

**CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 151 DEL CÓDIGO PENAL DECRETO
17-73, CONTAGIO DE INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL”**

VERÓNICA ARAMILDA CARDONA VELÁSQUEZ

CHIMALTENANGO, NOVIEMBRE DE 2018



**CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 151 DEL CÓDIGO PENAL DECRETO
17-73, CONTAGIO DE INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL”**



TESIS

Presentada al Honorable Consejo Directivo

del

Centro Universitario de Chimaltenango

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

VERÓNICA ARAMILDA CARDONA VELÁSQUEZ

previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Chimaltenango, noviembre de 2018



**HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO
DEL
CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

Director:	Lic. Helmer Rolando Reyes García
Secretario:	Lic. Juan Francisco Beltetón Canté
Representante de Decanos:	Lic. Gustavo Bonilla
Representante de Profesionales:	Ing. César Augusto Mazariegos Herrera
Representante de Docentes:	Ing. Hugo Humberto Rivera Pérez
Representante Estudiantil:	Sr. Kevin Vladimir Armando Cruz Lorente
Representante Estudiantil:	Sr. Julio Rodolfo Eufragio Blanco

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Jorge Eduardo Ajú Icó
Vocal:	María Eugenia González Rivera
Secretario:	Juan Aju Batz

Segunda Fase:

Presidente:	Julio Ronel Barrios Lorenzo
Vocal:	Alex Franklin Méndez Vásquez
Secretario:	Oscar Enrique Ralón Herrera

RAZÓN:

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





USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

Centro Universitario de Chimaltenango

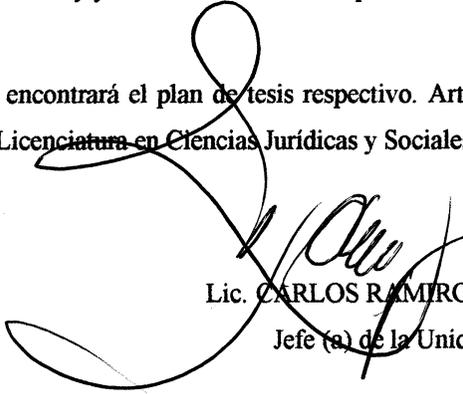
CARRERA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS, CIUDAD DE CHIMALTENANGO, (fecha) veinticuatro de enero del año dos mil diecisiete.

Atentamente pase al (a) Profesional: Lic. HUGO LEONEL TUN ESTRADA,
VERÓNICA
ARAMILDA CARDONA VELÁSQUEZ, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante VERÓNICA
ARAMILDA CARDONA VELÁSQUEZ, con carné 201240958 intitulado "ANÁLISIS
JURÍDICO DEL ARTÍCULO 151 CÓDIGO PENAL DECRETO 17-73, CONTAGIO DE INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL"

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo. Artículos 24,26,30,31 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público


Lic. CARLOS RAMIRO MAZARIEGOS MORALES

Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis *



Fecha de recepción 25 / 01 / 2017 d)


Lic. Hugo Leonel Tun Estrada

Asesor (a) Firma y Sello

Observación: Acreditar colegiado activo, más de 8 años de ejercicio profesional y documentación relacionada al tema objeto de asesoría. La asesoría es ad-honorem.



Chimaltenango, 19 de septiembre de 2018.

Licenciado
Luis Romego Tucubal Socop
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Centro Universitario de Chimaltenango
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



De manera atenta me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con el nombramiento de fecha veinticinco de enero de dos mil diecisiete, asesoré la tesis de la estudiante Verónica Aramilda Cardona Velásquez, con número de registro académico 1610616051203, sobre el tema intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 151 DEL CÓDIGO PENAL DECRETO 17-73, CONTAGIO DE INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL"; por lo que manifiesto lo siguiente:

- a. La tesis contiene un análisis jurídico de las sanciones aplicables en materia penal, por lo que llena los requisitos en cuanto a su contenido científico, técnico y legal, con una redacción clara, práctica y de adecuado uso del lenguaje jurídico.
- b. En el trabajo de investigación se utilizaron los métodos inductivo, deductivo y sintético; las técnicas de investigación fueron: documental, bibliográfica y encuestas de campo, con referencia de bibliografía actual y legislación vigente, siendo las formas adecuadas a la investigación y acordes al plan de investigación aprobado.
- c. La investigación realizada contiene una importante contribución científica, basado en un tema novedoso y de actualidad, que permite establecer que es necesario reformar el Artículo 151 del Código Penal, con el propósito de incorporar, además de la exposición al contagio, la sanción si ocurre el contagio, ajustando la pena conforme a la gravedad de la lesión causada en la víctima o los delitos en que subsuman los daños ocasionados en la persona contagiada, debiéndose incluir la remisión a los delitos de violación o agresión sexual, según corresponda, en el caso de menores de edad y personas con incapacidad volitiva.

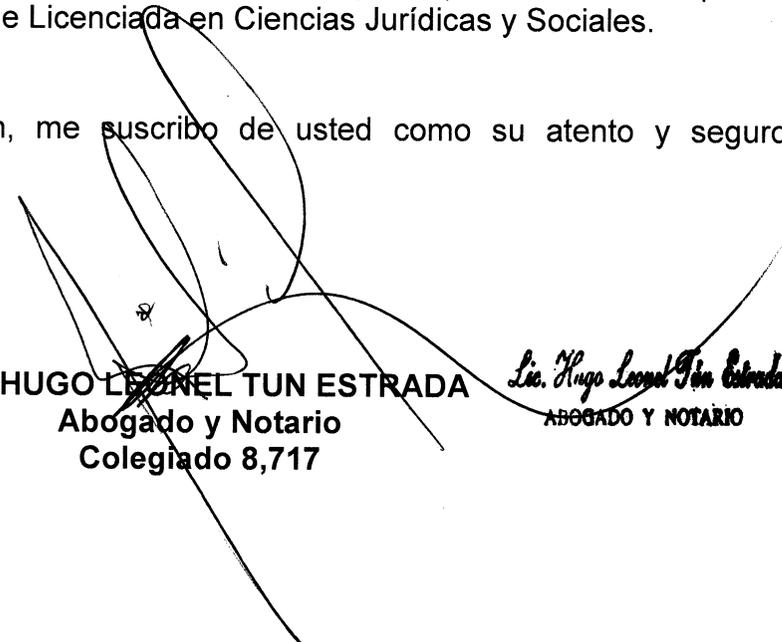
Lic. Hugo Leonel Jim Cárdenas
ABOGADO Y NOTARIO

- d. La conclusión discursiva planteada es resultado del análisis y estudio del problema investigado, el cual es congruente con el resultado de la investigación.
- e. La bibliografía utilizada fue cuidadosamente seleccionada y analizada por la sustentante, con la debida guía y supervisión de su servidor.
- f. Por lo anteriormente analizado **APRUEBO** totalmente el trabajo de investigación en mención.
- g. De conformidad y en cumplimiento con el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, declaro expresamente que **NO** soy pariente de la estudiante Verónica Aramilda Cardona Velásquez, dentro de los grados de ley.

En conclusión tomando en cuenta que el presente trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría y dirección prestada por mi persona, habiéndose cumplido con los presupuestos de fondo, forma y normativos, procedo en mi calidad de asesor de tesis a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de investigación en mención como requisito esencial para que la estudiante pueda optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Agradeciendo su atención, me suscribo de usted como su atento y seguro servidor;

Atentamente,


LIC. HUGO LEONEL TUN ESTRADA
Abogado y Notario
Colegiado 8,717

Lic. Hugo Leonel Tun Estrada
ABOGADO Y NOTARIO



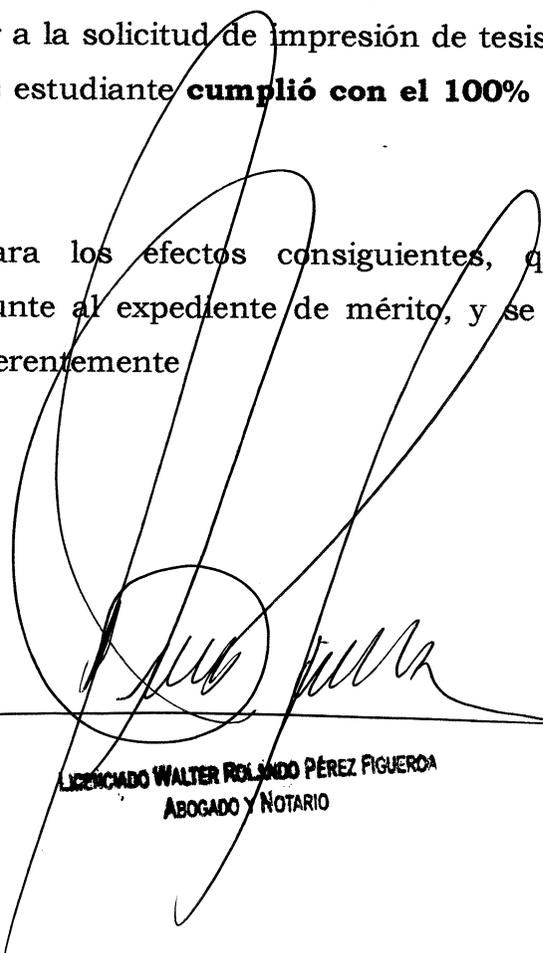
Chimaltenango, 6 de Octubre del año 2016.

Señor:

Director de la Unidad de Tesis (Escuela de Derecho
Centro Universitario de Chimaltenango)
Su Despacho

Señor Director, por este medio presento a usted, **CONSTANCIA DE ASISTENCIA** al **CURSO DE INDUCCIÓN PARA ELABORACIÓN Y PRESENTACIÓN DE TESIS**; de: **VERÓNICA ARAMILDA CARDONA VELÁSQUEZ, CON NÚMERO DE CARNÉ 201240958**, de conformidad Artículo 28, del Normativo. De igual manera y como lo indica el referido Artículo para adjuntar a la solicitud de impresión de tesis dejo constancia que (la) (el) referida (o) estudiante **cumplió con el 100% de la asistencia requerida.**

Por lo que para los efectos consiguientes, que la presente CONSTANCIA, se adjunte al expediente de mérito, y se continúe con el trámite respectivo, deferentemente


LICENCIADO WALTER ROLANDO PÉREZ FIGUEROA
ABOGADO Y NOTARIO





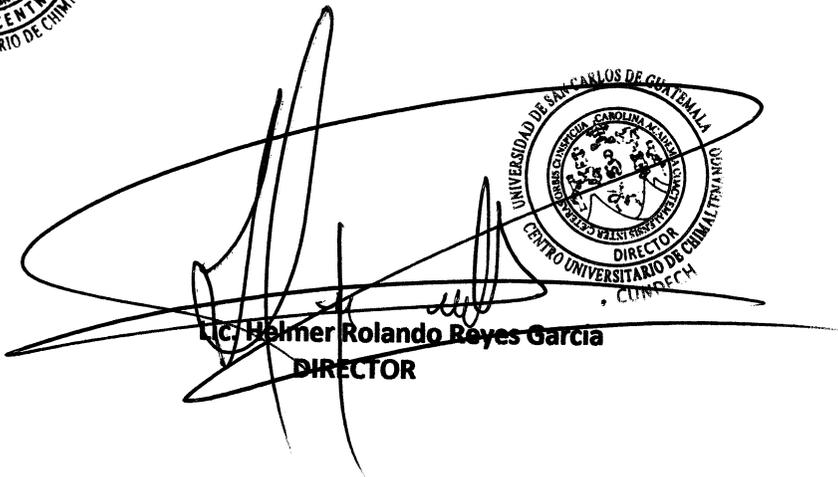
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

DIRECCIÓN DEL CENTRO UNIVESITARIO DE CHIMALTENANGO, Chimaltenango, 13 de noviembre de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante VERÓNICA ARAMILDA CARDONA VELÁSQUEZ, titulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 151 DEL CÓDIGO PENAL DECRETO 17-73, CONTAGIO DE INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL" Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


Lic. Juan Francisco Beltetón Cante
SECRETARIO




Lic. Helmer Rolando Reyes Garcia
DIRECTOR



CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO

2da. Av. 5A-25 Zona 1 Quintas Los Aposentos II Chimaltenango Tel. 7839-6582 /1698



DEDICATORIA

A DIOS:

Ser Supremo que a cada momento de este recorrido me sostuvo en sus manos con inmenso amor y me bendijo con salud, sabiduría, templanza y fortaleza en momentos difíciles para culminar con éxito lo que únicamente comenzó como un sueño. Por poner en mi camino a personas maravillosas que me acompañaran en el trayecto de mi carrera, apoyándome de forma incondicional, instándome a dar a un poco más e inspirándome en cada momento para alcanzar mi objetivo con excelencia.

A MIS PADRES:

Abid Abimael Cardona Pérez (QEPD) y Hortensia Esperanza Velásquez Velásquez, por haberme educado, apoyado e impulsarme con su ejemplo a seguir adelante a enfrentar los infortunios de la vida sin perder de vista la meta ni desfallecer en el intento. Asimismo a mi tío Salomón Cardona, que en cada oportunidad me alentaba a seguir mis sueños, siempre tomada de la mano de Dios.

A MIS HIJOS:

Elica Bethzabé, Héctor David y Diego Alejandro Abimael, quienes en este momento quizás no comprendan mis palabras, pero para cuando sean capaces quiero que se den cuenta de lo importante que son para mí; son la razón por la que me levanto todas las mañanas en busca de un presente y un porvenir mejor, son mi principal motivación y por quienes ruego a Dios ser ampliamente superada. A



José Gabriel Culajay Martín, a quien mi corazón cobija como hijo, también dedico mi éxito.

A MIS HERMANOS:

Con respeto y cariño.

A MIS PADRINOS:

Un reconocimiento y agradecimiento por ser un ejemplo y una inspiración para lograr mis objetivos.

A MI ASESOR DE TESIS:

Abogado: Hugo Leonel Tun Estrada.
Agradecimiento especial por su dedicación, paciencia y contribución para lograr mi objetivo.

A MIS AMIGOS:

Por impulsar el anhelo de superarme, que este triunfo sea digno ejemplo para que siempre luchen y sigan adelante.

AL:

Centro Universitario de Chimaltenango, de la Gloriosa Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala, quien me cobija en sus aulas para formarme y convertirme en una profesional.



PRESENTACIÓN

Tipo de Investigación

La investigación fue cualitativa y se empleó el enfoque interpretativo.

Rama del Derecho a la que pertenece

Derecho penal, en especial desde el análisis dogmático del delito, relacionado el contagio de infección de transmisión sexual.

Objeto: Determinar la pertinencia de la reforma del Artículo 151 del Código Penal, delito de contagio de infección de transmisión sexual, para incorporar un criterio de proporcionalidad de la pena en razón de la gravedad sintomatológica sufrida por la víctima y los bienes jurídicos afectados.

Sujeto (a los afectados)

Toda persona que sufre la exposición al contagio de infección de transmisión sexual.

Período

Enero a julio de 2018

Lugar de la investigación

Por ser un análisis de una ley y su posible reforma, la investigación tendrá como ámbito geográfico el territorio de la República de Guatemala.

Aporte

Es el análisis de la pertinencia de la sanción penal además de la exposición, el contagio de infección de transmisión sexual, con proporcionalidad de la pena respecto al daño causado a la víctima y el bien jurídico afectado; el análisis jurídico será fuente de consulta a estudiantes y profesionales del Derecho.



HIPÓTESIS

¿Es pertinente que se reforme el Artículo 151 del Código Penal para incorporar un criterio de proporcionalidad de la pena en razón de la gravedad sintomatológica sufrida por la víctima y los bienes jurídicos afectados como resultado de la conducta del sujeto activo de este de delito?



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Técnicas y métodos

Método científico: En la investigación se aplicó, este método, en la fase: a) Indagatoria a través de los procesos de recolección de información directamente de las fuentes primarias con las opiniones de abogados, a través de una encuesta y secundarias como libros, textos, documentos, revistas jurídicas y b) Expositiva utilizando los procesos de conceptualización y generalización que se expuso a través del informe final.

Método analítico-sintético: El método analítico fue útil en el proceso de consulta bibliográfica y luego se aplicó la síntesis para documentar el marco teórico, mismo que sirvió de base para demostrar la hipótesis

Método inductivo: Se partió de los datos obtenidos en el trabajo de campo para generalizar una respuesta, respondiendo a la cuestión de la pertinencia de reformar el Artículo 151 del Código Penal, delito de contagio de infección de transmisión sexual.

Método deductivo: Este método se aplicó en el análisis jurídico, partiendo de lo general a lo particular, sobre la base de las categorías conceptuales aplicables al problema de investigación, a conclusiones particulares, que coadyuvaron a la comprobación de la hipótesis planteada.

Técnica de encuesta e interpretación de los resultados: El trabajo de campo fue realizado por medio de la aplicación de una encuesta y su correspondiente interpretación.

Comprobación de la hipótesis: Fue posible por el análisis jurídico realizado sobre las fuentes bibliográficas y la información obtenida en el trabajo de campo, se comprueba en el sentido de que, se determina la pertinencia de la reforma del Artículo 151 del Código Penal, para que incorpore en principio de proporcionalidad de la pena, en la sanción del contagio de infección de transmisión sexual.





ÍNDICE

Página

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El Estado y su poder punitivo	01
1.1 El poder punitivo del Estado	01
1.1.1 El ius puniendi	03
1.1.2 El ius poenale	04
1.1.3 Los límites del poder punitivo del estado	06
1.1.3.1 El principio de legalidad	08
1.1.3.2 El principio de intervención mínima	10
1.1.3.3 El principio de culpabilidad	12
1.2 El Estado y su potestad de administrar justicia	13
1.2.1 La administración de justicia como monopolio estatal	15
1.2.2 La administración de justicia penal	16
1.2.2.1 La persecución penal	17
1.2.2.2 El control jurisdiccional de la investigación	18
1.2.2.3 El juzgamiento de los delitos	19
1.2.2.4 La sentencia penal	20

CAPÍTULO II

2. El principio de proporcionalidad de la pena	23
2.1. Concepto de pena	23
2.2 Evolución jurídica de la pena	23
2.3 La pena como sanción penal	25
2.3.1 El problema de la punibilidad en el delito	26
2.3.2 La pena como institución jurídica del derecho penal	27
2.4 Los principios informantes de la pena	28
2.4.1 Principio de legalidad	28
2.4.2 No hay pena sin ley escrita	29
2.4.3 Certeza en la determinación de la pena	30
2.4.4 Personalidad de la pena	31
2.4.5 El principio de proporcionalidad de la pena	31
2.4.5.1 La fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad	33
2.4.5.2 Clasificación de la proporcionalidad de la pena	34
2.4.5.3 Criterio de proporcionalidad en la individualización de la pena	36

CAPÍTULO III

3. El delito contagio de infecciones de transmisión sexual	39
3.1 Las infecciones de transmisión sexual	39
3.1.1 Concepto de infección de transmisión sexual	39

3.1.2 Factores que contribuyen a la diseminación de las infecciones de transmisión sexual	40
3.1.3 Afectación que provocan las infecciones de transmisión sexual	43
3.1.3.1 Complicaciones graves en las mujeres	44
3.1.3.2 Resultados adversos en el embarazo	45
3.1.4 Incidencia de las infecciones de transmisión sexual	46
3.2 Análisis dogmático del tipo penal contagio de infecciones de transmisión sexual	47
3.2.1 Conceptualización del contagio de infecciones de transmisión sexual	48
3.2.2 El tipo penal de contagio de infecciones de transmisión sexual	48
3.2.3 Elementos del delito contagio de infecciones de transmisión sexual	49
3.2.3.1 El bien jurídico tutelado	49
3.2.3.2 Elementos personales	50
3.2.3.3 Elemento objetivo o material	52
3.2.3.4 Elemento subjetivo o interno	54
3.2.4 La pena del delito	55

CAPÍTULO IV

4. Análisis Jurídico del Artículo 151 del Código Penal Decreto 17-73, Contagio de Infecciones De Transmisión Sexual	57
4.1 Del trabajo de campo realizado	57
4.2 De los resultados e interpretación	57
4.3 Análisis jurídico del artículo 151 del Código Penal, delito de contagio de infección de transmisión sexual y la pertinencia de su reforma	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	71
RECOMENDACIONES	73
ANEXO	75
BIBLIOGRAFÍA	79



INTRODUCCIÓN

Los motivos que conllevaron a escoger el tema de investigación tienen que ver con la realidad social del país y las situaciones de salud que afectan a la mayoría de la población. Entre estas situaciones están las enfermedades de transmisión sexual cuyas afectaciones en las personas varían según la gravedad de las mismas, incluso en términos del derecho penal, la vida misma como bien jurídico protegido puede estar en riesgo. El abordaje de la presente investigación es desde el punto vista del derecho penal. En este sentido debe considerarse que el contagio puede darse por falta de protección en las relaciones sexuales sea del hombre o la mujer, ignorando uno o ambos que padecen de alguna enfermedad venérea, o por una conducta irresponsable y hasta dolosa de quien a sabiendas que padece de enfermedad venérea expusiera a otra persona al contagio; en este segundo caso se configura el supuesto del delito de contagio de infecciones de transmisión sexual tipificado en el Artículo 151 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

El delito mencionado será objeto de análisis jurídico en el sentido que en este tipo penal todas las enfermedades de transmisión sexual son tratadas como iguales, de forma genérica y ambigua, no obstante que existe una gran clasificación de estas enfermedades, unas más graves que otras en razón de la afectación que puede llegar a sufrir la víctima de contagio. Esta forma genérica de considerar las infecciones de transmisión sexual, prescindiendo de la gravedad del daño en la víctima, provoca la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena.

Por lo que el objeto de la presente investigación fue determinar sobre la



pertinencia de la reforma del Artículo 151 del Código Penal para incorporar un criterio de proporcionalidad de la pena en razón de la gravedad sintomatológica sufrida por la víctima y los bienes jurídicos afectados como resultado de la conducta del sujeto activo de este tipo de delito.

El presente informe final de tesis se estructuró en cuatro capítulos concatenados para un abordaje de los temas y subtemas. Abordando el poder punitivo del Estado que es la base legitimadora de la tipificación de los delitos y establecimiento de la pena que le pueda corresponder por parte del Organismo Legislativo y de la imposición de estas penas en los casos concretos por parte de los órganos jurisdiccionales competentes; el análisis del principio de la proporcionalidad de la pena como límite al poder punitivo del Estado, en particular se enfatiza la congruencia con el principio de proporcionalidad de la pena establecida como consecuencia jurídica en abstracto por el poder legislativo y su aplicación concreta en la resolución de los casos concretos por los órganos jurisdiccionales; Se expone sobre las infecciones de transmisión sexual, conceptos, factores de riesgos y afectaciones a la víctima; y principalmente se hace un análisis dogmático del tipo penal establecido en el Artículo 151 del Código Penal. Se analiza jurídicamente sobre la pertinencia de la reforma del tipo penal. Del análisis, confrontación y discusión de resultados se emiten las conclusiones y recomendaciones correspondientes. Consignando, finalmente la bibliografía consultada durante la investigación.





CAPÍTULO I

EL ESTADO Y SU PODER PUNITIVO

1.1 El poder punitivo del Estado

Los antecedentes de lo que se denomina poder punitivo se deriva a tiempos remotos; desde la antigüedad hasta el momento del surgimiento y consolidación del Estado moderno, el marco temporal e histórico del poder punitivo, asumido como el poder de castigar, ha tenido una mutación progresiva en relación a las formas, puesto que ha pasado desde que se conoció como la Ley del Talión (“ojo por ojo, diente por diente”), luego a los tratos inhumanos, degradantes y crueles y penas desproporcionadas e irracionales hasta llegar a los castigos calificados como más humanizados pretendiendo el respeto de la dignidad de la persona.

Así mismo, se ha transitado en forma positiva en relación de quienes están legitimados a imponer las penas, superado la llamada venganza privada o justicia por propia mano, practicada en la antigüedad, al actual monopolio del Estado que entraña el uso legítimo del poder de castigar mediante procesos garantistas.

La transición histórica del poder punitivo del Estado se puede enunciar como aquel poder de castigo legítimo que tiene el Estado, como tal, este poder punitivo ha sido motivo de reflexiones jurídicas que han desembocado en su conceptualización actual. Así tenemos que el poder punitivo es “la potestad constitucionalmente legitimada de crear leyes e instituciones represivas que garanticen la protección de los derechos y bienes”¹, entendido como los más importantes de todas y cada una de las personas

¹ <http://www.eumed.net/tesis/2011/agp/TeoriasacercadelPoderPunitivodelEstadoyelDerechoPenal.htm> (consultado el 10 de julio de 2018)

bajo la jurisdicción de un Estado determinado, como uno de sus poderes delegados por la soberanía del pueblo, se ha justificado en la necesidad colectiva de la convivencia armoniosa y en un orden social que permita el desarrollo de la persona y del conjunto de la sociedad, conservar la armonía social está entre los grandes problemas de toda sociedad y de todos los tiempos, porque además conlleva el aseguramiento de la seguridad y la paz.

La experiencia histórica de la humanidad es que no ha sido suficiente confiar en la sola voluntad de los ciudadanos de someterse a las leyes, porque se han necesitado de medios disuasivos o coercitivos para prevenir las infracciones y sus resultados, o la consecuentemente sanción cuando su infracción ha ocurrido, pretendiendo reparar el daño ocasionado y el restablecimiento de la armonía social, mediante la potestad punitiva que se encuentra regulada en un conjunto de leyes que hacen posible el castigo, por parte del Estado, de las conductas que afectan los bienes jurídicos tutelados.

Este conjunto de normas jurídicas se denomina Derecho Penal. Esto ha tenido que llegar a ser así, por la razón de que, si las personas respetaran voluntariamente las normas, el Derecho Penal serían innecesario; pero “los seres humanos son constantes transgresores del orden jurídico establecido y por ello junto al Derecho Constitucional figura el Derecho Penal”².

En este sentido el Derecho Penal es el medio que el Estado ha desarrollado su potestad punitiva que a la vez ha implicado una observancia estricta de los derechos y garantías constitucionales de todas las personas. Se afirma que, en este caso, “se

² Espinoza Bonifaz, Augusto Renzo. **Los Límites al Poder Punitivo**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista. Perú. 2007. Pág. 2



justifica el derecho penal como un instrumento socialmente útil, el valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del derecho penal”³.

1.1.1 El *ius puniendi*

El abordaje conceptual del *ius puniendi* parte de la esencia del mismo derecho penal por ser emanante de la potestad punitiva del Estado, en sentido amplio y subjetivo. En consecuencia “El derecho penal es una rama del derecho público, y, como todo derecho, puede ser considerado subjetiva y objetivamente. Bajo el primer aspecto, es el poder de establecer las penas correspondientes a las diversas infracciones del derecho, en conformidad con los principios de justicia y las exigencias del interés público, bajo el segundo aspecto el derecho penal es aquel mismo poder actuado, lo que equivale a decir que es el conjunto de normas jurídico-penales”⁴

Si el *ius puniendi*, es el derecho penal desde un punto de vista subjetivo y tal como se describe es similar a la misma definición de la potestad punitiva del Estado, aunque la diferencia sutil estriba en que el primero es la posibilidad de materialización concreta del derecho penal derivada de los poderes públicos instituidos dentro del Estado, en especial el poder legislativo para la creación de los delitos y las penas y el poder judicial para el juzgamiento y la imposición y ejecución de la pena individualizada; la segunda más general y abstracta en sentido de ser una potestad inmanente y consustancial al mismo Estado, entendido como un ente total.

En este marco, se inscriben las definiciones de *ius puniendi*, por ejemplo, que el

³ Bacigalupo, Enrique. **Derecho Penal. Parte General**. 2ª. Edición. Argentina. 1999. Pág. 30

⁴ Montes, Jerónimo. “**Derecho Penal Español**”. **Parte general**, 2 volúmenes. Madrid. Núñez Samper, 1917. Volumen I. Pág. 70



ius puniendi “no es más que la facultad que tiene el Estado para imponer penas”⁵. También se sostiene que es “el derecho de penar, por lo que en ese sentido debe entenderse como un derecho subjetivo del Estado, o una mera capacidad de poder ejercer su fuerza legal conforme a derecho”⁶. Por lo que en sentido lógico, el *ius puniendi* precede al *ius poenale*. Otras definiciones jurídicas contienen los mismos elementos o matizan algunos aspectos sustanciales del concepto *ius puniendi*, entre éstas:

“Regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias”⁷

- Es “La potestad, no de persona alguna, sino del Estado, de sancionar a quienes han ejecutado actos que el propio Estado ha calificado como gravemente atentatorios del orden social y de los derechos de los asociados”⁸
- El “Conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de las penas por parte del Estado. Estas condiciones tienen un carácter constitucional y, por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal”⁹

1.1.2 El *ius poenale*

El *ius poenale* constituye el derecho penal desde un punto de vista objetivo. Se

⁵ Creus, Carlos. **Derecho Penal Parte General**. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Pág. 5

⁶ Vélez Mariconde, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. 2ª. Ed. Tomo II. Pág. 63

⁷ Nuñez, Ricardo C. “**Manual de Derecho Penal. Parte General**”. 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba – Argentina, 1999. Pág. 23

⁸ Albán Gómez, Ernesto. “**Manual de Derecho Penal Ecuatoriano**”. Tomo I, Parte General. Décima Segunda Edición. Diagramación Ediciones Legales S. A. Impresores MYL, Quito – Ecuador, 2011. Pág. 11

⁹ Bacigalupo Z, Enrique. “**Manual de Derecho Penal. Parte General**” Tercera reimpresión. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996. Pág. 25



entiende como aquel conjunto de normas jurídico penales que regulan y limitan el poder punitivo y la actividad del Estado en su afán de castigo; para ello, determina en abstracto los delitos y sus consecuencias jurídicas: las penas y medidas de seguridad. También se señala que “Es la manifestación concreta del derecho subjetivo, aquí se limita el *ius puniendi* de acuerdo a los preceptos constitucionales y a la dignidad de la persona”¹⁰

El *ius poenale* es la esfera de regulación del poder punitivo, desarrollando la facultad legítima que tiene el Estado de establecer cuáles son las conductas calificadas como delitos, en preservación de bienes jurídicos tutelados; es decir, la creación en abstracto de los tipos penales y la determinación sus consecuencias jurídicas, especialmente las penas, para sancionar a toda persona cuya conducta se encuadre en los supuestos de hecho establecido como sancionable penalmente. Este conjunto de normas jurídico penales tiene como límite preceptos constitucionales y los derechos fundamentales de la persona.

A continuación, algunas definiciones que amplían el entendimiento del concepto *ius poenale*:

- “Conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia”¹¹
- “El derecho penal objetivo sería la manifestación concreta del derecho penal subjetivo, del derecho de sancionar del Estado, contenido en las

¹⁰ Maza López, Ángel. **Definición de Derecho Penal**. Ecuador. 2011. Pág. 2

¹¹ Liszt, Franz Von. “**Tratado de Derecho Penal**”. Tomo I, Editorial Boschm Barcelona, España. p 7. Citado por SALAS Chávez, Gustavo. “El Sistema Penal Mexicano” Editorial Porrúa, México 2002. p 27



leyes penales. El derecho penal objetivo expresa el uso concreto del poder sancionador que hace el Estado dentro del marco que le fija la Constitución del Estado, es decir, conforme con los principios legitimantes del derecho penal”¹²

- Derecho Penal objetivo entendido como el “conjunto de normas expedidas por el órgano legislativo del Estado, a través de las cuales se regula el ejercicio del *ius puniendi*, estableciendo delitos, como presupuesto jurídico esencial y penas, como su consecuencia necesaria”¹³

1.1.3 Los límites del poder punitivo del Estado

El poder punitivo del Estado es la autorización por parte de los ciudadanos del uso de la fuerza para sancionar, de forma legítima por parte del Estado, para asegurar la paz y convivencia social. Sin embargo, “en un Estado democrático y de derecho, este poder sancionador ha de tener límites”.¹⁴

Para Zaffaroni, este poder constituye “todo ejercicio de coerción estatal”¹⁵ y como tal, este poder punitivo del Estado siempre ha necesitado de límites para evitar la arbitrariedad, los abusos y excesos de la autoridad.

El hecho de que el derecho de castigar se ha institucionalizado en el Estado, ha supuesto que “El poder sancionador no puede depender del criterio arbitrario de quien

¹² Bacigalupo Z, Enrique. Op. Cit. Págs. 26-27

¹³ Mezger. Citado por: ALBÁN Gómez, Ernesto. “**Manual de Derecho Penal Ecuatoriano**”. Tomo I, Parte General. Décima Segunda Edición. Diagramación Ediciones Legales S. A. Impresores MYL, Quito – Ecuador, 2011. p 14.

¹⁴ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco**. 2ª. Edición. Guatemala. Mayo 2003, 3ra. Reimpresión diciembre, 2009. Pág. 15

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Estructura del derecho penal**. Buenos Aires (Argentina): EDIAR, 2009. Pág. 16



en nombre del Estado decide la imposición de sanciones. La decisión de qué conductas merecen sanción debe ser asumida por el Organismo Legislativo, quien representa a los ciudadanos. Esta decisión debe plasmarse en una ley escrita, que defina con la máxima precisión cuáles conductas son prohibidas y determine la sanción aplicable por infringir esta prohibición”¹⁶.

El ejercicio de *ius puniendi* presupone restricciones de derechos y libertades, que también merecen ser protegidos, por esta razón no puede quedar a la discrecionalidad de los poderes públicos por el peligro de configurarse el abuso de poder y la desprotección de los derechos fundamentales bajo la justificación de la seguridad, la justicia y la convivencia social. Esto ha hecho necesario el establecimiento de los límites al ejercicio del derecho penal mediante normas rectoras que deben regir los actos del Organismo Legislativo, del Organismo Judicial y del Organismo Ejecutivo cuando asumen una función dentro del ámbito del ejercicio del *ius puniendi*.

Estas normas rectoras, se denominan principios jurídicos del derecho penal y algunos juristas prefieren denominarlas como principios informantes del derecho penal. Estos principios tienen el propósito de limitar la utilización del derecho penal como tal ante la conflictividad social o su abuso para la resolución de los problemas multicausales de convivencia armoniosa y la seguridad colectiva. También conllevan la finalidad de garantizar y preservar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos en la aplicación del derecho penal; esto tiene como alcance el que los ciudadanos solamente deben ser molestados en la medida de lo necesario y bajo la razonabilidad que amerita la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de penar.

¹⁶ González Cauhapé-Cazaux. Op. Cit. 15



Respecto a la obligación de preservar los derechos individuales del imputado, se ha expresado en los siguientes términos que “el mismo orden jurídico establece (o debe establecer) la necesidad de asegurar que la satisfacción del interés social en la represión del delito, se logre respetando los derechos de la persona que resulte sospechosa de su comisión”¹⁷. Y además, “El proceso penal tiene la delicada tarea de proteger simultáneamente ambos intereses, tratando de lograr un justo equilibrio entre ambos”¹⁸

Esta dualidad de protección de derechos es consecuencia directa de que “el *modelo garantista de Derecho Penal* está configurado por un conjunto de principios que se constituyen en límites al ejercicio de la potestad punitiva, esenciales a todo Estado de Derecho y que se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal como para la imposición de la pena”¹⁹.

Estos principios se resumen en tres, que a su vez de ellos se subdividen otros principios, los cuáles son:

- El principio de legalidad;
- El principio de intervención mínima;
- El principio de culpabilidad.

De los cuáles se harán referencia a continuación.

1.1.3.1 El principio de legalidad

¹⁷ Cafferata Nores, José I. **Derechos individuales y proceso penal**. Editora Córdoba. Argentina. Pág. 13

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**, Trotta, Madrid, 1997, p. 91



En un derecho penal garantista “cualquier restricción al interés individual en aras del interés social deberá emanar de alguna norma legal expresa”.²⁰ Esto se asume así puesto que el poder sancionador no puede depender del criterio arbitrario de quien en nombre del Estado decide la imposición de sanciones. “La decisión de qué conductas merecen sanción debe ser asumida por el Organismo Legislativo, quien representa a los ciudadanos. Esta decisión debe plasmarse en una ley escrita, que defina con la máxima precisión cuáles conductas son prohibidas y determine la sanción aplicable por infringir esta prohibición”.²¹ Todo esto queda recogido en el principio de legalidad que fija cómo se han de establecer las prohibiciones penales.

Es incuestionable que “La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad, esa función suele expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal. Y reafirma que la jerarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida”.²²

El fundamento de este principio de legalidad en Guatemala, lo encontramos en la Constitución Política de la República de Guatemala, puesto que en el Artículo 17 se establece que “nadie puede ser penado por acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos por una ley anterior”. Este principio de legalidad instaurado desde la misma Constitución Política de la República de Guatemala se ve complementado en la ley penal ordinaria, tanto sustantiva como adjetiva.

En su propio desarrollo el principio de legalidad a su vez, contiene otros

²⁰ Cafferata Nores, José I. Op. Cit. Pág. 14

²¹ González Cauhapé-Cazaux. Op. Cit. Pág. 16

²² Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. Pág. 99



principios que la integran, los cuáles son:

- La reserva absoluta de ley, también denominada reserva legislativa, conlleva la garantía de que solamente por leyes promulgadas por el Congreso de la República se pueden establecer tipos penales y sus correspondientes sanciones. Fuera de ello ninguna autoridad podrá hacerlo, so pena de incurrir en ilegalidad y nulidad de su disposición.
- La exigencia de certeza de la ley, obliga al legislador a establecer con precisión cuáles son las conductas prohibidas, reduciendo al máximo el libre arbitrio o discrecionalidad del juez. De nada serviría el principio de legalidad si la misma ley deja abierta la posibilidad de alguna arbitrariedad.
- La prohibición de la analogía, consiste en la prohibición a los jueces de crear por analogía figuras delictivas o establecer sanciones por esta vía. Esta prohibición se encuentra establecida en el Artículo 7 del Código Penal Decreto 17-73 de Guatemala.

1.1.3.2 El principio de intervención mínima

La potestad de sancionar ha requerido su utilización racional por parte del Estado como una forma de no sobre criminalizar la conflictividad social, esto porque “El principio de intervención mínima impide en un Estado democrático la expansión del derecho penal, debiendo quedar éste reducido a su mínima expresión”.²³ Ello ha implicado que el Estado en su intento de solucionar los conflictos sociales tenga que agotar todas las soluciones y medidas posibles, dejando en una última instancia su

²³ González Cahaupé-Cazaux, Eduardo. Op. Cit. 19



criminalización; solo cuando todas estas medidas de carácter preventivo no logran su cometido el Estado puede hacer uso de su poder punitivo.

La punibilidad de las acciones, conforme a este principio, deben ser las mínimas necesarias y debidamente justificadas, siendo la razonabilidad un criterio exigible para elección de las medidas penales. El principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano, quiere decir que “el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos”.²⁴

En este sentido, la dimensión de este principio, incluye otros principios que la integran. Así, Villegas Fernández resume sus dimensiones aplicativas en los términos siguientes:

“El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

- a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.
- b) El ser un derecho subsidiario que, como *ultima ratio*, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante

²⁴ Villegas Fernández, Jesús Manuel. **¿Qué es el Principio de la Intervención Mínima?** Revista Internauta Práctica Jurídica. Núm. 23. 1999. Pág. 4
http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf (Consultado 5 de julio de 2018)



otras soluciones menos drásticas que la sanción penal”.²⁵

Villegas Fernández, además puntualiza que “el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario”.²⁶

Para González Cahupe-Cazaux, el principio de intervención mínima se despliega en otros cuatro principios jurídicos rectores del derecho penal, que son: la exclusiva protección de los bienes jurídicos, subsidiaridad y utilidad del derecho penal, responsabilidad por los hechos y la proporcionalidad de la pena. Los dos primeros, González los asume en los mismos términos que Villegas Fernández; y respecto de la responsabilidad por los hechos, afirma que “El principio de intervención mínima obliga al Estado a sólo perseguir aquellas acciones concretas que impidan la normal convivencia social. Por ello, sólo se juzgará a las personas por hechos concretos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Al respecto a este principio lleva a lo que la doctrina ha denominado “derecho penal de hecho”.²⁷

1.1.3.3 El principio de culpabilidad

Se advierte que “El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad

²⁵ Ibídem. Pág. 4

²⁶ Ibídem. Pág. 4

²⁷ González Cahaupé-Cazaux. Op. Cit. Pág. 21



equivalente a la misma”.²⁸ En este sentido, “El concepto de culpabilidad se convierte en un límite a la capacidad sancionadora del Estado. El Estado sólo podrá imponer una sanción penal cuando pruebe la culpabilidad conforme a la ley”.²⁹ Por ello, la sanción penal no tiene razón de ser si la persona no decidió infringir la norma. Tal y como se afirma que el “Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho”.³⁰

Para que pueda establecerse la culpabilidad se requiere la concurrencia de algunas condiciones imprescindibles. Sobre ello se expone que “para que una persona sea culpable, primeramente tiene que haber cometido el ilícito. En segundo lugar, el resultado prohibido ha de haber sido querido por ella, o ser el fruto de una acción propia imprudente. En tercer lugar, la persona debe tener la capacidad y el conocimiento para ser consciente que estaba cometiendo un delito”.³¹

1.2 El Estado y su potestad de administrar justicia

Históricamente en la Edad Media, caracterizada por regímenes monárquicos y absolutistas, la administración de justicia estaba en manos de los reyes como supremos titulares de la justicia, resolviendo ellos mismos los litigios o delegándolos en personas o instituciones también por ellos creados pero bajo su control. Constituía una potestad de administración de justicia sin controles ni límites con la negación de los derechos de los ciudadanos.

²⁸ Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. Pág. 169

²⁹ Gonzalez Cahaupé-Cazaux, Eduardo. Op. Cit. Pág. 24

³⁰ González Cahaupé-Cazaux, Eduardo. Op. Cit. Pág. 24

³¹ Ibid, Pág. 24-25



Este modelo monárquico tuvo un giro con el surgimiento del Estado republicano, al inicio de la Edad Moderna, con prevalencia de la división de poderes que catapultó la independencia del poder judicial y su exclusividad en la administración de justicia; es a partir de esa época que ya se empieza instaurar propiamente de jurisdicción como potestad del Estado, pero ejercido de forma independiente respecto de los otros poderes del Estado, en particular con la pretensión de alejarla de la injerencia del poder ejecutivo y de cualquier presión social o política.

Actualmente, administrar justicia o el ejercicio de la potestad jurisdiccional, son expresiones relativas a una misma y única realidad, que es la aplicación de la ley en un caso concreto. Ahora bien, considerada de forma general, la jurisdicción es un ámbito de poder estatal a través de cuyo ejercicio el Estado realiza una determinada función y al cual permanece por tanto inseparable de ésta.

Partiendo de esta afirmación es preciso considerar dos aspectos determinantes del concepto de jurisdicción: el establecido constitucionalmente o estático, es decir la potestad jurisdiccional, propiamente dicha y el normativo-procesal, que consiste en la realización de su función, llamada la función jurisdiccional.

En el marco actual del Estado de derecho, la Constitución Política de la República de Guatemala es la base de la legitimidad para impartir justicia en un conflicto de intereses determinados o la imposición de una sanción penal. Al Estado se le ha delegado este poder, por mandato del pueblo en el ejercicio de su soberanía, que se complementa con su capacidad coercitiva para imponer y hacer cumplir sus resoluciones.

Las resoluciones jurisdiccionales no tendrían ninguna utilidad social y pública sin



la coercitividad para ejecutarlas ni el uso de la fuerza coercitiva estatal sería legítima sin las resoluciones de los jueces que deciden en las causas que conocen.

1.2.1 La administración de justicia como monopolio estatal

Con la finalización de la Edad Media también se termina oficialmente la modalidad de justicia de auto tutela, incluso se prohibió esa modalidad, instituyéndose que la administración de justicia es propia del Estado mediante el poder judicial. El monopolio estatal de la administración de justicia excluye a los particulares de los procedimientos para resolver litigios e imponer medidas coercitivas, puesto que corresponde a las instituciones públicas cuyo mandato ha sido establecido en las leyes. Obviamente que el Estado, puede autorizar mediante la ley, otros mecanismos de solución pacífica de los conflictos con intervención de los particulares, pero no delegar su capacidad coercitiva, como pueden ser las experiencias del arbitraje y la mediación.

En estas líneas de pensamiento, Pastor Prieto, sostiene que "de acuerdo a las premisas históricas sobre las que se cimienta la justicia, la prestación del servicio de justicia se convierte en un monopolio del Estado, a quien se le encarga administrarla con arreglo al principio de igualdad de trato, otro ideal característico de las democracias de nuestros días".³²

Entonces a la referencia de la administración de justicia como un servicio estatal se sostiene que el Estado en su concepción actual establece la prohibición de la llamada autodefensa o práctica social consistente en la aceptación de la vindicación de las ofensas y agravios, directamente a cargo del ofendido o agraviado sobre los bienes o la persona del presunto culpable y de sus allegados o contra ellos. Con el Estado

³² Pastor Prieto, Santos, "Ah de la Justicia. Política judicial y economía", Ed. Civitas, Madrid, 1993. Pág. 268



moderno aparece la justicia pública como sustitutiva de la justicia privada y de esta forma, son los órganos jurisdiccionales los que asumen la defensa y protección de los ciudadanos.

La Constitución Política de la República de Guatemala, heredera de este paradigma de justicia, en su Artículo 203, establece “Que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones”.

1.2.2 La administración de justicia penal

Se puede conceptualizar a la administración de justicia penal como aquella rama jurisdiccional o la potestad del Estado de administrar justicia, sobre la base del mandato legal de establecer que un hecho cometido por una o varias personas sea calificado de delito, la responsabilidad de quienes pudieron haberlo cometido y consecuentemente la imposición de la pena que resulte justa conforme a derecho. Esto debe realizarse dentro de los límites del poder punitivo. Además, recientemente se ha incorporado también la obligación de reparar a la víctima.

La jurisdicción penal del Estado, es la más compleja puesto que, en el caso de Guatemala, intervienen en su realización y concreción tres instituciones públicas claves. Así, además de los órganos jurisdiccionales del ramo penal, están el Ministerio Público, la Policía Nacional Civil, el Instituto de la Defensa Pública Penal y el Instituto Nacional de la Ciencias Forenses. Las competencias y atribuciones de todas las instituciones públicas mencionadas tienen como marco rector el proceso penal y su regulación en la



ley procesal penal.

El proceso penal, se ha definido desde el punto de vista objetivo, externo y estático -cuando se analiza ese instrumento estatal en conjunto y en sus distintas fases- el proceso penal puede definirse como “una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva”.³³

La jurisdicción en general es la potestad de administrar justicia, como única, la administración de justicia penal constituye una delimitación de esa jurisdicción en razón de su materia. La materia de la administración de justicia penal, es el control de la persecución penal y el juzgamiento de los hechos calificados como delitos, la deducción de la responsabilidad penal de quien o quienes pudieron haberlo cometido, la imposición de la sanción que corresponda y la ejecución de la pena proferida en la sentencia condenatoria.

1.2.2.1 La persecución penal

La comisión de un hecho punible produce su persecución penal. La persecución penal constituye un componente fundamental de la acción penal puesto que, iniciada una acción penal, su primera etapa consiste en la investigación (la búsqueda de pruebas), la persecución (el ejercicio de la acción ante el tribunal competente) y la acusación (se exige un castigo). Durante el juicio, cada uno de estos pasos es concretado y, con base a la acción, el juez se encarga de dictar la resolución conforme a lo estipulado por las leyes vigentes.

³³ Vélez Mariconde, A., **Derecho Procesal Penal**, tomo II, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, 3ª Ed., 2ª Reimpresión, 1986, p. 114



En Guatemala, dado el sistema acusatorio que nos rige, la persecución penal lo realiza un ente público con funciones autónomas que es el Ministerio Público. Conforme al Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El Jefe del Ministerio Público será el fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública”.

1.2.2.2 El control jurisdiccional de la investigación

Conforme a la división de roles dentro del proceso penal, corresponde a los órganos jurisdiccionales competente el control de la investigación. Esta competencia la tiene los jueces de instancia penal. Esto se instituyó por la razón de que se requiere que la investigación que realiza el fiscal del Ministerio Público se revista de legalidad y por necesidad de la realización de actos de investigación que podrían afectar derechos de los ciudadanos de forma directa o indirecta. De no contar con la autorización judicial toda las pruebas carecerían de legalidad y consecuentemente su inutilidad para fundamentar la acusación posterior. Cuando la investigación conduce a la individualización del sindicado, los jueces de control, a solicitud del fiscal del caso, pueden dictar la resolución ordenando la aprehensión.

Otra razón fundamental de la instauración de los órganos jurisdiccionales de control es la imperativa necesidad de garantizar los derechos de los sindicados y de las víctimas y ofendidos. En este sentido, entre las esferas de funciones de los órganos jurisdiccionales de control está la de dilucidar inicialmente la situación jurídica del



sindicado, calificando jurídicamente los hechos conforme al tipo penal aplicable, dictando su sujeción al proceso penal o Falta de Mérito, dictando las medidas de coerción que el caso amerite, fijando el plazo de la investigación entre las propuestas del fiscal y la defensa del sindicado y determinando juntamente al plazo del acto conclusivo y oportunamente dictar la apertura a juicio.

También los jueces de control tienen atribuciones para conocer las solicitudes de reserva de las actuaciones, la abstención del ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal para controlar su legalidad. Los jueces de control jurisdiccional tienen la obligación de resolver de forma inmediata en los plazos previstos en la ley, sin dilaciones injustificadas y comunicando su resolución por cualquier medio fehaciente. Ello no implica no cumplir con la obligación de fundamentar o motivar su resolución.

1.2.2.3 El juzgamiento de los delitos

Concluida la investigación y que el órgano jurisdiccional de instancia haya resuelto la apertura a juicio, corresponde a los tribunales de sentencia, unipersonales o colegiados, conocer del juicio oral y pronunciar la sentencia respectiva en los procesos por los delitos que la ley determina. El juzgamiento de los delitos se lleva a cabo de forma oral y pública. Conforme a los principios del contradictorio y la intangibilidad de la prueba. Respecto al principio de contradicción las partes tienen igual oportunidad de probar sus afirmaciones y hechos controvertidos y sus medios de pruebas acerca de sus proposiciones de hechos.

El principio de contradicción "Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que



requiere, además reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario”.³⁴

El principio de intangibilidad de la prueba, además de sentar la relevancia del juzgamiento de los hechos, constituye una garantía de que las pruebas solamente se producen en el debate, durante el juicio oral. Por eso los medios de prueba únicamente pueden examinarse en esta fase del proceso, produciéndose la prueba en sentido estricto, que será la base de la decisión del tribunal de sentencia.

El juzgamiento de los delitos también se rige por otros principios no menos importantes como la publicidad, oralidad, inmediación y celeridad.

1.2.2.4 La sentencia penal

La sentencia penal, como instituto jurídico, también ha tenido una evolución conforme a la evolución del mismo derecho penal, en particular la transición marcada de un proceso penal inquisitorio a un proceso de tipo acusatorio. Actualmente, por sentencia “se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente,

³⁴ Cafferata Nores, José; **Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas**. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998, p. 57



juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable”.³⁵ Esta facultad de decisión jurídicamente se funda en el ejercicio de la potestad y función jurisdiccional del Estado; por esa razón el derecho de penar de éste, por excelencia se materializa en la sentencia que ponga fin a un proceso penal.

Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica de la sentencia penal se ha dicho que es un acto procesal, mediante el cual los jueces de sentencia ponen fin al proceso penal, condenando o absolviendo al acusado. En este sentido, la sentencia penal tiene la relevancia más allá la de un simple acto procesal, es una expresión de la voluntad del Estado en su potestad de administrar justicia y el ejercicio de su poder punitivo, también constituye la voluntad de la colectividad social delegada en el organismo judicial y éste a su vez, en el órgano jurisdiccional competente que dicta la sentencia en nombre del pueblo de la República Guatemala.

Dada la trascendencia social de la sentencia penal y la limitación de las libertades y derechos que supone para el acusado, ésta debe estar debidamente motivada o fundamentada. En este deber, sobre la base de la verdad concluida y la discusión de la responsabilidad penal, los jueces de sentencia deben fundamentar las sentencias tanto para condenar como absolver, respetando los derechos de todas las partes procesales, es especial la triple protección de los derechos: los derechos de la colectividad social, de la víctima y del acusado.

Las sentencias penales según, la decisión motivada y contenido, se clasifican en:

a) Sentencias absolutorias: Son las sentencias que contienen una desestimación de la pretensión de condena formulada por la acusación. Normalmente se adopta una

³⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 24º. Edición. Editorial Heliasta. Argentina, 1996. Pág. 363



decisión jurisdiccional absolutoria por “insuficiencia de pruebas o por falta de fundamentos legales que apoyen en la demanda o la querrela que desestima la petición del actor o rechaza la acusación, que produce a favor del reo (...) acusado o procesado en lo criminal la liberación de todas las restricciones que la causa haya podido significar en su persona, derechos y bienes”.³⁶

Las sentencias absolutorias únicamente pueden ser “de fondo” por:

- Inexistencia del hecho delictuoso
- Ser inocente el acusado: Puede ser: Por falta de pruebas o dudas razonables sobre los hechos y acreditados los hechos concurre la falta de responsabilidad penal del acusado.

b) Sentencias condenatorias: Son las sentencias que estiman la pretensión de condena formulada por los acusadores, imponiendo una pena y/o medida de seguridad. La decisión jurisdiccional de condenar presupone que se probaron los hechos constitutivos del delito y se acreditaron la autoría y participación de quienes lo cometieron, destronando el *status* jurídico de inocencia de que estuvieron revestidos los acusados durante el proceso penal.

³⁶ Ibidem. Pág. 341



CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

2.1. Concepto de pena

El concepto jurídico de pena ha mutado a través del tiempo. “la pena (*poena*, comprendida en sus orígenes en el sentido religioso de expiación)”. Hoy en día se conceptualiza como “Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados.”³⁷

La pena como institución jurídica del derecho penal, reviste su relevancia en el sentido de que “La sanción penal, consecuencia del delito, comporta la restricción o la privación de derechos fundamentales. La determinación de los fines de la pena (la más importante de las sanciones) y los esfuerzos por justificar el sistema represivo, suponen plantearse las cuestiones del sentido y de las finalidades del derecho penal”³⁸.

Nocetti, sostiene que “El concepto de pena es menos amplio que el de sanción”³⁹. Y nos explica que, desde que se tiene noción del delito surge como su consecuencia, e históricamente aparejada a él, la idea de castigarlo y allí nace la pena. El concepto de sanción es, en cambio, bien moderno, desde que su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas.

2.2 Evolución jurídica de la pena

Nocetti⁴⁰, nos relata que para muchos autores Bar, Kohlet y Tissot, entre ellos la

³⁷ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 300

³⁸ Hurtado Pozo, José. **Conceptos Básicos de Derecho Penal Guatemalteco**. Parte General. Guatemala. 2000. Pág. 11

³⁹ Nocetti Fasolino, Alfredo. **La Pena**. **Enciclopedia Jurídica Omeba**. Tomo VIII. Pág. 63

⁴⁰ Nocetti, fasolino, Alfredo. Op. Cit. **El desarrollo de la evolución jurídica de la pena** es un resumen de lo escrito por este autor en la **Enciclopedia Jurídica Omeba**. Tomo VIII. Pág. 64



pena comenzó siendo venganza privada, que incluía también a la familia del ofensor y aun antes, al decir de Steinmetz, fue la ciega reacción del ofendido contra la primera persona o cosa que hallare a su alcance. Pero otras opiniones consideran tales venganzas como meros hechos guerreros, sin el menor atisbo de pena. Recién aparecería ella cuando la venganza tiene carácter público, es decir, cuando resultó impuesta por la autoridad, jefe de la tribu, del clan o de la familia. Venganza que más adelante aparece regulada y limitada por el poder, mediante el talión y la composición.

Se pueden sintetizar las características de la pena en esa primera etapa histórica diciendo, pues, que la venganza constituía su fundamentación, que era expiatoria en un sentido religioso cuando se sacrificaba al delincuente a la divinidad ofendida y que las penalidades crueles la tornaban francamente intimidatoria. En una posterior fase humanitaria, la pena, inspirada en un sentido correccional, se dulcifica a la medida que se modernizan las cárceles, pero la criminalidad se incrementa.

Modernamente, en un estadio que podríamos denominar científico, la concepción de la pena varía fundamentalmente. Ello ocurre coetáneamente con el progreso de las ciencias penales y la irrupción en el campo jurídico de la antropología criminal, la sociología y la psiquiatría. Para entonces, von Liszt, Prins, Garraud, Alimena, etcétera, sostienen que la principal función de la pena es la defensa social contra las acciones antisociales y que, como excelentemente sintetizara el último de los nombrados, la pena debe alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual.

La evolución del concepto de la pena, que brevemente se viene exponiendo, coincidió con una evolución en el tipo y crueldad de las sanciones. Las primeras épocas



vieron penas bárbaras, como las marcas realizadas con hierros candentes en el cuerpo de los delincuentes, que llevaba también la finalidad de señalarlos públicamente remoto antecedente del contemporáneo sistema dactiloscópico; la mutilación de miembros, la introducción en canastas cerradas en compañía de animales diversos, la horca, la sepultura bajo tierra del delincuente vivo, etcétera.

Asimismo, las había de notoria característica infamante, con un propósito a la vez intimidatorio, que iban desde la inusitada publicidad de la sentencia condenatoria hasta el paseo del penado desnudo y montado sobre un asno o la pública y obligada confesión en alta voz en la plaza pública en medio de la multitud curiosa.

El criterio que sobresale para la aplicación de las penas modernas fue lográndose poco a poco. En alguna época hubo y ello no ha desaparecido del todo hoy día, en que se buscó coordinar la aplicación de las penas con el aprovechamiento de las fuerzas físicas del sujeto, surgiendo así las galeras y los trabajos forzados.

Y cabe consignar que aún en nuestro siglo países de indiscutida cultura mantienen algunas penas durísimas, como ocurre en Inglaterra con la del látigo y en Estados Unidos con la esterilización.

2.3 La pena como sanción penal

“La pena constituye el tercero de los elementos dentro del clásico tríptico del Derecho penal: delito, delincuente y pena. Desde que Francis Lieber, en 1834, utilizó por primera vez el término "penología", definiéndola como la rama de la ciencia criminal que se ocupa del castigo del criminal, el estudio de la pena, como medio directo de lucha contra el delito, constituye tal vez el más fundamental capítulo de esta



disciplina”.⁴¹

La pena puede examinarse desde dos perspectivas complementarias. En este marco teórico, se circunscribe el tratamiento de la pena desde esas dos perspectivas: la primera, la concreción del lugar de la pena en la teoría del delito, es decir, el problema de la punibilidad en el delito; la segunda, la pena como institución jurídica del derecho penal.

2.3.1 El problema de la punibilidad en el delito

Respecto a la ubicación de la pena en la teoría del delito, se han desarrollado dos corrientes del pensamiento jurídico penal: a) una que considera la pena como elemento del delito y b) la que considera la pena consecuencia del delito.

a) La pena como elemento del delito

Con respecto a la primera corriente: se afirma “que la conducta humana típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito se requiere que esté sancionada con una pena; de esa manera la punibilidad resulta ser elemento esencial del delito”⁴². Autores como Beling, Puig Peña, Jiménez de Asúa y Cuello Calón, coinciden en señalar que la punibilidad es un carácter esencial del delito que sin ella, podrá haber tipicidad, antijuricidad y culpabilidad pero para que sea penal es necesario que esté sancionado con una pena. La punibilidad es la característica del delito.

b) La pena como consecuencia del delito

Con respecto a la segunda corriente: “para los que comparten el criterio de esta corrientes, es la tipicidad el elemento característico que diferencia al delito de cualquier

⁴¹ Nocetti Fasolino, Alfredo. Op. Cit. Pág. 63

⁴² De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal de León Velasco. **Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Parte Especial**. Vigésima edición. Corregida y actualizada. Guatemala. 2010 Pág. 177



otra acción antijurídica y no la pena; es decir, que para quienes eliminan la punibilidad de la definición del delito, la tipicidad lo reemplaza como elemento diferenciador”⁴³ Así mismo “Palacios Motta, acoge el criterio que considera la sanción penal como una consecuencia y no como un elemento del delito; Fontán Balestra, en su definición de delito excluye la mención de la penalidad por considerar que ella es una consecuencia y no un elemento característico. Por su parte Rodríguez Devesa, cree que la pena, desde el punto de vista estático, es simplemente la consecuencia primaria del delito, es decir, que el delito es el presupuesto necesario de la pena”.⁴⁴

2.3.2 La pena como institución jurídica del derecho penal

Se acoge el pensamiento jurídico que la pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, de ahí su relevancia porque se trata de una institución jurídica que constituye uno de los pilares fundamentales del sistema penal. La pena constituye así un instrumento de control estatal.

El desarrollo de la pena como instituto del derecho penal ha supuesto toda una especialización del derecho penal como lo es la Penología. Rodríguez Manzanera define a la Penología como “el estudio de la reacción social contra las personas o conductas captadas por la colectividad (o por una parte de ellas) como dañinas, peligrosas, sociales”⁴⁵ superando el concepto clásico de únicamente el tratado de las penas. Más que la evolución de la Penología interesa señalar que la institución jurídica de la pena ha evolucionado a la par de la lucha sobre la dignidad de las personas y los derechos humanos y que entre otros logros está la humanización de la pena en clara

⁴³ De Mata Vela, José Francisco, Op. Cit. 178

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Rodríguez Manzanera, Luis. **Penología**, México, Ed. Porrúa, segunda edición, 2000. Pág. 1



abolición de las penas crueles e irracionales propias de un pasado oscuro de la misma humanidad.

González Cauhapé-Cazaux explica que “el principio de intervención mínima implica limitaciones en las sanciones que el Estado puede imponer. Debe existir algún tipo de proporción entre la lesión o peligro al bien jurídico y la sanción impuesta. Sanciones excesivamente altas, que no mantengan esta proporción conducen al ‘terror penal’. Existen innumerables ejemplos históricos, en los que simples hurtos eran sancionados con mutilación y muerte”⁴⁶

Ligado a las limitaciones a la imposición de penas están los fines que actualmente se le asignan a la pena. Estos fines han sido resultado de largas discusiones filosóficas y jurídicas que surgieron al mismo tiempo del nacimiento del derecho penal como ciencia científica. Hoy en día, superado el retribucionismo como teoría absoluta de la pena, queda como tendencia generalizada las teorías relativas que plantean dos finalidades de la pena: la teoría de la prevención general y la teoría de la prevención especial. Las dos teorías fundamentan dos principios de la pena: necesidad y proporcionalidad.

2.4 Los principios informantes de la pena

2.4.1 Principio de legalidad

La Constitución Política de la República de Guatemala prevé este principio en su Artículo 17. Según esta norma establece, "no hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración". Principio que es retomado, con redacción

⁴⁶ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco**. Segunda edición. Guatemala, mayo 2003. Segunda reimpresión diciembre 2009. Pág. 22



diferente, en el Código Penal en su Artículo 1 de este Código, se establece que "nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley". La variación está en la inclusión del término "expresamente" en relación con la calificación de las acciones; así mismo en el desarrollo de la parte referente a la pena. Esta diferencia no es fundamental en cuanto al fondo.

Además, sin mayor necesidad, se repite parcialmente el principio de la legalidad en el Artículo 1 del Código Procesal Penal. Sólo se prevé la regla "no hay pena sin ley" (*nullum poena sine lege*): "No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado sin anterioridad". Como correspondía más a la ley procesal, se establece, en el Artículo 2, la dimensión procesal del principio de la legalidad: no hay proceso sin ley (*nullum proceso sine lege*); es decir "no podrá iniciarse ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal".

La Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José, establece en su Artículo 9 que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito..."

2.4.2 No hay pena sin ley escrita

La primera exigencia del Artículo 1 del Código Penal consiste en que se califiquen las conductas como delitos o faltas y se fijen las sanciones en una ley. Es



decir, que considera a la ley como única fuente del derecho penal. Siendo el derecho penal guatemalteco, como todo sistema moderno, un derecho escrito, se puede decir "*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*"; lo que prohíbe al juez recurrir a cualquier otra fuente para determinar si una acción es delictuosa, para fundamentar la imposición o agravación de una sanción establecida en la ley e igualmente está proscrito la imposición de penas que no estén expresamente preestablecidas en la ley.

Este principio se puede resumir indicando que la pena debe estar expresamente establecida en la ley penal, no sujeta a interpretación o la remisión a otras leyes o reglamentos, en otras palabras, el juez aplica la pena que está escrito.

2.4.3 Certeza en la determinación de la pena

La segunda parte del principio de la legalidad establece que también la pena debe ser fijada con precisión y el juez debe solo imponer la pena fijada para el caso particular. En sus orígenes, se consideró a las penas absolutamente determinadas como el mejor sistema para cumplir esta exigencia. Sin embargo, este criterio predominó muy poco tiempo debido a la desmesurada injusticia que implicaba su aplicación. El predominio alcanzado por el criterio de la individualización de la pena ha determinado que en los códigos se adopte un sistema flexible.

En el código vigente se ha establecido un sistema de penas "relativamente indeterminadas": consistente en fijar un mínimo y un máximo de la pena, pudiendo el juez escoger libremente dentro de estos márgenes, la pena adecuada al delincuente individual. Así lo establece expresamente el Artículo 65, relativo a la fijación de la pena. La única pena fija prevista en la legislación penal es la de muerte que se encuentra regulada en los Artículos 43 y 132 del Código Penal.



2.4.4 Personalidad de la pena

El alcance personal de imposición de penas también ha evolucionado conforme a la evolución jurídica de la pena como institución del derecho penal. Actualmente, “El principio de 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”.⁴⁷

Sin embargo, este principio no es común a 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 el delito cometido por el responsable fallecido (Artículo 115 Código Penal) o los que tienen bajo su potestad o guarda legal a un inimputable responden subsidiariamente por los daños causados por éste (Artículo 116 Código Penal).

2.4.5 El principio de proporcionalidad de la pena

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Como principio, en cualquiera de sus denominaciones, su conceptualización fue resultado del esfuerzo de las ciencias penales por limitar la intervención del Estado que muchas veces, en el ejercicio de *ius puniendi*, se extralimitó imponiendo penas desproporcionadas en comparación al bien jurídico lesionado. Este avance ha significado que “la actuación del Estado en el caso

⁴⁷ González Cahaupe-Cazaux, Eduardo. Op. Cit. Pág. 25



concreto debe estar basada en tres derivaciones fundamentales del concepto de proporcionalidad: la de idoneidad, de necesidad y la de proporcionalidad en *strictu sensu*".⁴⁸

Por lo tanto, "El principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos se encuentren previstas en la ley y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática".⁴⁹

El principio de proporcionalidad al obligar al Estado a "regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la intervención mínima del Estado. En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas".⁵⁰

No obstante las diferentes nominaciones, hubo consenso de la necesidad de la instauración de este principio pero no siempre hubo respecto al parámetro de proporcionalidad; siempre ha sido y fue una dificultad determinar el parámetro de proporcionalidad de la pena. El consenso jurídico actual, establece que un criterio de proporcionalidad exige que se tenga como criterio el valor del bien jurídico protegido.

Jiménez de Asúa, advertía en sus días, que "la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debía graduar en función de la entidad de la lesión jurídica

⁴⁸ Rojas, Ivonne Yenisey. **La proporcionalidad de las penas**. Universidad Autónoma de Sinaloa. México. Pág. 85

⁴⁹ Rojas, Ivonne Yenisey. Op. Cit. 86

⁵⁰ Ibidem. Op. Cit. Pág. 86



perpetrada”.⁵¹ Además el criterio de la proporcionalidad implica que la pena se establezca en relación con la gravedad del delito, añadiéndose también la proporción de la culpabilidad de su autor y el daño sufrido por la víctima.

2.4.5.1 La fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad

Rojas sostiene que el principio de proporcionalidad, “Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y por ende, con el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho”.⁵²

En este sentido, en el marco constitucional guatemalteco ubicamos que el principio de proporcionalidad está contenido en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece que es deber del Estado, entre otros, “garantizar la justicia”. Conforme a este deber, se deduce que la determinación de penas desproporcionadas o la imposición de las mismas, constituyen una pena injusta y consecuentemente lesiona el derecho fundamental de justicia para el condenado dentro de un proceso penal; así mismo en la misma lógica, cuando la pena es desproporcionada al daño sufrido por la víctima del delito, se puede tener por violentado su derecho a la justicia a no corresponder a la gravedad del ilícito penal.

Por ello, otro fundamento constitucional de la proporcionalidad de la pena es el principio de dignidad humana. Ello constituye el fundamento del imperativo constitucional de la existencia de la correlación entre el bien jurídico protegido en el tipo

⁵¹ Jimenez de Asúa. Luis, 1950, **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, p. 244.

⁵² Rojas, Ivonne Yenisey. Op. Cit. Págs. 85-86



penal y el bien jurídico que se va a privar al autor de un delito, en forma de pena. La dignidad es un derecho humano fundamental instituido en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

2.4.5.2 Clasificación de la proporcionalidad de la pena

Esta investigación se fundamenta en dos aspectos explicativos y aplicativos del principio de la proporcionalidad de las penas: la proporcionalidad abstracta de la pena y la proporcionalidad concreta de la pena.

a) La proporcionalidad abstracta de la pena

Respecto a la proporcionalidad abstracta, en palabras de Rojas “Resulta innegable que es al legislador a quien le corresponde la tarea de definir los bienes jurídicos que debe proteger, o lo que es lo mismo, el daño social que desea evitar con la norma penal. Una vez realizado lo anterior, es hasta entonces cuando cabe preguntarse acerca del cómo y cuánto de la pena”⁵³; es decir, ésta determinación legislativa de la pena como consecuencia de la conducta prevista en el tipo penal exige que pase por el examen de la proporcionalidad de la pena y que esta proporcionalidad debe estar acorde al bien jurídico que se pretende proteger, los posibles perjuicios o afectaciones en las víctimas del delito, también la idoneidad de la pena.

Todo este examen del ente legislativo es en términos hipotéticos, puesto que la concreción de la fijación de la pena corresponde de forma post facto (de ocurrido los supuestos de hecho hipotéticamente descritos en el tipo penal) a los órganos jurisdiccionales según las circunstancias de cada caso concreto.

b) La proporcionalidad concreta de la pena

⁵³ Rojas, Ivonne Yennisey. Op. Cit. 85



El principio de proporcionalidad de la pena, en sentido concreto, resulta de la individualización de la pena. Rojas, en su obra citada, nos ubica que “la actuación del Estado en el caso concreto debe estar basada en tres derivaciones fundamentales del concepto de proporcionalidad: la de idoneidad, de necesidad y la de proporcionalidad en *strictu sensu*”.⁵⁴ En tanto, en una postura igualmente sencilla y clara, Fuentes Cubillos, citando a Quinteros Olivares, resume que “En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)”.⁵⁵

El autor Humberto Nogueira Alcalá, profundiza en el principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso, exponiendo otros principios que vendrían a integrarlo. Así, el principio de finalidad, vendría en primer lugar a establecer como presupuesto que el fin perseguido por la norma deba ser legítimo, es decir, el bien o interés protegido a través de la limitación debe estar amparado constitucionalmente; el principio de adecuación, vendría a operar como un examen de idoneidad y coherencia con el fin perseguido; el principio de necesidad por su parte exigiría que la intervención de la norma produzca el menor daño posible y que no exista otra medida alternativa que sea igualmente eficaz; mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto vendría a establecer una ponderación racional entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que

⁵⁴ Rojas, Ivonne Yennisey. Ob. Cit. Pág. 1

⁵⁵ Fuentes Cubillos, Hernán. **El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal**. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la Pena. REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 14 – No.2. Año 2008. Pág. 19



sufre el derecho afectado.

2.4.5.3 Criterio de proporcionalidad en la individualización de la pena

Una de las preocupaciones de los órganos jurisdiccionales de sentencia penal es el grado de certeza de las penas que imponen, es si esta en cada caso concreto cumple con el principio de proporcionalidad exigida. A ello hay que sumar el hecho que la pena está preestablecida en la ley penal y específicamente en la norma aplicable en el caso concreto. Esta certidumbre solamente es posible en la medida que el órgano sentenciador es que el da por acreditados los hechos y las circunstancias en que se cometieron, el grado de participación del sujeto activo del delito, la concurrencia de agravantes o atenuantes y principalmente a cuales bienes jurídicos protegidos fueron afectados o puestos en riesgo.

Esta certidumbre se ve condicionada por el sistema de fijación de la pena en la legislación penal de Guatemala. No se tiene como regla general un sistema de penas determinadas o penas fijas, se tiene un sistema flexible que consiste en que cada delito la ley penal le ha prefijado una pena mínima y una pena máxima, conforme al Artículo 65 del Código Penal. Es dentro de estos dos parámetros es que el juez sentenciador tiene la libertad para determinar de forma individualizada en atención a las constancias procesales la pena a imponer.

Un aspecto actual que debe tenerse como criterio del juez sentenciador son las implicaciones que se derivan de la tutela de los derechos de la víctima como una de las finalidades del proceso, conforme al Artículo 5 reformado del Código Procesal Penal; es decir, en qué medida la pena individualizada corresponde a la expectativa de la víctima y la correspondencia de la pena impuesta con los agravios sufridos por ella. Ahora bien,



contra el buen deseo del juez de sentencia si la víctima conforme al delito, los daños sufridos y los bienes jurídicos afectados la pena fijada como máxima no resultan proporcional, el juez está sujeto a la legalidad de la pena establecida; a menos que el tipo penal sea reformada por parte del Congreso de la República aumentando la pena y determinando los criterios para su imposición, para futuros casos similares.

La tarea de la fijación abstracta de las penas por el Organismo Legislativo, así como la fijación concreta en cada caso por parte de los órganos jurisdiccionales se enmarca dentro de estos criterios de proporcionalidad; esto hace que se vuelva un imperativo la necesidad de justificación de las leyes penales promulgadas y se fundamenten las sentencias penales dando razones de la pena impuesta, si el mismo fuera condenatoria. En una sociedad democrática es legítima la petición de la revisión de las penas determinadas en la ley, con base a la evolución del derecho y en aras de una mejor protección penal de los habitantes del país.





CAPÍTULO III

EL DELITO CONTAGIO DE INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL

3.1 Las infecciones de transmisión sexual

3.1.1 Concepto de infección de transmisión sexual

“El concepto de infección se refiere básicamente a la “Invasión y multiplicación de agentes patógenos en los tejidos de un organismo”⁵⁶, así mismo se aplica para la “Enfermedad causada por esta invasión de agentes patógenos”.⁵⁷ En este contexto, infección y enfermedad aluden a la misma realidad, siendo el primero el medio y el segundo, un conjunto sintomatológico que lo caracteriza.

Sobre el tema que ocupa la investigación se puede definir como aquellas infecciones provocadas por agentes patógenos que se transmite mediante las relaciones sexuales entre las personas.

“Las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) -nueva nomenclatura que fue aprobada por la Organización Mundial de la Salud, el 11 de agosto de 1998- sustituye al término “Enfermedades de Transmisión Sexual” (ETS), el principal mecanismo de transmisión es por vía sexual”.⁵⁸ De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), la sexualidad humana se define como: “Un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Engloba al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se

⁵⁶

https://www.google.com.gt/search?rlz=1C1VSNG_enGT689GT691&q=Diccionario#dobs=infecci%C3%B3n (consultado el 16 de julio de 2018)

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Silvestre, Lilian Eugenia. “**Infecciones de Transmisión Sexual en Personas Viviendo con Vih/Sida con o sin Tratamiento Antirretroviral**”. Tesis. Facultad de Medicina. Pág. 9



vive y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales”.⁵⁹

3.1.2 Factores que contribuyen a la diseminación de las infecciones de transmisión sexual

Estos factores se agrupan en Factores biológicos, de comportamiento, sociales y otras conductas personales asociadas con el riesgo de contagio de las infecciones de transmisión sexual.

a) Factores biológicos

“Algunos factores biológicos tienen influencia sobre la transmisión de las infecciones de transmisión sexual ITS. Éstos son la edad, el sexo, el estado inmunológico del huésped y la virulencia del agente infeccioso”.⁶⁰

Edad: “La mucosa vaginal y el tejido cervical en las mujeres jóvenes es inmaduro y las hace más vulnerables a las ITS que las mujeres mayores. Esto se debe a la ectopia cervical, un trastorno normal en mujeres jóvenes que ocurre cuando las células que se encuentran en la superficie cervical permiten que las infecciones ocurran con mayor facilidad. Las mujeres jóvenes se encuentran especialmente en riesgo en aquellas culturas en las que el matrimonio o la iniciación sexual ocurren durante la adolescencia temprana. En promedio, las mujeres se infectan a una edad más temprana que los hombres”.⁶¹

⁵⁹ Cerviño, M., Hernández, G., Moruno, T., Varilla, M., Moral, M., Lorenzo, A. y Blaya, R. (2009). **La sexualidad humana**.

⁶⁰ Organización Mundial de la Salud [sede Web]. **Módulos de capacitación para el manejo sindrómico de las infecciones de transmisión sexual**, 2ed. Ginebra: OMS; 2008; (Consultado el 18 de julio de 2018). Disponible en http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789243593401_modulo1_spa.pdf

⁶¹ Ídem.



Sexo: “Las infecciones ingresan al organismo con mayor facilidad a través de las membranas mucosas como el revestimiento de la vagina. Como la superficie mucosa que entra en contacto con el agente infeccioso es mucho mayor en mujeres que en hombres, las mujeres pueden infectarse más fácilmente que los hombres”.⁶²

Estado inmunológico: “El estado inmunológico del huésped y la virulencia del agente infeccioso afectan la transmisión de las ITS. Algunas ITS aumentan el riesgo de transmisión de VIH, que es una infección de transmisión sexual. El VIH, a su vez, facilita la transmisión de algunas ITS y agrava las complicaciones de las mismas ya que debilita el sistema inmunológico”.⁶³

b) Factores de comportamiento

“Estos factores están asociados a la persona y su forma de guardar su conducta responsable ante el ejercicio de su sexualidad; entre éstos:

- Múltiples parejas sexuales
- Contactos sexuales con parejas casuales
- Contactos sexuales con penetración sin protección en una situación en la que cualquiera de los participantes tiene una infección.
- Haber tenido una ITS en el último año. Las personas que han tenido una ITS durante el último año corren el riesgo de volver a contraer la infección si no han logrado cambiar su conducta sexual”.⁶⁴

c) Factores sociales

⁶² Ídem

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Ídem.



“Numerosos factores sociales relacionan el sexo con las cuestiones conductuales y podrían afectar el riesgo que corre una persona de contraer una ITS:

- En la mayoría de las culturas las mujeres tienen muy poco poder sobre las prácticas y las elecciones sexuales, como el uso de condones.
- Las mujeres tienden a depender económicamente de sus parejas y, por lo tanto, son más propensas a tolerar conductas arriesgadas por parte de los hombres, como tener parejas sexuales múltiples, que las ponen en peligro de contraer infecciones.
- La violencia sexual tiende a estar dirigida más hacia las mujeres por parte de los hombres, lo que hace que sea más difícil para las mujeres hablar sobre las ITS con sus homólogos masculinos.
- En algunas sociedades es común casar a las niñas a una edad muy temprana con un hombre adulto; esto expone a la niña a infecciones”.⁶⁵
- “Algunas sociedades toman una actitud permisiva con respecto a los hombres y les permiten tener más de una pareja sexual”.⁶⁶

d) Otras conductas personales asociadas con el riesgo de una ITS

- “La perforación de la piel; esto se refiere a una amplia gama de prácticas que incluyen el uso de agujas sin esterilizar para colocar inyecciones o realizar tatuajes, la escarificación o el piercing corporal y la circuncisión mediante el uso compartido de elementos cortantes.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Ídem.



- El uso de alcohol u otras drogas antes o durante el contacto sexual; el uso de alcohol o drogas podría afectar negativamente el uso del preservativo; el alcohol podría disminuir la percepción del riesgo, que se traduce en no usar preservativo o en el caso de que se use, podría no utilizarse en forma correcta.⁶⁷

3.1.3 Afectación que provocan las infecciones de transmisión sexual

“Las infecciones por agentes patógenos de transmisión sexual distintos del VIH imponen a los países, tanto a los de recursos limitados como a los desarrollados, una carga enorme de morbilidad y mortalidad ya sea de forma directa, por la repercusión que tienen en la calidad de vida, la salud reproductiva y la salud del niño, o indirecta, por su función facilitadora de la transmisión sexual del VIH y su impacto en las economías nacionales e individuales”.⁶⁸

“El espectro de consecuencias sanitarias abarca desde enfermedades agudas leves hasta lesiones desfigurantes dolorosas y trastornos psicológicos”.⁶⁹ “Por ejemplo, la infección por neisseria gonorrhoeae causa en los hombres micción dolorosa y en las mujeres dolores agudos o crónicos en la parte baja del abdomen. La infección por treponema pallidum no tratada es indolora en las primeras fases, pero puede provocar enfermedades neurológicas, cardiovasculares y óseas en etapas posteriores de la vida y muerte fetal en embarazadas con infección aguda. El chancroide causa úlceras dolorosas con efectos discapacitantes que pueden entrañar una importante destrucción

⁶⁷ Ídem

⁶⁸ Organización Mundial de la Salud. **Estrategia mundial de prevención y control de las infecciones de transmisión sexual 2006-2015**. Ginebra: OMS; 2007; (consultado el 18 de julio de 2018). Disponible en http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789243563473_spa.pdf

⁶⁹ Ídem.



del tejido si el tratamiento no se inicia en el plazo de unos pocos días, sobre todo cuando el sujeto es una persona inmunodeprimida”.⁷⁰

“La infección por herpes genital provoca considerable sufrimiento psicosexual, debido a su naturaleza dolorosa y recurrente, particularmente en los jóvenes”.⁷¹

Ahora el virus de la inmunodeficiencia humana y Sida, si provoca complicaciones en la salud del inmuno-comprometido que lo conduce inevitablemente a la muerte, tarde o temprano. Sin embargo, debe considerarse que “El virus de la inmunodeficiencia humana, debe tener un tratamiento diferenciado ya que si bien es, por lo general, una infección de transmisión sexual, no es ésta la única vía por la cual se puede adquirir, distinguiéndose también de las demás infecciones por no ser una infección del tracto reproductivo”.⁷²

3.1.3.1 Complicaciones graves en las mujeres

“Las infecciones de transmisión sexual son la principal causa prevenible de infertilidad, sobre todo entre las mujeres. Entre el 10% y el 40% de las mujeres con clamidiasis no tratada acaban presentando enfermedad inflamatoria pélvica sintomática”.⁷³

“Las lesiones tubáricas posteriores a una infección son responsables del 30%–40% de los casos de infertilidad femenina. Además, las mujeres que han padecido

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Ídem.

⁷² Bautista Galleguillos, Mabel. **Contagio venéreo y sida. Consideraciones para construir una figura de delito, en Chile.** Tesina Magister en Derecho con mención en derecho penal. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Chile. 2015. Pág. 3

⁷³ Organización Mundial de la Salud. **Estrategia mundial de prevención y control de las infecciones de transmisión sexual 2006-2015.** Ginebra: OMS; 2007; (consultado el 18 de julio de 2018). Disponible en http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789243563473_spa.pdf



enfermedad inflamatoria pélvica tienen entre 6 y 10 veces más probabilidades de sufrir un embarazo ectópico que las que no la han padecido y el 40%–50% de los embarazos ectópicos pueden atribuirse a un episodio anterior de enfermedad inflamatoria pélvica”.⁷⁴

“El papiloma virus humano es otro importante agente patógeno causante de infecciones de transmisión sexual de origen vírico. Provoca anualmente unos 500,000 casos de cáncer cervicouterino y 240,000 defunciones, principalmente en países de escasos recursos”.⁷⁵

3.1.3.2 Resultados adversos en el embarazo

“Las infecciones de transmisión sexual no tratadas están asociadas a infecciones congénitas y perinatales en el recién nacido. En el embarazo, la sífilis temprana no tratada puede provocar una tasa de mortinatalidad del 25% y un 14% de las muertes neonatales, lo que significa aproximadamente un 40% de la mortalidad perinatal global”.⁷⁶

“A nivel mundial, hasta 4000 recién nacidos quedan ciegos cada año como consecuencia de infecciones oculares atribuibles a infecciones gonocócicas y clamidianas maternas no tratadas. Hasta el 35% de los embarazos entre mujeres con infección gonocócica no tratada acaban en aborto espontáneo o parto prematuro”.⁷⁷

“En ausencia de profilaxis, el 30%–50% de los niños nacidos de madres con blenorragia no tratada y hasta el 30% de los niños nacidos de madres con clamidiasis

⁷⁴ Ídem

⁷⁵ Ídem

⁷⁶ Ídem

⁷⁷ Ídem.



no tratada acabarán presentando conjuntivitis neonatal, que puede acabar produciendo ceguera”.⁷⁸

3.1.4 Incidencia de las infecciones de transmisión sexual

En noviembre de 2017 se publicó un estudio sobre la incidencia de las infecciones de transmisión sexual en el país. De lo más relevante, este estudio determinó que “Alrededor de 120.000 guatemaltecos están infectados de sida y la mayoría lo ignora, (...) y que sitúa a Guatemala como el tercer país de incidencia en América Latina. El estudio, presentado por el Programa Nacional para la Prevención, Atención y Control de Infecciones de Transmisión Sexual, VIH y Sida, del Ministerio guatemalteco de Salud, precisa que el 0,9% de los 13,3 millones de habitantes de este país son portadores de ese virus”.⁷⁹

Ese dato, según el estudio citado, sitúa a Guatemala como el tercer país de América Latina, según la proporción de habitantes, con la tasa más alta de infectados, sólo superado por Belice y Honduras. Mariel Castro, directora de ese programa, explicó que del total de personas infectadas, según sus estadísticas, "unas 13.000 tienen necesidad de tratamiento urgente", de las cuales sólo 6.000 reciben asistencia médica. La experta precisó que la mayoría de personas infectadas son jóvenes de entre 12 y 25 años de edad y se prevé que al llegar al 1% de guatemaltecos infectados, "el problema se convertirá en una epidemia". "Sólo faltan 3.000 guatemaltecos infectados para

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ **Guatemala es el tercer país de Latinoamérica con mayor tasa de sida.** El País, EFE, Guatemala, 28 de noviembre de 2017. https://elpais.com/internacional/2007/11/28/actualidad/1196204405_850215.html (consultado el 17 de julio de 2018)



alcanzar esa cifra (...), eso sería indicador de una epidemia generalizada", indicó Castro.

Desde hace dos décadas que ya se ha determinado que el contagio de Infecciones de Transmisión Sexual tiene el efecto facilitar y elevar el riesgo de contagio de VIH/Sida. En efecto, "La Organización Mundial de la Salud (OMS) estimó que en 1999 ocurrieron en todo el mundo 340 millones de casos nuevos de ITS curables. Para América Latina y el Caribe se estimaron 38 millones (11%). Diversos estudios han demostrado la acción facilitadora de las ITS en la trasmisión del VIH. Un aumento de los casos de ITS puede servir para llamar la atención acerca del potencial de diseminación de la infección por VIH. Esto debido a que las ITS indican que la persona ha tenido relaciones sexuales sin protección y pudo haber estado con múltiples parejas sexuales. Se ha observado que las ITS pueden incrementar de 2 a 10 veces la transmisión del VIH".⁸⁰

Incluso, "Desde el comienzo de la epidemia VIH/SIDA se ha apreciado una fuerte asociación entre infección VIH y otras ITS. La distribución geográfica mundial de la infección por VIH de transmisión sexual corre paralela a la de otras ITS. La infecciosidad del VIH en casos de coinfección con otras ITS es mayor que la del VIH aislado".⁸¹

3.2 Análisis dogmático del tipo penal contagio de infecciones de transmisión sexual

⁸⁰ Silvestre, Lilian Eugenia. "Infecciones de Transmisión Sexual en Personas Viviendo con Vih/Sida con o sin Tratamiento Antirretroviral". Tesis. Facultad de Medicina, Universidad de San Carlos de Guatemala. 2010. Pág. 1

⁸¹ *Ibidem*. Pág. 2



3.2.1 Conceptualización del contagio de infecciones de transmisión sexual

El Diccionario de Guillermo Cabanellas define: “contagio, es una figura especial del delito de contagio de enfermedades venéreas, que no sólo recae sobre las prostitutas o aficionadas, sino también sobre los hombres que, sin escrúpulos, prenden la corrupción fisiológica donde ya ha perdido la moral, sea la mujer más o menos novicia en tales lides”.⁸²

El Diccionario de Salvat define: “Venéreo, es un adjetivo perteneciente al placer o al acto sexual y agrega, Venereología, que significa en medicina, la suma de conocimientos relativos a las enfermedades específicas transmisibles por el acto sexual”.⁸³

Vale comentar que la definición de contagio venéreo que expone Cabanellas incluye a cualquier persona y no solamente a determinado segmento de la población que por razones de actividades de prostitución serían los de más alto riesgo de transmisión; hoy en día, en el derecho penal ya se ha superado la exigibilidad de determinada moralidad para que se consuma el delito, porque igualmente puede ser víctima de este contagio cualquier mujer y cualquier hombre, independientemente de su conducta en el ejercicio de su sexualidad. Además, en el ordenamiento jurídico penal de Guatemala ya no se denomina contagio venéreo sino que ahora es el contagio de enfermedades de transmisión sexual.

3.2.2 El tipo penal de contagio de infecciones de transmisión sexual

Estipulado en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República,

⁸² Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 491

⁸³ Salvat. **La enciclopedia**. Vol. 2, Editorial Salvat, 2004. Madrid, España. Pág. 155



parte especial, en el Artículo 151. (*Reformado por Artículo 24 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República*).

“Quien a sabiendas que padece de infección de transmisión sexual, expusiera a otra persona al contagio, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Si la víctima fuera persona menor de edad o persona con incapacidad volitiva o cognitiva, la pena se aumentará en dos terceras partes”.

3.2.3 Elementos del delito contagio de infecciones de transmisión sexual

3.2.3.1 El bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado es la razón de ser del establecimiento de una conducta como delictiva y el proceso de criminalización legítima de conductas, que supone la instauración del tipo penal, por parte del Estado en aras de la protección de intereses colectivos. Según Jescheck el bien jurídico tutelado “constituye la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos. Sin embargo, éste debe tener un sentido real propio cuyo contenido sea anterior a la norma y en base a los intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho Penal otorga su protección”⁸⁴. Dicho tratadista lo explica de la siguiente forma:

*“...el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad.”*⁸⁵

Respecto del bien jurídico tutelado en el tipo penal de contagio de infección de transmisión sexual, éste es un delito en contra de la integridad de la persona, para

84 Jescheck, Hans Heinrich. **“Tratado de Derecho Penal. Parte General”**. 4ª. Edición. Traducción del alemán al español de José Luis Manzanar Samaniego. Edit. Comares, España, 1988. pág. 223.

85 Jescheck, Hans Heinrich. Op. Cit. Pág. 223



consumarse obligadamente se da por relaciones sexuales y se requiere de dos sujetos, uno portador y otro receptor; esto se deriva de su ubicación en el Código Penal, al ser incorporado entre los delitos de lesiones, que de forma general protegen la integridad de la persona.

3.2.3.2 Elementos personales

Los sujetos del delito son dos: a) el sujeto activo y b) el sujeto pasivo.

a) El sujeto activo del delito:

Alfonso Reyes citado por Pérez Astudillo, manifiesta que “el sujeto activo o agente del delito es la persona que realiza la figura típica”⁸⁶. La tendencia generalizada es la consideración de que solamente pueden ser sujetos activos de los delitos las personas individuales o naturales. En este sentido Quisbert sostiene que “Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos, aún en los casos de asociación criminal, las penas recaen sólo en sus miembros integrantes. Solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena”.⁸⁷

Respecto al sujeto activo de los delitos también se han ido estableciendo en las legislaciones penales catálogos de delitos en los que el sujeto activo no puede ser cualquiera, puesto que se exige una condición o característica especial en el autor para configurar determinado tipo penal. El hecho de no concurrir esta condición especial en el sujeto activo hace que no sea delito o siéndolo lo que cambia es la tipificación jurídica

⁸⁶ Pérez Astudillo, Miguel. **El sujeto activo del delito**. Pág. 1 En <http://www.feine.org.ec/pacha/wp-content/uploads/2012/01/EL-SUJETO-ACTIVO-DEL-DELITO.pdf> (consultado el día 20 de julio de 2018)

⁸⁷ Quisbert, Ermo. **Sujeto del Delito**. Pág. 1 Disponible en: www.enj.org. (Consultado el día 20 de julio de 2018)



de la conducta punible.

Ahora bien, en el sujeto activo para la comisión del delito de contagio de infección de transmisión sexual puede ser cualquiera persona siempre y cuando esté padeciendo de una infección de transmisión sexual, preexistente a la comisión de este delito.

b) El sujeto pasivo

El sujeto pasivo se ha conceptualizado como aquel quien es el “titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro”⁸⁸. En general, “un bien o interés pertenece a la persona, a la sociedad o a el Estado. Entre las personas pueden ser colectivas e individuales”⁸⁹ por lo que también el sujeto pasivo puede ser una persona jurídica como las sociedades comerciales, los perjuicios son esencialmente de carácter económico y contra su propiedad.

En el catálogo de tipos penales también se han establecido algunos delitos que exigen una condición especial en la víctima para que pueda ser encuadrado en un determinado delito, de no concurrir esa condición cambia el tipo penal aplicable o hasta puede no ser ningún delito.

En el caso del delito de contagio de infección de transmisión sexual, el tipo penal no exige una cualidad o condición que deba concurrir en la víctima, por lo que también puede ser cualquier persona, hombre o mujer. En la sociedad guatemalteca se tiende a suponer que las víctimas específicas de este delito son mujeres por la subordinación en que viven en relación a su pareja, que el hombre está más expuesto a contagiarse de

⁸⁸ Quisbert. Op. Cit. Pág. 2

⁸⁹ Quisbert. Op. Cit. Pág. 2



estas infecciones por su forma de vida y de poca responsabilidad en el ejercicio de su sexualidad al evadir la protección en las relaciones sexuales, esto es cierto solamente en cuanto a que las probabilidades que el hombre contagie a la mujer sea mayor, pero no excluye que la mujer pueda ser el sujeto activo del delito, puesto que la ley no hace distinción entre el sexo, puesto que la misma realidad del contagio de estas infecciones no distingue en razón del sexo del sujeto activo y pasivo del delito.

3.2.3.3 Elemento objetivo o material

Los elementos objetivos del tipo son elementos puros de tipicidad de los que se vale la ley para describir las conductas. El componente objetivo del tipo penal es una conducta exterior realizada por una persona y se expresa a partir de un verbo, conocido como el verbo rector. En este sentido el delito es una acción determinada y expresada gramaticalmente por un verbo en cualquiera de sus formas.

Así mismo entre los elementos objetivos se encuentra las circunstancias que ayudan a determinar la tipicidad de la conducta punible. Por lo que la fórmula legal y general también sitúa al verbo rector dentro de un cúmulo de circunstancias (tiempo, medios, modalidades, móviles...)

Como puede advertirse el sujeto activo es quien realiza la conducta descrita en el verbo rector, que es el elemento objetivo. El tipo penal de contagio de infección de transmisión sexual, tal como se puede visualizar, el elemento objetivo del delito, objeto de la presente investigación, se presenta de la siguiente manera:



El delito	Sujetos	Elemento objetivo	Elementos circunstanciales	Penas
Comete el delito de contagio de infección de transmisión sexual	Sujeto activo: "quien" (cualquier persona, a sabiendas que padece de infección de transmisión sexual)	Expusiera a otra persona al contagio	Exigencia que el sujeto activo conozca que padece de infección de transmisión sexual	Prisión de dos a cuatro años
	Sujeto pasivo: Cualquier persona, hombre o mujer	La persona que es expuesta al contagio, hombre o mujer.		
Delito de contagio de infección de transmisión sexual de forma agravada	Sujeto activo: "quien" (cualquier persona), a sabiendas que padece de infección de transmisión sexual)	Expusiera a otra persona al contagio	Exigencia que el sujeto activo conozca que padece de infección de transmisión sexual	La pena se aumentará en dos terceras partes
	Sujeto pasivo: persona menor de edad o persona con incapacidad volitiva o cognitiva			

En el tipo penal que se analiza se especifica que el delito lo comete el sujeto activo cuando expone a otra persona al contagio de una infección de transmisión sexual, este



es el elemento objetivo, que no es más que la conducta prevista en el tipo penal; tal como se lee, basta con que se exponga al contagio a otra persona durante la relación sexual y no es necesario que se dé dicho contagio como resultado, este es el tipo objetivo.

En el delito de contagio de infección de transmisión sexual, se está frente a un tipo penal en el que el legislador ha realizado una valoración político jurídica y ha establecido en forma anticipada que la realización de este tipo de conductas en efecto pone en peligro el bien jurídico protegido, sin necesidad de estarlo demostrando en cada uno de los procesos, porque según la voluntad del legislador basta con que el sujeto activo realice la conducta prevista en la norma penal para que se dé la exposición al contagio.

3.2.3.4 Elemento subjetivo o interno

El elemento subjetivo del delito se refiere a la motivación interna del sujeto que realiza la acción típica, es decir, de su intencionalidad de querer hacer y realizar la conducta afectando o poniendo el riesgo el bien jurídico protegido, que no es más que el concepto de dolo. Como lo explica Eduardo González Cauhapé-Cazaux “El dolo es el elemento nuclear del tipo subjetivo. Por dolo tenemos que entender la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito y puede ser definido como el conocer y querer la conducta y el resultado típico”⁹⁰

La ausencia de dolo daría lugar a considerar lo culposo, tradicionalmente determinado por la concurrencia de cualquiera de las causas posibles de un resultado típico por la imprudencia, la impericia o negligencia del autor; situación que no admite el

⁹⁰ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. Op. Cit. Pág. 55



tipo penal contagio de infecciones de transmisión sexual porque el elemento objetivo describe conductas que implican el conocimiento y la voluntad del sujeto activo de realizarlo. Normalmente el dolo no lo describe el tipo penal como elemento subjetivo, que solamente se infiere como implícita en la descripción típica.

Así mismo otro elemento subjetivo de relevancia que está descrito en el tipo penal es la exigencia de que el sujeto activo debe tener conocimiento previo de que padece infección de transmisión sexual; de no probarse de este conocimiento previo se estaría ante la inexistencia de ese elemento subjetivo especial y tendría como consecuencia la exclusión de la tipicidad de este delito.

Conforme a esta tipicidad subjetiva del delito que se analiza no cabría una modalidad de delito culposo, puesto el tipo penal requiere que el sujeto activo tenga plena conciencia, derivado de la exigencia que el sujeto activo tenga conocimiento de su padecimiento y en consecuencia se le requiera un obrar con responsabilidad y la debida protección en sus relaciones sexuales, o en cualquier caso, la abstención de estas relaciones cuando se tenga conocimiento de este padecimiento.

3.2.4 La pena del delito

La pena es la consecuencia prevista en el tipo penal por la concreción en la realidad de los presupuestos de hecho hipotéticamente establecidos. De ahí que la “La punibilidad no sólo es un requisito esencial de la infracción, sino quizás el principal, puesto que sin ella, siempre existirá un injusto, pero para que ese injusto sea penal; es preciso que esté sancionado con una pena”.⁹¹

El delito de contagio de infección de transmisión sexual tiene prevista una pena

⁹¹ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**, pág. 46



de prisión. Al tenor del Artículo 151 del Código Penal al responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a cuatro años. Si la víctima fuera persona menor de edad o persona con incapacidad volitiva o cognitiva, la pena se aumentará en dos terceras partes.”



CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 151 DEL CÓDIGO PENAL, DECRETO 17-73, CONTAGIO DE INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL

4.1 Del trabajo de campo realizado

Se aplicó una encuesta a abogadas y abogados en ejercicio en el municipio de Chimaltenango, cabecera del departamento de Chimaltenango, con el objeto de recabar su opinión calificada respecto al problema de investigación. Cuyos resultados se presentan e interpretan a continuación.

4.2 De los resultados e interpretación

Los resultados permiten la interpretación y el análisis siguiente:

a) Necesidad de sancionar el contagio de infección de transmisión sexual

Existe consenso entre los encuestados que debe sancionarse la conducta de la persona que propicia el contagio de las infecciones de transmisión sexual, particularmente la conducta dolosa que es el presupuesto del tipo penal establecido en el Artículo 151 del Código Penal. Además se hace referencia que esta forma de dolo, se evidencia en la falta de conciencia del transmisor, al tener conocimiento de su enfermedad, que debe evitar contacto con las otras personas, entendiendo que se refieren a relaciones sexuales y que ésta actuación con premeditación no es justo porque causa un daño en la salud de la persona y el costo de una enfermedad grave, que puede resultar. También se señala que, además de lo legal, es una falta de moral al manifestar esta conducta dolosa y por lo tanto, debe aplicarse la sanción establecida en la ley.

b) Tratamiento general de todas las infecciones de transmisión sexual, sin tomar



en cuenta los niveles de gravedad

Es mayoritaria la opinión en un 73 % de los encuestados, respecto a que en el tipo penal establecido en el Artículo 151 del Código Penal, se incurre en la generalización al tratar por igual a todas las infecciones de transmisión sexual, no obstante que muchas de estas infecciones tiene diferentes niveles de gravedad, que pueden causar lesiones graves, permanentes e incluso poner en peligro la vida de la víctima.

En la opinión de los profesionales del derecho encuestados, es que no se debe generalizar, tendría que ser de acuerdo al tipo de infección, que en este sentido se debe especificar o realizar una escala de graduación de gravedad para imponer las sanciones de acuerdo a las circunstancias, puesto que ha sido evidente que hay conductas más graves que otras.

Teniendo presente que hay infecciones de transmisión sexual que son de gravedad y que causan daño irreversible a las personas; por lo que las lesiones graves o incluso la pérdida de la vida, es la consecuencia de la infección por lo tanto aplicaría un concurso de delitos. Acá se comparte el criterio que entre más grave la enfermedad más grave debería ser la pena, aquí debería reformarse la ley y aclarar este asunto.

Entre los que no están de acuerdo con que la tipificación del mencionado delito no generaliza, opinan que la ley debe aplicarse tal y como fue consignada de conformidad con el espíritu de la norma o porque no importando la gravedad se hace referencia a una enfermedad de transmisión sexual y ya que lo está haciendo con dolo no importa la gravedad de la enfermedad.

Ahora bien, se debe considerar la opinión respecto a que el tipo señalado en el



Artículo 151 Código Penal en caso de menor o con incapacidad volitiva o cognitiva, se aplicaría el tipo señalado Artículo 173 Bis y 174 párrafo 6, del Código Penal; Se entiende en lo opinado que debe aplicarse el delito de agresión sexual en caso de menor de catorce años o de persona con incapacidad volitiva o cognitiva, con agravación de la pena si de tal agresión se tiene como consecuencia el contagio de infección de transmisión sexual.

c) La pena establecida en el delito de contagio de transmisión sexual no cumple con el principio de proporcionalidad

La opinión de los profesionales encuestados está dividida aunque un cincuenta y cinco por ciento considera que la pena establecida para el delito de contagio de infección de transmisión sexual, de prisión de dos a cuatro años, no se cumple con el principio de proporcionalidad de la pena. Esta postura básicamente se sostiene sobre la afirmación que no se hace una proporcionalidad justa de ciertas infecciones que son graves a las personas y las penas deberían de ser de más gravedad dependiendo de la infección. Además, se tiene el criterio que sola la pena de prisión no es suficiente porque se debe agregar un resarcimiento en daños y perjuicios a la persona que se contagia.

Se trae a colación la postura de los que sostienen que se cumple con el principio de proporcionalidad de la pena, puesto que precisamente para que sea discreción del juez aplicar la pena de acuerdo a la gravedad de la infección desde un mínimo de dos a un máximo de cuatro años y porque se supone existe el consentimiento de la víctima en la relación sexual, de lo contrario se daría la violación o la agresión sexual. Por otra parte, se afirma que se castiga solo el hecho de saber que está enfermo y no dice nada



al tener relaciones, ese es el castigo aplicando el principio de igualdad.

d) Necesidad de individualización de los tipos de infección en el delito de contagio de infección de transmisión sexual

La opinión mayoritaria de los profesionales del derecho encuestados, en un sesenta y cuatro por ciento considera necesario que se debe individualizar los tipos de infección de transmisión sexual para su adecuada sanción penal, conforme a su gravedad sintomatológica y la gravedad de la afectación en la víctima. En este sentido, las opiniones destacan que es preciso individualizarla para no tratar igual a alguien con SIDA con alguien con una infección no grave; así mismo esta individualización es para que exista proporcionalidad y para una tutela judicial efectiva tanto para la víctima como para el sindicado y no se sancione de forma general. Entre los criterios aportados se refiere a la actualización de la ley penal, en el presente caso, por el surgimiento de nuevas enfermedades.

En la opinión de quienes consideran que no debe individualizarse se sustentan en el criterio que la gravedad se determina con informe del perito, se entiende que es en los casos concretos; además se sostiene que son enfermedades de transmisión sexual sin importar lo grave, el punto aquí es que se realiza con dolo y ánimo de causar daño a alguien más.

e) Pertinencia de reforma del Artículo 151 del Código Penal.

El setenta y tres por ciento opina que es pertinente que se reforme el Artículo 151 del Código Penal para incorporar un criterio de proporcionalidad de la pena en razón de la gravedad sintomatológica sufrida por la víctima y los bienes jurídicos



afectados como resultado de la conducta del sujeto activo de este de delito. Entre las razones que expusieron está que la reforma es pertinente para sancionar de acuerdo al delito y daño causado teniendo en cuenta que es necesario penalizar de conformidad con la enfermedad contagiada y la tutela judicial efectiva de la víctima.

Otros criterios apuntan que no sería reforma, sería derogatoria, incluirlo como agresión sexual y con agravación de la pena, si el responsable es el esposo, esposa, novia o novio. Y debe agregarse el resarcimiento.

Los que opinan que no es pertinente la reforma, consideran que lo penado es la conducta mal intencionada del sujeto activo, se entiende que no el contagio en sí.

4.3 Análisis jurídico del Artículo 151 del Código Penal, delito de contagio de infección de transmisión sexual y la pertinencia de su reforma

Sobre la base del análisis del trabajo de campo y el contenido analizado del Artículo 151 del Código Penal, que tipifica el delito de contagio de infecciones de transmisión sexual, se pueden hacer consideraciones jurídicas sobre los aspectos que a continuación se presentan.

a) Sobre la conducta sancionable en el tipo penal contagio de infección de transmisión sexual y la proporcionalidad de la pena

Como se anticipó en el análisis dogmático de este delito, el tipo en sí no está sancionando el contagio al sujeto pasivo. Ello se deduce del elemento objetivo que se enuncia como “Quien a sabiendas que padece de infección de transmisión sexual, *expusiera* a otra persona al contagio”, el verbo rector se centra en que la persona con infección de transmisión sexual, que conoce previamente esta circunstancia expone al



contagio a otra persona.

Para sustentar de mejor forma esta interpretación de la descripción típica debe hacerse referencia que el actual delito tuvo una reforma en el año 2009, mediante el Artículo 24 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República. Con esta reforma se cambió de forma atinada el concepto de enfermedad venérea por el de infección de transmisión sexual y se cambió la pena, entonces únicamente pecuniaria, a una de pena de prisión. El delito de contagio venéreo como antecedente en el ordenamiento jurídico penal, contenido en el Artículo 151 del Código Penal, antes de la reforma citada, establecía que:

“Quien, conociendo que padece de enfermedad venérea, expusiere a otro el contagio, será sancionado con multa de cincuenta a trescientos quetzales.

Si el contagio ocurriere, además, se le impondrá prisión de dos meses a un año.

Este delito sólo es perseguible a instancia de parte”.

Tal como se establecía, el elemento objetivo en la reforma del año 2009 se mantuvo, solo hubo cambios en la denominación de la enfermedad y en la pena como ya se expuso y además se suprimió el régimen de la acción de instancia de parte, quedando como delito de acción pública. Como se observa la tipicidad objetiva sigue siendo la misma, que solo se sanciona la exposición al contagio; y con más razón si se colige con el segundo párrafo que expresaba “Si el contagio ocurriere, además, se le impondrá prisión de dos meses a un año”, esta párrafo ya no se incluyó en el tipo penal reformado en el 2009, pero este antecedente refuerza la interpretación que la intencionalidad de la norma actual es sancionar únicamente la “exposición al contagio” y no el contagio en sí.



Así como se encuentra actualmente establecida la tipicidad objetiva el delito de contagio de infección de transmisión sexual, es un delito de peligro abstracto puesto que basta con que se dé la relación sexual, con el sujeto activo con conocimiento que padece de cualquiera de las infecciones de transmisión sexual para que se consuma la exposición al contagio, no hace falta que ocurra efectivamente el contagio. Visto así, el tipo penal no alcanza en su aplicación a determinar la gravedad de la infección y su consecuente penalización conforme a esa gravedad porque ni siquiera lo está previendo, esto por ser un delito de peligro y no de resultado. En estas consideraciones, la determinación de la proporcionalidad de la pena prevista de 2 a 4 años de prisión, es en exclusiva por la exposición al contagio y no a la eventual gravedad de la infección transmitida sexualmente. En opinión de la investigadora esta pena es proporcional al peligro abstracto previsto en el tipo penal, pero no sanciona según la gravedad de la infección transmitida, por no ser un delito de resultado.

Ahora bien, para que se pueda sancionar conforme a la gravedad de la infección que resulte, debe reformarse el Artículo 151 del Código Penal, para incorporar una norma general que sancione el resultado el contagio y que esta sanción sea conforme a la gravedad del daño en el sujeto pasivo.

b) La forma agravada del delito de contagio de infección de transmisión sexual debe castigarse sin perjuicio de la sanción penal por el delito de violación o agresión sexual, con agravación de la pena

El segundo párrafo del Artículo 151 del Código Penal, contagio de infección de transmisión sexual, establece que “Si la víctima fuera persona menor de edad o persona con incapacidad volitiva o cognitiva, la pena se aumentará en dos terceras



partes”. En términos de vulnerabilidad de la víctima, puede apreciarse como acertado la agravación de la pena, pero en función del bien jurídico protegido y la efectiva protección de la persona a través de la norma penal, merece un análisis jurídico penal más amplio.

Debe tenerse presente que, en el contexto de la propagación de las infecciones de transmisión sexual, se entiende que es un riesgo que ocurre durante las relaciones sexuales. Por lo que esta exposición al contagio no puede abstraerse de este contexto de relaciones sexuales; en esta consideración del medio idóneo de contagio hace deducir que para que un menor de edad se exponga al contagio debe sostener relaciones sexuales con el sujeto activo; de igual forma la persona con incapacidad volitiva o cognitiva, en los términos del delito precitado.

Sin embargo, en el caso del menor de edad y la persona con incapacidad volitiva o cognitiva, respecto a las relaciones sexuales tienen protección de su indemnidad sexual. Por regla general, las relaciones sexuales son libres y consentidos por las personas en el ejercicio de su libertad sexual, caso que no ocurre con la persona menor de edad y menos con la persona privada de su capacidad volitiva o cognitiva, por ello el derecho penal los ha protegido bajo el concepto de indemnidad sexual porque no están en capacidad de consentir las relaciones sexuales.

Con este razonamiento jurídico el segundo párrafo del Artículo 151 del Código Penal, puede llevar al error de considerar que pueden exponerse al contagio de infecciones de transmisión sexual a menores y personas con incapacidad volitiva o cognitiva, sin que se afecte el bien jurídico de la indemnidad sexual. Situación que es inadmisibles, por lo que deben tipificarse, además, delitos diferentes a lo establecido en



este artículo bajo análisis. Por ello, puede encuadrarse la conducta del sujeto activo en el delito de violación, en aplicación del segundo y tercer párrafo del Artículo 173 del Código Penal que establece que “Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aun cuando no medie violencia física o psicológica.

La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos”.

Así mismo, habiéndose descartado el delito de violación, debe aplicarse el delito de agresión sexual, en su forma agravada. Respecto al Artículo 173 Bis del Código Penal que tipifica el delito de agresión sexual, en su segundo y tercer párrafo, se establece que “Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva aun cuando no medie violencia física o psicológica.

La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos”

En el Artículo 174 del Código Penal, se establece la agravación de la pena, en dos terceras partes, conforme a su numeral 6º. “Cuando a consecuencia de la conducta, el autor produjere contagio de cualquier enfermedad de transmisión sexual a la víctima”.

Tal como se advierte, en los Artículos 173 y 173 Bis del Código Penal, en sus respectivos párrafos terceros establece legalmente un concurso real de delitos, que conforme al Artículo 69 del Código Penal, que:

“Al responsable de dos o más delitos, se le impondrán todas las penas



correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieren igual duración, no podrán exceder del triple de la pena.

Este máximo, sin embargo, en ningún caso podrá ser superior:

- 1°. A cincuenta años de prisión;
- 2°. A doscientos mil quetzales de multa.

Se puede comentar que la forma agravada del delito de contagio de infección de transmisión sexual, contiene supuestos de hecho que se encuadran en el delito de violación o en el de agresión sexual, con penas entre 8 y 12 años de prisión o de 5 a 8 años de prisión, respectivamente; ahora bien tanto el delito de violación como el de agresión sexual tiene agravación de la pena, si de cómo consecuencia el autor produjere contagio de enfermedad de transmisión sexual; se entiende que ésta agravación por el contagio no es relevante que el autor tenga o no conocimiento previo de su infección, puesto que se está previendo como agravación circunstancial en la violación o agresión sexual; diferente es el tipo penal contenido en el Artículo 151 del Código Penal que sí es relevante que el autor actúa a sabiendas de su infección.

Por esta distinción en el elemento subjetivo del delito previsto en el Artículo 151 del Código Penal (conocimiento previo del autor de su infección) y la tipicidad objetiva (el elemento objetivo, que es exponer al contagio a otra persona), es que debe sancionarse, en caso de menores de catorce años o personas con incapacidad volitiva o cognitiva, los dos delitos: el delito de contagio de infección de transmisión sexual y el delito de violación o según el caso, el de agresión sexual. Posición que se ve fortalecida



por la disposición de los Artículos 173 y 173 Bis, del mismo cuerpo legal, que establece que la pena por estos delitos se impondrá sin perjuicio de otras penas por la comisión de otros delitos. Además, este concurso real de delitos se sustenta en la determinación que se están violentando dos bienes jurídicos protegidos diferentes: la integridad de la persona y la indemnidad sexual.

c) Pertinencia de la reforma del delito de contagio de infección de transmisión sexual conforme al principio de la proporcionalidad de la pena

Sobre la base del análisis recogido en el trabajo de campo y el análisis jurídico que la investigadora realiza en este apartado, se puede afirmar que la reforma del Artículo 151 del Código Penal si es pertinente, en el sentido de la necesidad de establecer una regla general que permita sancionar conforme a la gravedad de la infección que se ocasiona a consecuencia de la conducta del autor, al exponer al contagio a otra persona a sabiendas que está infectado.

Hasta ahora el delito de contagio de infección de transmisión sexual es sancionado por el dolo del sujeto activo o autor, que a sabiendas de su infección exponga a otra persona al contagio; es un delito que no exige que se dé un resultado, es decir, independiente que se dé efectivamente el contagio o no en el sujeto pasivo; sin embargo, existe una variedad de infecciones de transmisión sexual que no solo atentan contra la salud, sino que provocan lesiones graves o gravísimas y hasta atentan contra la vida misma, como los daños que provoca el virus de la inmunodeficiencia humana, Sida. Por lo que una pena por la simple exposición no es proporcional a la real posibilidad del contagio en la víctima, que merece ser protegida en función que existe una variedad de bienes jurídicos que el derecho penal le



garantiza.

En este contexto normativo, también es cierto que puede acudir, en los casos concretos, a la figura del concurso de delitos, sin embargo esto puede tergiversarse a favor del reo en detrimento de la tutela de los derechos de la víctima, sino se plantea desde el tipo penal establecido en el Artículo 151 del Código Penal, como bien lo ejemplifican los delitos de violación y agresión sexual, que se establecen penas sin perjuicio de otras, por la comisión de otros delitos que resultaren por la conducta del sujeto activo del delito. Así mismo, el Artículo 151 del Código Penal, antes de su reforma en el año 2009, contemplaba la sanción diferenciada y adicional a la exposición al contagio por si de la conducta del autor se produce el contagio, previendo que debía ser sancionado por una pena específica.

En la pena del delito de análisis se debe establecer una pena que se adecúe a la gravedad de los daños o lesiones en la persona contagiada que se subsuman en otro delito, para un parámetro de penalización; esto es importante establecerlo así, porque también hay infección que provocan lesiones graves lo hay también que no requieren de mayor tratamiento y no superan los supuestos de una lesión leve; por eso la norma debe tener esta flexibilidad porque el parámetro de proporcionalidad de la pena debe ser a favor de la víctima y del autor del delito, en términos de igualdad y justicia.

Así mismo es importante garantizar la aplicación de la sanción del delito de violación o de la agresión sexual en los casos de menores y de personas con incapacidad volitiva y cognitiva, debiendo introducir una frase que lo remita expresamente y no depender de la aplicación del concurso de delitos, que siempre será a criterio e interpretación de quienes invocan y aplican la ley penal.



Dadas las consideraciones jurídicas anteriores, se puede proponer una versión reformada del Artículo 151 del Código Penal, incorporando los aspectos analizados en razón de la necesidad de establecer una proporcionalidad de la pena, conforme a la gravedad de las infecciones de transmisión sexual; quedando el citado artículo de la siguiente forma: "Artículo 151. Quien a sabiendas que padece de infección de transmisión sexual, expusiera a otra persona al contagio, será sancionado con prisión de dos a cuatro años. *Si el contagio ocurriere, además, se le impondrá la pena que corresponda a la lesión sufrida por la persona contagiada u otro delito más grave que sea consecuencia directa del contagio.* Si la víctima fuera persona menor de edad o persona con incapacidad volitiva o cognitiva, la pena se aumentará en dos terceras partes; *esto sin perjuicio, además, de la pena que según corresponda por el delito de violación o de agresión sexual, de conformidad con este Código*". (En letra cursiva están los aspectos que se adicionan en la propuesta de reforma de este artículo que la investigadora realiza, como parte del análisis jurídico de este delito).





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El poder punitivo del Estado, es una potestad que se ejerce en la protección de la persona y sus derechos, entre estos, la vida, la integridad, la libertad e indemnidad sexual, estableciendo los tipos penales para su protección a través del derecho penal, institucionalidad y procesos instituidos para la adecuada sanción penal de quienes vulneren estos bienes protegidos.

La pena como institución jurídica del derecho penal, ha tenido una evolución en términos de su humanización, que se expresan actualmente en los principios de legalidad, personalidad y proporcionalidad que informan la pena tanto en su determinación por la legislación penal como su imposición en casos concretos. Dentro de los aspectos a considerar el principio de proporcionalidad debe ser acorde a la gravedad del daño en la víctima del delito.

Las infecciones de transmisión sexual son un flagelo social y preocupación de salud pública en la actualidad de los países. A pesar de las medidas sanitarias de prevención y de tratamientos médicos curativos, su propagación ha ido en aumento, particularmente en la población de escasos recursos económicos y de poco acceso a la información, no obstante que estas infecciones ocurren en cualquier región y en cualquier grupo social, con o sin sus recursos. Estando penalizado por la ley, la conducta de la persona que a sabiendas de su infección expone al contagio a otras.

Las penas las fijan los jueces sentenciadores entre los límites establecidos en la ley por lo que para propiciar la aplicación proporcional de penas acorde a la gravedad de los daños causados por el autor del delito, en cada caso concreto, se hace necesario la reforma legal del delito de contagio de infecciones de transmisión sexual, contenida



en el Artículo 151 del Código Penal, adicionando el contagio como conducta sancionable y determinando la pena conforme a la lesión en la víctima o el delito en que se subsume el daño provocado por el autor. Así mismo debe hacer remisión en caso de menores y personas con incapacidad volitiva o cognitiva, a los delitos de violación o agresión sexual, según proceda.



RECOMENDACIONES

Al Estado de Guatemala se recomienda que además del ejercicio de su potestad punitiva, garantizar por todos los medios institucionales y legales la protección de la persona y sus derechos, entre estos, la vida, la integridad, la libertad e indemnidad sexual y que a través de los órganos jurisdiccionales y de investigación se haga justicia en los casos en que estos derechos son vulnerados.

A los centros de enseñanza superior donde se imparta la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales y centros de capacitación de las instituciones públicas vinculadas a la justicia penal, se profundice sobre los principios de legalidad, personalidad y proporcionalidad que informan la pena tanto en su determinación por la legislación penal como su imposición en casos concretos; que como parte de los procesos formativos se tome en cuenta las consideraciones teóricas, así mismo el principio de proporcionalidad para que la pena a imponer sea acorde a la gravedad del daño en la víctima del delito.

Al Congreso de la República de Guatemala, se recomienda, revisar el Artículo 151 del Código Penal a efecto de realizar la reforma necesaria con el propósito de incorporar, además de la exposición al contagio, la sanción si ocurre el contagio, ajustando la pena conforme a la gravedad de la lesión causada en la víctima o los delitos en que subsuman los daños ocasionados en la persona contagiada. Así mismo al Congreso de la República se le recomienda incluir entre esta reforma la remisión a los delitos de violación o agresión sexual, según corresponda, en el caso de menores de edad y personas con incapacidad volitiva y cognitiva.





ANEXO
CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
BOLETA DE ENCUESTA

Encuesta dirigida a profesionales de las ciencias jurídicas y sociales, Abogados y Notarios del municipio de Chimaltenango, departamento de Chimaltenango.

TESIS:

“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 151 DEL CÓDIGO PENAL, DECRETO 17-73, CONTAGIO DE INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL”

Fecha de la entrevista: _____

Nombre: _____

1. ¿Cuál es su opinión respecto a que sí es necesario que se sancione penalmente a quién a sabiendas que padece de infección de transmisión sexual contagie a otra persona?

SI _____ NO _____

¿Por qué?

2. ¿Cuál es su opinión respecto a que sí en el tipo penal establecido en el artículo 151



del Código Penal: “*Quien a sabiendas que padece de infección de transmisión sexual, expusiera a otra persona al contagio, ¿será sancionado con prisión de dos a cuatro años? Si la víctima fuera persona menor de edad o persona con incapacidad volitiva o cognitiva, la pena se aumentará en dos terceras partes*”, se incurre en la generalización al tratar por igual a todas las infecciones de transmisión sexual, ¿no obstante que muchas de estas infecciones tiene diferentes niveles de gravedad, que pueden causar lesiones graves, permanentes e incluso poner en peligro la vida de la víctima?

SI _____ NO _____

¿Por qué?

3. En su opinión considera ¿Si la pena establecida para el delito de contagio de infección de transmisión sexual, de prisión de dos a cuatro años, se cumple con el principio de proporcionalidad de la pena?

SI _____ NO _____

¿Por qué?

4. En su opinión ¿Usted considera necesario que se debe individualizar los tipos de infección de transmisión sexual para su adecuada sanción penal, conforme a su gravedad sintomatológica y la gravedad de la afectación en la víctima?

SI _____ NO _____

¿Por qué?



5. Considera usted ¿Si es pertinente que se reforme el artículo 151 del Código Penal para incorporar un criterio de proporcionalidad de la pena en razón de la gravedad sintomatológica sufrida por la víctima y los bienes jurídicos afectados como resultado de la conducta del sujeto activo de este de delito?

SI _____ NO _____

¿Por qué?





BIBLIOGRAFÍA

Albán Gómez, Ernesto. **“Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”**. Tomo I, Parte General. Décima Segunda Edición. Diagramación Ediciones Legales S. A. Impresores MYL, Quito – Ecuador, 2011.

Bacigalupo Z, Enrique. **“Manual de Derecho Penal. Parte General”** Tercera reimpresión. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996.

Bautista Galleguillos, Mabel. **Contagio venéreo y sida. Consideraciones para construir una figura de delito, en Chile**. Tesina Magister en Derecho con mención en derecho penal. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Chile. 2015.

Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 24º. Edición. Editorial Heliasta. Argentina, 1996.

Cafferata Nores, José I. **Derechos individuales y proceso penal**. Editora Córdoba. Argentina. 2008.

Cafferata Nores, José; **Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas**. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998.

Cerviño, M., Hernández, G., Moruno, T., Varilla, M., Moral, M., Lorenzo, A. y Blaya, R. **La sexualidad humana**. México. 2009.

Creus, Carlos. **Derecho Penal Parte General**. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. 2010.

De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal de León Velasco. **Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Parte Especial**. Vigésima edición. Corregida y actualizada. Guatemala, 2010.



Espinoza Bonifaz, Augusto Renzo. **Los Límites al Poder Punitivo**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista. Perú. 2007.

Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**, Vol. I, Edit. Temis, Bogotá, Colombia. 1986.

Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**, Trotta, Madrid, España. 1997.

Fuentes Cubillos, Hernán. **El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal**. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la Pena. REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 14 – No.2. Año 2008.

González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco**. 2ª. Edición. Guatemala. Mayo 2003, 3ra. Reimpresión diciembre, 2009.

González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco**. Segunda edición. Guatemala, mayo 2003. Segunda reimpresión diciembre 2009.

Hurtado Pozo, José. **Conceptos Básicos de Derecho Penal Guatemalteco**. Parte General. Guatemala. 2000.

Jeschek, Hans Heinrich. **“Tratado de Derecho Penal. Parte General”**. 4ª. Edición. Traducción del alemán al español de José Luis Manzanar Samaniego. Edit. Comares, España, 1988.

Jimenez de Asúa. Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada. Argentina. 1950.

Maza López, Ángel. **Definición de Derecho Penal**. Ecuador. 2011.



Montes, Jerónimo. **"Derecho Penal Español". Parte general**, Vol. I. Madrid. Núñez Samper. 1917.

Nocetti Fasolino, Alfredo. **La Pena. Enciclopedia Jurídica Omeba**. Tomo VIII. Argentina. 1979.

Núñez, Ricardo C. **"Manual de Derecho Penal. Parte General"**. 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba – Argentina, 1999.

Pastor Prieto, Santos, **"Ah de la Justicia. Política judicial y economía"**, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

Rodríguez Manzanera, Luis. **Penología**, México, Ed. Porrúa, segunda edición, 2000.

Rojas, Ivonne Yenisey. **La proporcionalidad de las penas**. Universidad Autónoma de Sinaloa. México. 2009.

Salas Chávez, Gustavo. **"El Sistema Penal Mexicano"** Editorial Porrúa, México. 2002.

Salvat. **La enciclopedia**. Vol. 2, Editorial Salvat, Madrid, España. 2004.

Silvestre, Lilian Eugenia. **"INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL EN PERSONAS VIVIENDO CON VIH/SIDA CON O SIN TRATAMIENTO ANTIRRETROVIRAL"**. Tesis. Facultad de Medicina, Universidad de San Carlos de Guatemala. 2010.

Vélez Mariconde, A., **Derecho Procesal Penal**, tomo I, II, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, 3º Ed., 2º Reimpresión, 1986.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Estructura del Derecho Penal**. Buenos Aires. Editorial EDIAR, Argentina. 2009.



CONSULTAS ELECTRÓNICAS

Guatemala es el tercer país de Latino América con mayor tasa de sida. El País, EFE, Guatemala, 28 de noviembre de 2017.

<http://www.eumed.net/tesis/2011/agp/TeoriasacercadelPoderPunitivodelEstadoyelDerechoPenal.htm> (consultado el 10 de julio de 2018).

https://elpais.com/internacional/2007/11/28/actualidad/1196204405_850215.html

(consultado el 17 de julio de 2018).

https://www.google.com.gt/search?rlz=1C1VSNG_enGT689GT691&q=Diccionario#dobs=infecci%C3%B3n (consultado el 16 de julio de 2018).

Organización Mundial de la Salud. Estrategia mundial de prevención y control de las infecciones de transmisión sexual 2006-2015. Ginebra: OMS; 2007; http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789243563473_spa.pdf (consultado el 18 de julio de 2018).

Pérez Astudillo, Miguel. El sujeto activo del delito. Pág. 1 En <http://www.feine.org.ec/pacha/wp-content/uploads/2012/01/EL-SUJETO-ACTIVO-DEL-DELITO.pdf> (consultado el día 20 de julio de 2018).

Quisbert, Ermo. Sujeto del Delito. www.enj.org. (Consultado el día 20 de julio de 2018).

Villegas Fernández, Jesús Manuel. ¿Qué es el Principio de la Intervención Mínima? Revista Internauta Práctica Jurídica. Núm. 23. 1999. http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf (Consultado 5 de julio de 2018).



LEYES

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

1996.

Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República.

