

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

NECESIDAD JURIDICA DE REFORMAR  
EL ARTICULO 65 DEL CODIGO PENAL  
PARA LOGRAR UNA MAYOR EFECTIVIDAD  
EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

TESIS

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

POR

CARLOS HUMBERTO ESCOBAR MEÑO

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Septiembre de 1995

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

3089  
c. 9

JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Edgar Orlando Najarro Vásquez
VOCAL V	Br. Carlos Leonel Rodríguez Flores
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**NOTA:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



3383

SECRETARÍA

Guatemala, 31 de agosto 1995

Licenciado JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
SECRETARÍA

- 4 SET. 1995

RECIBIDO

Herrera No. 10

OFICIAL

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted para minifestarle que por resolución emanada de esa Decanatura se me nombró Asesor de Tesis del Sr. Carlos Humberto Escobar Meoño, quien elaboró el trabajo: "NECESIDAD JURÍDICA DE REFORMAR EL ARTICULO 65 DEL CODIGO PENAL PARA LOGRAR UNA MAYOR EFECTIVIDAD EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL".

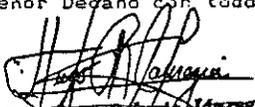
Al estudiante se le brindó asesoría sobre investigación, métodos y técnicas a utilizar por cuanto la tesis constituye un estudio sobre el artículo 65 del Código Penal, que contiene la norma fundamental para determinar la pena. Dicha investigación reviste peculiar importancia en la actualidad porque enfoca los impedimentos que resultan de la necesaria aplicación de normas sustantivas vigentes pero de un contenido ideológico doctrinario ampliamente superado en el campo del Derecho Penal por un nuevo Código Procesal hondamente humanista; que responde a nuevas ideologías y doctrinas.

Finaliza el trabajo con conclusiones de mucha profundidad sobre la necesidad de una revisión total al incipiente Derecho de Cuantificación de la Pena en el ámbito jurídico guatemalteco.

Estimo que la presente tesis constituye una fuente de consulta bibliográfica muy importante para las nuevas promociones.

En consecuencia, se emite dictamen favorable por cumplir con los requisitos establecidos en las normas del Reglamento para los Exámenes Técnico Profesional de Tesis, por lo que puede continuar su trámite correspondiente.

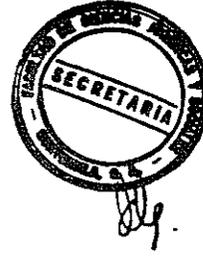
Me suscribo del señor Decano con todo respeto.

  
Roberto Nájera  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Universidad, Zona 13  
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;  
Guatemala, seis de septiembre de mil novecientos noventa  
y cinco. -----

Atentamente pase al LIC. CESAR AUGUSTO MORALES MORALES, -  
para que proceda a revisar el trabajo de tesis del Bachi-  
llero CARLOS HUMBERTO ESCOBAR MEÑO y en su oportunidad e-  
mita el dictamen correspondiente. -----

alht





3497-05

Guatemala, 14 de septiembre de 1995.

Señor Decano  
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

18 SEPT 1995

REVISOR  
Hora: 14:30  
OFICIAL

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que por resolución de fecha seis de septiembre del año en curso, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller CARLOS HUMBERTO ESCOBAR MROMO, y el cual se titula **NECESIDAD JURIDICA DE REFORMAR EL ARTICULO 65 DEL CODIGO PENAL PARA LOGRAR UNA MAYOR EFECTIVIDAD EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL.**-

Expongo al señor Decano que el trabajo de investigación llena los requisitos necesarios para ser considerado en el examen público de tesis, ya que el análisis que efectúa en relación al artículo 65 del Código Penal ha significado interpretación y estudio.-

Sin otro particular, me es grato suscribirme del señor Decano, como su atento servidor.

ID Y ENSEÑAD A TODOS

Lic. César Augusto Morales Morales.

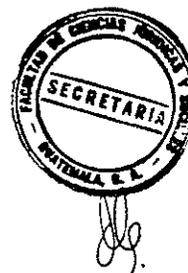
Revisor

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;  
Guatemala, dieciocho de septiembre de mil novecientos no -  
venta y cinco. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la  
impresión del trabajo de tesis del Bachiller CARLOS HUM -  
BERTO ESCOBAR MEORO intitulado "NECESIDAD JURIDICA DE RE -  
FORMAR EL ARTICULO 65 DEL CODIGO PENAL PARA LOGRAR UNA MA  
YOR EFECTIVIDAD EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL", Ar -  
tículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesional  
y Público de Tesis. -----

alht



## DEDICATORIA

- A JESUS: Fuente de Sabiduría y del conocimiento.  
Amigo, Hermano y Guía.
- A MIS PADRES: Sr. Pedro Arturo Escobar Villatoro  
Profa. Rebeca Carolina Meoño López  
(Póstumo Tributo).
- A MI ESPOSA: Eli: Con amor.
- A MIS HIJOS: Lic. Carlos Hansver Escobar Maldonado  
Ing. I. Cristhian Paul Escobar Maldonado
- A MIS NIETOS: José Carlos Escobar Herrera  
María Alejandra Escobar Murillo.
- A MIS NUERAS: Loraine Marlene Herrera H. de Escobar  
Margarita Murillo Martín de Escobar.
- A MIS HERMANOS: Aracely, Marleny, Andina, Aura, Edwin,  
Julia, Lilian, Vinicio, Thelma,  
Johana.
- A MIS TIOS: Haydee, Violeta, Lucila, Herlinda, Marco  
Antonio, Francisco, Angel, Otilio.
- A: Facultad de Ciencias Jurídicas de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

# INDICE

PAGINA

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

LA PENA	1
1. DEFINICION	1
2. NATURALEZA JURIDICA	4
3. PRINCIPIOS	5
a. Principio de Legalidad	6
b. Principio de Trascendencia Social	6
c. Principio de no intervenció	6
d. Principio de Proporcionalidad	8
e. Principio de Incolumidad de la persona	8
4. CLASIFICACION	10
a. Según la autonomía de la Pena	11
b. Por su gravedad	12
c. Punto de Vista Material	12
d. Desde el punto de vista del fin que persigue.	13
1. La Pena de Prisión	13
2. La Pena de Multa	16
5. TEORIAS SOBRE LA PENA	18
1. Teorías absolutas de la Pena	19
2. Teorías Relativas de la Pena	20
2.1. Teoría de la Prevención	20
2.2. Teoría de la Prevención Especial	21
2.3. Teoría Mixta.	21

## CAPITULO II

DETERMINACION LEGAL DE LA PENA	23
1. CONCEPTO Y DEFINICION	23
2. CLASES DE DETERMINACION DE LA PENA.	27
2.1. Determinación legal	28
2.2. Determinación Judicial	29
2.3. Determinación Administrativa o Penitenciaria	31
3. CRITERIOS DE DETERMINACION DE LA PENA.	32
3.1. Criterio de Culpabilidad	32
3.2. Criterio Preventivo General	33
3.3. Criterio Preventivo Especial	34
3.4. Criterio sobre la Base del Injusto del Sujeto Responsable y la Necesidad de la Pena.	35
4. SISTEMAS DE DETERMINACION DE LA PENA	37
4.1. Indeterminación absoluta	37
4.2. Indeterminación Legal Relativa	38
4.3. Indeterminación Judicial Relativa	40
4.4. Sistema de Pena Fija.	40

## CAPITULO III

LA DETERMINACION DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO	43
1. Derecho Sustantivo	44
2. Derecho Procesal	64
CONCLUSIONES	69
RECOMENDACIONES	71
BIBLIOGRAFIA	73

## INTRODUCCION

La presente Tesis constituye, modestamente, una incursión a uno de los puntos más interesantes de las Ciencias Penales, que hasta hoy no se le ha dado relevancia en el medio jurídico guatemalteco: LA DETERMINACION DE LA PENA, o lo que en muchos países se considera Derecho de Cuantificación Penal; que es la institución en la que convergen en forma manifiesta las ramas sustantiva y procesal del Derecho Penal, la fijación de la Pena en la Sentencia.

La Historia me ha dado la oportunidad de presenciar el inicio del cambio del Sistema Penal de nuestro país, y me inquieta la idea de por qué comenzó por el Derecho Procesal Penal y no por el sustantivo, por ser este el sustrato que se aplica a los conflictos sociales denominados DELITO.

Buscando, como estudiante, un punto sobre el cual realizar mi trabajo de Tesis de graduación, pude encontrar en las páginas del INFORME FINAL DEL PROYECTO DE INVESTIGACION QUE SOBRE "SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA" realizado por el Instituto Interamericano de Derecho Humano, escribiera el Doctor Eugenio Raul Zaffaroni, el problema que dio origen a mi investigación.

En el capítulo I del presente trabajo se desarrolla en forma sintética todos aquellos conceptos fundamentales que

sobre la pena se estimara fundamentales, para la comprensión del tema.

En el capítulo II se plasma todo lo referente a la doctrina moderna, con respecto a la Determinación de la Pena para luego, en el capítulo III realizar un análisis de la Legislación Penal Guatemalteca, tanto en el Código Penal como en el Procesal vigentes, haciendo en cada una de las observaciones pertinentes.

Esperando que se disculpe cualquier deficiencia, sería para mí motivo de gran satisfacción que la lectura de esta tesis pudiera incentivar a otros estudiantes a profundizar en la materia para que se aporten valiosas razones, argumentos y reflexiones para nuestro Estado de Derecho.

Dios me ha permitido compartir con un famoso pensador que dijo: El hombre para dejar huella de su paso por la vida ha de sembrar un árbol, tener un hijo y escribir un libro.

El Autor.

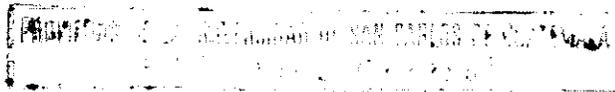
## CAPITULO I

### LA PENA

Antes de desarrollar el tema central que da sustrato a la presente Tesis, es necesario que se conozcan, aunque sea en breve forma, ciertos conceptos básicos que ilustren y clarifiquen el mismo. En ese orden de ideas, resulta que una de las instituciones más controversiales en el campo de la Ciencias del Derecho Penal, LA PENA, de la cual se exponen los siguientes temas:

#### 1. DEFINICION

Esta consecuencia jurídica del delito, cuya existencia es tan antigua como el Derecho Penal mismo, ha sufrido una evolución constante a lo largo de su historia y por consiguiente son innumerables las definiciones que sobre la misma han dado los distintos tratadistas de acuerdo a su particular ideología, por lo que se transcribirán algunas, dadas por reconocidos Juspenalistas de notoria fama, así tenemos las siguientes:



El tratadista José María Rodríguez Devesa nos indica:

"La Pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecidos por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito." <sup>1)</sup>

Mientras que para Raul Carranca y Trujillo significa:

"...un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el justo y teniendo por fin la defensa social." <sup>2)</sup>

Por su parte MIR PUIG, Santiago la define así:

"Pena es la consecución jurídica del delito que consiste en la privación o restricción de ciertos bienes jurídicos, que impone el órgano jurisdiccional, basado en la culpabilidad del agente y que tiene como objetivo la resocialización del mismo". <sup>3)</sup>

---

<sup>1)</sup> Rodríguez Devesa, José María. Citado por De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal. Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Editorial "El Niño de Oro". 7a. Edición, pág. 266. Guatemala, 1995.

<sup>2)</sup> Carranca y Trujillo, Raul. Citado por De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal. Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Editorial "El Niño de Oro". 7a. Edición. Guatemala. 1995.

<sup>3)</sup> Mir Puig, Santiago. Idem.

Los profesores universitarios guatemaltecos: De Mata Vela y de León Velasco sustentan lo siguiente:

"Es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal". <sup>4)</sup>

Como puede observarse de las definiciones transcritas, la pena consiste en una afectación por parte del Estado, a través de los Tribunales de Justicia, a los bienes jurídicos que este mismo ente soberano ha considerado inviolables, en virtud de la comisión de un delito por una o varias personas, afectación que se justifica de acuerdo a la ideología que sobre la misma se tenga, ya sea basándose en la culpabilidad del responsable o en la peligrosidad del mismo.

---

<sup>4)</sup> De Mata Vela y de León Velasco. Idem.

## 2.- NATURALEZA JURIDICA:

Al hablar respecto a la naturaleza jurídica de la pena es fácil deducir que siendo una consecuencia que sólo el Estado en su calidad de ente soberano puede decretar e imponer es eminentemente pública, punto de vista total y uniformemente aceptado en la doctrina; sin embargo, recientemente el aspecto que todavía era punto de contradicción se refiere a si la pena es la única consecuencia del delito (unidad entre pena y medida de seguridad) o no lo es (separación entre la pena y la medida de seguridad): y así tenemos:

a) Teoría de la Identidad: La misma es producto de la escuela positiva del Derecho Penal (corriente que le dio origen a las Medidas de Seguridad y Prevención) indica que ambas sanciones, penas y medidas, son consecuencia jurídica del fenómeno denominado delito, que son impuestas por el órgano jurisdiccional correspondiente, que implica forzosamente la privación o limitación de los bienes jurídicos del que lo padece y que buscan readaptar al sujeto... b) Teorías de la Separación: Corriente cuyos antecedentes los encontramos en el movimiento reivindicador de el carácter eminentemente jurídico del Derecho Penal que se dio dentro de la denominada etapa científica del desarrollo histórico de nuestra ciencia y resalta que ambas instituciones son distintas pues sus finalidades son contrarias, la pena busca el castigo, y la medida de seguridad la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente; que la pena es producto de un

conducta ilícita mientras que la medida se origina <sup>de la</sup> ~~de la~~ personalidad del sujeto, que la ejecución de la pena es castigo, y la ejecución de la medida es tratamiento; que la primera es de duración determinada en la ley y la segunda dura de acuerdo a las especiales necesidades de tratamiento de los sujetos. La posición del Código Penal Guatemalteco, tiende a acloparse mayoritariamente en la Teoría Separatista, aunque en la doctrina moderna tenga plena vigencia la monista (identidad) e incluso en los países que siguen manteniendo la denominación medida de seguridad estas están destinadas únicamente a enfermos mentales que son considerados inimputables por la misma legislación penal.

### 3. PRINCIPIOS

Si se toma en consideración que la función y la finalidad principal de la pena hoy en día es la resocialización del individuo, que su imposición por implicar siempre el ejercicio de la violencia en contra de los particulares, debe ser una posibilidad limitada por un sistema de contrapesos que garantice los derechos civiles y que respondan al verdadero espíritu de un estado de derecho, se analizarán a continuación, en forma muy concreta, una serie de principios que deben inspirar al legislador al momento crear las normas penales en aras de no aplicar su fuerza represiva en forma antidemocrática, tales principios son:

A) PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Consagrado en la mayoría de Constituciones y Códigos Penales, es uno de los principales valladares de la facultad punitiva del Estado y se sintetiza en la idea de que no puede existir una conducta delictiva ni una pena para esa conducta si la misma no estaba tipificada anteriormente como tal (NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE) y que nuestra legislación penal acoge en los artículos 17 de la Carta Magna, y 1 del Código Penal.

B) PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA SOCIAL: También conocido con el nombre de DAÑOSIDAD SOCIAL, es la máxima que indica que el Estado sólo puede sancionar con una pena, todas aquellas conductas que al cometerse u omitirse (según se traten de mandatos prohibitivos o preceptivos), provoquen el quebrantamiento de la vida en sociedad; esta máxima ha implicado que en la doctrina penal se destierren de esta materia figuras delictivas en antaño consideradas importantes tales como el delito de desobediencia que más que un verdadero daño social vulneran únicamente la autoridad del Estado, pero que todavía continúa vigente en nuestro país.

C) PRINCIPIO DE LA NO INTERVENCION O DE SUBSIDIARIEDAD:  
Principio que puede enunciarse en el sentido de que el Estado sólo puede utilizar la pena para resolver los conflictos sociales no funcionen todos los demás cuerpos

normativos que puedan resolverlo. En este sentido se ~~entiende~~  
 por algunos autores que:

"En síntesis, puede decirse que el Derecho Penal sirve subsidiariamente a la protección de los bienes jurídicos y que su existencia se justifica exclusivamente cuando la convivencia pacífica de los ciudadanos puede garantizarse sólo con el recurso a culminar con una pena la conducta socialmente dañosa. Esta justificación se deriva de la finalidad del Estado, cuyo poder se fundamenta, a su vez, en la voluntad del pueblo manifestada en las urnas". (CLAUX ROXIN) <sup>5)</sup>

Como podemos observar, la aplicación de este principio vendría a relegar todas aquellas figuras que constituyen más

---

<sup>5)</sup> Roxin Claus, Artz Gunther y Thiedemann Klaus, INTRODUCCION AL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL. Editorial ARIEL; Primera Edición; Barcelona España, 1989.

patrones de conducta moral que verdaderos atentados jurídico alguno y que pueden ser resueltos a través de sus instancias, tal el caso del adulterio y el concubinato que pudiéndose solucionar con la legislación civil se pretenden penalizar apresuradamente; en nuestro país tales figuras persisten en la ley vigente pero tienden a desaparecer con tal calidad en el Proyecto de Código Penal para Guatemala.

D) **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** Este principio que guarda una estrecha relación con la graduación o determinación de la pena, que se verá más adelante, establece que la pena del ser proporcional o equivalente al daño real que se produce tanto en la clase de pena que se imponga (privativa restrictiva de libertad, pecuniaria, etc.) como en el monto de la misma, situación que de no cumplirse provoca desigualdad ante la ley y malestar social; nuestro país por ejemplo castiga con prisión una conducta delictiva de apropiación astuta de un bien mueble mayor de cinco quetzales imponiendo prisión, mientras que en la malversación de caudales públicos que puede ascender a millones solamente se le impone una multa de hasta dos mil quetzales.

E) **PRINCIPIO DE INCOLUMIDAD DE LA PERSONA:** 3

También conocido como Principio de Humanidad se anuncia en la forma siguiente "La pena impuesta no puede afectar al sujeto en su dignidad ni más allá de la pena misma como se

social". El sentido básico de este principio consiste en garantizar que la integridad y la dignidad de la persona a la cual se le ha de aplicar una pena no sufra un mayor detrimento que el que legal, y en especial Constitucionalmente es admisible, pues su condición de condenado no limita la de ser humano. Tales postulados cobran vigencia hoy en día en países como el nuestro donde a pesar de la orientación abolicionista de la pena de muerte que encierra el artículo 18 de nuestra Carta Magna, todavía existen algunos congresistas y funcionarios del gobierno que propugnan y aún inclusive exigen la implementación de tal pena para una desmesurada gama de delitos, so pretexto de erradicar la delincuencia, sin percatarse que un Estado respetuoso de la vida humana, la cual es el centro y razón de todo régimen de derecho es la integridad de la persona humana y la aplicación de esta sanción penal atenta precisamente contra dicho valor; en el caso de la pena de prisión que es hoy en día en nuestro medio la sanción penal más comúnmente aplicada el panorama constitucional regula el principio que nos ocupa en su artículo 19 en el que se contiene las bases de la política criminal en materia de ejecución penal, y en donde claramente se establece que a los reclusos se les debe tratar como seres humanos, sin discriminación, ni sujeción a torturas, tratos crueles o infamantes, acciones denigrantes contra su dignidad etc., previendo inclusive la sanción para los responsables y la obligación estatal de la reparación de los daños causados;

lamentablemente en nuestro país estos preceptos son ~~de carácter~~ positivo no vigente y es por ello que las cárceles nominalmente denominadas teóricamente Granjas de Rehabilitación no han cumplido su función y han sido popularmente denominadas como Universidades del crimen, debe considerarse por último que la extensión de este principio implicaría también consideraciones con respecto a aspectos menos perceptibles de la pena de prisión, pero igualmente degradantes de la integridad humana, tales como la alimentación que se les proporciona en los establecimientos de reclusión, el estado físico y el ambiente de los mismos, las estructuras de poder que se generan entre los mismos reclusos que degeneran en abuso y represión de unos contra otros, y la afectación familiar que desata las condiciones íntimas en que se puede dar la visita conyugal. En relación a la afectación del principio de humanidad en la aplicación de la pena de multa pueden relatarse que genera desigualdad entre los que la sufren ya que los límites superiores en esta sanción para algunos son hasta irrisorios por su solvencia económica, mientras que para otros los límites mínimos son inalcanzables y por la institución de la conversión se transforman automáticamente en prisión.

#### 4. CLASIFICACION

Entre las distintas clasificaciones que existen de la pena se expondrán algunas de las más trascendentes:

A) SEGUN LA AUTONOMIA DE LAS PENAS:

- 1) *Principales: Que son aquellas que se aplican en forma independientes, que no dependen de otras.*
- 2) *Accesorias: Que son aquellas que presuponen otra para su aplicación.*

*Esta es la clasificación que contempla nuestra legislación penal en sus artículos del 41 al 61. Regulándolas de la siguiente manera :*

**PENAS PRINCIPALES:**

- *la de muerte (art.43 C.P.)*
- *la de prisión (art. 44 C.P.)*
- *el arresto (art. 45 C.P.)*
- *la multa (art. 52 C.P.)*

**PENAS ACCESORIAS:**

- *la inhabilitación absoluta. (art. 56 C.P.)*
- *la inhabilitación especial. (art. 57 C.P.)*
- *el comiso. (art. 60)*
- *pago de costas y gastos procesales.*
- *publicación de sentencias (art. 61 C.P.)*

**B. POR SU GRAVEDAD:**

- 1) Graves: Aquellas que se aplican por la comisión  delito (prisión, inhabilitación, etc).
- 2) Leves: Las que se aplican para aquellos ilícitos de poca trascendencia, o sea, las que se imponen por alguna falta. (arresto, multa).

**C) PUNTO DE VISTA MATERIAL**

- 1) Penas privativas de la vida: la cual elimina a delinciente, la pena de muerte.
- 2) Penas corporales: Que consistían en la aplicación de violencia en el cuerpo del condenado, mutilaciones, marcas, etc
- 3) Penas Privativas de Libertad: Que limitan la libertad de locomoción, tales como la prisión, la reclusión, e arresto.
- 4) Penas Privativas y restrictivas de derechos: entre las cuales encontramos las inhabilitaciones.
- 5) Penas Pecuniarias: Las que afectan el patrimonio de condenado y en las cuales se encuentran la de multa y e comiso.

**D. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL FIN QUE PERSIGUEN:**

1) *Intimidatorias:* Son aquellas que buscan prevenir a los delincuentes primarios para disuadirlos de volver a cometer un nuevo hecho delictivo.

2) *Correccionales o reformatorias:* Cuya finalidad estriba en reeducar o rehabilitar al delincuente para reincorporarlo a la sociedad y que sea útil a esta.

3) *Eliminatorias:* Que buscan la separación definitiva de todos aquellos criminales habituales o declarados incorregibles que ya no pueden ser rehabilitados, entre estas tenemos la pena de muerte y la prisión perpetua.

Habiendo esbozado con anterioridad las distintas clasificaciones que en la doctrina y en la ley se han elaborado con respecto a la pena, es necesario para el desarrollo del presente trabajo profundizar sobre dos penas que hoy en día son las sanciones penales por excelencia y cuya fijación por los jueces es el centro del tema a investigar, estas son:

**1.- LA PENA DE PRISION**

Esta sanción penal cuyo origen histórico lo podemos ubicar en los siglos XVI, XXVII y XVIII, se considera como un

producto de la Revolución francesa, tuvo sus primeras manifestaciones en las llamadas "casas de trabajo" en la república Holandesa, y su creación obedeció a factores de tipo económico, al respecto de esto el maestro Juan Bustos Ramírez expresa:

"... surgen las llamadas \*casas de trabajo\*, que tienen por objeto recluir y hacer trabajar para el Estado a toda clase de marginales (vagos, prostitutas, delincuentes, viudas, ancianos, etc.). y que forman parte de una tendencia de capital y ruptura de los gremios por parte del nuevo Estado que está en sus orígenes. (son las Spinhuis, casas de telas), las que se extendieron a Francia (hospitaux Généraux) y a Inglaterra (house of Correction). El humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras



prisión por medio de distinta clase de substitutivos penales que siendo restrictivos de libertad no implican la serie de factores negativos que anteriormente se analizaron. En nuestro medio, en particular, la pena reina es la prisión, hasta hace poco la regla era que para que existiera procesc tenía que existir preso con lo cual la llamada prisión provisional era una pena anticipada que de dictarse sentencio condenatoria se convertía en prisión definitiva. La duración máxima de esta pena en nuestro país es de treinta años y este margen de tiempo en realidad se ha mantenido más por costumbre que por verdaderas razones terapéuticas o de criminología, pues una condena de esa duración según algunos autores equivale a una necrosis cerebral.

## 2.- LA PENA DE MULTA:

Esta que se clasifica dentro de las penas pecuniarias ha estado ligada al hombre aunque en un principio más como venganza que como castigo, desde que aparece la propiedad privada. Se ha inferido mucho acerca de que esta (la pena de multa) podría convertirse en la nueva forma de punir para el Estado reemplazando a la pena de prisión. Entre los defectos que se le ha encontrado es que dependiendo del sistema de fijación que se utilice puede convertirse en un núcleo

violador de los derechos humanos, recogiendo algunas ideas ~~de~~  
respecto se ha dicho:

"Pero la pena pecuniaria fundamental y clásica es la multa, que en el Código se manifiesta en su forma tradicional, esto es, mediante la fijación de una determinada cantidad de dinero en conformidad a la gravedad del delito... el actual sistema de aplicación, ya que resulta completamente discriminatorio, pues no atiende a la capacidad económica del sujeto (de ahí que necesariamente tiene que llegarse a sus sustitución por una pena privativa de libertad cuando el sujeto no puede pagar la fijada). <sup>1)</sup>

Este comentario que es plenamente válido para nuestro país, por aplicarse el sistema de conversión automático por

---

<sup>1)</sup> Bustos Ramírez, Juan Op. Cit. Pág. 392.

incumplimiento viene a convertir dicha pena en una <sup>abierta</sup> abierta para sufrir una verdadera prisión por deudas situación totalmente inconstitucional. Otros países, como los nórdicos, han inventado un sistema de multa denominado días multa sobre la base de una determinación de los ingresos promedios de los condenados con el fin de que todos aporten la misma carga económica, un sistema similar contempla el proyecto de Código Penal para Guatemala, y que resulta técnicamente más conveniente pues pensemos, si por un mismo hecho delictivo (una omisión de auxilio por ejemplo) fueran condenados al pago de una multa de Q.200.00, dos personas (un diputado y un albañil), ganando el primero Q.17,000.00 y el segundo Q.345.00 de salario mensual, al primero no le implicaría ningún tipo de sanción y al segundo le implicaría o sacrificar el 70% de su presupuesto o en el mejor de los casos pasando 40 días en prisión (tomando el límite más alto del art. 55 C.P.) con lo cual perdería lógicamente su empleo.

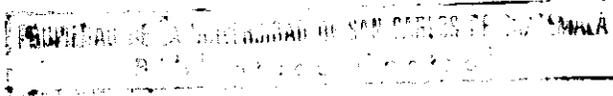
##### 5. TEORIAS SOBRE LA PENA:

Como ya se ha dicho pena y derecho penal han coexistido con el hombre de tal cuenta que entender una es saber cual era la inspiración que se le daba a la otra para regir el destino de la humanidad, en ese orden de ideas se desarrollarán resumidamente las principales teorías que han intentado justificar el por qué de la existencia de la pena, entre estas tenemos:

## 1. TEORIAS ABSOLUTAS DE LA PENA

Estas teorías que han contado entre sus adeptos con personajes de la talla de Hegel, Kant, Carrara, Binding, Welzel y Mezguer entre otros, han sostenido que la pena no es más que la negación del derecho que cumple un papel retributivo o sancionador, es retribución a la culpabilidad del sujeto, ya que pudiendo haber actuado en forma distinta obró ilícitamente, por lo que debe retribuírsele con un mal proporcional en aras de la justicia.

Lo que aquí se expresa es un retribucionismo basado en la idea de que la pena es un mal aplicable a todos aquellos sujetos que actúan mal para el mismo derecho, esta concepción sostiene que para que el Estado no pueda cometer abuso, el mal que cause al condenado, que lógicamente consistirá en un ataque o limitación a los bienes jurídicos de este por haber atacado los bienes jurídicos de otro, necesita una justificación de carácter subjetivo y esta la exponen con la enunciación de "el libre albedrío", que consiste en la capacidad y la libertad que tiene el sujeto para comportarse de acuerdo con lo preceptuado en la norma y contrario a eso la desobedece. Entre los aspectos positivos de estas teorías tenemos que buscaban una pena justa, tanto por el hecho cometido como por la persona que lo cometió, y en base a esto desarrollaron la teoría de la culpabilidad como elemento determinante de la



intensidad de la pena. Se les ha criticado en cambio que las bases de la justicia presuponen un orden inmutable de valores que no existe en la vida en sociedad, han convertido al derecho en un problema ético, y pretenden establecer un libre albedrío que es relativo, pues una entera libertad sólo existiría en una sociedad perfecta, donde no hubiera desigualdades en materia cultural, social o económica.

## 2. TEORIAS RELATIVAS DE LA PENA

Este grupo de teorías que surgieron en la mente del hombre desde la época de Protágoras en la antigua Grecia, la atribución es una idea sin fundamento, el penar por castigar, por hacer mal, es propio de las bestias, el penar debe servir para evitar que otros hombres delincan, en esta línea se han desarrollado:

### 2.1.) La Teoría de la Prevención General:

También conocida como intimidatoria, cuenta como principales expositores a BENTHAM y FEUERBACK, quienes decían que el delito no es reprochable moralmente sino de acuerdo al daño social que produzca, se empieza a manejar la idea de la utilidad intimidatoria de la pena, se pretendía utilizar la prisión de unos para prevenir que otros los imitaran, se estaba instrumentalizando la violencia psicológica para

conseguir detener la delincuencia, posición que ha  criticada con el argumento de que instrumentalizar en esta forma a los hombres para proteger derechos de otros es un medio inadecuado, ya que convierte a cualquier Estado democrático en un Estado policial.

### 2.2.) Teoría de la Prevención Especial:

Teoría que proviene de la época de el iluminismo, cuenta entre sus precursores con el profesor Pedro Dorado Montero, U. Liszt, Marc Ancel y otros, los cuales enuncian que las teorías retribucionistas fallan pues consideran al hombre libre e igual, y ellos piensan que los delincuentes son personas distintas al ser humano normal pues en ellos existe peligrosidad, y estas personas al delinquir atacan a la sociedad y esta tiene que defenderse de ellos, por lo que tampoco la prevención general es exacta pues no hay que penar a todo sino especialmente a todos aquellos peligrosos que puedan dañar la sociedad. Persiste en esta teoría la idea de instrumentalización del hombre que lacera garantías constitucionales.

### 2.3. Teorías Mixtas

Este grupo de teorías que pretenden o mezclar los postulados positivos de cada una de las tres anteriores, o superar alguna de estas mediante la readaptación de sus postulados. Entre los defensores del primer grupo tenemos al

---

mismo Liszt, a Merkel, Oneca, Mir, Puig, entre otros, van haciendo acopio de la pena con fin de prevención general habiendo especial efecto en el aspecto de prevención general que esta contemplaría. La objeción para este grupo de teorías mixtas es que conservan las críticas de las originales. En cuanto a las Teorías superadoras, hoy en día encontramos con las siguientes posturas:

- a) La Prevención General Positiva (de HASSEMER)
- b) La Prevención Especial Democrática (de BACIGALUPO)
- c) La Prevención General Democrática (de Mir Puig)
- d) El Interaccionismo (de CALLIES) y,
- e) El Planteamiento Dialéctico (de Roxin).

## CAPITULO II

### DETERMINACION LEGAL DE LA PENA

#### 1.- CONCEPTO Y DEFINICION

Antes de intentar definir lo que debe entenderse por determinación de la pena, o individualización de la sanción penal, es necesario referir que el tema que nos ocupa es de los más interesantes tópicos dentro de la doctrina penal mundial; a tal grado que en países como Alemania se habla incluso de un "Derecho de Cuantificación Penal". Hablar de cómo establecer la cantidad de sanción a la que una persona se hace acreedora por haber transgredido, culpable y conscientemente, con su conducta, una norma prohibitiva es una decisión que se proyecta, según la función que el Estado cree que debe perseguir la misma. Para tomar la misma, resulta indispensable sopesar el sentido y fin de la pena, la orientación filosófica que se tenga, el sistema de gobierno en que se aplique y los lineamientos de la política criminal del Estado que deba tomarla. Es por ello que en intento de definir la institución penal que se estudia, algunos tratadistas han elaborado definiciones como las que a continuación se transcriben:

"la individualización de la pena es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y

calidad de los bienes jurídicos<sup>8)</sup>  
 de que es necesario y posible  
 privar al autor de un delito  
 para procurar su  
 resocialización (EUGENIO RAUL  
 ZAFFARONI)<sup>8)</sup>

"Se entiende por  
 \*determinación de la pena\* la  
 fijación de la pena que  
 corresponde al delito  
 (SANTIAGO MIR PUIG)<sup>9)</sup>

"es la determinación de las  
 consecuencias jurídicas de  
 hecho punible llevada a cabo  
 por el juez conforme a su  
 naturaleza; gravedad y forma  
 de ejecución, eligiendo una  
 de las diversas  
 posibilidades previstas

---

<sup>8)</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAUL; "MANUAL DE DERECHO PENAL  
 Parte General, Editorial Cárdenas Editor  
 Distribuidor; Primera Edición; México 1986. Pá:  
 747.

<sup>9)</sup> MIR PUIG, SANTIAGO: "DERECHO PENAL" Parte General  
 Editorial Ariel; Tercera Edición, España 1990. Pá:  
 812.

legalmente." (HANS-HEINRICH  
JESCHECK) <sup>10)</sup>

Aunque como puede observarse de las anteriores definiciones, hablar de la determinación de la pena en un sentido estricto limita la concepción de esta institución a la mera elección de una cantidad entre los límites que de una determinación pena se hallan establecidos en las diferentes normas penales; sin embargo, algunos autores, entre los que destaca el profesor alemán Jescheck, que se citara supra, acertadamente han expuesto:

"La determinación judicial de la pena no comprende, como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de

---

<sup>10)</sup> HEINRICH JESCHECK, HANS; "TRATADO DE DERECHO PENAL", Parte General; Editorial Bosch, Primera Edición, España, 1986. Pág. 1189.

seguridad, la imposición  
comiso y de la confiscación,  
así como la de consecuencias  
accesorias. <sup>11)</sup>

Puede decirse que con respecto a la imposición de la pena por parte del Estado han existido tres planteamientos básicos: a) uno radicalmente legalista, que consistiría en determinar para cada delito el tipo de pena y de los demás factores que con ella deben imponerse; b) un denominado sistema de libre arbitrio judicial, en donde no debieran existir ningún tipo de límites para que el juzgador pudiera emitir su decisión en plena libertad; c) un tercer sistema que pudiéramos denominar ecléctico por el cual dentro de los límites establecidos por la ley, el juez opta por asignar a cada caso concreto una determinada proporción. Si se observa el enunciado de los planteamientos anteriores, puede deducirse que el mismo ha sido producto de la evolución del Derecho Penal, anteriormente los jueces habían tenido un total arbitrio no sólo para cuantificar sino incluso para crear penas y figuras delictivas, aumentándolas y reduciéndolas a su entera libertad. Con el apareamiento del Principio de Legalidad, impulsado por la reforma liberal a finales de la edad media se buscó limitar esta facultad de los jueces, en virtud de que estos debían estar sujetos a la voluntad popular; este ideal, aunque

---

<sup>11)</sup> JESCHECK, HANS HEINRICH; Op. Cit. Pág. 1189.

roble en su origen, fue llevado hasta al extremismo máximo grado que el Código Penal francés de 1791, reguló de una manera tan legalista las penas que establecía concretamente el monto y la clase de pena que debía aplicarse para cada caso. Esta actitud se derrumbó de la consideración misma que un sistema totalmente legalista no puede pensar que es justo juzgar a todos los hechos como iguales, imponiendo la sanción fija a los responsables como si existiera sólo una clase de personas en el mundo.

### 2. CLASES DE DETERMINACION DE LA PENA:

Hablar de la determinación de la pena es esbozar una facultad estatal que implica tres grandes manifestaciones, etapas, fases, o clases según el punto de vista del autor que toque el tema, y que en una forma u otra involucran, lo que el profesor español SANTIAGO MIR PUIG, expresa como:

"la trilogía que propuso Saleilles cuando distinguió entre \*individualización judicial\* e \*individualización administrativa\* mejor llamada también \*penitenciaria\*, porque la ejecución de la pena ha de ser regulada legalmente y controlada judicialmente, pero el término

*\*individualización\* no incluye todos los aspectos doctrinarios de la pena. La individualización apunta a la adaptación al caso concreto. La determinación es un concepto más amplio." <sup>12)</sup>*

así pues tenemos:

- a) La Determinación Legal.
- b) La Determinación Judicial.
- c) La Determinación Administrativa o Penitenciaria.

Para el efecto de este trabajo, se abordarán en forma separada los tres aspectos, poniendo especial interés en el segundo de los citados por ser el que más importa para el tema motivo de la presente tesis.

#### 2.1. DETERMINACION LEGAL

Al hablar de determinación legal de la pena, nos estamos refiriendo a la actividad legislativa por medio de la cual se dispone la clase de penas y el monto que de las mismas se puede imponer al responsable de violar con su conducta una norma penal pre-establecida. Cuando se habla de esta determinación legal, se hace referencia necesariamente al marco

---

<sup>12)</sup> MIR PUIG, SANTIAGO; Op. Cit. Pág. 814.

penal también creado por el legislador y que implican circunstancias agravantes y atenuantes del delito, los grados de participación en el mismo, el grado de desarrollo de estos, elementos que concretan dicho marco penal, más profundamente puede establecerse que el legislador crea dentro de ese mismo esquema distintos grupos valorativos especiales que ilustran al juez al momento de la aplicación judicial, para aquellos casos más graves o menos graves que puedan contemplarse. Cabe mencionar aquí que cuanto más legalista sea la concepción penal, más importante cobrará la determinación legal de la pena, cuyo extremismo es malo pues ataca contra la orientación preventiva que inspira el moderno Derecho Penal, pero su existencia moderada es una obligación derivada del Principio de Legalidad.

## 2.2. DETERMINACION JUDICIAL

Definida por el tratadista alemán Jeschek como: "la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible elevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad, y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente."<sup>13</sup> Esta base de la individualización de la pena, tiene su realce durante la época de la escuela positiva italiana, el correccionismo español, la dirección moderna del alemán Von Liszt, las escuelas penitenciarias anglosajonas; movimientos todos que han luchado

<sup>13</sup>) JESCHEK, HANS HEINRICH: Op. Cit. Pág. 1190.

por ampliar la ingerencia de la determinación judicial medio de satisfacer las necesidades de prevención especial distinta para la personalidad de cada delincuente, y que en su momento dio origen al sistema de pena totalmente indeterminada, el cual tenía como límite el efecto del tratamiento sobre el recluso en particular. Esta posición de indeterminación se ha abandonado por contradecir muchas veces principios humanos constitucionalmente reconocidos, y por ello se ha optado por el sistema parcialmente indeterminado. Si se toma en consideración que es mediante la determinación judicial de la pena la forma en que la aplicación de la coerción penal se materializa, se desprende pues que por ello es la etapa más importante, el punto decisivo en donde se conjugan las peculiaridades del hecho ilícito cometido así como de su autor. En esta fase el Juez que ha valorado la prueba y ha aplicado los principios jurídico penales al caso concreto, debe iniciar la tercera función más importante dentro del debate, el juez debe eliminar de su mente cualquier prejuicio personal, simpatía o emoción, que pueda haberle inspirado todo lo que presencié en el plenario, y basar su decisión en criterios objetivos. Por lo que se ha dicho que "Sólo una subordinación consecuente del proceso de determinación judicial de la pena a los criterios que vinculan y sirven de pauta al arbitrario judicial puede

antener dentro de sus límites la determinación judicial de la pena <sup>14)</sup>

### 3. DETERMINACION ADMINISTRATIVA O PENITENCIARIA

Esta que es una tercera etapa, está constituida por la determinación que de la ejecución de la pena hacen todas aquellas entidades o funcionarios pertenecientes a la administración de los centros de condena o vinculados a estos en cuanto al tiempo de duración de las mismas así como de su educación por la aplicación de los distintos substitutivos penales o regimenes de resocialización que se adopten en cada estado en particular, en todos aquellos países en donde el derecho Penitenciario, y por ende, la Ejecución penal dependen del Organismo Ejecutivo, el caso de nuestro país hasta el uno de julio de 1994, pues con el Código Procesal Penal anterior, la tarea de los jueces finalizaba con la emisión de la sentencia firme que ponía fin al proceso; la ejecución entonces se encomendaba a la Dirección de Presidios y al Patronato de árceles y Liberados que eran los órganos encargados de aplicar la ley de redención de penas; así como la libertad condicional, situación que con el nuevo ordenamiento jurídico procesal pasó a ser competencia del Juez de Ejecución el que se encargó de todo lo referente a la aplicación de las condenas, así como de los beneficios a que puedan tener derecho los

<sup>14)</sup> JESCHECK, HANS HEINRICH; Op. Cit. Pág. 1191

condenados, por lo que se ahondará en el siguiente capítulo respecto del tema que nos ocupa.

### 3) CRITERIOS DE DETERMINACION DE LA PENA:

Si tomamos en consideración que el problema de determinación de la pena está vinculado con la pena misma finaliza con su extinción, abarcando incluso los efectos que esta pueda causar a los sujetos a los que se le impone, puede deducirse que es importante conocer cuáles son los criterios que se utilizan para realizar la referida cuantificación para poder así explicar cuál es la tendencia que contempla el código en un lugar y en un momento determinado; en ese orden de ideas la doctrina distingue los siguientes criterios de determinación de la pena:

#### 3.1. EL CRITERIO DE CULPABILIDAD

El criterio que fundamenta la determinación de la pena, la culpabilidad del autor, ha sido objeto de innumerables críticas por varios autores, aunque como expresa el autor Juan Bustos Ramírez:

"...la culpabilidad, sin duda alguna, sigue siendo el criterio básico para la determinación de la pena (por su fundamentación y límite) más aún, si se considera

que hay una <sup>serie de</sup> propuestas alternativas que sólo tienen por objeto desterrar el reproche de carácter ético fundado en el libre albedrío, pero que mantiene el contenido dogmático y el planteamiento garantista de la culpabilidad.

15)

Siguiendo la exposición transcrita en el párrafo anterior, esencia de la culpabilidad como criterio determinante, se deduce en eliminar todas aquellas consideraciones que puedan hacerse sobre la personalidad del autor, o el carácter de éste, su peligrosidad o derecho de autor; sino que se basa en el hecho realizado; es decir, en la intensidad del daño social causado por el imputado, y en base a la intensidad del reproche que pueda hacersele, y tomó como base estas directrices fijar la cuantía de la sanción a imponer.

## 2. CRITERIO PREVENTIVO-GENERAL:

Como se conoce el criterio de prevención general, que se refleja esencialmente a nivel de la finalidad de la pena, es evidente que la misma debe servir para que todos los otros ciudadanos

---

15) BUSTOS RAMIREZ, JUAN MANUEL: Op. Cit. Pág. 398.

de un Estado, al observar las consecuencias jurídicas de delinquir puedan recibir dicha condena como un mensaje preventivo, que los aleje de la imitación de la misma. Si ánimo de profundizar en la polémica de dicha postura, vale hacer la observación de que a nivel de determinación de la pena, hablar de una prevención general, basada en un castigo más drástico por tomar en cuenta el valor intimidativo de esta pena sobre el resto del conglomerado social es algo que en un Estado respetuoso de el Principio de Legalidad y de respeto a la Dignidad Humana, valores reconocidos, tutelados y protegidos por todos los Convenios Internacionales de derechos humanos vigentes en el mundo, y muchas, sino todas de las constituciones de otros países, resultaría imposible de concebir. No hay que olvidar que de acuerdo a los principios de extrema ratio y de protección a los bienes jurídicos establecidos legalmente, el Estado sólo puede aplicar la violencia contra los ciudadanos, vía el Derecho Penal, cuando efectivamente se atente contra un bien jurídico concreto; por ésto, inferir que la pena se agrave para intimidar a otro y no por el daño efectivo que causó el responsable, resulta hoy descartado e inconstitucional.

### 3.3. CRITERIO PREVENTIVO-ESPECIAL:

Tanto la prevención especial como todos los conceptos derivados de la misma: resocialización, reeducación y rehabilitación. Puede observarse que la idea de la teoría que

anteriormente nominamos, es proporcionar alternativas <sup>liberales</sup> condenados para que puedan conocer otras oportunidades que les permitan desarrollar su personalidad, la misma debe dirigirse a una mayor humanización adecuándose a las características del condenado.

Después de analizar estos tres criterios que son los pilares de las distintas teorías que se comentaron, existe otro grupo de teorías sobre el criterio para la aplicación de la determinación de la pena, encontramos los siguientes:

- a) Teoría de la pena exacta (Punkstrafe) se basa en un seguimiento del criterio de culpabilidad en forma tradicional.
- b) Teoría del ámbito de juego: (SPIELRAUMTHEORIE) que constituye una mezcla de los tres criterios principales anteriormente expuestos.
- c) Teoría del valor reemplazo. Cuyo postulante es Horn, mezcla el criterio de culpabilidad con el de prevención especial.

#### 3.4. CRITERIO SOBRE LA BASE DEL INJUSTO, EL SUJETO RESPONSABLE Y LA NECESIDAD DE LA PENA:

Criterio denominado del merecimiento y la necesidad; considera que para poder determinar la pena a aplicar debe

tenerse en cuenta el daño causado por el delito, la culpabilidad del sujeto responsable y el límite básico de la facultad de castigar que tiene el Estado que se encuentra constituido por la necesidad de la pena consustancia. En primer lugar, entonces, la consideración de lo realizado, que implica tomar en cuenta todas las consideraciones y aspectos del ámbito social descrito por el tipo penal, como las distintas consideraciones que han de recogerlo antijurídico de la acción, lo que explica que debe valorarse la posición del sujeto activo en su contexto social (su grado de cultura, educación, posición económica) e igualmente respecto del sujeto pasivo y la víctima así como sus interacciones (grado de conocimiento de los sujetos, amistad, enemistad, etc.); las circunstancias agravantes y atenuantes que puedan apreciarse. Debe así mismo, tomarse en cuenta la personalidad del delincuente, entendiéndose para esto el valorar todos los procesos que rodean al sujeto al momento de decidir su comportamiento delictivo (excusas absolutarias, error de tipo, etc.). La necesidad de la pena deberá valorarse por último en relación con las necesidades preventivas tanto a nivel general como a nivel especial que puedan atribuírsele al caso concreto. Como puede observarse, este criterio resulta muy conveniente por abarcar en mejor forma todos los aspectos que se han resaltado anteriormente como fundamentales para imponer una pena en forma justa, sin violentar principios

constitucionalmente reconocidos y a la vez no vulnera ~~los~~ derechos humanos del acusado.

#### 4) SISTEMAS DE DETERMINACION DE LA PENA

Al hablar de sistemas de determinación de la pena nos estamos refiriendo a los distintos marcos penales de referencia que se establecen en cada legislación en particular para fijar los límites de punibilidad que se establecen para cada figura delictiva, y que otros autores tratan como parte de las distintas clasificaciones de la pena, atendiendo a su magnitud. Para desarrollar el presente apartado, se tomará los dos planteamientos antes señalados de la forma siguiente:

##### 4.1) Indeterminación Absoluta:

Puede considerarse como una propuesta doctrinal la cual implica la total ausencia de límites para las penas aplicables; es decir, que ni en el Código ni en la sentencia se pondrá un límite a la sanción. La duración de la consecuencia impuesta estará a cargo de las autoridades judiciales o administrativas que se encarguen de regular la ejecución de las mismas. Este sistema pretende desarrollar los postulados preventivo-especiales, como los propiciados por el positivismo naturalista en Italia y el correccionismo positivista español.

#### 4.2. Indeterminación legal relativa:

Es una forma intermedia de determinación entre el establecimiento legal de una cantidad inamovible y la absoluta ausencia de límites legales a la decisión judicial. Se basan en que debe existir para regular la cuantía de la pena, un límite máximo, un límite mínimo o en su caso ambos (como sucede en nuestro país), los cuales no pueden ser rebasados por el juez al momento de fijar la pena. Como dice el profesor Juan Bustos Ramírez:

"El sistema de marco penal, es decir, la indeterminación relativa de las penas (un mínimo y un máximo) es el adoptado por todo el ámbito cultural hispanoamericano. Lo cual está de acuerdo con la significación del principio de legalidad, que la ley es la única fuente del derecho penal y, por tanto, ni el juez ni el intérprete pueden crear ni injusto ni pena.

Ciertamente dentro de este sistema de marcos penales pueden darse diferentes

variantes. Así, en el ~~Estado~~<sup>Estado</sup> español se establece un sistema de marco basado en una \*métrica\* penal, que conduce al juez a la decisión final a través de un complicado sistema de reglas entre escalas, grados y juego de circunstancias modificativas, todo con carácter obligatorio... El sistema alemán en cambio, introduce marcos sin límite máximo, que está sometido sólo a reglas generales que lo cierran... además se indica al juez sólo una serie de criterios amplios que debe conjugar para modificar la pena básica o moverse dentro de ella.

Por último dentro del marco penal pueden producirse otras variaciones, como la alternatividad, esto es, el

juez puede elegir  
distintas clases de pena.  
(así, entre arresto y multa  
art. 279. bis) <sup>16)</sup>.

Como se deduce del párrafo transcrito, nuestro sistema de regulación es de indeterminación relativa, y se asemeja en mucho al sistema español, pero el análisis concreto de esto corresponde al capítulo siguiente de este trabajo por lo que por el momento baste con definir el nuestro como parcialmente indeterminado, mixto y alternativo.

#### 4.3) Indeterminación judicial relativa

Este consiste en dotar al juez de facultades suficientes para que fije el término mínimo y máximo de la condena (sentencia relativamente indeterminada) sin establecer la cantidad exacta. Pretende evitar que el condenado sufra una prisión sin saber cuándo va a concluir ésta y responde a la inspiración preventiva-especial y a la ideología del tratamiento.

#### 4.4) Sistema de pena fija:

Es aquel que nace como reacción a las atrocidades cometidas en la época de la venganza pública del derecho penal, cuando (como se sabe) los representantes del monarca

---

<sup>16)</sup> BUSTOS RAMIREZ, JUAN MANUEL: Op. Cit. Pág. 400  
s.s.

creaban no sólo las conductas delictivas sino también penas a imponer de acuerdo a su libre albedrío, llegando incluso a hacerlo en forma posterior al hecho delictivo, según ellos cometido; y es por esto que en base al principio de legalidad, se decidió que la ley decidiera de una vez qué pena exactamente correspondía a cada delito; pero su aplicación tan inflexible dio origen a múltiples injusticias, e incluso atrocidades tan grandes como las que pretendía enmendar.

CAPITULO III  
LA DETERMINACION DE LA PENA EN  
EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO

Habiendo abordado ya aspectos doctrinarios básicos en torno a lo que es la cuantificación de la pena, en el presente capítulo se desarrollará un análisis de lo que constituyen las normas que regulan, tanto a nivel sustantivo como procesal, la determinación de la pena, ya que como se ha visto, si bien el límite legal mínimo y máximo lo fija el legislador al momento de crear la norma, las reglas de su aplicación en igual manera (cuantía para autores, cómplices, etc.), la determinación concreta; es decir, el fijar individualmente a cada condenado el tiempo que pasará en prisión y/o lo que deberá pagar en calidad de multa, los beneficios que se le puedan aplicar, o las inhabilitaciones o penas accesorias que se le puedan imponer lo decide en nuestro caso el Tribunal de Sentencia, y es por ello que como el Derecho Penal en sentido amplio es uno solo dividido por fines científicos - sustantivo y procesal - todas las críticas que se le puedan hacer a nuestra regulación material contenida en el Decreto 17-71 pueden tenerse como obstáculos que se le presentan al nuevo ordenamiento procesal, que veinte años más tarde responde a una ideología distinta, y que por lo tanto hace que nuestro ordenamiento en materia penal cuente con una constitución y un código Procesal moderno

que debe estrellarse con los defectos de una regulación sustantiva ya ampliamente superada en la doctrina. Así pues en este orden de ideas se plasmaron en el orden en que se analicen las normas todos los comentarios que a nivel doctrinario puedan hacerse en relación a los inconvenientes que presenten las mismas.

#### 1.- DERECHO SUSTANTIVO;

Nuestra Ley Penal sustantiva por excelencia es el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, en su Libro I, Título VI, Capítulo II, artículos del 62 al 68 contiene lo que el mismo intitula como DE LA APLICACION DE LAS PENAS. Como se puede observar por el mismo contenido de los artículos el marco penal aunque aparentemente sencillo tiene como norma básica el artículo 65 que expresa:

"Art. 65 (Fijación de pena). El juez o tribunal determinará, en la sentencia la pena que corresponde dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable los antecedentes personales de este y de la víctima, "

móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena".

Como la norma manifiesta es el Tribunal el encargado de fijar la pena en la sentencia, ya que como señala el autor alemán Jescheck: "En el lenguaje internacional especializado ha adquirido carta de naturaleza la expresión inglesa "sentencia" para denominar la determinación judicial de la pena." <sup>17)</sup> y tal operación deberá efectuarla atendiendo a los factores que a continuación se le señala:

- 1.- Atendiendo a la mayor o menor peligrosidad del culpable:  
Puede notarse como el legislador inspirado por un derecho

---

<sup>17)</sup> JESCHECK, HANSS HENRICH; Op. Cit. Pág. 1189.

de autor pone como primer parámetro para determinar la cuantía de la pena la mayor o menor peligrosidad del agente, entendiéndose esto en relación a lo que en el artículo 87 se contempla como Estado Peligroso y que textualmente reza:

" Se consideran índices de peligrosidad: 1o.- La declaración de inimputabilidad; 2o.- La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado; 3o.- La declaración de delincuente habitual; 4o.- El caso de tentativa imposible de delito, prevista en el artículo 15 de este código; 5o.- La vagancia habitual. Se entiende por vago el que teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerable se mantiene habitualmente en holganza, viviendo a costa del trabajo de otros, o de mendicidad, o sin medios de subsistencia conocidos; 6o.-

La embriaguez habitual 70.-  
 Cuando el sujeto  
 toxicómano. 80.- La mala  
 conducta observada durante el  
 cumplimiento de la condena.  
 90.-La explotación o el  
 ejercicio de la prostitución".

En esta forma se toma en cuenta para fijar una pena o una medida de seguridad en su caso, aspectos personales del imputado que nada tienen que ver con el hecho por el cual se le está juzgando y que ni siquiera son actos prohibidos por la legislación, pues en el caso de la vagancia, la prostitución o la embriaguez por si solos no constituyen conductas prohibidas jurídicamente, y tomando en consideración que todo lo que no está jurídicamente prohibido, se entiende jurídicamente permitido; el que una persona ejerza la prostitución no debiera ser tomado en consideración al momento de juzgársele por un homicidio o por un robo, ni en lo concerniente ha determinar su culpabilidad, ni en lo relativo a las consecuencias jurídicas que por dicha conducta se le deba imponer, si esto no tiene vinculación directa con el caso, pues con ello se está violando no sólo el derecho de igualdad ante la ley, ya que para que existan persona peligrosas debe haber un grupo distinto y lógicamente superior de personas no peligrosas que puedan con dicho término estigmatizar a las

INSTITUTO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
 Biblioteca Central

otras y por ello discriminarlas, sino también el principio de legalidad al haber penas por conductas no prohibidas. Como se entienda el término peligrosidad en la aplicación de la sentencia al momento de cuantificar la pena es de suma importancia ya que la base de cualquier condena debe ser la culpabilidad del sujeto; es decir, el reproche que se le pueda hacer a este por su conducta, de acuerdo a su capacidad de obrar de un modo distinto y en este sentido autores como el Profesor Argentino Raúl Zaffaroni han expresado:

El concepto de peligrosidad que nos interesa es el que opera en nuestro Código Penal art. 41, que es un concepto que para nada pretende reemplazar a la culpabilidad ni fundar la aplicación de medida alguna para autores culpables; menos aún fundar medida para los que no son autores de ningún injusto. Estas concepciones o uso patológicos de la peligrosidad

nada tienen que ver con ~~nuestro~~  
 texto vigente. " 18)

Es por ello que si bien puede existir un juicio sobre el cual se pueda prever una probabilidad de que una persona por su conducta y su medio social pueda volver a delinquir, no debe de perderse de vista que dicha predicción es sólo una probabilidad y que de tomarlo como nuestra ley en forma tajante se le está negando el derecho de las personas a cambiar. Con esto se afirma que si bien el riesgo de un nuevo delito en el futuro por parte de un procesado (peligrosidad) debe tenerse en consideración es en parámetros distintos de los que inspiran nuestra ley.

2.- Los antecedentes personales de este y de la víctima:

Este segundo aspecto a observar ha sido en la práctica mal entendido en virtud de que so pretexto de cumplir con dicha disposición, tanto en la acusación como en la defensa se han tomado acciones sin base legal, así en el anterior proceso penal se tomaba como diligencia en la instrucción el pedir los antecedentes de los acusados, y en la defensa presentar cartas de buena conducta o de recomendación de los mismos en aras de comprobar sus buenos o sus malos antecedentes. La doctrina moderna indica que las circunstancias personales o

---

18) (\*) ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: Op. Cit. Págs. 754. y 755.

antecedentes personales de la víctima se refieren a otras de situaciones, aquí lo que se pretende evaluar es cuál era el grado de educación, espacio social, situación económica, familiaridad, respeto o conocimiento de la víctima y el imputado y que, como es sabido, aunque la ley penal es de aplicación general la función del Juez es aplicar el marco penal abstractamente consignado en la norma, a un sujeto individual que por ser individual va a requerir un grado distinto de sanción, en este caso de penalidad, y que se adecua igualmente al fin que se le asigna modernamente a la pena: cuál es el de resocializar al delincuente. Por ello los antecedentes personales ilustran al Juez para poder pronosticar la cuantía de penalidad que el sujeto requiere para que en caso de que en nuestro medio los centros de detención efectivamente fueran granjas de rehabilitación, pudiera establecer el tiempo que se necesita para alcanzar dicho objetivo. Las anteriores ideas que son las que deben inspirar la consideración de los antecedentes del imputado, también tienen como límite la intensidad del delito en cuanto a la investigación o intromisión que por el proceso se pueda hacer en la vida del acusado. No se justifica por ejemplo que en caso de un delito de los denominados de bagatela, por su poca intensidad se despliegue una gama de recursos en averiguar, la composición familiar, el trabajo, la situación económica, ambiental, religiosa o moral de una persona que probablemente ni siquiera sea sometida a prisión por la

aplicación de cualquiera de los beneficios procesales que integran el principio de oportunidad; dicha situación tenía que todo relevancia en el anterior proceso por ser en este el informe socio-económico un medio de investigación obligatorio en el sumario que por gracia legal se transformaba automáticamente en prueba para el momento del juicio.

### 3.- El móvil del delito:

Este factor se refiere al aspecto subjetivo del actuar del acusado, el por qué actuó en forma contraria a la norma penal, cuál fue la inspiración que lo llevó a delinquir y es en ese aspecto en donde resulta más importante de acuerdo a lo investigado, el conocimiento criminológico que los jueces puedan tener: Así como el conocimiento de los valores, costumbres e idiosincrasia que en cada Estado pueda tenerse a efecto de no castigar exageradamente situaciones que aunque ilegales puedan ser cotidianas en un lugar determinado; esto en relación con lo que modernamente se denomina co-culpabilidad que es una teoría que enuncia que en todo hecho delictivo el Estado tiene un porcentaje de responsabilidad que no puede ser atribuido al autor de determinado delito y que por tanto no puede obligársele a pagar.

### 4.- La extensión e intensidad del daño causado:

Nuestra ley hace referencia aquí a un aspecto propio de las legislaciones que basan la responsabilidad penal en el

resultado provocado por el hecho delictivo, a lo largo del Código puede establecerse distintos ejemplos de lo que materia penal se conoce como *Versari in re illicita*, o *responsabilidad objetiva*, tales como los delitos de Homicidio Culposo, Lesiones Culposas, o de otras figuras en donde censurado es el daño provocado como en el caso de las lesiones dolosas, y el fijar la diferencia entre delito y falta, acuerdo al monto en ciertos delitos patrimoniales, y culminar con esta ideología el hacer referencia al daño causado cuando lo que en realidad y de acuerdo debe sancionarse es el daño social causado, sino a la intensidad de afectación al sentimiento promedio social, o el daño real que se provoca toda la comunidad, situaciones que por el momento y la línea de pensamiento que se consideraba al decretar la ley vigente, ya que existen figuras de gran daño social como malversación, que incluso sólo se sanciona con una multa de dos mil quetzales como máximo sin prisión, aunque la cantidad malversada sea millonaria y el daño social se refleje en la muerte de muchas personas por el desvío de los recursos mientras cualquier robo mayor de veinte quetzales sí conlleva prisión para el responsable, aunque la afectación solamente perjudique a una persona individual.

##### 5.- Las Circunstancias Atenuantes o Agravantes:

Este aspecto de la determinación de la pena por parte del Tribunal, atiende a lo que en la teoría del delito se con-

con los nombres de elementos accidentales o circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y que se clasifican en tres:

1) CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES:

Que tienen a disminuir sin excluir la responsabilidad penal del sujeto activo, se encuentran contenidas en el artículo 26 de nuestro Código Penal y aunque en dicha norma se enumeran y explican algunas en base al principio de ANALOGIA AN BONAM PARTEM, pueden apreciarse como tales todas aquellas que concurran al momento de acontecer un hecho ilícito y que sean análogas a las que en dicha norma se describen.

2) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES:

Que por el contrario tienden a elevar la responsabilidad penal del proceso, y que consecuentemente aumentan su sanción, por lo que se regulan de acuerdo al sistema de numerus clausus; es decir, solamente pueden considerarse las contempladas en el artículo 27, y la contenida en el 28 que es una agravante especial para aquellos agentes o jefes encargados del orden público que cometieren delitos contra las personas o sus bienes. Dentro de estas circunstancias agravantes que se presentan en nuestro Código hay 2 que cobran particular interés para efectos de este

trabajo y son las contenidas en los incisos 23 y ~~24~~ <sup>25</sup> mencionado artículo las cuales prescriben:

Reincidencia: 23.- La de ser reincidente el reo.

Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.

Habitualidad: 24.- La de ser el reo delincuente habitual. Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiére otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas.

El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena.

Como se deduce de los incisos transcritos, los ~~conceptos~~ <sup>de reincidencia y habitualidad</sup>, constituyen un tema por demás controversial dentro de un derecho penal democrático, si se parte de los principios procesales del *Nen Bis in Idem*, y el de Cosa juzgada vigentes en el actual Código Procesal Penal, y antes que ahí en la Constitución Política de la República, puede decirse que tener como factor cuantificador, conductas que penalmente ya fueron sancionadas y en las cuales ya se ha cumplido la condena, pagando con ello el daño social causado (teoría de la retribución), habiendo permanecido sufriendo los efectos de la misma para resocializarse, (prevención especial) y habiendo con dicha condena advertido a los demás sobre los riesgos de incurrir en una conducta similar (prevención General), se han cumplido los fines de la pena ya sea por cada una de las teorías aludidas o por las tres simultáneamente, por lo que es algo ya fenecido que no puede pretenderse que vuelva ha de ser considerado, porque si en todo caso se vuelve a delinquir y esto demuestra que la resocialización falló, se está cobrando la deficiencia del sistema al que no es responsable de la misma, y en el caso de la habitualidad se paga con el doble de la nueva condena; y si por el otro lado, como establecen ambos artículos no hubiere cumplido la pena por que se le aplicó cualquier medida substitutiva en virtud de lo intrascendente del hecho que lógica puede tener que lo que no sirvió ayer para motivar la imposición de una pena, pueda por un hecho actual venir a

constituirse en una agravante de algo con que no tiene relación. Tales disposiciones constituyen un verdadero problema en nuestro frágil y atrasado derecho de cuantificación, pues limita, además, el otorgamiento de otros beneficios tales como la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional y el perdón judicial, facultando incluso la imposición de otras consecuencias jurídicas conexas como la imposición de medidas de seguridad que como se expresara en el capítulo primero de este trabajo no son más que penas disfrazadas con otro nombre. Al igual que la apreciación que se hacía sobre la peligrosidad, la reincidencia entendida como factor de probabilidad es aceptable siempre que su regulación respete los derechos fundamentales que el mismo Estado tutela. Así tenemos que en Alemania se regula la reincidencia pero como el mismo profesor de derecho penal Jescheck apunta:

"Por último, el delito actual debe ser un delito doloso, por lo que se deriva del \*48 II que el grado máximo legal de la pena privativa de libertad debe ser por lo menos de un año. De este modo se excluyen de la agravación por reincidencia los delitos menos graves de poca incidencia... Li

reincidencia prescrito <sup>19)</sup>  
ha transcurrido un plazo de 5  
años entre la terminación del  
último y el comienzo del  
nuevo delito, independientemente  
del momento de la  
condena y del cumplimiento  
de la pena...

3. La agravante de  
reincidencia tiene como único  
efecto el aumento de la pena  
mínima a 6 meses, con lo  
que se excluye la aplicación  
de la regla alternativa  
contenida en el \*47. El  
grado máximo de la pena  
privativa de libertad  
permanece inalterado." \*19)

Este problema que anteriormente se ha tratado, implica una  
desnaturalización en el mismo proceso de cuantificación, pues  
como es mundialmente reconocido, las circunstancias agravantes  
y atenuantes se utilizan en la siguiente forma: Si existe

---

<sup>19)</sup> (\*) JESCHECK, HANS HEINRIH: Op. Cit. Págs. 1221 y  
1222.

una circunstancia atenuante o varias de ellas el juez <sup>debe</sup> reducir la cuantía de la pena inclusive hasta el límite mínimo legislado, y si por el contrario, las circunstancias que se presentan son agravantes. En caso de aparecer atenuantes y agravantes las mismas se compensarán; pero si se analiza el precepto legal expuesto, resulta que si se presenta la circunstancia agravante de habitualidad el límite máximo se duplica y puede llegar incluso a los extremos máximos de sanción, que en el Código Penal serían de treinta años de prisión o de veinte mil quetzales de multa, y en la Ley Contra la Narcoactividad, (decreto No. 48-92), paga la multa hasta de diez millones de quetzales.

### 3.- CIRCUNSTANCIAS MIXTAS:

Contenidas en el artículo 31 del Código Penal, son aquellas que en ciertos casos pueden ser tomadas como agravantes y en algunos otros pueden ser consideradas como atenuantes, y en las cuales se comprenden por ejemplo el grado de familiaridad, entre el autor y la víctima, o el grado de amistad, conocimiento, confianza, dependencia, etc.

Por último y para cerrar este aspecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, hay que entrar a considerar el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, el cual se enuncia en forma simple de la siguiente manera "en la determinación

de la pena, no pueden emplearse ni como circunstancias agravantes, ni como atenuantes, los elementos del tipo legal, ni los puntos de vista que afectan a cada delito de la misma naturaleza, que han sido tenidos ya en cuenta en la creación del marco penal por el legislador." \*<sup>20</sup>) Esto se entiende mejor si suponemos, por ejemplo, que no podría en el caso de un Homicidio culposo utilizarse como circunstancia agravante su obrar negligente, o alegar como atenuante en el caso de infanticidio el estado emotivo, cuando estos elementos ya han sido tomados en consideración por el legislador.

Dentro de las normas que sirven de marco y complemento a la regla que anteriormente fuera analizada encontramos las contenidas en los artículos siguientes:

Art. 62 (Al autor del delito consumado). Salvo determinación especial, toda pena señalada en la ley para un delito, se entenderá que debe imponerse al autor del delito consumado (ver art.13 C.P.)".

Norma que indica que a la persona que participe en un delito en el grado de autor (ver art. 36 C.P), y que haya

---

<sup>20</sup>) (\*) JESCHECK, HANS HEINRICH: Op. Cit. Pág. 1201.

realizado todos los actos necesarios para producir el resultado prohibido, se le puede imponer las penas que el tipo penal señala, dentro de los límites en la misma establecidos. Situación que varía si se trata de la otra forma de participación en el delito que regula nuestra ley como lo es la de complicidad (art. 37 C.P.), o que el grado de desarrollo del delito sea distinto, tal el caso de la tentativa (art. 14 C.P.) ya que según lo establece el artículo 63 al autor de tentativa, y al cómplice del delito consumado se le podrá imponer "la pena señalada en la ley para los autores del delito consumado, rebajada en un tercio" con lo que se disminuye la sanción de estas personas por considerarse menor su culpabilidad en el delito. En caso de la complicidad en la tentativa, el límite de punibilidad se reduce en dos tercios. En el caso de las faltas como lo expresa el artículo 480 del C.P. en su inciso 1o. sólo se sancionará a los autores, y en el 2do que sólo se sancionan las faltas consumadas.

El artículo 66, regula como ya se expresó que cuando se habla de aumento o reducción de una cuota o fracción de la pena se debe hacer en ambos límites (máximo y mínimo) simultáneamente. Y el artículo 68 por el cual la prisión provisional que se hubiere sufrido durante el proceso debe deducirse del tiempo que se fije en la condena. Finalmente deben tenerse en cuenta al momento de la cuantificación de la

pena, la institución sustantiva de la PLURALIDAD DE DELITOS<sup>8</sup>, como también se les denomina CONCURSO DE DELITOS, que se da cuando el sujeto activo del delito; es decir, la persona que lo realiza varios hechos delictivos, en el mismo o en diferente momento, en la misma o de diferente forma, y que nuestra regulación penal recoge de acuerdo a la teoría Dicotómica de la misma y que contempla: el Concurso Real y el Ideal, también llamados Material y Formal respectivamente, normas que a continuación se transcriben y analizan:

Art. 69 (Concurso real). Al responsable de dos o más delitos, se le impondrá 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 la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración en su conjunto, no podrán exceder del triple de la pena.

Este máximo, sin embargo, en ningún caso podrá ser superior: 1o.- A treinta años de prisión; 2o.- A veinte mil quetzales de multa. " (salvo el caso de delitos comprendidos en la ley contra la narcoactividad).

Como puede apreciarse la norma contiene el sistema conocido como de acumulación aritmética por el cual todas las condenas se irán cumpliendo sucesivamente; pero este total de años no puede superar el triple de la pena mayor y son de igual duración del triple de esta. Para clarificar un poco estas ideas, debe empezarse por aclarar que al hablar de pena no estamos refiriéndonos al marco penal; es decir, el límite máximo de sanción que tiene cada tipo, sino ya a la pena concretamente establecida, por ejemplo: un sujeto armado con un machete ingresa al bus, roba una persona y en su escape hiere cinco sujetos ocasionándoles lesiones graves; daña el bus, y le provoca una lesión leve al piloto. Si al dictársele sentencia se le fijaran 5 años por el robo, cinco condenas de 4 años por las lesiones graves a los pasajeros, 3 años por la lesión leve, y 1 año por los daños al bus, aritméticamente tendríamos la pena en años a aplicarse así:

$$5 + 4 + 4 + 4 + 4 + 4 + 3 + 1 = \text{lo que sumarían}$$

29 años de prisión, pero de acuerdo a la regla, la duración sería de 15 años. El último párrafo de la norma contiene los límites máximos ha imponerse para las penas de prisión y multa, los cuales no podrán rebasarse bajo ninguna circunstancia.

Art. 70 (Concurso ideal).  
En caso de que un hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte.

El tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones si a su juicio fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior.

Cuando se trate de ~~con~~  
 ideal de delitos sancionados  
 con prisión, de delitos  
 sancionados con prisión  
 multa, o de delitos  
 sancionados sólo con multa,  
 el juez a su prudente  
 arbitrio y bajo su  
 responsabilidad, aplicará las  
 sanciones respectivas en  
 forma que resulte más  
 favorable al reo."

Para la aplicación de la pena aquí puede seguirse  
 teoría de la pena única con el aumento que puede llegar hasta  
 en una tercera parte de la pena mayor, con lo cual  
 permite la discrecionalidad del Tribunal pues no es un criterio  
 fijo "una tercera parte" sino el flexible de "hasta u  
 tercera parte"; o bien la fórmula aritmética de acuerdo a  
 que se aprecie más favorable al reo.

## 2.- DERECHO PROCESAL

Se analizarán ahora las normas del Código Procesal Penal  
 Decreto 51-92 del Congreso de la República, el cual como  
 se indicó es un cuerpo normativo hondamente humanista, que  
 desarrolla plenamente los preceptos y garantías

Constitucionalmente establecidas, para lo cual se transcriben <sup>separadamente</sup> las normas, efectuando a continuación el comentario correspondiente.

"Artículo 353. División del debate único. Por la gravedad del delito, a solicitud del Ministerio Público o del defensor, el tribunal dividirá el debate único, tratando primero la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado, y posteriormente, lo relativo a la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección que corresponda..."

Como puede apreciarse del párrafo transcrito en el Código Procesal actual predomina la idea de la culpabilidad a la cual se le asigna tal importancia que se puede dividir el Debate Único para tratar junto con esta la fijación de la pena en audiencias separadas, lo cual choca con un derecho sustantivo, poco desarrollado en cuanto a determinación de la pena y totalmente seguidor de un derecho de autor y de intensidad de daño.

Posteriormente en los artículos comprendidos del 385 ~~385~~ 397 del mismo cuerpo normativo, se regula lo referente a la Sentencia, la cual según se establece se emitirá después de que el Tribunal en sesión secreta delibere con respecto a la prueba rendida en la audiencia y que deberá valorarse de acuerdo al sistema de la sana crítica razonada, decidiéndose el veredicto por mayoría de votos.

Artículo 386. Orden de Deliberación. Las cuestiones se deliberarán siguiendo un orden lógico en la siguiente forma: cuestiones previas; existencia del delito, responsabilidad penal del acusado, calificación legal del delito; pena a imponer\*; responsabilidad civil; costas, y lo demás que este Código u otras leyes señalen. La decisión posterior versará sobre la absolución o la condena..."

Como se resalta en el texto transcrito la ley señala la obligación de deliberar sobre la \*pena a imponer, pero por ser esta determinación una actividad regulada en la ley

sustantiva, al llegar a este punto los miembros del ~~TRIBUNAL~~ obligatoriamente deberán aplicar las normas ya estudiadas en el punto anterior y por ello todas las críticas, atraso doctrinario, violación de garantías y derechos constitucionales que se indicaron, serán en este momento un valladar que evite que todo el proceso que se ha seguido, (período preparatorio, período intermedio, debate: apreciación de la prueba respetando la inmediación, la concentración, el derecho de defensa y el juicio previo) se venga por el suelo, porque el producto final, el acto procesal que fija el resultado de todo lo actuado e indica la sanción que ha de imponerse puede contener, en caso de una deficiente preparación de los miembros del Tribunal o la preponderancia de uno de ellos sobre los otros, todos los defectos ya indicados. Los inconvenientes también podrán presentarse en lo referente a la etapa de Ejecución Penal en donde una de las labores principales del Juez de Ejecución será el de ejecutar la condena impuesta, cuestiones que se regulan dentro de Código Procesal en los artículos comprendidos del 492 al 525.

•

## CONCLUSIONES

- 1.- El artículo sesenta y cinco del actual Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, es una norma que vulnera principios y garantías procesales de carácter penal, Constitucionalmente protegidos.
- 2.- No existe en nuestro medio, ni jurídica ni doctrinalmente, una concepción clara y eficiente del derecho de cuantificación penal.
- 3.- Hay un desfase ideológico y doctrinario entre el Código Procesal Penal y la Ley Penal Sustantiva en materia de Determinación de la Pena.
- 4.- El no profundizar acerca de la importancia del estudio de la determinación de la pena convierte en ineficiente todas las garantías y principios que se establezcan en las etapas anteriores del proceso penal.

## RECOMENDACIONES

1. Que se convoque por parte del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, a todas las Instituciones y Asociaciones de Abogados del País, a efecto de que se desarrolle un estudio de las normas que en la actualidad regulan la determinación de la pena.
2. Que se elabore por parte de las mismas, Instituciones y Asociaciones Jurídicas un Proyecto de Ley en el cual se integre, en este campo, los avances doctrinarios y de derecho comparado que permitan un Derecho de Cuantificación Constitucionalmente funcional.
3. Que en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, se implemente a nivel Extra Curricular un Curso sobre Derecho de Cuantificación Penal; o por lo menos se le brinde mayor prioridad dentro del Programa de Derecho Penal I.
- 4.- Que el Organismo Judicial, a través de la Escuela de Estudios Judiciales capacite adecuadamente a los Jueces que integrarán los tribunales de Sentencia sobre la adecuada determinación de la Pena.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

## BIBLIOGRAFIA

- Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal. 18. Edición.*  
Editorial Bosch, Barcelona 1981.
- Bacigalupo, Enrique *Manual de Derecho Penal. Parte  
General Editorial Temis Ilamud.*  
Bogotá 1984.
- Puig Peña, Federico *Derecho Penal. Ediciones  
Náuticas, Barcelona, 1967.*
- Zafarroni, Eugenio Raul *Manual de Derecho Penal, 5a.  
Edición Editorial Ediar, Buenos  
Aires, 1983.*
- Zafaroni, Eugenio Raul *Tratado de Derecho Vol III, IV y  
V, Editorial Ediar, Buenos Aires,  
1983.*
- Leha Levin *Los Derechos Humanos, Preguntas  
y Respuestas. Edición 1981.*  
Secretaría de Unesco.

- Vasel Karel *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos.* UNESCO, Editorial SERBAL París, 1984.
- Bustos Ramírez, Juan *Manual de Derecho Penal.* Editorial DEPALMA Buenos Aires. 1987.
- Recasens Siches, Luis *Vida Humana, Sociedad y Derecho.*

DICCIONARIOS

- Cabanellas, Guillermo *DICCIONARIO DE DERECHO USUAL.* Tomos I, II, III y IV. 11a. edición, Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires. 1976.
- Víctor Desantos. *DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL.* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.

Isorio, Manuel

DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS  
POLÍTICAS Y SOCIALES.  
Editorial Heliasta. S.R.L.  
Argentina. 1978.

LEYES

Constitución Política de la República. 31 de mayo 1985.  
Código Penal. Decreto No. 17-73 del Congreso de la República.  
Código Procesal Penal. Dto. No. 51-92 Congreso de la  
República.  
Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Dto. No. 6-78  
del Congreso de la República.