera el ordenamiento jurídico Constitucional en los Artículos 1, 2 y 3: El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia su fin supremo es la realización del bien común; deberá garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. La razón del Estado está en función de todos, sin exclusión, de ahí que la pena de muerte es contraria al principio fundamental de su existencia. Este caso presenta profundas contradicciones con los principios elementales del derecho penal.

24 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*; pág 269

En primer lugar el criterio de proporcionalidad, donde cabe apreciar el límite de su apreciación, pues se pretende aplicar la pena de muerte cuando no existe consecuencia de muerte. Es aceptado en la actualidad que entre delito y pena no existe una conexión natural, sin embargo, esto no excluye que entre uno y otro debe existir una respuesta adecuada. Los criterios de relación entre delito y pena se basan en la abstracción de conformidad con criterios ético-políticos y de profundidad para establecer la calidad y cantidad de la pena adecuada a cada delito. El problema de su determinación engloba tres elementos: pre-determinación por el legislador para cada tipo penal, donde se define su máximo y su mínimo; determinación por parte del juez de la naturaleza y medida de la pena para cada delito en caso concreto; y post-determinación, en la fase ejecutiva, que se refiere a la duración de la pena efectivamente sufrida.

La segunda objeción a la aplicación de la pena de muerte en el presente caso, se refiere al grado de participación en el hecho. En el derecho penal moderno, para evitar una responsabilidad objetiva, ha establecido que la pena se imponga de conformidad con el grado de participación de los diferentes sujetos activos en el hecho. Es evidente que el presente caso no se hace tal diferenciación, por el contrario, para cualquier partícipe diferente al autor que hubiere amenazado de muerte al secuestrado se le aplicará la pena de muerte. Esta circunstancia rompe el esquema de la teoría de la participación, creada precisamente para garantizar la proporcionalidad del daño causado en forma individual con la pena a imponer.

La tercera objeción se refiere al impedimento de la aplicación de la pena de muerte, compromiso contraído por Guatemala ante la comunidad internacional ante la tendencia



abolicionista que impera en el mundo. De conformidad con el Artículo 4.2 de la Convención Americana (de la cual Guatemala es parte), se prohíbe a los Estados partes la aplicación de la pena de muerte a los delitos para los que no estuviera prevista en la legislación interna en el momento de su ratificación. La discusión se concentra en determinar si en el caso de secuestro existe o no una aplicación al ámbito de la pena de muerte. En principio cabe analizar la intención del compromiso de los Estados: tender a la abolición de la pena de muerte.

La Corte Suprema de Justicia es del criterio que no se ha modificado la estructura del tipo penal ya que individualiza las mismas conductas que prohibía el tipo anterior. El tipo anterior, Artículo 201, establece: "El plagio o secuestro de una persona con el objeto de lograr rescate, canje de terceras personas u otro propósito ilícito de igual o análoga entidad, se castigará con pena de ocho a 15 años de prisión. Se impondrá la pena de muerte al responsable, cuando con motivo u ocasión del plagio o secuestro, falleciere la persona secuestrada". Como puede apreciarse, al tipo penal actual de secuestro se agregó un elemento objetivo que no existía en el anterior: la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado; de la misma manera, si otros partícipes (diferentes a los autores) amenazaren a la víctima de muerte, constituye otro elemento a verificar la consecuencia jurídica. "Estas nuevas características conforman un nuevo tipo penal, y por lo tanto constituye una violación al pacto de San José"²⁵. En el mismo sentido para el tipo penal de ejecución extrajudicial, Artículo 132 bis. En este caso, el tipo penal no existía al momento de la ratificación de la Convención

25 Del mismo criterio Amnistía Internacional. Guatemala. **El retorno de la pena de muerte. Resumen de informe, marzo 1997**; pág. 4



Americana, por lo tanto su contradicción es más que elocuente.

En apreciación de organismos como amnistía internacional, la pena de muerte judicial raramente se ha aplicado en Guatemala. Sin embargo, a partir de septiembre de 1996, con la muerte por fusilamiento de Pedro Castillo Mendoza y Roberto Girón por la violación y asesinato de una niña, la situación se torna diferente. Las razones son diversas, pero la más evidente se refiere al proceso de transformación de control social. Si recordamos, en diciembre del mismo año de estas ejecuciones se puso fin al conflicto armado interno por más de 30 años causó profundo dolor en la población guatemalteca: desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, desplazamiento de poblaciones y lo peor, genocidio, que constituyeron la tónica del control social, "atribuidas casi en su totalidad a las fuerzas de seguridad del Estado"²⁶.

La firma de la paz y el endurecimiento del control social punitivo son hechos sintomáticos que revelan cambios profundos. Durante el conflicto armado interno, la administración de justicia no constituyó un escenario para la resolución de los conflictos, la coexistencia de dos sistemas penales son evidentes: uno subterráneo, organizado para reprimir la violencia política (que llegó a extremos masivos); y otro formal, orientado a la delincuencia de poco impacto social. Con la firma de los Acuerdos de Paz se inicia no sólo una transición democrática, sino que también un proceso de formalización del control social. De ahí se explica el por qué la insistencia en la

26 Comisión Esclarecimiento Histórico. **Informe de conclusiones y recomendaciones.** págs. 21 y 25

transformación de la justicia. Si bien es cierto que los Acuerdos de Paz constituyen un importante avance en la transición democrática y de la implementación del Estado de derecho, el retorno de la aplicación de la pena de muerte evidencia que el modelo autoritario desarrollado durante el conflicto armado interno constituye una nueva forma de redefinirlo. De esta manera, mientras se inicia un abandono de prácticas subterráneas de control social, el sistema punitivo formal se rearma en una tendencia a endurecerse: el aumento de las penas a 50 años, la aplicación de la pena de muerte y el retorno en su aplicación son la mejor muestra.

1.4.3 Pena restrictiva del patrimonio

➤ Pena principal de multa

El Código Penal guatemalteco mantiene la multa como la pena pecuniaria clásica, y su tradicional forma de fijación es mediante el establecimiento de una cantidad de dinero. El Código Penal vigente no suele utilizar la multa como alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración, sino más bien como pena complementaria que sirve para agravar una gran cantidad de delitos, por ejemplo, alzamiento de bienes, apropiación irregular, apropiación y retención indebida, entre otros muchos. La única excepción lo constituye el delito de revelación de secreto profesional, que se sanciona con prisión de seis meses a dos años de multa o multa de cien a un mil quetzales.

Para fijar la multa el juez debe de tomar en cuenta los extremos en el Artículo 53 del Código Penal: "Capacidad económica del penado; el salario, sueldo o renta que



perciba; su aptitud para el trabajo o capacidad de producción; cargas familiares y demás circunstancias que indiquen su situación económica”. La multa tiene naturaleza personal, no transmisible a terceros y se extingue con la muerte del condenado.

Para la ejecución de la multa el Artículo 54 del Código Penal da un plazo de tres días a partir de la fecha de ejecutoriedad de la sentencia. Faculta esta norma al juez a que autorice su pago mediante amortizaciones periódicas si la situación económica del condenado no le permite el pago inmediato, pero debe garantizar el pago mediante fianza, prenda o hipoteca conforme las normas del ordenamiento civil.

Conforme los términos del Artículo 55, el impago de la multa se convierte en pena privativa de libertad, pudiendo el juez regular el tiempo a razón de entre cinco y cien quetzales por cada día, siguiendo el sistema llamado de Thyren.

1.4.4. Penas restrictivas de derechos

En la legislación penal guatemalteca estas penas consisten en la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, la supresión de los derechos políticos, la expulsión de extranjeros, la publicación de la sentencia, el comiso, pago de costas y gastos procesales. Tomando en cuenta el último párrafo del Artículo 42 donde indica “y todas aquellas que otras leyes señalen” se puede mencionar la privación de la licencia de conducir.



➤ **Pena accesoria de inhabilitación absoluta**

La pena de inhabilitación absoluta produce los efectos referidos en el Artículo 56 del Código Penal: 1º. Pérdida o suspensión de los derechos políticos. 2º. Pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniera de elección popular. 3º. Incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos. 4º. Privación del derecho de elegir y ser electo. 5º. Incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.

El Código Penal vigente vincula la inhabilitación absoluta a una pena de prisión, sin importar en número de años de la condena ni señalar de manera expresa cuánto durará ni su número máximo.

➤ **Pena accesoria de inhabilitación especial**

Consiste en la imposición de alguna o algunas de las modalidades de la inhabilitación absoluta, o bien en la prohibición de ejercer profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación. Esta pena funciona como pena accesoria, según el Artículo 58 del Código Penal, cuando el delito se hubiere cometido abusando del ejercicio profesional o bien infringiendo deberes propios de las actividades a que se dedica el sujeto.



➤ **Pena accesoria de suspensión de los derechos políticos**

El Artículo 59 del Código Penal establece que: “la pena de prisión conlleva consigo la suspensión de los derechos políticos durante todo el tiempo de la condena, aunque ésta se conmute, salvo que se obtenga la rehabilitación”. Esta inhabilitación, ya contenida en el Artículo 56 comentado, encierra aquí una dureza sin parangón por estar redactada en general e ir referida a todo cargo público.

➤ **Pena accesoria de privación de la licencia de conducir**

En el delito de responsabilidad de conductores previsto en el Artículo 157 del Código Penal como pena principal, se condena a la privación de la licencia de conducir de tres meses a tres años.

➤ **Pena accesoria de expulsión de extranjeros**

Siendo inherente a la soberanía del Estado de Guatemala, está prevista en el Artículo 42 del Código Penal como pena accesoria. En Guatemala la Ley de Migración contiene varias prescripciones al respecto en sus Artículos 112 y 114, y también se prevé en otras leyes especiales, como la de Narcoactividad y las leyes de Hacienda. En todos los casos sin perjuicio, naturalmente, de cumplir primero la condena.



➤ **Pena accesoria de publicación de la sentencia**

Se trata de una pena accesoria que se impone en ocasiones para mayor eficacia respectiva o para mejor reparación de la víctima, como acontece en los casos de condena por calumnia, difamación o injuria. Así a petición del ofendido o de sus herederos, el juez, a su prudente arbitrio, ordenará la publicación de la sentencia en uno o dos periódicos de los de mayor circulación de la República, a costa del condenado o de los solicitantes subsidiariamente, cuando estime que la publicidad pueda contribuir a reparar el daño moral causado por el delito. En ningún caso podrá ordenarse la publicación de la sentencia cuando afecte a menores o a terceros.

➤ **Pena accesoria de comiso**

El Artículo 60 del Código Penal define su contenido y lo incluye como pena accesoria: “Consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado”.

Por el contrario, la ley contra la Narcoactividad ya referida, el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes del delito y de los objetos utilizados para su comisión está incluida en el elenco de las penas principales, tanto para las personas físicas como las personas jurídicas.



La legislación guatemalteca impone la pena de comiso tanto a delitos como a faltas, lo que se contempla con lo preceptuado en el Código Procesal Penal en el Artículo 201. El comiso debe comprender incluso los objetos logrados con el producto del delito, por ejemplo, lo adquirido con moneda falsa. El procedimiento para el remate de los bienes de lícito comercio está normado en el Decreto 69-71 del Congreso de la República.

➤ **Pena accesoria de pago de costas y gastos procesales**

El Código Penal atribuye a las costas y gastos procesales el carácter de pena accesoria en el Artículo 42. Sin embargo, siguiendo las reflexiones de Quintero Olivares se ha de cuestionar la función del precepto de las costas procesales en el propio Código Penal, “pues parece dar pie a la consideración de las costas como algo similar a una consecuencia jurídica del delito, lo que no es así. La naturaleza de las costas es procesal, y si aparecen contenidas en el Código Penal es puramente por razones prácticas, pues es en la sentencia condenatoria donde se resuelven los efectos económicos del proceso penal”²⁷. El Código Procesal Penal las establece en el libro sexto, indicando que comprenden:

- a. Los gastos originados en la tramitación del proceso, por más que no todos los gastos que origina el proceso constituyen costas. En realidad “se trata de aquella porción de los gastos que recaen sobre las partes, siguiendo el criterio de Guasp”²⁸;
- b. El pago de honorarios regulados conforme arancel, de los abogados y demás profesionales que hubiesen intervenido en el proceso.

²⁷ Quinteros Olivares, Gonzalo. *Comentarios al Nuevo Código Penal*; pág. 590

²⁸ Guasp, Jaime. *Dercho procesal civil*; pág. 583



CAPÍTULO II

2. Sustitutivos legales o penales

“Son medios que utiliza el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, encaminados a sustituir la pena de prisión, atendiendo a una política criminal con el fin de resocializar al delincuente, dándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad y que no vuelva a delinquir”²⁹.

2.1 Clasificación de los sustitutivos penales

2.1.1 Clasificación doctrinaria

La doctrina suele dividirlos en dos grupos, las restrictivas de la libertad y las no restrictivas de la libertad.

➤ Sustitutivos penales restrictivos de libertad

a) La semilibertad. Consiste en que el penado, sale de la prisión por las mañanas a trabajar en el exterior, y regresa por la tarde, pasando las noches, los fines de semana y los días de feriado en la prisión.

²⁹ De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial;** pág. 285



b) El arresto de fin de semana. Que consiste, como su nombre lo indica, en que el penado, por cinco días a la semana realiza sus labores diarias, en el exterior viviendo con su familia, volviendo todos los fines de semana a la prisión hasta cumplir su condena; esta medida evita la perdida del trabajo, la disolución de la familia, y la prisionalización absoluta.

c) El confinamiento. Que consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, hasta que le autorice el órgano jurisdiccional que dictó la medida.

d) El arresto domiciliario. Que consiste en la obligación de permanecer en su domicilio por un tiempo determinado. Se dice de éste que presenta los inconvenientes de ser difícil de controlar, y en ocasiones inequitativo, pues no se sufre igual si se vive en una choza que si se vive en un palacio.

➤ **Sustitutivos penales no privativos de la libertad**

a) Las sanciones pecuniarias. Que consiste en multas o cantidades de dinero que debe pagar el condenado; el decomiso (comiso), que es la pérdida de los objetos a favor del Estado; y la reparación del daño causado.

b) El extrañamiento y destierro. Que consiste en la expulsión del delincuente del territorio nacional.

c) La amonestación. Que consiste en la simple advertencia que se le hace al sujeto de

que no vuelva a delinquir o a infringir las leyes penales (tiene cabida en faltas o contravenciones muy leves).

d) La condena nacional. Que consiste en la suspensión condicional de la penal, si el sujeto en cierto plazo no vuelve a delinquir.

e) La probation. Definida por las Naciones Unidas como: “un método de tratamiento de delincuentes especialmente seleccionados que consiste en la suspensión condicional de la pena, siendo el delincuente colocado bajo una vigilancia personal que le proporciona guía y tratamiento”.

f) La parole (similar a la libertad preparatoria). Que es la libertad condicional de un recluso, una vez a cumplido con una parte de la condena.

2.1.2 Clasificación legal de los sustitutivos penales

➤ El perdón judicial

Contemplado en el Artículo 83 del Código Penal, establece que: “los jueces tienen facultad para otorgar, en sentencia, perdón judicial siempre que, a su juicio, las circunstancias en que el delito se cometió lo ameriten y se llenen los requisitos siguientes:

a) Que se trate de delincuente primario;

b) Que antes de la perpetración del delito, el beneficiado haya observado conducta



intachable y la hubiere conservado durante su prisión;

c) Que los móviles del delito y las circunstancias personales del agente no revelen en éste peligrosidad social y pueda presumirse que no volverá a delinquir;

d) Que la pena no exceda de un año de prisión o consista en multa”.

En realidad los beneficios indicados, sustituyen a la pena de prisión, cuando ésta es de corta duración pues podría ser más perjudicial para el penado cumplirla, porque se le apartaría de su trabajo, se le alejaría de su familia, se le enrolaría con los peligrosos criminales que cumplen condenas largas, lo cual causaría un impacto negativo en su rehabilitación, ya que siempre se trata de delincuentes primarios, ocasionales, emocionales y aún pasionales que no revelan peligrosidad y que antes de la comisión del delito han observado buena conducta y han sido trabajadores constantes, presumiéndose que al otorgarles el beneficio no volverán a delinquir.

Al respecto el notable jurista y tratadista guatemalteco, Hernán Hurtado Aguilar acertadamente expone: “Si existen razones poderosas para suponer que el reo no cometerá otro delito, la facultad punitiva del Estado debe limitarse ante la consecuencia preventiva del encausamiento o en vista de circunstancias especiales que no necesariamente predisponen al hombre con la ley. No puede dispensarse el quebrantamiento de la norma jurídico penal, pero sí dar el juez facultad para suspender la pena o para perdonar. Sin embargo se diferencian (refiriéndose a la suspensión condicional y al perdón judicial) en que la suspensión de la condena implica sustitución de un régimen por otro que sujeta la conducta del reo, dentro de un término expreso, mientras que el perdón judicial lo libera absolutamente evitándole su sujeción al tribunal



definitivamente”.

La suspensión condicional de la pena, deja al reo en libertad provisionalmente bajo caución juratoria, de tal manera que en el acta que al respecto se levante debe advertirse al condenado la naturaleza del beneficio y los motivos que pueden producir su revocación, es decir que si durante el período de suspensión éste cometiera un nuevo delito se ejecutará la pena suspendida más la que le corresponde por el nuevo delito cometido; empero si transcurrido el período fijado sin haber motivo para revocar la suspensión, se tendrá por extinguida la pena. Mientras que el perdón judicial, una vez agotado éste, se tiene por extinguida la pena.

➤ Libertad condicional

Está regulada en los Artículos del 78 al 82 del Código Penal. En este caso se requiere que el reo se encuentre cumpliendo la condena, y que haya cumplido más de la mitad de la pena de prisión que exceda de tres años pero no pase de 12 años, o bien que haya cumplido las tres cuartas partes de la pena que exceda de doce años, siempre que concurren todos los requisitos que exige el Artículo 80, que son:

- a) “Que el reo no haya sido ejecutoriamente condenado con anterioridad por otro delito doloso;
- b) Haber observado buena conducta durante su reclusión justificada con hechos positivos que demuestren que ha adquirido hábito de trabajo, orden y moralidad;
- c) Que haya restituido la cosa y reparado el daño en los delitos contra el patrimonio y, en los demás delitos, que haya satisfecho en lo posible, la responsabilidad civil a criterio



de la Corte Suprema de Justicia". (Modificado por Decreto 51-92).

Este beneficio quedará sujeto a un régimen especial por todo el tiempo que falta para cumplir con la pena impuesta. Si durante este período cometiera un nuevo delito o infringiere las medidas de seguridad impuestas, se revocará su libertad condicional y se hará efectiva la parte de la pena que haya dejado de cumplir (la ley no lo dice pero se tiene que sin perjuicio de la pena del nuevo delito cometido) sin computar en la misma el tiempo que haya permanecido en libertad condicional. Si por el contrario transcurre el período de libertad condicional, sin que hay revocado el mismo, se tendrá por extinguida la pena.

Es importante señalar, como dice Hurtado Aguilar, "que la suspensión condicional de la pena y el perdón judicial podrán otorgarse por tribunales de instancia y sólo por la Corte Suprema de Justicia, cuando casando y anulando la sentencia utilice estos institutos, pero ninguno puede ser materia del recurso de casación por tratarse de una facultad de los jueces, materia que escapa al control del mismo por su naturaleza extraordinaria, la libertad condicional no puede ser otorgada sino por la Corte Suprema de Justicia".

➤ La conmutación

Se entiende por conmutación o también por sustitución, la posibilidad de cambiar una pena por otra. Básicamente se sustituyen las penas cortas de prisión, por multa u otras sanciones alternativas, por entender que el cumplimiento de una pena privativa de



libertad podría llegar a ser contraria a los principios de prevención especial en determinados casos.

El derecho penal guatemalteco contempla la posibilidad de sustituir las penas de prisión que no excedan de cinco años. Lamentablemente la única conmutación que prevé es la económica, es decir la pena de multa.

La conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y un máximo de 100 quetzales por cada día, atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado. También se puede conmutar la pena de arresto.

La sustitución es una institución basada en criterios preventivo-especiales, por lo que se establecen una serie de condiciones que impiden la conmutación. Así el Artículo 51 establece que no se puede aplicar la conmutación a:

1. "Los reincidentes y delincuentes habituales;
2. Tampoco a los condenados por hurto y robo. Esta condición sorprende un poco y marca un criterio claro de política criminal, es decir una protección especial a los delitos contra la propiedad, que por otro lado son los que mayoritariamente se cometen;
3. Cuando así lo prescriban otras leyes;
4. Cuando apreciadas las condiciones personales del penado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se establezca a juicio de juez, su peligrosidad social;
5. A los condenados por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera,



contrabando aduanero, apropiación indebida de tributos y resistencia a la acción fiscalizadora de la Administración Tributaria”.

➤ **Suspensión condicional de la pena**

El presente sustitutivo penal por ser el eje central del presente trabajo se desarrollará ampliamente en su capítulo correspondiente.

➤ **Libertad por buena conducta**

Consiste en un sustitutivo penal más, el cual se encuentra regulado en el Decreto 20-96 que modifica el Artículo 44 del Código Penal, el cual consiste: “en la facultad de otorgar a los condenados a prisión que observen buena conducta durante las tres cuartas partes de la condena se les pondrá en libertad, es decir se le perdona la última cuarta parte de la pena. En el entendido que si se 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 este artículo no se aplicará cuando el reo observe mala conducta, cometiere nuevo delito o infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena.

Acertadamente la ley sustantiva abre una puerta más para las personas condenadas a cumplir con una pena de prisión dentro de un centro penitenciario, con la cual se podrá



dejar de cumplir una parte de la pena impuesta y quedar en libertad, claro que el reo deberá de calificar a dicha rebaja con sus propias actitudes, como lo establece el mismo cuerpo legal como lo es: que al reo no se le observe mala conducta, no cometa nuevo delito y que éste no infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena. Con la reserva a no cometer un nuevo delito, con el entendido de que si lo comete durante su libertad se deberán cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito cometido.

Con el presente sustitutivo penal se le otorga legalmente la oportunidad a los reos condenados a pena de prisión que no optan al régimen de libertad condicional, considerando que por diversos factores no reúna con los presupuestos para el mismo. Éste le da la oportunidad de obtener su libertad con el simple hecho de mantener una buena conducta durante el transcurso de su condena de prisión y cumpliendo únicamente con las tres cuartas partes de la condena.

➤ La redención de penas

Según el diccionario jurídico elemental, de Guillermo Cabanellas de Torres, define como redención de penas "el sistema que permite cumplir las condenas, de manera abreviada, mediante el trabajo del reo o del perseguido"³⁰.

³⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*; pág. 384



- De la redención

Contenida en la Ley del Régimen Penitenciario Decreto Número 33-2006, la cual deroga la Ley de Redención de Penas. Se establece en el Artículo 70, Redención de Penas indicando que: “pueden redimirse las penas de privación de libertad incluyendo la proveniente de la pena de multa, impuesta en sentencia firme, mediante la educación y el trabajo útil y/o productivo, de conformidad con el reglamento respectivo. Obligando a que también el sistema penitenciario proporcione las condiciones para que las personas reclusas desarrollen trabajos y/o estudios que tiendan a la redención”.

Esta le otorga a la redención una calidad de compensación como lo indica en el Artículo 71, el cual establece en que forma se otorga la misma, la cual indica que será de un día por cada dos días de educación o trabajo útil y/o productivo, o uno de educación y uno de trabajo.

Establece acertadamente una redención especial en el Artículo 72 estableciendo que: “por la simple presentación de certificados de aprobación de ciclos especiales de alfabetización o conclusión del ciclo primario en el centro penal, da lugar al reconocimiento suplementario de una rebaja de 90 días, por una vez en el cumplimiento de la pena”.

- Excepciones

No podrán gozar del beneficio de redención de penas, como lo establece el Artículo 74,



aquellas personas que se encuentren en cualquiera de los siguientes casos:

- a. "Quienes, mediante informe del Equipo Multidisciplinario de Tratamiento se les haya declarado delincuentes de alta peligrosidad social;
- b. Quienes no observen buena conducta durante el cumplimiento de la condena, según lo indiquen los informes de la Subdirección de la Rehabilitación Social;
- c. Cuando en sentencia firme se haya resuelto la limitación de este beneficio; y
- d. Cuando, por el tipo de delito, la ley expresamente indique la prohibición de la redención de la pena".

No se podrá resolver la solicitud del beneficio de redención de penas a personas condenadas contra quienes esté pendiente de resolverse por autoridad judicial, su participación en otros hechos delictivos.

- Trámite

La Ley del Régimen Penitenciario en el Artículo 73 establece: "El juez de ejecución conocerá y resolverá los expedientes de redención de penas elevados a su consideración por el Director General del Sistema Penitenciario, con base al dictamen emitido por la Comisión Nacional de Salud Integral, Educación y Trabajo. Asimismo, el juez de ejecución librará las órdenes de libertad de los beneficiados con este régimen".

- Régimen progresivo

En el Artículo 56 de la Ley del régimen penitenciario se establece: "es el conjunto de

actividades dirigidas a la reeducación y readaptación de los condenados mediante fases, en donde se pone de manifiesto el progreso de su readaptación”. El Artículo 57 establece que esta comprendida de las fases siguientes:

- a. “Fase de Diagnóstico y Ubicación;
- b. Fase de Tratamiento;
- c. Fase de Prelibertad; y
- d. Fase de Libertad controlada”.

- Fase de diagnóstico y ubicación

El Artículo 59 Ley del Régimen Penitenciario la establece de la siguiente manera: “El objeto será definir la ubicación y establecer un plan de atención técnica para las personas reclusas que tengan una condena firme. Se llevará a cabo por parte del equipo multidisciplinario de diagnóstico que tenga competencia sobre la persona reclusa, previo a que el juez defina la ubicación del reo para el cumplimiento de su condena, mediante un estudio personalizado. Éste deberá realizarse en un máximo de 15 días calendario a partir de la notificación del juez de ejecución solicitando dicho estudio.

La evaluación y diagnóstico comprenden, entre otros aspectos, los siguientes:

- a. Situación de salud física y mental;
- b. Personalidad;
- c. Situación socio-económica; y
- d. Situación jurídica.

El equipo multidisciplinario de diagnóstico estará integrado por especialistas en la materia”.

- Fase de tratamiento

El Artículo 62 Ley del Régimen Penitenciario la establece indicando que: “El tratamiento se desarrollará conforme al plan técnico individualizado con el apoyo de los profesionales de la subdirección de rehabilitación social, a través de los equipos multidisciplinarios”. Mientras que el Artículo 64 establece la duración indicando que: “La fase de tratamiento deberá concluir como máximo, al momento que la persona reclusa cumpla con la mitad de la condena que la ha sido impuesta, siempre que exista dictamen favorable de la subdirección de rehabilitación social de la dirección general del sistema penitenciario. En caso que la evaluación de este último determine que la persona reclusa no está en condiciones de pasar a la siguiente fase del tratamiento, el mismo deberá de continuar y concluir hasta que dicha subdirección emita dictamen favorable. Las decisiones que adopten las autoridades penitenciarias con relación a la evaluación, diagnóstico y tratamiento deberán ser informadas al juez de ejecución”.

Uno de los principales logros de la presente ley esta fundamentado en el Artículo 65, el cual establece que: “durante la presente fase, las personas reclusas podrán realizar actividades laborales o productivas dentro del centro, previa autorización de las autoridades penitenciarias. Las autoridades le brindarán las facilidades para que ingresen instrumentos de trabajo, materia prima y para que egrese sus productos al mercado, con la autorización, control y registro de director del centro penal, siempre



que dichos trabajos no atenten contra la seguridad del centro penal”.

- Fase de prelibertad

Beneficio que obtiene la persona condenada luego de haber cumplido con las fases de diagnóstico y ubicación, así como la de tratamiento. La prelibertad es una fase en la que progresivamente la persona reclusa afianza su vinculación familiar y si su relación con el mundo exterior, con la finalidad de alcanzar en forma gradual de readaptación social.

De conformidad con el cumplimiento de las fases del sistema progresivo y previa calificación de su grado de readaptación, la subdirección de rehabilitación social, con la aprobación de la comisión nacional de salud integral, educación, trabajo podrá proponer que las personas reclusas realicen trabajo fuera del centro penitenciario en entidades públicas o privadas que se encuentren localizadas en la jurisdicción departamental del establecimiento, siempre que las condiciones de la oferta garanticen los fines de la readaptación. El trabajo fuera del centro penitenciario será autorizado señor el juez de ejecución penal respectivo, y lo podrán realizar sin custodia alguna. El desarrollo de estas actividades, las personas reclusas gozarán de los derechos estipulados en la legislación laboral. La persona reclusa que se encuentre en la presente fase podrá gozar de permisos de salida de fin de semana, o de salidas diurnas con la obligación de pernoctar en el centro. Tanto las salidas transitorias como los beneficios relacionados se ejecutarán de conformidad con lo dispuesto por el juez de ejecución correspondiente. El incumplimiento voluntario de los horarios y condiciones impuestas por el juez de ejecución, conllevará el regreso automático a la fase de tratamiento y la imposibilidad



de realizar actividades fuera del centro hasta que sea promovido nuevamente a esta fase.

- Fase de libertad controlada

Última fase, en la cual persona reclusa obtiene su libertad bajo el control del juez de ejecución, con el dictamen favorable de la subdirección de rehabilitación y la aprobación de la dirección general, previa audiencia a la persona reclusa, siempre que sea para desarrollar trabajo o estudio fuera del centro penal y que haya cumplido al menos la mitad de la pena.

La presente ley otorga el beneficio de libertad controlada a quienes se hayan diagnosticado, por informe médico del centro penal y del médico forense que padece enfermedad en etapa terminal. Las condiciones para el otorgamiento y ejercicio de la libertad controlada serán determinadas por juez de ejecución respectivo.





CAPÍTULO III

3. Alternativas a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo

3.1 Antecedente histórico

Desde que Franz V. Liszt sostuvo, hace más de un siglo, que el “sistema de la pena privativa de la libertad en nuestra legislación imperial es una gran mentira oficial”, y combatió la ejecución de las penas cortas privativas de la libertad y la sobrevaloración que en la legislación de su tiempo se hacía de la misma, la ciencia penal no ha dejado de buscar alternativas que permitan superar los efectos disfuncionales de esta especie de penas.

Franz V. Liszt ya había propuesto en 1882 en su famoso Marburger Universitätsprogramm que “en el caso de los delincuentes ocasionales sólo sería necesaria una pena privativa de la libertad que no debería ser ejecutada necesariamente en régimen celular de aislamiento”³¹. Luego postuló una renuncia total a las penas privativas de la libertad inferiores a seis semanas, la reducción del campo de aplicación de las penas cortas privativas de la libertad mediante la condena condicional y la ampliación del ámbito de la pena de multa, el trabajo forzado sin encierro etc. La nueva política criminal recibió una tibia acogida en el anteproyecto Alcán de 1909, cuyo § 26 introdujo la libertad condicional para las penas de larga

³¹ Revista del poder judicial. **Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal europeo actual.**

duración cuando él condenado hubiera cumplido por lo menos dos tercios de la pena impuesta y al menos un año de la misma y cuyo § 38 consagró la suspensión condicional de la pena.

Este programa reducido se mantuvo casi invariado en los proyectos siguientes. Así puede verse el proyecto Radbruch de 1922 (§§ 35/41), que, de todos modos, llevó la pena de multa al centro de su sistema penal.

En Italia el Progetto Preliminare de Feri de 1921 tampoco innovó fundamentalmente en el programa político-social de V. Liszt, junto a la condena condicional Artículos 78 y ss. La liberación condicional Artículos 83 y ss. Sólo previa remisión total de la pena que denominó perdón judicial Artículo 82.

Estas ideas, que en Alemania no se habían podido imponer, ingresaron en la legislación vigente cuando en 1930 se sancionó el Código Penal italiano Artículos 163 y ss. Que también incluyó el perdón judicial para los delitos cometidos por sujetos de hasta 18 años Artículo 169. A él siguió en 1937 el Código Penal suizo, que en su Artículo 41 regula la ejecución condicional y en el Artículo 45 la liberación condicional a prueba.

En España la condena condicional y la libertad condicional, por el contrario, se adoptaron tempranamente, pues ya en la ley de 17 de marzo de 1908 se introdujo la condena condicional, según el modelo belga y francés de 1888 y 1891 respectivamente, y en la de 23 de julio de 1914 la libertad condicional.

3.2 El proyecto alternativo alemán

El panorama de la sustitución de la pena privativa de la libertad sufrió una considerable transformación en los años 60. En 1966 se publicó el proyecto alternativo alemán (AE) en el que es conveniente detenerse, pues condensa un modelo de gran trascendencia en la política criminal moderna de Europa, se puede decir que con el proyecto alternativo alemán comienza una nueva época en lo referente a las medidas de sustitución de la pena.

Las ideas fundamentales de este período son la resocialización y la dignidad de la persona. Ambas constituyen la base ideológica de la nueva política criminal y la última, sobre todo, aparece como un límite básico a toda intervención penal del Estado.

En su § 40 el proyecto alternativo alemán (AE) prevé la posibilidad de suspender la ejecución de penas privativas de la libertad de hasta dos años. Ya aquí se nota una innovación importante: no solo puede ser suspendida la primera condena. Siguiendo la idea fundamental del proyecto alternativo alemán (AE) 1962 (§ 72.2) se prevé que la suspensión condicional queda excluida cuando el autor ha sido condenado durante los últimos cinco años anteriores al hecho a pena privativa de la libertad o de multa, superior en total a un año.

Pero aquí no termina la innovación. Lo importante son las medidas de sustitución durante el período de prueba que debe establecer el tribunal entre dos y cinco años (§ 40.4). Tales medidas han sido establecidas en los §§ 41 y ss. En primer lugar se prevé

la imposición de prestaciones estableciendo que el tribunal puede imponer prestaciones (Auflagen) al condenado durante la duración del período de prueba, que tengan la finalidad de reparar la ilicitud cometida y restablecer la paz jurídica. Las prestaciones que se impongan no deben contener intervenciones inexigibles en la posición jurídica del condenado § 41.1.

En este sentido y con estas finalidades el tribunal puede imponer al condenado según el § 41.2:

- a) Reparar dentro de sus posibilidades los daños causados por el hecho;
- b) Contribuir con una o varias prestaciones en dinero en favor de una institución de bien común;
- c) Prestar servicios no retributivos en una institución de bien público, especialmente en estaciones para accidentes, salvamento, hospitales u hogares de ancianos.

Esta disposición del proyecto alternativo alemán (AE) tiene gran importancia pues constituye el germen de la futura tercera vía, que comenzó a desarrollarse en los años 80, casi un cuarto de siglo más tarde.

De cualquier manera el § 41.3 proyecto alternativo alemán (AE) prevé que estas prestaciones no se deben imponer cuando el condenado haya realizado por sí mismo cualquiera de las mencionadas en el § 41.2, o bien cuando las ha prometido y cabe esperar su cumplimiento. En todo caso el tribunal debe informar al condenado de esta última posibilidad.

Asimismo, la imposición de prestaciones queda excluida cuando por el cómputo de tiempo pasado en prisión provisional la pena resulte extinguida (§ 41.4).

Junto a las prestaciones el proyecto alternativo alemán establece la posibilidad de obligar al condenado con determinadas reglas de conducta.

El § 42 prescribe en este sentido: “El tribunal impondrá al condenado durante la duración del período el cumplimiento de reglas de conducta, cuando esta ayuda sea necesaria para no recaer en el delito (um nicht wieder straffällig zu werden). Las órdenes no deben contener intervenciones inexigibles a la conducta del condenado”.

El catálogo de estas reglas de conducta las contiene de dos clases: unas que el tribunal puede imponer sin consentimiento del condenado y otras que requieren el consentimiento expreso de éste.

Las primeras, es decir, las que se pueden imponer sin consentimiento del condenado responden a las clásicas prohibiciones:

- a) Presentación ante el tribunal o en una oficina prevista al efecto;
- b) comunicar al tribunal o a una oficina prevista al efecto todo traslado de residencia, de estancia o de puesto de trabajo;
- c) no mantener relaciones con determinadas personas o grupos de personas que puedan ofrecerle ocasión o estímulo para nuevos hechos punibles;
- d) no poseer determinados objetos o abstenerse de determinados medios, que puedan ofrecerle ocasión o estímulo para nuevos hechos punibles;



- e) evitar determinados lugares o zonas, que puedan ofrecerle ocasión o estímulo para nuevos hechos punibles;
- f) adoptar un trabajo regular (eine geregelte Arbeit);
- g) emprender un programa educativo planificado o continuar con uno de ellos;
- h) cumplir indicaciones relacionadas con el orden de sus relaciones económicas o la satisfacción de sus deberes alimentarios.

Las reglas de conducta que sólo pueden imponerse si el condenado presta expresamente su consentimiento son:

- a) Someterse a un tratamiento curativo o de deshabitación; y
- b) residir en un lugar o en un establecimiento adecuado.

La sustitución de la pena privativa de la libertad no sólo conlleva medidas a cargo del condenado. El proyecto alternativo alemán (AE) prevé asimismo medidas a cargo del Estado cuando dispone en el § 43 que el tribunal curse órdenes a las autoridades, especialmente a las oficinas de trabajo, vivienda y salud adecuadas “para la reinserción del condenado en la comunidad jurídica”. Además se contempla, en el mismo sentido de participación activa del Estado, la posibilidad de que los tribunales designen un asistente social durante el plazo de prueba, que colaborará con el condenado mediante consejo y ayuda, vigilándolo de acuerdo con el tribunal en el cumplimiento de prestaciones y las reglas de conducta que le hayan sido impuestas durante dicho período. El asistente social en primer término prestar su ayuda a la obtención de trabajo y vivienda adecuados. El tribunal puede dar instrucciones al asistente social.



El proyecto alternativo alemán (AE) establece, por lo demás, la imposición de prestaciones o la importación de reglas de conducta con posterioridad a la sentencia condenatoria por parte del tribunal de ejecución, así como la modificación o declaración de extinción de las mismas, “en la medida en la que ello sea necesario para la reinserción del condenado” § 45. De todos modos, las prestaciones no pueden ser más rigurosas que lo dispuesto en la sentencia, es decir, como lo dice la exposición de motivos, se excluye expresamente en esta materia una reformatio in perius. Por el contrario, el período de prueba puede ser reducido al mínimo y, a la inversa, es posible prolongar este plazo hasta un año en caso de incumplimiento de las prestaciones, reglas de conducta o promesas de buena conducta.

Las causas que permiten revocar § 46, la suspensión de la ejecución de la condena subrayan también una notoria preocupación por no renunciar a los fines de la institución por razones puramente formales. En efecto, la revocación está sujeta a dos condiciones:

- a) “La comisión por el condenado de un nuevo delito doloso o el incumplimiento grave y persistente de las prestaciones y reglas de conducta, y
- b) La comprobación de que tales circunstancias demuestran injustificada la confianza en él depositada”.

De cualquier manera, la suspensión condicional no puede ser revocada después de un año de transcurrido el período de prueba. Asimismo el tribunal, en caso de revocación de la suspensión, puede, motivadamente, computar para el tiempo de duración de la ejecución de la pena los esfuerzos considerables del condenado en el cumplimiento de



sus prestaciones o de las reglas de conducta que le fueron impartidas.

El § 47, del proyecto alternativo alemán (AE) establece dos consecuencias diversas para el cumplimiento del período de prueba sin la concurrencia de causas de revocación. Por un lado se prevé la remisión (Erlas) de la ejecución de la pena, cuya ejecución se suspendió. Por otro, la extinción (Tilgung) de la pena impuesta en el caso de cumplimiento con las mejores fuerzas (nachbesten Kraften) de las promesas de prestaciones o de buena conducta realizadas por el condenado y que autorizaron a prescindir de la imposición de prestaciones y reglas de conducta §§ 41.3 y 42.4 del proyecto alternativo alemán (AE). En este último caso el autor no será considerado condenado y sólo se dará información sobre la condena a las autoridades de prisión penal.

Tanto la remisión como la extinción pueden ser revocadas cuando el condenado sufra una nueva condena por un delito doloso cometido durante el período de prueba, pero, sólo si la nueva condena tiene lugar dentro del año posterior a la conclusión del mismo § 47.3.

El programa del proyecto alternativo contiene también una nueva regulación de la libertad condicional § 48 del proyecto alternativo alemán (AE), que impone obligatoriamente la liberación a prueba cuando el condenado haya cumplido dos tercios de la pena y, por lo menos, seis meses, transcurrido este plazo la libertad condicional no está limitada por ninguna condición. Junto a esta liberación condicional obligatoria el § 48.2 del proyecto alternativo alemán (AE) prevé una liberación condicional facultativa



para el tribunal cuando el condenado haya cumplido la mitad de la pena (en caso de pena privativa de la libertad perpetua después de por lo menos 15 años).

En ambos casos, durante el período de prueba cabe imponer las instrucciones que se establecen para la condena condicional en el § 42.1 a 3 AE.

Sumamente importante es la disposición del § 48.3 del proyecto alternativo alemán (AE), con arreglo a la cual, en los casos en los que el tribunal considere que no debe ordenar la libertad condicional después del cumplimiento de la mitad de la pena, tendrá, sin embargo, que trasladar al condenado a un establecimiento abierto o semiabierto para el resto de la ejecución. De esta manera, la progresividad de la ejecución penal alcanza un desarrollo pleno.

El proyecto alternativo contiene, por último, dos instituciones que autorizan a prescindir de la pena privativa de la libertad: la advertencia con reserva de pena y la declaración de culpabilidad con renuncia de la pena §§ 57 y 58 del proyecto alternativo alemán (AE).

La exposición de motivos recuerda que la advertencia con reserva de pena ya había sido propuesta por Welzel, H. Mayer, Eb. Schmidt, Lackner y Jescheck. Se trata de agregar el primer peldaño de la reacción jurídico-penal en el campo de la llamada criminalidad masiva frente a los autores primarios, mediante la advertencia formal, por un lado, se ejerce una presión sobre la motivación del autor durante la duración del período de prueba. Por otro lado, se trata de ahorrar al autor la mácula del antecedente



penal, para no hacer peligrar su total readaptación social después de un único mal paso.

De esta manera, si el autor ha incurrido (verwirken) por primera vez en una pena privativa de libertad de hasta un año, el tribunal podrá dictar una advertencia, reservando la aplicación de la pena individualizada hasta que transcurra un período de prueba de un año, siempre y cuando quepa esperar que en el futuro no se comportará de manera punible. Durante el período de prueba no se deben imponer prestaciones ni impartir instrucciones, transcurrido el período de prueba el autor queda libre del antecedente penal. Si comete un nuevo delito se aplicará la pena suspendida § 57.

Por el contrario la renuncia a la pena con declaración de culpabilidad, prevista en el § 58, se refiere por un lado a aquellos grupos de “casos trágicos”, dice en la exposición de motivos, en los que las consecuencias del hecho han afectado de tal manera al autor mismo o a sus parientes que la aplicación de una pena adicional superaría los límites de la proporcionalidad. Se trata, como se ve, de los clásicos supuestos de poena naturalis.

Pero el proyecto alternativo va más lejos y alcanza, además, a las situaciones extraordinarias de conflicto, para este tipo de autores totalmente adaptados y criminalmente no peligrosos no debe entrar en consideración ni el sobreseimiento del procedimiento, ni la suspensión a prueba de la ejecución de la pena, de esta manera, dice la exposición de motivos, se abre también en este segundo ámbito desde hace tiempo la buscada posibilidad de una reacción jurídico-penal adecuada para los casos

excepcionales de los auténticos autores por convicción y de conciencia, cuyos hechos provienen de un conflicto de conciencia extraordinariamente difícil.

El § 58 del proyecto alternativo (AE), excluye, sin embargo, la aplicación de esta institución en los casos de delitos dolosos consumados contra la vida.

3.3 Formas de suspensión condicional de la pena en algunos países europeos

3.3.1 Suspensión condicional de la pena en Alemania

El modelo del proyecto alternativo alemán influyó de una manera decisiva en el Código Penal alemán que entró en vigor el uno de enero de 1,975. Éste recogió, en general, el sistema de la suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional, así como el de la advertencia con reserva de pena y de la renuncia a la pena con declaración de culpabilidad § 56 y sin embargo, el legislador ha sido más limitado que el proyecto alternativo. Así, por ejemplo, la advertencia con reserva de pena sólo se admite para las penas de multa de hasta 180 días, § 59 StGB y la renuncia a la pena sólo se contempla para los casos de poena naturalis § 60 StGB, pero no para los autores que obran en graves situaciones de conflicto.

3.3.2 Suspensión condicional de la pena en Austria

En menor medida se hizo sentir la influencia del proyecto alternativo en la reforma penal austriaca de 23 de enero de 1974, no obstante el mismo Código contiene una institución



que tiene una finalidad claramente restrictiva de la aplicación de una pena, el § 42 OSStGB permite excluir la punibilidad de los hechos que no sean merecedores de pena, sancionados con pena de multa o con pena privativa de la libertad no superior a tres años o con ambas, para ello es necesario comprobar:

- a) Que la culpabilidad del autor es leve;
- b) que el hecho no ha tenido consecuencias o que éstas son insignificantes, o bien que el autor ha intentado seriamente eliminar en lo esencial las consecuencias de mismo, repararlas o, al menos, compensarlas, y
- c) que no existen razones especiales ni generales que hagan necesaria la aplicación de la pena.

3.3.3 Suspensión condicional de la pena en Portugal

Tampoco ha sido ajeno a la influencia del proyecto alternativo el Código Penal portugués de 1982, revisado y aprobado por el Decreto-Ley N° 48195, de 15 de Marzo. En algunas cuestiones el Código portugués va inclusive más lejos, por ejemplo, la suspensión condicional de la pena Artículo 50 es posible para penas de hasta tres años, con período de prueba de uno a cinco años.

El Código portugués sigue el modelo del proyecto alternativo al establecer para la suspensión condicional de la pena deberes Artículo 51 y reglas de conducta Artículo 52, así como un régimen de prueba asistido Artículo 53. Si bien el catálogo de los deberes y reglas es más reducido que el del proyecto alternativo, el Artículo 54 prevé un plan individual de readaptación social, que permite al tribunal poner, además de los deberes



y reglas de conducta otras obligaciones que interesen al plan de readaptación y al perfeccionamiento del sentimiento de responsabilidad social del condenado, que en realidad son reglas de conducta.

El Código Portugués ha incorporado además una forma especial de sustitución de las penas privativas de libertad que no sean superiores a un año: el trabajo en beneficio de la comunidad, Artículo 58, que consiste en la prestación gratuita de servicios al Estado o a otras personas de derecho público o a entidades privadas cuyos fines sean considerados de interés para la comunidad. El mínimo de trabajo es de 36 horas; el máximo de 380 horas, que pueden ser cumplidas en días laborables, sábados, domingos o festivos. El servicio no debe perjudicar la jornada normal de trabajo ni exceder de régimen diario de horas extraordinarias.

3.3.4 Suspensión condicional de la pena en Italia

El proyecto italiano, de todos modos, anuncia en su Artículo 43 un amplio catálogo de sanciones sustitutivas de la privación de libertad breve: semidetención, detención intermitente, arresto domiciliario, libertad controlada, trabajos de utilidad social y penas pecuniarias de la especie correspondiente, estas sanciones sustitutivas se aplicarán de acuerdo con criterios que el propio esquema establece:

- a) La admisibilidad de la sustitución cuando la entidad global de las penas privativas de la libertad precedentemente impuestas, aunque hayan sido suspendidas o sustituidas, no supere límites determinados;
- b) Aplicación de la sanción sustitutiva cuando sea proporcional a la gravedad del delito;

- c) Previsión de un delito, al menos culposo, para los casos de inobservancia de las prescripciones inherentes a la sanción sustitutiva;
- d) Exclusión de la sustitución con pena pecuniaria de los delitos contra la vida, la integridad física, la salud o la incolumidad pública;
- e) Previsión del sistema de días multas para la pena pecuniaria sustitutiva;
- f) Previsión del consenso del condenado para la aplicación del trabajo de utilidad social;
- g) Revocación de las sanciones sustitutivas según un régimen determinado.

En lo que concierne a la suspensión condicional de la pena y establecimiento de un período de prueba el esquema sigue la marcada tendencia de no reducirla a la primera condena, sino a permitir su aplicación hasta tres veces Artículo 42.1, excluyendo, además, las penas que hayan sido rehabilitadas Artículo 42.4. En los casos de segunda y tercera suspensión el condenado deberá ser sometido a reglas de conducta, prohibiciones, tratamientos terapéuticos o a un régimen de asistencia social, que no lesionen los derechos inviolables de la persona ni constituyan limitaciones excesivas de la vida de relación Artículo 42.6, también se prevé para el caso de segunda y tercera suspensión una reducción de la pena privativa de la libertad impuesta a los dos tercios de la misma, aplicando en su lugar una sanción sustitutiva de semidetención, detención intermitente, de arresto domiciliario, libertad controlada a trabajo de utilidad social Artículo 42.7.

El futuro Código italiano debería imponer, siempre que sea objetiva y subjetivamente posible, la restitución, el resarcimiento del daño o la eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas del delito, siguiendo con ello una línea que es común a todas las



políticas criminales modernas.

Por último, en lo concerniente a la libertad condicional el esquema adopta el criterio del proyecto alternativo que permite la liberación una vez cumplida la mitad de la pena cuando la conducta del condenado durante la ejecución, su estado de salud o las transformaciones de su situación personal hagan altamente probable que se abstendrá de cometer ulteriores delitos.

3.3.5 Suspensión condicional de la pena en Francia

El nuevo Código Penal francés, Ley N° 92-683, de 22 de julio de 1992, tampoco ha sido especialmente innovador pero no está tan lejos como el español de los modelos modernos, en el capítulo referente a la personalización de las penas se contempla el régimen de semi-libertad Artículos 1322-25 y 132-26 en los casos en los que el condenado justifique, sea el ejercicio de una actividad profesional, su participación en programas de aprendizaje o de formación profesional o de la realización de prácticas o de empleo temporario, en miras a su inserción social, a su participación esencial en la vida familiar o a la necesidad de someterse a un tratamiento médico. En estos casos se permite una adaptación de la ejecución a la actividad que el condenado deba cumplir con los fines antedichos.

El Código Penal francés distingue la suspensión simple de la suspensión sometida a prueba y la suspensión bajo condición de cumplimiento de un trabajo de interés general.



En los tres casos no se requiere que se trate de la primera condena:

En la primera se puede otorgar, en materia criminal o correccional a personas físicas que no hayan sido condenadas por crimen o delito de derecho común a pena de reclusión o prisión, y respecto de penas que no superen los cinco años, multa o días multa. Si en el plazo de cinco años el condenado no reincide en crimen o delito la pena se tendrá por no dictada Artículos 132-30/132-35.

En la suspensión sometida a prueba, también prevista para condenas a pena de prisión de hasta cinco años, el término de prueba no será inferior a los 18 meses ni superior a tres años Artículos 132-40 y 132-41, durante este plazo el condenado queda sometido a medidas de control como: comparecer cuando sea citado por el juez de ejecución, recibir la visita de un agente de prueba, comunicarle a éste los cambios de empleo y de residencia, no desplazarse al extranjero sin autorización previa del juez de ejecución.

Además el tribunal puede imponer al condenado, de acuerdo con los Artículos 132 y 45, el cumplimiento de obligaciones específicas tales como: ejercer una actividad profesional o seguir un programa de enseñanzas o de formación profesional, establecerse en un determinado lugar, someterse a examen médico, tratamiento o cuidado, inclusive con hospitalización, contribuir a las cargas familiares y satisfacer pensiones alimentarias, reparar el daño causado, satisfacer las sumas debidas al tesoro público, abstención de conducir determinados vehículos, no ejercer la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción, abstenerse de frecuentar ciertos lugares, no participar en apuestas, no frecuentar despachos de bebidas, ni determinadas personas, no detentar o portar armas.



Asimismo el nuevo Código Penal francés prevé también una tercera forma de suspensión bajo condición de cumplimiento de un trabajo de interés general Artículo 132-54, cuya duración se fija en un mínimo de 40 horas y un máximo de 240 horas y el consentimiento del condenado es condición de la imposición del trabajo de interés general, por lo demás esta medida se puede adoptar cuando concurren las otras condiciones previstas para la suspensión condicional sometida a prueba Artículos 132-40 y 132-45.

Finalmente se prevé en el nuevo Código Penal francés la dispensa de pena y la actualización de la pena, que puede estar también sometida a un período de prueba Artículos 132-58/132-70.

3.3.6 Suspensión condicional de la pena en España

El nuevo Código Penal español de octubre de 1995 prevé una sección segunda dentro del Capítulo III del Título III de la parte general dedicada a la sustitución de las penas privativas de libertad. La regulación es sumamente restrictiva y no ha recogido los principios de la política criminal moderna, de acuerdo con el Artículo 88 Código Penal, las penas de prisión que no excedan de un año pueden ser sustituidas por las de arresto de fin de semana o multa. A tales fines el Tribunal debe considerar : a) las circunstancias personales del reo, b) la naturaleza del hecho, c) su conducta y, en particular, d) el esfuerzo para reparar el daño. Excepcionalmente se prevé la sustitución de penas que no excedan de dos años, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de



prevención y reinserción social.

A su vez se autoriza la sustitución del arresto de fin de semana y de la multa por trabajos en beneficio de la comunidad, con el consentimiento del condenado.

El régimen de la suspensión condicional de la pena es también muy reducido, dado que se limita a la primera condena Artículo 81, 1ª del Código Penal y a las penas inferiores a dos años. De todos modos el Artículo 80.4 del Código Penal autoriza la suspensión condicional de cualquier pena, sin sujeción a requisito alguno cuando el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Tampoco se reflejan en el nuevo Código español las modernas concepciones de la política criminal europea en la regulación de la libertad condicional, para cuya concesión se exige el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena impuesta.

3.4. Derecho penal de triple vía

La problemática de la sustitución de las penas privativas de la libertad puede tomar un nuevo giro si se impone el llamado derecho penal de triple vía, es decir, un derecho penal que incluya junto a las penas y las medidas; una tercera alternativa constituida por la reparación. La mayoría de los derechos penales prevén consecuencias jurídicas en los casos de reparación del daño causado por el delito, generalmente reflejadas en una atenuación de la pena, pero en la actualidad se discute la posibilidad de hacer de la reparación una tercera vía que pueda reemplazar a la pena o bien complementarla.



De acuerdo con el proyecto alternativo sobre reparación (AEWGM) de 1992 la reparación es: la compensación voluntaria de las consecuencias del hecho mediante prestación voluntaria del autor y sirve al restablecimiento de la paz jurídica § 1. La reparación puede ser real o simbólica y permite renunciar a pronunciar una condena cuando la pena que hubiera correspondido cumplir no sea mayor a un año § 4.

La reparación como tercera vía del derecho penal tiene su fundamento en el principio de subsidiariedad y en una redefinición del conflicto social que genera el delito: ya no se trata de un conflicto entre el autor y la sociedad, sino de una oposición de intereses entre el autor, la víctima y la sociedad, la consideración de la víctima dentro del conflicto permite tomar en cuenta también sus intereses en la reparación y en el restablecimiento de la paz jurídica.

El proyecto alternativo contempla también la posibilidad de considerar la reparación como fundamento de la atenuación de la pena § 5, aquí no es posible exponer el sistema procesal que acompaña las normas de derecho penal material y que se extiende a lo largo de 25 párrafos, brevemente sin embargo, es posible señalar que la renuncia a la pena en los casos de reparación tiene su fundamento en el actus contrarius del autor de la infracción jurídica que, en primer lugar, permite compensar la culpabilidad por la ilicitud cometida. Sin perjuicio de ello, la renuncia a la pena en estos casos es compatible con la prevención especial, en la medida en la que representa el esfuerzo del autor por retornar a la comunidad jurídica, lo que permite descartar el peligro de nuevas infracciones.



El análisis de los modelos legislativos europeos modernos nos revela, en primer lugar, que se trata de un programa elaborado en un momento ascendente del llamado Estado de bienestar. La organización de un sistema de sustitución de la pena privativa de la libertad por medidas de carácter resocializador que no conlleven la carga estigmatizante de la cárcel, exige una política presupuestaria en la que el gasto social se verá incrementado considerablemente por los costes del personal asistencial y administrativo del sistema. El contexto en el que hoy se discuten las reformas penales no favorece este tipo de política social, pues no sólo se postula una política de restricción del gasto social, sino que los gobiernos se ven enfrentados a un desarrollo de la economía en la que el trabajo, considerado como un factor esencial de un programa de resocialización, ha devenido un bien escaso. Por un lado, esta situación torna prácticamente irrealizables las reglas de conducta que imponen la adopción de un determinado trabajo, porque, frecuentemente, ello no dependerá de la voluntad del condenado o liberado condicionalmente. Por otro, la institución del trabajo en beneficio de la comunidad puede operar claramente en contra de las políticas de empleo, dado que, sin una ponderación cuidadosa de sus repercusiones, podría eliminar posibilidades de empleo para ciudadanos que no han cometido ningún delito. Algo similar ocurre con el arresto de fin de semana del Código español de 1995, en efecto, esta forma de privación de libertad presupone, en realidad, una privación del tiempo libre, en la medida en la que un número importante de los autores a los que esta pena puede ser aplicada son personas que carecen de trabajo, es indudable que la posibilidad de lograr algún resultado eficaz con el arresto de fin de semana es muy reducida.

La importancia del trabajo en una fase crítica del empleo, de duración no previsible, se

pone de manifiesto también en el régimen de semilibertad contemplado por el nuevo Código Penal francés, que en definitiva asigna a la ocupación del condenado una importancia tan considerable como para adaptar la ejecución de la pena privativa de la libertad al mantenimiento del empleo del condenado.

En este contexto de la política social es evidente que la creación de una tercera vía como la reparación propuesta por el AEWGM aparece como una de las soluciones más idóneas al problema y, en todo caso, como un complemento imprescindible de cualquier otra que se adopte.

Ciertamente son conocidas las razones que aconsejan no reducir el gasto público en este punto, dado que hacerlo resultará seguramente más caro y el precio se pagará en términos de paz social, sin embargo, desde una perspectiva realista las perspectivas de éxito de tales argumentos son, hoy por hoy, mínimas.

Por estos motivos es preciso tener en cuenta que la cuestión de la sustitución de las penas privativas de la libertad en la actualidad se debe desarrollar sobre todo en un punto decisivo del programa elaborado por Franz V. Liszt la ampliación del ámbito de la pena de multa, este aspecto del programa, conviene subrayarlo, no se lleva adelante en la parte general con la introducción del sistema de días multas o de una cláusula genérica que permita la aplicación de la pena pecuniaria en lugar de penas privativas de la libertad que no superen un año de duración como se establece en el Artículo 88.1 del Código Penal español de 1995. La cuestión es otra: es imprescindible comprender que la pena de multa debe tener un papel de mucha mayor significación en la parte



especial. Dicho de otra manera: es necesario que la multa sea una pena alternativa en el ámbito de la delincuencia de mediana gravedad.

Este es el punto de vista desarrollado por el Código Penal alemán en el que, por regla, se puede decir que todo delito en el que la pena privativa de la libertad no supere los cinco años tiene como pena alternativa la de multa. Así por ejemplo ocurre en las lesiones, la detención ilegal § 239, el hurto § 242, apropiación indebida § 246, extorsión § 253, encubrimiento real § 259, estafa § 263, falsedades documentales § 267, bancarrota § 283, delitos de funcionarios como el cohecho § 331, la promesa de dádivas a un funcionario § 333, etc. Naturalmente estos delitos sólo son un ejemplo, pero muy significativo, dado que incluyen prácticamente toda la delincuencia contra la propiedad y el patrimonio, cuya representación cuantitativa es en todas las sociedades europeas muy considerable.

Esta visión del problema de la sustitución de la pena privativa de la libertad, estableciendo en la parte especial un amplio sistema de penas de multa alternativas, como el introducido en el Código Penal alemán, es, una respuesta adecuada a una justicia penal que como decía Eberhard Schmidt "hace casi medio siglo está enferma de una utilización excesiva de la pena y de un derroche sin sentido de la pena privativa de la libertad en especial". El Código Penal alemán entrado en vigor en 1975, permite, mediante un uso difundido de la multa alternativa, sustituir en un gran número de delitos las penas privativas de libertad de hasta cinco años de duración por penas de multa. Naturalmente ello requiere que el legislador considere en cada delito la importancia del bien jurídico, las formas de ataque reveladoras de una personalidad especialmente



conflictiva o no, etc. Por ello esta sustitución no debe ser establecida en todos los supuestos, por medio de una cláusula general, sino en relación a cada delito. En este momento no es posible todavía establecer criterios generales para decidir en qué delitos se debe prever una multa alternativa para penas de una duración de más de tres y hasta cinco años de privación de la libertad.

El incremento del uso de la pena de multa en la parte especial según el modelo del Código alemán requiere, como es claro, que se aseguren los mecanismos que garanticen su ejecución, de lo contrario el efecto preventivo de la pena puede verse seriamente afectado, además, es necesario un profundo cambio de la mentalidad judicial para que la pena de multa alternativa no quede en el papel por falta de uso. El sistema de días-multa, que tiende a imponerse cada vez más, sólo abre una posibilidad para este cambio de actitud, pero no puede por sí solo generar el cambio.

Una última cuestión se relaciona con la posibilidad de soluciones procesales. Desde este ángulo es preciso comprender que en muchos casos la suspensión condicional de la pena no tiene sentido, precisamente porque ni siquiera debería haber habido un proceso. El § 153 de la StPO alemana (Ordenanza Procesal Penal) prevé para los delitos no para los crímenes la posibilidad de que el fiscal, con acuerdo del tribunal competente para el juicio, renuncie al ejercicio de la acción penal cuando la culpabilidad del autor fuere de poca entidad. Asimismo el § 153 a) StPO autoriza al fiscal, una vez abierto el juicio, a renunciar provisionalmente con el acuerdo del tribunal al ejercicio de la acción por un delito, no por crímenes, y solicitar directamente la imposición de prestaciones tales como: reparación, pago de una cantidad de dinero al Estado, u otras,



cuando éstas resulten adecuadas para sustituir el interés público en la persecución del delito y la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello.

CAPÍTULO IV

4. El juez de primera instancia penal y su relación con la suspensión condicional de la pena

4.1 Suspensión condicional de la pena

La suspensión condicional de la pena es una institución que suele estar presente en todos los códigos penales. En el marco del derecho comparado se utiliza también de sometimiento a prueba, probation, consiste básicamente si se dan "determinados presupuestos, en evitar el cumplimiento de la pena, someter al condenado a determinadas condiciones, que si son establecidas en el tiempo establecido y no vuelve a delinquir se da por extinguida la responsabilidad criminal sin necesidad de ingresar a prisión"³².

La suspensión de la ejecución de la pena es una facultad que la ley confiere a los tribunales para que la otorguen. La suspensión de la ejecución suele conferirse al arbitrio del tribunal con independencia que se fijen determinadas condiciones para la misma.

Los diversos sistemas de suspensión suponen básicamente, la paralización temporal del castigo, beneficiando con ellos a determinados delincuentes en general jóvenes, delincuentes primarios y condenados por delitos menores, siendo normalmente la única

³² Larrauri Pijoan. *Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal*; pág. 202

condición que se impone, la de que no se vuelva a delinquir en un plazo determinado.

Existen diversas formas de paralización que atendiendo al momento procesal según Poza Cisneros, siguiendo a Bricola, pueden agruparse en los siguientes modelos:

- 1º “Renuncia condicional al ejercicio de la acción penal;
- 2º Suspensión del procedimiento, por iniciativa judicial, una vez declarada la culpabilidad y antes de pronunciar la condena;
- 3º Suspensión condicional de la pena, conocida del francés como sursis, simple o con sometimiento a prueba sursis avec mise a l’épreuve”³³.

La suspensión condicional de la pena, está regulada en el Código Penal guatemalteco Artículo 72 y supone el pronunciamiento de la condena, alejándose de otras instituciones de derecho comparado en las que no se pronuncia la condena si el plazo de prueba transcurre satisfactoriamente. Hay pues que distinguir claramente la suspensión condicional, de lo que sería la suspensión del fallo. La regulación de esta institución responde al tipo continental primitivo (a diferencia del sistema anglosajón) introducido básicamente en los países francófonos como Bélgica y Francia a finales del siglo XIX. Tal como hoy está regulado en el Código Penal guatemalteco responde al sistema más tradicional de suspensión condicional.

Contemplada en el Artículo 72 del Código Penal, establece que al dictarse sentencia, podrán los tribunales suspender condicionalmente la ejecución de la pena: suspensión que podrá conceder, por un tiempo no menor de dos años ni mayor de cinco, si

³³ Poza Cisneros. *Penas y Medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*. Pág. 199



concurren los requisitos siguientes:

a) Que la pena consista en privación de libertad que no exceda de tres años.

Se trata pues de sustituir una pena privativa de libertad o la suma de varias que no superen los tres años.

En principio son susceptibles de ser suspendidas todas las penas privativas de libertad, lo que incluiría la prisión, el arresto y también la privación de libertad por pago de multa.

b) Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso.

Con lo cual quedarían excluidas todas las faltas, como los delitos imprudentes. En el Código penal español se pueden acoger también aquellos cuyos antecedentes penales hayan sido cancelados o debieran haberlo sido.

c) Que antes de la perpetración del delito, el beneficiado no haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante.

Los requisitos aquí planteados son más propios de un derecho de autor que de otro basado en la responsabilidad por el hecho. En efecto para pedir a un sujeto que observe buena conducta, lo primero que debemos preguntarnos es qué debemos entender por buena conducta cuando la persona ya ha cometido un delito. ¿A qué tipo de buena conducta nos estamos refiriendo, moral, social, religiosa? Queda claro que en el requisito anterior la exigencia de la comisión de un delito no doloso, es una



circunstancia objetiva, pero no la buena conducta.

Mayor perplejidad causa la segunda circunstancia, la de exigir a la persona que sea un trabajador constante. Constante querrá decir todos los días, o bien sea asalariado, o que se destaque en su laboriosidad. Entendemos que este apartado, al margen de su dificultad probatoria, no encuentra espacio en un derecho penal acorde a los principios constitucionales.

d) Que la naturaleza del delito cometido, sus móviles y circunstancias no revelen peligrosidad en el agente y pueda presumirse que no volverá a delinquir.

La peligrosidad a la que se hace referencia no es aquella que justifica la imposición de una medida de seguridad en adición a la pena, dada la existencia de un pronóstico de que el sujeto va a volver a delinquir, sino otra menos específica, alusiva a que el delincuente sea capaz de vivir en libertad sin cometer delitos.

El Artículo 73 y por tanto en consonancia con el último apartado del Artículo 72, establece que: “no se otorgará el beneficio establecido en el Artículo que antecede cuando en la sentencia se imponga, además de la pena personal, una medida de seguridad, excepto en el caso de la libertad vigilada”.

Así mismo es Artículo 74 se establece que: “el juez o tribunal advertirá al condenado de la exacta situación en que se encuentra y cual es la naturaleza del beneficio que se le



otorga. De la misma manera se le avisará de los motivos que pueden llevar a su revocación. Todo ello se hará por un acta en el expediente”.

Como en la mayoría de legislaciones que contemplan esta figura, el beneficio se pierde por la comisión de un nuevo delito. Es la consecuencia lógica de la pérdida de confianza del condenado y de su imposibilidad de vivir en libertad. La comisión de un nuevo delito durante el periodo estipulado supone para el condenado que debe de cumplir la pena que había sido suspendida, más la pena impuesta por el nuevo delito. Por el contrario si durante el tiempo que dura la suspensión, el penado no ha dado ningún motivo para revocarla, se dará por extinguida la pena.

4.2 Características de la suspensión condicional de la pena

Al desarrollar las características que individualizan el otorgamiento del sustitutivo penal suspensión condicional de la pena nos encontramos que éstas son propias de su trámite, sus requisitos, su teoría en general, las cuales la particularizan y le otorgan la esencia de la misma como lo son:

- a) Es otorgada en base a la pena establecida para el delito cometido, ya que no puede ser otorgada si la pena es mayor a tres años de prisión;
- b) El hecho juzgado frecuentemente es de poca trascendencia social;
- c) Se tramita por lo general por medio de un procedimiento abreviado;
- d) Debe ser admisible por el Ministerio Público;
- e) Debe aceptarse el hecho descrito en la acusación, la participación y la vía propuesta;
- f) No limita al agraviado a deducir responsabilidad civil en contra del autor;

- g) Pretende resocializar a los delincuentes, dándoles la oportunidad de reivindicarse así mismo, como ante la sociedad en cuanto a su conducta delictiva, y no volver a delinquir;
- h) Es revocable, por ser un beneficio que se otorga bajo la advertencia de la conducta futura del condenado, ya que se puede considerar como un período de prueba, y si la persona no se comporta correctamente se revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

4.3 Objetivo de la suspensión condicional de la pena

Por conveniencia social, tomando en cuenta que debe disminuirse la sobrepoblación que existe en los centros penitenciarios y los efectos que produce la vida carcelaria, es preferible que se adopten otras medidas sustitutivas de la prisión y así reducir el número de esta clase de penas. Para el Estado significa la reducción de gastos en el mantenimiento de reclusos, y además para el condenado implica no abandonar su familia y no ser víctima de rechazo de la sociedad, asimismo poder reparar el daño causado.

4.4 Responsabilidad de los jueces de instancia penal

Antes de indicar, qué tipo de responsabilidad puede el Juez de Primera Instancia Penal recaer en el actúa de su digno cargo, es prudente indicar factores externos que influyen sobre los juzgadores tales como humanos, sociales, étnicos, institucionales, geográficos, de seguridad, interpretación etc. Factores que rodean el deber ser del proceso y el actuar del juzgador en el mismo, pero como resultado puede ser que den



un giro diferente al que la ley le llama a desarrollar, considerándose en algunos casos que existe responsabilidad del juzgador y en otros no, los cuales son de considerar y en especial a aquellos que rodean la suspensión condicional de la pena de prisión, institución en la cual se suspenden penas impuestas por delitos que no son de gran impacto social como jurídicos, delitos con penas no mayores a tres años, mismos que al no tener una connotación social, jurídica, pública, dan lugar a que el juzgador tenga diferentes criterios según el desarrollo del debido proceso.

Los señores jueces en el ejercicio de su cargo, como cualquier labor conlleva una responsabilidad, que por su actuación en el desarrollo de la misma, por acciones u omisiones contrarias a derecho pueden ser juzgados de manera judicial, ya sea en la vía civil o penal la cual es impuesta por los órganos jurisdiccionales, como también administrativamente o disciplinariamente la cual es impuesta por las juntas de disciplina judicial, salvo el caso de destitución, la cual es impuesta por la Corte Suprema de Justicia o del Congreso de la República, según se trate de un juez o magistrado, por recomendación de la junta de disciplina judicial.

4.4.1 Responsabilidad disciplinaria

Para indicar cual es la responsabilidad disciplinaria en la que incurre el señor juez es necesario analizar la ley de la Carrera Judicial, misma que regula dicha materia, por lo cual se hace un profundo estudio. El Artículo 37 de la ley de la Carrera Judicial establece la responsabilidad de los jueces indicando: "Constituyen faltas disciplinarias las acciones u omisiones en que incurra u juez o magistrado, previstas como tales en la



presente ley. La responsabilidad disciplinaria es independiente y sin perjuicio de las que deriven de la responsabilidad penal y civil que se determine conforme a la legislación ordinaria”.

El Artículo 38 de la misma ley divide las faltas en grados, los cuales pueden ser:

- a. “Leves;
- b. Graves; o,
- c. Gravísimas”.

➤ Faltas leves

El Artículo 39 de la ley de la Carrera Judicial las establece como:

- a. “La inobservancia del horario de trabajos sin causa justificada, siempre que no implique una falta de mayor gravedad;
- b. La falta de respeto debido hacia el público, compañeros y subalternos en el desempeño del cargo, funcionarios judiciales, representantes de órganos auxiliares de la administración de justicia, miembros del Ministerio Público, del Instituto de la Defensa Pública Penal y los abogados;
- c. La falta de acatamiento de las disposiciones administrativas internas del Organismo Judicial, siempre que no impliquen una falta de mayor gravedad; y
- d. La negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo establecidos en la ley de la carrera judicial cuando no constituyan falta grave o gravísima”.

➤ Faltas graves

El Artículo 40 de la ley de la Carrera Judicial las establece como:

- a. “Abandonar total o parcialmente las tareas propias del desempeño del cargo judicial;
- b. Incurrir en retrasos y descuidos injustificados en la tramitación de los procesos y/o diferir las resoluciones, por otros motivos que no sean los señalados en la ley procesal de la materia;
- c. No guardar la discreción debida en aquellos asuntos que por su naturaleza o en virtud de leyes o reglamentos, requiera reserva;
- d. La conducta o tratamientos manifiestamente discriminatorios en el ejercicio del cargo;
- e. La falta de acatamiento de las disposiciones contenidas en los reglamentos, acuerdos y resoluciones que dicte la Corte Suprema de Justicia en materia jurisdiccional;
- f. Ocultar a las parte documentos o información de naturaleza pública;
- g. Ausencia injustificada a sus labores por un día;
- h. Asistir a sus labores en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes o en cualquier otra condición anormal análoga; e
- i. La tercera falta leve que se cometa dentro de un mismo año que haya sido conocida y sancionada”.

➤ Faltas gravísimas

El Artículo 41 de la ley de la Carrera Judicial las establece como:

- a. “Desempeñar simultáneamente la función jurisdiccional, empleos o cargos públicos



remunerados o prestar cualquier clase de servicio profesional relacionado con la función judicial;

b. Interferir en el ejercicio de funciones de los otros Organismos del Estado, sus agentes o representantes o permitir interferencia a cualquier organismo, institución o persona que atente contra el Organismo Judicial;

c. Ocultar alguna prohibición que la sea imputable para el ejercicio de la función o abstenerse de informar una causal sobreviniente;

d. Faltar injustificadamente al trabajo durante dos o más días consecutivos, o tres días en el mismo mes;

e. Interferir entre otros jueces o magistrados en causas que tramitan en el marco de sus respectivas competencias;

f. Interferir en el criterio de los jueces de grado inferior por razón de competencia, en cuanto a la interpretación o aplicación de la ley, salvo cuando se conozca a través de los recursos legalmente establecidos;

g. Cometer cualquier acto de coacción, especialmente aquellos de índole sexual o laboral;

h. Solicitar o aceptar favores, préstamos, regalías o dádivas en dinero o en especies, a las partes o sus abogados que actúen en casos que conozca;

i. La tercera falta grave que se cometa en el plazo de un año, cuando las dos primeras hayan sido sancionadas”.

➤ Sanciones

Para las faltas cometidas por los jueces y magistrados se establecen las siguientes



sanciones, Artículo 42 la ley de la Carrera Judicial:

- a. "Amonestación verbal o escrita para faltas leves;
- b. Suspensión hasta por 20 días, sin goce de salario, para las faltas graves; y
- c. Suspensión sin goce de salario o destitución, para faltas gravísimas".

➤ **Amonestación**

"Consiste en la llamada de atención, verbal o escrita, que se hace al juez o magistrado. En cualquiera de los dos casos, deben dejarse constancia en el registro personal respectivo". Artículo 43 de la ley de la Carrera Judicial.

➤ **Suspensión**

El Artículo 44 de la ley de la Carrera Judicial la establece como: "la suspensión sin goce de salario consiste en la separación temporal del juez o magistrado del ejercicio del cargo. Podrá acordarse hasta por un máximo de 20 días para las faltas graves y tres meses por faltas gravísimas. En ambos casos debe dejarse constancia en el registro personal respectivo".

➤ **Destituciones**

La establece el Artículo 45 de la ley de la Carrera Judicial como: "la separación del juez o magistrado del cargo que desempeña, y como consecuencia de su pertenencia a la carrera judicial".

➤ **Prescripción**

La establece el Artículo 46 como: “las faltas establecidas en la ley de la carrera judicial y acciones que se puedan iniciar, prescriben en el plazo de tres meses a contar desde su comisión. Este plazo se interrumpe por la presentación de la respectiva gestión escrita ante quien corresponda”.

➤ **Competencia**

La establece la ley de la Carrera Judicial en el Artículo 47 indicando que: “las sanciones disciplinarias previstas en la ley de la carrera judicial las impondrán las juntas de disciplina judicial, salvo el caso de la destitución, la cual deberá ser impuesta por la Corte Suprema de Justicia o del Congreso de la República, según se trate de un juez o magistrado, por recomendación de la junta de disciplina judicial”.

➤ **Denuncias y quejas**

La establece el Artículo 48 de la ley de la Carrera Judicial indicando que: “toda persona que tenga conocimiento de que un juez o magistrado ha cometido una falta de las establecidas en la ley de la carrera judicial, podrá denunciarlo o plantear queja, por escrito, o verbalmente con expresión de los hechos y de las circunstancias de que tuviere conocimiento o por los que resulte afectado.

Todos los jueces o magistrados tienen derecho a ser oídos cuando sean objeto de



denuncia y a ser notificados de las decisiones que tome la junta.

La denuncia podrá plantearse ante la junta de disciplina judicial, el consejo de la carrera judicial o ante cualquier otra autoridad judicial.

Todos los órganos de la administración de justicia que tengan conocimiento de que un juez o magistrado ha cometido una falta de las establecidas en la ley de la carrera judicial, deberá ponerlo en conocimiento de la junta de disciplina judicial o el consejo de la carrera judicial.

Las personas directamente perjudicadas por faltas cometidas por un juez o magistrado tendrán la calidad de parte en el respectivo procedimiento disciplinario”.

➤ Trámite

Lo establece el Artículo 49 de la ley de la Carrera Judicial señalándolo como: “recibida la denuncia, la junta de disciplina judicial, decidirá sobre su admisibilidad. Si no la admite para su trámite, la parte agraviada podrá interponer, dentro del plazo de tres días siguientes a su notificación, recurso de reposición.

Si le diere trámite, citará a las partes a una audiencia en un plazo que no exceda de 15 días, previniéndolas a presentar sus pruebas en la misma o, si lo estimare necesario ordenará que la supervisión general de tribunales practique la investigación correspondiente, en el estricto límite de sus funciones administrativas.



El denunciado deberá ser citado bajo apercibimiento de continuar el trámite en su rebeldía si dejare de comparecer sin justa causa. En la audiencia podrán estar presentes el defensor del magistrado o juez, si lo tuviere; la persona agraviada, los testigos o peritos si los hubiere y si fuera necesario el supervisor de tribunales”.

➤ Plazo

Artículo 53 de la Ley de la Carrera Judicial: “Bajo responsabilidad de la junta de disciplina judicial, el procedimiento descrito no podrá durar más de seis meses, contados desde que hubiere recibido la denuncia, salvo causa justificada”.

4.4.2 Responsabilidad civil

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 155 establece: “Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirve, será solidariamente responsable por los perjuicios que se causen”.

El Código Civil en su Artículo 1665 establece: “El Estado y las municipalidades son responsables de los daños y perjuicios causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus cargos. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes suficientes para responder del daño o perjuicio causado”.



➤ **Acción de responsabilidad**

La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos procede en los casos en que la ley lo establece expresamente; y se deducirá ante el juez de primera instancia por la parte perjudicada o sus sucesores.

➤ **Competencia**

La responsabilidad civil de los jueces o magistrados, se deducirá ante el tribunal inmediato superior. Si los responsables fueren magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se organizará en tribunal que deba juzgarlos conforme al Artículo 11 de la ley constitutivo del organismo judicial, el cual literalmente establece, "El idioma oficial es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el diccionario de Real Academia Española, en la aceptación correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente. Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su aceptación usual en el país, lugar o región de que se trate. Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, entenderán su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que han usado en sentido distinto."

➤ **Recursos**

Contra las sentencias procede el recurso de apelación ante el tribunal superior; pero si se tratare de la responsabilidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no



cabrán más recursos que aclaración, ampliación y reposición.

➤ Prescripción

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 155 segundo párrafo establece: “La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de 20 años”.

4.4.3 Responsabilidad penal

El Código Penal Decreto número 17-73, tipifica una serie de delito en los que puede recaer el juez en el ejercicio de su cargo, por los que se hará mención de los mismos y se establecerá el procedimiento a así determinar su responsabilidad penal. También si sus actos resultan suficientes dentro del procedimiento disciplinario administrativo para certificar lo conducente, como lo establece el Artículo 52 del la ley de la Carrera Judicial, “si del procedimiento disciplinario resultaren indicios de responsabilidad penal, la junta lo hará constar y certificará la conducente al Ministerio Público”.

➤ Abuso de autoridad

“El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallaren especialmente previsto en las disposiciones del



Código Penal, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare apremios ilegítimos o innecesarios” Artículo 418 Código Penal.

➤ Incumplimiento de deberes

“El funcionario o empleado público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo será sancionado con prisión de uno a tres años” Artículo del 419 Código Penal.

➤ Desobediencia

“El funcionario o empleado público que se negare a dar el debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestida de las formalidades legales, será sancionado con prisión de uno a tres años o multa de doscientos a dos mil quetzales” Artículo 420 del Código Penal.

➤ Resolución violatoria a la Constitución

“El funcionario o empleado público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresas de la Constitución Política de la República o a sabiendas, ejecutare las ordenes o resoluciones de esta naturaleza dictadas por otro funcionario, o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere, será sancionado con prisión de



uno a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales” Artículo 423 Código Penal.

➤ **Cohecho pasivo**

“El funcionario o empleado público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por realizar un acto relativo al ejercicio de su cargo o empleo, o por abstenerse de un acto debiera practicar, será sancionado con prisión de dos a ocho años y multa de diez mil a cincuenta mil quetzales.

Cuando el funcionario o empleado público obligare o indujere a la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, la pena se aumentara en una tercera parte” Artículo 439 del Código Penal.

➤ **Aceptación ilícita de regalo**

“El funcionario o empleado público que acepte dádiva, presentes, ofrecimientos o promesas de personas que tuvieran algún asunto pendiente ante el, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales” Artículo 443 del Código Penal.



➤ Prevaricación

“El juez que, a sabiendas, dictare resolución contraria a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado con prisión de dos a seis años.

Si la resolución dictada consistiere en sentencia condenatoria en proceso penal, la sanción será de tres a diez años” Artículo 462 del Código Penal.

➤ Prevaricato culposo

“El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos será sancionado con multa de cien a un mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años” Artículo 463 del Código Penal.

• Prescripción

La Constitución Política de la República en su Artículo 155, establece la responsabilidad penal, la cual establece “la responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de las penas”.

➤ Antejudio

Como se indicó anteriormente cuales son algunos delitos que puede cometer el juez en su actuación como tal, mismos que tienen relación con el presente trabajo, los



cuales serían motivo para iniciar persecución penal en su contra, pero como éste goza del derecho de antejuicio, no se puede realizar la misma, ya que los jueces se ven revestidos de este derecho, como lo indica la Constitución Política de la República en su Artículo 206, “Los magistrados y jueces gozan del derecho de antejuicio en la forma que lo determine la ley”, por lo que se hace mención al antejuicio en el presente trabajo.

- Definición

El Decreto 85-2002 Ley de Antejuicio, otorga la presente definición en su Artículo 3, “El derecho de antejuicio es una garantía que la Constitución Política de la República otorga a los dignatarios y funcionarios públicos de no ser detenidos ni sometidos a procedimientos penal ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar formación de causa, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente ley. El antejuicio es un derecho inherente al cargo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable.”

- Competencia

Tienen competencia para conocer del antejuicio, Artículo 12 de la ley en materia de antejuicio:

- a. “El Congreso de la República;
- b. La Corte Suprema de Justicia;
- c. Las salas de la Corte de Apelaciones.



En el caso específico de la competencia para conocer y resolver el antejuicio de los jueces, funcionarios objeto del presente trabajo, le corresponde específicamente a la Corte Suprema de Justicia”.

- Procedimiento

El Artículo 19 de la ley en materia de antejuicios establece el procedimiento contra jueces, indicando: “Cuando la Corte Suprema de Justicia reciba de juez competente las diligencias de antejuicio que le corresponda conocer; promovidas en contra de funcionario que goce de aquel derecho; procederá de conformidad con las disposiciones siguientes:

a. Nombramiento de juez pesquisidor. La Corte Suprema de Justicia nombrará un juez pesquisidor entre los Magistrados de la propia Corte, de las Salas de la Corte de Apelaciones o a un juez de primera instancia del ramo penal.

b. Atribuciones del juez pesquisidor:

1) Analizar los documentos que se presenten para establecer la realidad y veracidad de los hechos;

2) Tomara declaración del denunciante o querrela así como del dignatario o funcionario público afectado, efectuará cuanta diligencia estime pertinente;

3) Si de los hecho denunciados existen motivos suficientes para declarar que ha lugar a la formación de causa, deberá emitirse el informe correspondiente;

4) Si se declara con lugar en antejuicio el juez pesquisidor remitirá el expediente a la Corte Suprema de Justicia, para que esta a su vez lo remita a juez competente;

5) Emitir su dictamen o informe dentro de un plazo no mayor de 60 días.



4.4.4 Ventajas de la suspensión condicional de la pena

- a. El Estado le otorga al condenado la oportunidad de reivindicar su acción;
- b. La persona queda en libertad y podrá retomar el rumbo de su vida;
- c. El condenado queda advertido sobre el accionar de su conducta por el tiempo en que le es suspendida la pena;
- d. La advertencia es limitada acertadamente en delitos dolosos y no así en delitos culposos;
- e. El Estado no eroga con los gastos que implica el mantener a una persona dentro de un centro penitenciario;
- f. Cumple con uno de los fines que establece el Estado en la imposición de la pena como lo es la rehabilitación de la persona.

4.4.5 Desventajas de la suspensión condicional de la pena

- a. En algunos casos se suspende condicionalmente la pena sin verificar que la persona haya cometido delito doloso con anterioridad, en base a la solicitud del antecedente penal;
- b. Puede existir algún tipo de venganza por parte de la persona que goza el beneficio legal, ya que ésta queda en libertad;
- c. Para la persona que goza del beneficio legal, durante el tiempo por el cual se le suspende la pena le aparecerá el antecedente penal del mismo, por lo que deberá tramitar posteriormente su rehabilitación.

4.4.6 El antecedente penal y su relación al otorgarse la suspensión condicional de la pena

El antecedente penal es una herramienta que nace en el año de 1932, por el Decreto No. 1568 bajo la Dirección de Estadística Judicial ubicada en el edificio de la Corte Suprema de Justicia y mediante Acuerdo 37-2002 el uno de febrero del año 2002 fue trasladada a su actual ubicación en el edificio El Jade de la zona nueve y se le estableció como Unidad de Antecedentes Penales del Organismo Judicial. Unidad dependiente del Organismo Judicial y bajo la línea directa de la presidencia de este organismo; su función primordial es la de llevar un cuidadoso y completo registro actualizado de las personas que son sentenciadas en firme a cumplir una pena por la comisión de cualquier delito. Los registros de la base de datos de esta unidad son utilizados para extender constancias de antecedentes penales a cualquier institución de justicia, juzgados, profesionales del derecho, empresas e instituciones y personas individuales que lo soliciten.

El objetivo de estudiar el antecedente penal es que la ley imperativamente le indica al juez de primera instancia penal, que para otorgar la suspensión condicional de la pena se debe establecer que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por haber cometido delito doloso, extremo que en la práctica no siempre se comprueba o no se comprueba y cuando se comprueba es por medio de la solicitud del juzgador a la Unidad de Antecedentes Penales del Organismo Judicial sobre el historial del sindicado, quien remite una boleta de carencia de antecedente penal indicando la carencia de antecedente penal, y cuando existe registro de que el sindicado a sido condenado por



cometer delito, la mencionada unidad remite una ficha indicando el o los antecedentes que le aparecen, la fecha de detención, el delito que se le imputa, fecha y órgano jurisdiccional que dictó la sentencia, la pena impuesta, existencia de beneficio legal, número de ejecutoria; con lo cual el juzgador entra a conocer detalladamente su historial criminal y así ejercer un efectivo control al otorgar la suspensión condicional de la pena.

La suspensión condicional de la pena es una de las instituciones más novedosas en el actual sistema de administración de justicia penal en Guatemala, en el cual se establecen una serie de requisitos, que la persona que haya cometido un delito deberá reunir para que le sea otorgada en su momento procesal, por un juez de primera instancia penal, y lamentablemente se da en la actualidad el caso, que se es otorgada en algunas ocasiones sin cumplir con su segundo requisito, el cual obliga para su otorgamiento, que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por cometer delito doloso, por lo que es procedente establecer el por qué en algunos casos están los jueces de primera instancia penal en Guatemala suspendiendo condicionalmente las penas, sin observar lo regulado en el Artículo 72, numeral segundo del Código Penal y siendo el derecho adjetivo el medio por el cual se desarrollara el derecho sustantivo, éste debiera ser aplicado correctamente, y así no otorgar beneficios legales a personas que no reúnen los requisitos que la ley indica.

4.4.7 Base legal

Al hacer mención sobre el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena, se



debe tener por entendido que el hecho que se imputa es de baja trascendencia legal, es decir exactamente una pena no mayor de tres años, por lo que la propia ley otorga la posibilidad que cualquier persona que se ajuste a sus requisitos acceda a gozar del beneficio legal, los cuales se encuentran regulados en el Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal en el Artículo 72, el cual establece literalmente lo siguiente: **Suspensión condicional.** "Al dictar sentencia podrán, los tribunales suspender condicionalmente la ejecución de la pena, suspensión que podrá concederse por un tiempo no menor de dos años ni mayor de cinco si concurrieren los requisitos siguientes: 1. Que la pena consista en privación de libertad que no exceda de tres años; 2. Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso; 3. Que antes de la perpetración del delito, haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante; 4; Que la naturaleza del delito cometido, sus móviles y circunstancias no revelen peligrosidad en el agente y pueda presumirse que no volverá a delinquir; 5; En los delitos contra el régimen tributario a que se refieren los Artículos 358 A, 358 B, 358 C, si el penado a cumplido con restituir al Estado el valor de los impuestos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios que previa liquidación fiscal determine la autoridad tributaria a pedido del juez competente. En este caso no se tomará en cuenta para el otorgamiento de este beneficio el límite máximo de la pena prevista en la ley para tales ilícitos. Este beneficio se podrá otorgar al momento de dictarse el fallo, o en los casos en que exista sentencia que haya pasado por autoridad de cosa juzgada cuando el penado cumpla con el pago antes indicado. La aplicación del beneficio en este último caso corresponderá al juez de Ejecución."



El Artículo 65 del Código Penal, da un mayor fundamento sobre la imperatividad que el juez de primera instancia penal ejerza un efectivo control al otorgar la suspensión condicional de la pena, al establecer parámetros sobre la fijación de la pena estableciendo que: “el juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto en su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena”. Como se indica uno de los requisitos para la fijación de la pena será determinar los antecedentes personales de éste, es decir los del procesado, razón por lo cual el juez de primera instancia penal, debe comprobar que el procesado no ha sido condenado con anterioridad por cometer delito doloso, para poder emitir la sentencia correspondiente y suspender condicionalmente la pena en los casos en que aplica, con todos los requisitos legales.

Y como indica el Artículo 392 del Código Procesal Penal, el cual establece la sentencia condenatoria y la cita textualmente así: “ **Condena.** La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad y corrección que correspondan. También determinará la suspensión condicional de la pena...” lo que indica que con anterioridad a la deliberación de la sentencia, se sabe que existe la posibilidad de dictar una sentencia condenatoria y en la misma suspender la privación de libertad de la persona, en base a la suspensión condicional de la pena. Tomando en cuenta que se tramita por la vía del



procedimiento abreviado, en el cual la ley faculta al juez de primera instancia penal a emitir la sentencia correspondiente, es aquí donde se manifiesta una cadena de presupuestos que se van cumpliendo u omitiendo para otorgar la suspensión condicional de la pena, en la cual la ley imperativamente le indica al juez la observancia de los requisitos, quien no en todos los casos valora que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso.

4.4.8 Imperatividad de ejercer un efectivo control en el proceso de otorgar la suspensión condicional de la pena

El derecho penal vigente es solamente aquél que el Estado ha promulgado con ese carácter, y al no aplicar el deber ser, se deja al margen la imperatividad del mismo, ya que la ley penal es obligatoria; ella constituye un mandato imperativo que emana del legislador y se dirige a los súbditos para regular su conducta prohibiendo tácitamente determinados comportamientos, lo cual se fundamenta en nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 153 de la Constitución Política de la República de Guatemala como: **"Imperio de la Ley**. El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentran en el territorio de la República" y lo complementa el Artículo 4 del Código Penal como **"Territorialidad de la ley penal**. Salvo lo establecido en tratados internacionales, este Código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción". Estas normas implican obligatoriedad de aplicar toda norma jurídica a un caso en particular, las cuales se hacen referencia, en el sentido que en la suspensión condicional de la pena los jueces de primera instancia penal dejan de aplicar la imperatividad que



textualmente establece, omitiendo herramientas legales para una mejor conclusión del caso en particular y no ejerciendo un efectivo control sobre dicha institución.

Ahora, bien sabido de la imperatividad de las normas penales se recalca lo importante que es determinar que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso, con el solo hecho de no ser otorgado el beneficio legal a reincidentes y delincuentes habituales; como también para que el propio antecedente sirva establecer el derecho al beneficio legal a aquella persona que reúne los requisitos para su otorgamiento; asentar precedente sobre que la institución no puede ser otorgada más de una vez , claro está que los señores jueces deben determinar tal extremo para darle certeza jurídica a la institución, a sus resoluciones y seguridad a la población, etc.

A todo esto también debe considerarse a los señores jueces, ya que estos al aplicar la ley al caso concreto, han de saber su sentido y su finalidad, han de interpretarla; en esto consiste la interpretación en determinar la voluntad de la ley.

Todas las leyes hasta las más claras, han de ser interpretadas pues el juez antes de aplicarlas necesita entenderlas. Por otra parte, el juez siempre esta obligado a juzgar, a aplicar la ley, y por consiguiente a interpretarla, incluso en caso de oscuridad, insuficiencia o silencio de la misma so pena de incurrir en responsabilidad.

La interpretación en materia penal se ha fundamentado hasta ha poco, y aún lo está en particular en la práctica judicial, sobre reglas peculiares provenientes en parte de ser estimado el derecho criminal como parte odiosa y en parte también del espíritu legalista



que inspira como garantía jurídica contra posibles abusos. Por estas causas la interpretación de las leyes penales se han ajustado durante largo tiempo a normas distintas de las que regulan la de las leyes no penales, y encaminadas, en gran parte, a favorecer al reo (indubio pro reo).

Pero los referidos principios y aforismos que inspiraron la hermenéutica penal han de ser relegados al olvido. No es misión de la labor interpretativa beneficiar al delincuente sino desentrañar el verdadero sentido de la ley, por esta razón al interpretar su texto el juez deberá buscar de modo exclusivo qué es lo que la ley quiere y el fin a que tiende, sin preocuparse de si perjudica o favorece al reo, razón por la cual el ejercer un efectivo control sobre la suspensión condicional de la pena es beneficiar el proceso como tal sin importar que su resolución perjudique a quién ha sido condenado por haber cometido uno o varios delitos dolosos y favorecer a quién no ha cometido delito alguno. Manzini, después de manifestar que “el principio in dubio pro reo representa un anacronismo, afirma que ni la lógica, ni la ética aconsejan favorecer al acusado, sino que debe darse a las palabras de la ley el sentido más conforme al espíritu del ordenamiento jurídico general. Está es la idea justa”.

4.4.9 Procedimiento

El procedimiento a seguir para que sea otorgada la suspensión condicional de la pena con normalidad es dentro de un procedimiento abreviado, el cual se encuentra en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, en los Artículos 464 al 466 y dentro del cual la norma indica presupuestos básicos para que pueda ser



admisible dentro de esta vía, como los son:

- a. "Que el Ministerio Público estime suficiente la imposición de una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, o de una pena privativa de libertad, o aún en forma conjunta, como se puede observar el plazo de cinco años de pena privativa de libertad encuadra con el establecido como requisito para el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena;
- b. El requerimiento deberá ser ante juez de primera instancia penal, en el procedimiento intermedio;
- c. El Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, admisión del hecho descrito en la acusación y su participación, y la aceptación de la vía propuesta".

Admitida la vía el juez oír al imputado y posteriormente dictará la resolución que corresponda, sin más trámite, en la cual se podrá absolver o condenar al imputado".

En el mismo acto donde se otorga el beneficio legal el juez deberá hacer advertencia personal al reo sobre la naturaleza del beneficio y los motivos que puedan producir su revocación, indicándole que, si durante el período de suspensión de la ejecución de la pena, el beneficiado cometiera un nuevo delito, se revocará el beneficio otorgado y se ejecutará la pena suspendida más lo que le correspondiere por el nuevo cometido. Si durante la suspensión de la condena se descubriese que el penado tiene antecedente por haber cometido un delito doloso sufrirá la pena que le hubiere sido impuesta, como lo indica el Artículo 76 del Código Penal.



CONCLUSIONES

1. Los jueces de primera instancia penal no ejercen un efectivo control sobre el sustitutivo penal, suspensión condicional de la pena, al dejar de considerar en el proceso respectivo, el inciso número dos del Artículo 72 del Código Penal, el que le obliga establecer que el sindicado beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso.
2. Los jueces de primera instancia penal, al no solicitar el antecedente penal del sindicado a la Unidad de Antecedentes Penales del Organismo Judicial, dentro del proceso de suspensión condicional de la pena, éste consiente que el beneficio legal pueda ser otorgado a delincuentes reincidentes y habituales, perdiéndose el sentido de la institución.
3. Los jueces de primera instancia penal no aplican equitativamente la imperatividad que les establece la ley, sobre los requisitos para poder otorgar el sustitutivo penal, suspensión condicional de la pena; ya que en algunos casos es aplicada cumpliendo con el total de requisitos y en otros no, existiendo manipulación sobre aplicación de la institución.
4. El Consejo de la Carrera Judicial como ente encargado de la evaluación del desempeño de los jueces de instancia penal, al tomar en consideración el número de casos resueltos mediante procedimientos y medidas de desjudicialización, evidencia no aplicar el debido control sobre las resoluciones



en procedimientos abreviados emitidas por los jueces, ya que en la mayoría de los casos la suspensión condicional de la pena es otorgada dentro de un procedimiento abreviado.

5. El actual sistema de suspensión condicional de la pena aplicado en Guatemala esta siendo rebasado por los hechos o circunstancias que se rigen en la sociedad, teniendo consecuencias en el sector justicia; los cuales consecuentemente dan margen a que el juez de primera instancia penal no aplique de manera correcta el beneficio legal, dejando de ejercer un efectivo control sobre la institución legal.



RECOMENDACIONES

1. Los jueces de primera instancia penal siempre que otorguen la suspensión condicional de la pena, deben aplicar el requisito segundo del Artículo 72 del Código Penal, el cual imperativamente le indica otorgar el sustitutivo penal siempre que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso, con el objeto de cumplir con el mandato imperativo que la ley le señala aplicar, ya que en varios procesos se puede comprobar su otorgamiento obviado el mencionado requisito.
2. Los jueces de primera instancia penal deben solicitar obligatoriamente a la Unidad de Antecedentes Penales del Organismo Judicial, el antecedente penal del sindicado, previo a resolver otorgar el beneficio de suspensión condicional de la pena, así al dictar la sentencia de mérito se prueba documentalmente que el beneficiado no ha sido condenado anteriormente por cometer delito doloso.
3. La Corte Suprema de Justicia debe establecer el parámetro de interpretación a los jueces de instancia penal sobre el sustitutivo penal suspensión condicional de la pena, para evitar interpretaciones que contradigan el sentido de la institución, con el objeto que los jueces no otorgue el beneficio legal a personas que no reúnan con el total de requisitos; revistiendo de certeza jurídica la suspensión condicional de la pena.
4. El Consejo de la Carrera Judicial en las evaluaciones de desempeño que realiza



sobre los jueces de instancia penal debe identificar las resoluciones emitidas en procedimientos abreviados donde se otorga la suspensión condicional de la pena de manera anómala, con el objeto de sancionarlo conforme a su ley, así asentar un precedente sobre la institución.

5. El Estado de Guatemala debe actualizar su política criminal en materia de sustitutivos penales, modernizándola conjuntamente con el sistema penitenciario y Juez de Ejecución, tomando como base modelos europeos, países que ya han desarrollado una política criminal concreta; optando por diferentes modelos y así ejercer una efectiva rehabilitación del condenado.



BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS PELLECCER, Cesar Ricardo. **Derecho procesal penal guatemalteco**. 2ª. ed; Guatemala: Ed. Magna Terra Editores S.A., 1995.
- BOVINO, A. **Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos**. Publicada en REVISTA ¿MAS DERECHO?. Año 1 de Noviembre de 2000. No 1. Fabián J. Diplacido. Editor. Buenos Aires.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 14ª ed. Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, Argentina: Ed. Eliasta, S.R.L., 1979.
- CAUHAPE CAZAUX, Eduardo González. **Apuntes de derecho penal guatemalteco, la teoría del delito**. 2da. Edición; revisada y actualizada, Guatemala mayo de 2003.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. 8va. Edición, aumentada y actualizada, 1996.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal et. al. **Manual de derecho penal guatemalteco. Parte general**. 2001.
- FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 1 vols.; 3ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Labor, S.A., 1960.
- GARCÍA VALDÉZ, Carlos. **Régimen penitenciario de España**. Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad de Madrid, España: Año LXXV.
- LÓPEZ MARTÍN, Antonio. **Cien años de historia penitenciaria en Guatemala**. Tipografía Nacional. Guatemala, C.A. Año 1978.
- MIR PUIG, Santiago. **Problemática de la pena y seguridad ciudadana**. El derecho penal en el estado social y democrático de derecho. Ariel. Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal parte general**. Barcelona, España: Ed. PPU, 1984.



PUBLICACIÓN. Revista del poder judicial. Consejo general del poder judicial del Reino de España. Edición 2004 para IBERIUS.

VILLALTA AGUILAR, Samuel. La reinserción social del condenado a través de métodos y tratamientos en el sistema penitenciario guatemalteco. 1994.

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 17-73, 1973.

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-89, 1989.

Ley de la Carrera Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 41-99, 1999.

Ley en Materia de Antejudio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 85-2002, 2003.

Ley del Régimen Penitenciario. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 33-2006, 2007.