

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

**PERSPECTIVAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL SISTEMA
GUATEMALTECO**

HUGO CRISTÓBAL HERNÁNDEZ FIGUEROA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007

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

**PERSPECTIVAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL SISTEMA
GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HUGO CRISTÓBAL HERNÁNDEZ FIGUEROA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2007.

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Alberto Zeceña López
Vocal: Lic. Jorge Luis de León Melgar
Secretario: Lic. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Adrián Antonio Miranda Pallez
Vocal: Lic. Magda Nidia Gil Barrios
Secretario: Lic. Juan Carlos López Pacheco

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

DEDICATORIA

A Dios:

Por haberse entregado a si mismo por amor a mí.

A mi esposa Ana Patricia y a mi hija Patricia Yvette:

Gracias por su apoyo y su paciencia. Todo lo logrado es para ustedes.

A mis padres:

Cristóbal Hernández Gutiérrez y Carmen Graciela Figueroa Arévalo.

Por su confianza y sus oraciones.

**A la Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad de San Carlos
de Guatemala:**

Por todo lo aprendido.

ÍNDICE

	Pág
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Antecedentes.....	1
1.1. Antecedentes históricos.....	1
1.1.1. El derecho de castigar.....	1
1.1.2. Conductas prohibidas.....	5
1.1.3. Estados peligrosos.....	6
1.1.4. La relación del derecho penal, la criminología y la política criminal.....	10
CAPÍTULO II	
2. Principales corrientes criminológicas.....	13
2.1. Escuela clásica.....	14
2.2. Escuela positiva.....	17
2.2.1. La ideología de la defensa social.....	22
2.3. Las teorías de la anomia y de las subculturas criminales.....	24
2.4. Medidas de seguridad en la escuela positiva.....	26
2.5. El labelling approach (modelo integracionista).....	30
2.5.1. Crítica al labelling approach.....	34
2.6. Criminología crítica.....	35

CAPÍTULO III

3.	Derecho penal de autor y derecho penal del acto.....	39
3.1.	El derecho penal liberal y el derecho penal del acto.....	9
3.1.1.	Principio de exterioridad o materialidad.....	40
3.1.2.	Principio nullum crimen, nulla poena sine injuria o principio de lesividad.....	46
3.2.	El hecho y el acto: una distinción.....	47
3.3.	La normalidad de la persona que delinque.	48
3.4	Moral y derecho penal.....	51
3.5.	La subsistencia del derecho penal de autor.....	52
3.6.	El derecho penal del enemigo como un tipo de derecho penal de autor... 54	
3.6.1.	Derecho penal simbólico.....	54
3.6.2.	El resurgir del punitivismo.....	57
3.6.3.	Elementos del derecho penal del enemigo como un tipo de derecho penal de autor.....	59
3.7.	Dos clases de derecho penal de autor en los procesos de criminalización.....	60
3.7.1.	Derecho penal de autor en el proceso de criminalización Primaria.....	60
3.7.2.	Derecho penal de autor en el proceso de criminalización secundaria	62
3.8.	Estados que se caracterizan por una política de derecho penal de autor.64	
3.9.	Tribunales de fuero especial en Guatemala.	67

	Pág
3.10. Carencias del derecho penal de autor.	69

CAPÍTULO IV

4. Modelo penal constitucional.	71
4.1. Principio de legalidad.	71
4.1.1. Legislación guatemalteca.	75
4.1.2. Fundamentos del principio.	76
4.1.3. Prohibiciones que se derivan del principio de legalidad.	77
4.2. Redefinición penal desde el modelo constitucional.	79
4.2.1. La lesividad.	80

CAPÍTULO V

5. Constitución política de la república de Guatemala y código penal guatemalteco.	83
5.1. Artículo 27.	84
5.2. Artículo 51.	87
5.3. Artículo 65.	88
5.4. Medidas de seguridad.	89
5.4.1. La declaración de inimputabilidad.	92
5.4.2. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado.	92
5.4.3. La declaración del delincuente habitual.	93
5.4.4. El caso de la tentativa imposible delito.	93

	Pág
5.4.5. La vagancia habitual.	94
5.4.6. La embriaguez habitual.....	95
5.4.7. Cuando el sujeto fuere toxicómano.....	95
5.4.8. La mala conducta observada en el cumplimiento de la condena..	96
5.4.9. La explotación o el ejercicio de la prostitución.....	97
5.5. Peligrosidad en la parte especial del código penal.....	97
5.6. Asociaciones ilícitas.....	101
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	109

INTRODUCCIÓN

La siguiente investigación se realizó con el objeto de ser un aporte académico y cultural, pues resulta difícil creer que a veinte años de vigencia de la actual constitución; nuestro código penal, aún contempla circunstancias que juzgan a las personas y no los actos que ellas realizan, situación que es clave para la aplicación de un Derecho Penal democrático.

La Constitución garantiza que las personas serán juzgadas por actos reñidos con las normas penales y no por su calidad de personas; es decir, que el Derecho Penal del Acto, en contraposición al Derecho Penal de Autor si está contemplada en la legislación penal guatemalteca; aún así, resulta incomprensible que los legisladores en Guatemala, discutan crear tipos penales de autor (ley antimaras), cuando el texto constitucional es claro al respecto, exigiendo la creación de tipos penales en forma estricta, descripta y taxativa.

Por otro lado la presente investigación, pretende proporcionar información básica tanto para estudiantes como para profesionales, que servirá de orientación en el estudio de la doctrina moderna, exclusivamente en lo que a Derecho Penal de Autor se refiere. Servirá también como bibliografía y punto de partida para futuras investigaciones, las cuales deberán estar orientadas a la aplicación de un Derecho Penal con características humanistas y en completa sumisión a las garantías del hombre.

El hecho de que el Estado en el uso de su facultad del “ius puniendi” castigue a la persona, por su calidad de persona y no por los actos que ejecute la misma, se le denomina Derecho Penal de Autor. Sin embargo, la Constitución Política de la República de Guatemala es la guía de todo el ordenamiento jurídico interno de nuestro país; en consecuencia, cabe preguntarse: ¿Es incongruente el Derecho Penal de Autor con el texto constitucional, en relación al sistema penal guatemalteco?

Fue sorprendente enterarse que abogados y estudiantes de derecho en Guatemala, desconocían lo que es Derecho Penal de Autor, ya que la mayoría, piensa que al hablar sobre Derecho Penal de Autor, se refiere a los delitos sobre derechos de autor, que están contemplados en la legislación penal. La anterior situación fue motivante, ya que el presente trabajo, puede representar un aporte para estudiantes de derecho en el sentido de que sea una pequeña guía de Derecho Penal Democrático, que como dice Zaffaroni: ...”es el límite al poder punitivo del Estado”.

El Derecho Penal de Autor, es incongruente con el texto constitucional en el sistema penal guatemalteco, en virtud de que la Constitución contempla en su Artículo 17, Derecho Penal del Acto en contraposición con el Derecho Penal de Autor.

El objetivo general de la presente investigación fue: establecer si es congruente el Derecho Penal de Autor en el sistema penal guatemalteco. Los objetivos específicos consintieron en determinar la coherencia normativa entre el texto constitucional y el texto ordinario sobre el tema de Derecho Penal de Autor, establecer cuáles normas del

Código Penal guatemalteco son congruentes o incongruentes con el texto constitucional y establecer la doctrina dominante en el Derecho Penal moderno, respecto a las teorías de autor y del acto.

Los supuestos de la investigación se determinan así: en cuanto a la variable independiente: A qué modelo de política criminal responde el Derecho Penal de Autor. En cuanto a la variable dependiente: qué es sistema penal; regula el sistema penal guatemalteco, el Derecho Penal del Acto y el Derecho Penal de Autor; existe una normativa que regule expresamente el Derecho Penal del Acto y de ser así, esa disposición constitucional excluye la aplicación del Derecho Penal de Autor.

El presente trabajo, contiene un estudio analítico sobre lo que es Derecho Penal de Autor, que quedó contenido en cinco capítulos. El capítulo I, detalla los antecedentes que determinan cuándo una sociedad aplica o no, un Derecho Penal de Autor. El poder penal siempre va a tener dos formas de realizarse, a través de las conductas prohibidas y los estados peligrosos.

El capítulo II, entra a considerar las Escuelas Criminológicas. En el desarrollo de la historia del Derecho Penal, como forma de control social, se han esbozado distintos modelos, que responden a las corrientes criminológicas que determinan en grado sumo la política criminal de los Estados; para tal efecto, se estará en el entendido que el Derecho Penal de Autor responde a la Escuela Positiva del Derecho Penal y que el Derecho Penal del Acto, responde a la Escuela Clásica del Derecho Penal.

Especialmente con relación a la Escuela Positiva, el presente trabajo, intenta explicar la Teoría de la Defensa Social, como punto de partida epistemológica del Derecho Penal de Autor, así también como las teorías modernas de la anomia, las subculturas criminales y el Labelling Approach.

Es en el capítulo III, donde los lectores, podrán determinar las diferencias esenciales entre Derecho Penal del Acto y Derecho Penal de Autor. Realmente es aquí donde el sustentante del presente trabajo, afirma que en las sociedades democráticas, que manifiestan guiarse por un estado de derecho, no deben de mantener dentro de la legislación penal, normas que contienen elementos que sancionen a una persona por lo que es y no por lo que hace, sin entrar a valorar las conductas, tal y como lo indica el Artículo 17 de nuestra Constitución. Además dicho capítulo, contempla los principios de exterioridad o materialidad y el de lesividad, como fundamentos del Derecho Penal del Acto. Asimismo se explica lo que constituye Derecho Penal de Autor y las diferentes formas en que se manifiesta.

Los capítulos IV y V explican cómo debería aplicarse el Derecho Penal Democrático desde el modelo constitucional y cuáles son las normas en nuestra legislación que contienen tipos penales de autor. Es trascendente hacer notar que el Código Penal actual, no responde a los requerimientos de un Estado democrático, por lo que es necesario, no sólo su reforma sino por el contrario su derogación y la entrada en vigencia de un nuevo Código Penal, que esté en armonía con el actual Código Procesal Penal y sobre todo con la actual Constitución.

En el desarrollo de la presente Investigación, se utilizaron los siguientes métodos: el analítico, al interpretar y analizar las leyes desde el texto constitucional. El inductivo, partiendo de las normas particulares contenidas en el Código Penal para determinar si encajan en el texto constitucional. El deductivo: partiendo de la historia general para particularizar el caso concreto de nuestro país.

Por otro lado las técnicas utilizadas, fueron: boletas de análisis legal, boletas de análisis documental y fichas de contenido.

CAPÍTULO I.

1. Antecedentes

1.1. Antecedentes históricos:

Se puede definir el Derecho Penal de Autor, como la persecución que hace el Estado, de individuos que no responden al conjunto de valores establecidos por determinada sociedad, la que los considera potencialmente peligrosos para la supervivencia de la misma.

Sin embargo, para llegar a una comprensión más clara de lo que es Derecho Penal de Autor, es necesario, adentrarnos un poco en la historia y determinar cuáles fueron las razones o motivos que influyeron para lograr un adelanto en el ciencia jurídica, al incluir el principio de legalidad como garantía al Derecho Penal del Acto en contraposición directa al Derecho Penal de Autor.

1.1.1. El derecho de castigar:

Tradicionalmente se ha definido el *Ius Puniendi* (el derecho de castigar), como la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano, para determinar los delitos, así como para señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad. En ese sentido, se dice que sólo el Estado tiene derecho de castigar, evitando con ello la venganza privada y otorgándole al Estado el monopolio del

poder penal. Sin embargo, la idea de castigo no se debe entender como cualquier castigo, puesto que debe traer consigo la connotación de legalidad (aunque sea aparente) es decir, que debe ser impuesto por el Estado y basado en alguna norma o ley y el conglomerado social lo debe reconocer aunque no lo acepte,¹ de lo contrario se saldría del marco de la convivencia social.

Actualmente el derecho de castigar, en los Estados Democráticos, debe ir de la mano con la idea de la estricta legalidad, es importante resaltar que el Estado, es responsable de la protección de la vida y la seguridad de la persona y para ello debe implementar una serie de mecanismos, dirigidos a guardar los máximos bienes jurídicos tutelados, creando políticas criminales que realicen dicha función; pero ello no otorga al Estado el derecho de limitar las libertades fundamentales del ciudadano, abusando del pacto social y es ahí donde el Derecho Penal debe ser el marco por el cual el Estado encamine sus políticas criminales, es decir, que el Derecho Penal constituye el límite de garantías por el cual los gobernantes dirigen su actuar, por lo tanto el Derecho Penal no es el poder del Estado en contra de los ciudadanos, sino la garantía de estos últimos frente al primero.

Al principio del devenir histórico, el hombre comienza a unirse en grupos con lazos de consanguinidad, en donde todas las cosas eran propiedad de la comunidad, (lo que Marx llamó la propiedad comunista),² las normas de conducta eran mínimas y tendían únicamente a mantener la convivencia social, normas socialmente aceptadas y que de

¹ Ramírez, Luís, **Positivismo criminológico y derecho penal en Guatemala**, pág. 20.

² Maximov, V, **La obra de Marx. “trabajo asalariado y capital**, pág. 17.

alguna manera eran comunes a todo el grupo. Cuando la humanidad cambia a organizaciones más grandes, se hace necesario crear un conjunto de normas más elaboradas, para proteger bienes jurídicos, tales como la tierra, (que pasa de ser propiedad colectiva a individual) los esclavos, (tomados de pueblos vencidos), en fin la protección de la propiedad.³

Este tipo de normas de conducta, que poco a poco se convirtieron de normas morales y/o sociales a normas de observancia obligatoria, traían una gran connotación de tipo penal, aplicando castigos a los transgresores, pues las normas penales tienen como característica primordial la idea de castigo en la mentalidad del ciudadano común y corriente y como dice Luis Ramírez: “Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el castigo constituye un fenómeno recurrente en todas las culturas. Entendemos por castigo el acto de infringir cierta dosis de dolor a una persona determinada, como respuesta a un hecho que afecta la convivencia social. La visión del castigo se incorpora como uno de los tantos instrumentos de control social, responsable de mantener el comportamiento humano dentro de determinados límites, por la comunidad con organización política, de conformidad con los valores sociales aceptados en una etapa histórica determinada.”⁴ Si bien existía castigo no se le podía llamar Derecho, Penal, a menos como ciencia, puesto que la ciencia del derecho implica una serie de teorías que expliquen el porqué de las normas y éste no es el caso de las primeras civilizaciones, en las cuales se creía que el rey o sacerdote dictaban a su sabor y antojo las normas, pues éstos eran investidos por los dioses del poder para legislar, sin un

³ **Ibid**, pág. 35.

⁴ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 21.

estudio correspondiente, sobre que tipo de pena a imponer o la graduación de la misma, que no necesariamente, es exclusiva de los gobiernos despóticos.

De manera que es común, la cantidad de castigos desproporcionados al hecho en sí y que se aceptaban por el pueblo por las razones ya descritas. Así que no existe diferencia entre delitos de hecho y de autor.

Uno de los primeros registros que se tienen sobre leyes de la edad antigua, es el Código de Hamurabi, este rey, mejoró algunos códigos previos e hizo inscribir las leyes en una estela de piedra, que levantó en el templo de Marduk en Babilonia, en donde la gente podía verlo. Descubierta en Susa, el Código de Hamurabi, es el documento legal más largo y completo que jamás se ha hallado en el cercano oriente y contiene más de 280 leyes,⁵ que constituyen una serie de normas como medio de control social, que como se mencionó anteriormente, se creía que eran dadas al rey directamente de los dioses, quienes otorgaban el poder para legislar tal y como lo indica el encabezado de dicho código.

Por su parte la cultura Hebrea no variaba en su forma de entender el castigo, pues creían que el Pentateuco (los primeros cinco libros de la Biblia Hebrea y Cristiana, contiene la legislación principal, para Israel antiguo en todas las situaciones de la vida, desde el nacimiento hasta la muerte) fue dado por Dios a Moisés para organizar la sociedad Israelita. Tal y como se indicó, con el Código de Hamurabí, no se variaba

⁵ Packer y otros, **Enciclopedia lustrada de realidades bíblicas**, pág. 382.

sustancialmente entre conductas prohibidas y estados peligrosos.

Cabe destacar, en el presente estudio, que el poder penal tiene dos formas de realizarse, en ocasiones predominando una u otra y otras veces integrándose. Dichas formas las constituyen, las conductas prohibidas y los estados peligrosos.

1.1.2. Conductas prohibidas:

Las cuales varían de sociedad en sociedad y de tiempo en tiempo y lo que hoy esta prohibido, quizás no lo fue ayer y tal vez no lo será mañana o al menos puede ser que se modifique la graduación del castigo en la conducta prohibida.⁶ “Por ello siempre existirán diferencias de criterio, tanto en sentido sincrónico -entre uno y otras sociedades en el mismo momento- como en sentido diacrónico -entre uno y otro momento de una misma sociedad...”⁷ Como ejemplos de despenalización cabe mencionar el adulterio, que actualmente ya no es prohibido, pero sí lo fue. O sobre cómo la sociedad puede considerar que una conducta merece más pena que la que tenía anteriormente, encontramos los delitos de asesinato, secuestro etc; los cuales han variado en la historia en general y en la historia del derecho penal guatemalteco particularmente, en la graduación de la pena. O bien aquellos bienes jurídicos que no eran protegidos antes, pero que la sociedad actual considera que deben protegerse penalmente, tal es el caso del delito de discriminación, contenido en el Artículo 202 bis del actual Código Penal.

⁶ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 18.

⁷ Binder, Alberto, **Política criminal, derecho penal y sociedad democrática**, pág. 31.

1.1.3. Estados peligrosos:

En donde no existe o se disfraza una conducta prohibida, creando tipos penales de autor, pues los individuos a los cuales va dirigida la norma se presumen o **peligrosos** o **enemigos** de la sociedad.

Binder define los estados peligrosos como: “todos aquellos actos que no constituyen infracciones propiamente dichas sino que representan “conductas disarmónicas” o “desviadas” con relación al orden social general... aquí la política criminal se enfrenta con un problema muy grave. A lo largo de la historia, el punto en el cual esta política demostró su máxima capacidad para manipular el ejercicio de la violencia estatal, no ha sido tanto la definición de infracciones, sino la de aquellos estados de conducta considerados “peligrosos o desviados”.⁸ Lo relacionado resulta de especial trascendencia para el presente estudio, ya que se prueba que a lo largo de la historia el poder coercitivo del Estado, ha sido aplicado con mayor fuerza a los **estados peligrosos** (tipos penales de autor) que a las infracciones penales propiamente dichas.

Ejemplos de lo anterior lamentablemente son muy abundantes y resalta el concepto de brujo o bruja, criminalización surgida en la edad media, con el fin de justificar la persecución de personas que por tener status diferente o por no aceptar los cánones de

⁸ Binder, **Ob.Cit**; pág. 31.

convivencia social se les consideraba peligrosas.⁹ Fue a tal extremo que se persiguieron a los denominados brujos en la edad media, que hasta se elaboró un manual de persecución: el tenebroso **Malleus Malleficarum** (el Martillo de las Brujas) escrito por los monjes dominicos Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger en 1486. “Abarcaba los poderes y prácticas de los brujos, sus relaciones con el demonio, su descubrimiento. La Inquisición, la hoguera, la tortura, mental y física, de la cruzada contra la brujería; todo esto es conocido. Y detrás de cada uno de los actos sanguinarios se encontraba este libro, a la vez justificación y manual de 'instrucción.’”¹⁰ Sorprende sobre manera cómo la Iglesia medieval, en su afán por destruir a todas aquéllas personas que no querían alinearse a sus políticas generales, creaba mecanismos tan brutales para nuestras mentes, que no causa más que estupor.

El martillo de las brujas, se convirtió en el manual oficial de tortura de finales del medioevo, los procesos eran sumarísimos e inquisitoriales, en donde la celeridad competía con la brutalidad y los medios de prueba, llegaron incluso a aceptar cualquier mecanismo que permitiera lograr una confesión de los **enemigos de la fe** tal y como se lee en el siguiente extracto: “También existen otros que con encantamientos mágicos procuran quitar la vida a personas inocentes, que convierten las pasiones de las mujeres en toda clase de lujurias; estos criminales deben ser arrojados a los animales salvajes. Y la ley permite que cualquier testigo sea admitido como probatorio contra ellos...”¹¹ También se utilizó el término aquelarre, es decir reunión de brujas, lo cual

⁹ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 25.

¹⁰ Kramer, Heinrich y Jacobus Sprenger, **Malleus malleficarum**, pág. 3.

¹¹ **Ibid**, pág. 4.

como dice Binder: “era un pretexto a la medida, puesto a disposición de los inquisidores para investigar y perseguir reuniones secretas de innumerables sectas y logias que iban apareciendo como formas de encausar la insatisfacción del siglo.”¹² Podría pensarse que lo históricamente reconocido, era producto del temor y la ignorancia propias del obscurantismo; sin embargo, la misma historia ha enseñado que, cuando las personas se oponían a los poderes medievales eran acusadas de practicar herejías y brujerías y ante tal temor a la tortura, las personas en su mayoría callaban; basta mencionar el célebre caso de Galileo Galilei.

En la edad media también resaltan las persecuciones a los judíos, tal y como lo hizo la inquisición española, con Torquemada como paladín, en donde a los judíos se les acusaba de herejes con el fin de eliminarlos y tomar a la fuerza sus riquezas para beneficio de la corona española.

Más adelante, los judíos vuelven a ser perseguidos, por los nazis. Las causas son muchas, pero los historiadores están de acuerdo, que uno de los principales motivos del genocidio que siguió después, fue despojar a los comerciantes judíos de sus riquezas, pues Alemania estaba devastada por la primera guerra mundial y en crisis económica.

Es por ello que hombres como Hitler, aprovecharon el descontento alemán, para inculcar en la sociedad germánica el espíritu de superioridad, creando la convicción de

¹² Binder, **Ob. Cit**; pág. 32.

la pureza de la raza aria y que se considerara a los judíos, gitanos, negros, etc. como la antítesis de lo bueno, de lo puro y de lo correcto. El resultado lamentable, la muerte de más de seis millones de judíos y de unos cien mil gitanos.

Hitler, crea todo un sistema penal, apoyado en la doctrina de la defensa social (la cual se explicará con detalle más adelante) y con el fundamento de grandes pensadores penales como Mezger, Meyer, etc. lo que desemboca en tipos penales, dirigidos particularmente a judíos y a personas opuestas al tercer reich. Los judíos entonces son perseguidos por ser judíos y no por realizar conductas prohibidas, es decir que el hecho de ser **judío** traía consigo el estigma de criminal y de enemigo del Estado, limitándolos a campos de concentración y a getos en las ciudades dominadas por Alemania y el hecho de salir de dichos centros era penado, incluso con la muerte. Cabe preguntarse si la sociedad alemana permitía dichas atrocidades; sin embargo, como se verá más adelante al estudiar las corrientes criminológicas, se podrá observar que al crear en la mente de la sociedad por parte de la política criminal de cada Estado, la idea de enemigo, la gran mayoría de la sociedad piensa que dichas personas, diferentes a ellos, merecen ser exterminados o cuando menos expulsados de sus alrededores, tal y como actualmente es frecuente ver en el comportamiento de la sociedad guatemalteca hacia los denominados mareros y en donde los comentarios del ciudadano común, se muestran de acuerdo o al menos se acepta sin mucha preocupación, cuando en las noticias se informa sobre las muertes de los miembros de las maras. Es esto correcto desde un punto de vista de un Estado de Derecho. Por supuesto que no; sin embargo, son situaciones diarias, producto de políticas criminales

basadas en teorías positivistas o funcionalistas, que es necesario eliminar.

La historia abunda en ejemplos sobre persecuciones a personas que disientían en contra del poder de turno y en donde se perseguía y juzgaba al criminal y no los hechos realizados por el mismo. De ahí que en la misma línea de Hitler, estuviera Mussolini en Italia y Franco en España. O bien ante el crecimiento del Marxismo se suscitaban en los países latinoamericanos gobiernos dictatoriales, financiados por Estados Unidos, persiguiendo a los **comunistas** y a los **guerrilleros** obviando los actos cometidos por dichas personas y en donde pensar, vestir, actuar diferente ya es en sí delito y en consecuencia, quien realiza tales conductas es criminal. Es así, como el Derecho Penal de Autor, permite sancionar formas de vida, apariencias, vestuario o ideologías, quedando incluido el modelo de emergencia del Derecho Penal, basado en la protección social sectaria, como el caso de las maras actualmente. Lo sucedido en la historia guatemalteca se analizará más adelante.

1.1.4. La relación del derecho penal, la criminología y la política criminal:

El Derecho Penal como ya se ha dicho, constituye, desde el punto de vista del derecho liberal, un mínimo de garantías que el ciudadano común tiene frente al poder punitivo del Estado; es decir, que es el límite al ius puniende. El Estado no puede sobrepasar esos límites establecidos por el derecho en su afán de castigar.

Ahora bien, qué relación tiene el Derecho Penal, entendiéndose éste como el

conjunto de normas, instituciones y principios que regulan el delito, las circunstancias que lo modifican y la pena, con la criminología y la política criminal. La respuesta es muy simple y abunda la bibliografía al respecto.

La Política Criminal es definida por Delmas–Marty como: “El conjunto de métodos por medio de los cuales, el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal.”¹³ uno de esos métodos es el Derecho Penal, pues la norma penal contiene enumeradas conductas que están prohibidas (no siempre es así, pues como ya vimos también se prohíben los estados peligrosos) y cual es la pena a quien infrinja las mismas.

De manera que, la pena cumple desde el punto de vista actual con tres finalidades. La primera, una prevención general que conmina a todo el conglomerado social al cual va dirigida, a abstenerse de realizar la conducta prohibida en el tipo penal específico, por la amenaza contenida en el mismo. La segunda, tiene la finalidad de retribución- promulgada en la escuela clásica- y la tercera, la prevención especial –producto de la escuela positiva- que reeduca al delincuente para que no vuelva a delinquir.

Es decir que las normas penales, constituyen uno de los métodos utilizados por el cuerpo social en contra del fenómeno criminal, pero debe entenderse que no es el único, pues todo medio que sirva para prevenir o combatir el crimen constituye Política Criminal, lamentablemente los Estados modernos han exagerado el punitivismo como

¹³ Binder, **Ob. Cit**; pág. 33.

único método en contra del crimen, obviando métodos tan sencillos como la educación.

La relación entre la Política Criminal y el Derecho Penal salta a la vista, pues es una de las respuestas del Estado contra las conductas prohibidas; lamentablemente, también es Política Criminal, la persecución de los estados peligrosos y en respuesta a esos individuos se crean normas penales de autor, en contra de los mismos. Dicha respuesta a los peligrosos tiene generalmente como objetivo someter a dichas personas a las normas de conducta admitida por medios violentos.¹⁴

Ahora bien, qué le da la base intelectual y filosófica, para definir quién es el delincuente, cuáles son las causas del crimen y en consecuencia las pautas para determinar qué directrices utilizar para combatirlo. Todo ello, lo proporciona la Criminología, entendida ésta como el conjunto de teorías que explican el carácter etiológico del crimen; es decir sus causas; aunque actualmente la Criminología moderna no sólo busca las causas del crimen o del criminal, sino las reacciones de la sociedad ante los mismos, cayendo dentro del campo de la sociología criminal.

¹⁴ Binder, **Ob.Cit**; pág. 33.

CAPÍTULO II

2. Principales corrientes criminológicas:

Hasta finales del siglo XVIII, la mayoría de tratadistas influenciados por el Derecho Canónico y la iglesia, consideraban, que por disposición divina, los reyes podían por su real majestad, crear normas de naturaleza punitiva. No es sino hasta finales de dicho siglo, que los impulsores de la reforma liberal, critican las concepciones que por muchos siglos habían tenido preponderancia, haciendo con ello que la brutalidad propia de la edad media, inmersa en el sistema penal comenzara a menguar.

Entonces, cabe decir que al sentar las bases filosóficas del Derecho Penal, dio como resultado el nacimiento de la Ciencia del Derecho Penal. De manera que ésta es relativamente nueva y nace a partir de las ideas de la filosofía liberal y de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, producto del humanismo de la época; los cuales quedaron perfectamente explicados en un libro que sale a la luz en medio de las corrientes de pensamiento de finales del siglo XVIII, escrito por Cesare Bonnesana, el Marqués de Beccaria. Es a partir de dicho documento, que se reclama un mayor humanismo de las penas y una mejor estructuración de los tipos penales.

La importancia del análisis criminológico, transita por la tendencia de criminalizar al actor y en otros casos a personas, según la ideología que sustente la corriente criminológica. De tal cuenta y como punto medular de establecimiento del Derecho

Penal del Acto, se referirá la escuela clásica, para luego analizar críticamente algunas corrientes positivistas, en especial la del etiquetamiento, que es un fuerte postulado al Derecho Penal de Autor. Sin embargo, cabe mencionar que se debe partir de un punto y éste lo constituye la escuela clásica como promotora del modelo tradicional de política criminal.

2.1. Escuela clásica:

La escuela clásica, es producto del iluminismo, que sacudió Europa a mediados del siglo XVIII, trayendo consigo principios fundamentales que se proyectaban al hombre como la medida de todas las cosas. Es necesario entender que la escuela clásica no utilizó el término criminología propiamente dicho, ni mucho menos pensó en ella como ciencia, es cierto que sus fundamentos tuvieron una marcada influencia en el origen de la misma, que se implementó como ciencia, hasta en la escuela positiva.

La escuela clásica, parte de hombres como Cesare Bonesana, Romagnossi, y alcanza su máxima expresión en Carrara, toma sus fundamentos de las teorías del contrato social, del libre albedrío (sinó bíblico al menos escolástico) y la división de poderes de Montesquieu, las cuales son expresadas abundantemente en las obras de Beccaria y de Carrara. Así, en palabras de Luís Ramírez, de los delitos y las penas de Beccaria: “contiene la formulación pragmática de los presupuestos de una teoría jurídica del delito y de la pena, basadas en el principio utilitarista de la máxima felicidad en el

contrato social y en la división de poderes”.¹⁵

La teoría del contrato social, es bien explicada por Rosseau, explica que el hombre es un animal eminentemente social, en consecuencia, necesita de las relaciones con los demás hombres, y no puede vivir aislado de los grupos sociales. De manera que, ante la necesidad de reunión, originalmente fue necesario crear cierto tipo de poder y a su vez crear ciertas normas, para garantizar la convivencia pacífica de los grupos humanos. Empero en contraposición directa al ideal de convivencia y de reunión, está el ideal de libertad, inherente al ser humano, pues el hombre es por naturaleza un ser eminentemente social, como también por naturaleza, es un ser eminentemente libre.

Entonces, el problema radica en cómo hacer coincidir esas fuerzas aparentemente divergentes entre sí. La sociabilidad humana con su anhelo de libertad, sin ataduras sociales, puesto que al sociabilizarse el hombre renuncia a su libertad (ya que las sociedades exigen el respeto a las normas establecidas por ellas, el precio de la libertad). Por otro lado al decidir ser libre se renuncia a la vida social, ya que al hacer lo que la conciencia manda se está en la vía opuesta a lo establecido socialmente.

En las primeras sociedades, los poderes originales dados al príncipe o señor, eran casi absolutos, obligando al hombre libre a renunciar a esa libertad por el bien de la convivencia social. No es sino hasta el siglo XVIII, que Juan Jacobo Rosseau, con la idea del contrato social, redefine y hace coincidir estos valores opuestos. Para ello

¹⁵ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 23.

estipula, que si bien es cierto el ser humano es por naturaleza libre, al establecerse en ordenes sociales, da por si mismo una parte del total de su libertad, para que el Estado (el rey, el gobierno, etc) le garantice el respeto y el predominio del resto de esa libertad.

Tomando como base lo anterior, el Estado, no puede formalmente atentar contra esa libertad, pues rompería el pacto social. En consecuencia, en aras de la convivencia pacífica, crea una serie de normas que no vengán a menospreciar la libertad de las personas. Es entonces que el iluminismo, centra su atención en la persona y no en la autoridad ya que la autoridad no tendría razón de ser sin la persona.

De manera que, las personas inmersas en el contrato social, dan una porción de su libertad, para defender el interés público, “la suma de esas porciones forman el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no derecho”.¹⁶

Para Beccaria, como antes para Tomas Moro, las penas deben ser proporcionales al daño o lesión cometida; entonces, las penas que no lo son y que afectan la porción de libertad dada por cada persona, sobrepasándose a los límites del interés público, son injustas.

Por otro lado como bien lo explica Luís Ramírez: “la escuela clásica introdujo las ideas de la división de poderes, fundamentando que un Juez independiente del

¹⁶ Beccaria, Cesare, **De los delitos y las penas**, pág. 40.

soberano, juzgara únicamente, fundamentado en la ley”.¹⁷ Esa ley debería ser clara, (ideas que ya las tenía Moro, unos doscientos años antes) de manera que el pueblo conociera qué conductas eran prohibidas y cuáles no, por lo que la pena también debería estar regulada en el delito. Esto produjo el nacimiento de las garantías penales sustantivas y procesales, a la vez que estableció ante el delito una responsabilidad personal, por actos cometidos y expresamente señalados (principio de legalidad).

El aporte de la escuela clásica a la ciencia del Derecho Penal lo constituye el sentar las bases filosóficas de las ciencias del Derecho Penal, es decir pasar de “una fundamentación filosófica a una concepción jurídica de los conceptos de delito, responsabilidad penal y pena”.¹⁸ El delito entonces es un ente jurídico, una abstracción de derecho, que partía de la libre voluntad del individuo al querer transgredir las normas sociales: es decir, que por la libre voluntad, la persona decidía delinquir.

2.2. Escuela positiva:

A raíz del desarrollo industrial en Europa a principios del siglo XIX, empezó a deteriorarse el modelo liberal, de manera que el crecimiento económico y la concentración de la riqueza en pocas manos, tuvo como consecuencia la idea de desigualdad, la cual no era predicada por el modelo liberal; pues como se recordará el modelo liberal se basaba en los principios de igualdad, libertad y fraternidad. Cómo entonces se podría explicar esa desigualdad entre las clases antagónicas de la

¹⁷ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 27.

¹⁸ **Ibid**, pág. 27.

población europea. En palabras de Luís Ramírez: "cómo explicar la razón de un Estado que pregonaba en sus leyes la libertad e igualdad de los ciudadanos y al mismo tiempo explicar las profundas desigualdades sociales existentes".¹⁹

De manera que los pensadores europeos comenzaron, a raíz de la libertad intelectual producto de la Revolución Francesa, a tener nuevas ideas con respecto a los fenómenos sociales, el mismo desarrollo científico impulsó a muchos pensadores a buscar explicaciones a fenómenos sociales, por los mismos métodos en que se buscaban explicaciones de los fenómenos naturales; así pues, nace la sociología como una explicación de los fenómenos sociales; utilizando para ello, los fundamentos de las ciencias exactas. Esa forma de pensar, también se introduce en la ciencia del derecho, de ahí que nace la escuela positiva como producto del positivismo de Augusto Comte.

Los grandes maestros de la escuela positiva italiana a finales del siglo XIX y principios del siglo XX son: Lombroso, Garófalo y Ferri. Lombroso escribe para 1876 su magna obra El Hombre Delincuente. Para Lombroso el delito es un fenómeno natural necesario como el nacimiento, la muerte o la concepción, determinado por causas biológicas de naturaleza hereditaria.²⁰ De manera que para Lombroso, el delincuente está predestinado a ser delincuente y únicamente basta observar las características físicas de las personas, para determinar quién es delincuente y quién no. Esa visión lombrosiana es una visión antropológica. Asimismo Lombroso rompe con el concepto del libre albedrío, que tanto impulsó la escuela clásica; dicha opinión, ataca

¹⁹ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 28.

²⁰ Baratta, Alessandro, **Criminología crítica y crítica al derecho penal**, pág. 35.

estructuralmente los principios impulsados por Beccaria y por Francesco Carrara.

Para Garófalo, al delincuente se le deben encontrar los factores psicológicos que lo obligan a delinquir. Este maestro, impulsa por primera vez la palabra criminología nombre que lleva su libro escrito en 1905.

Ferri en su libro Sociología Criminal de 1900, explica que los factores del delito son antropológicos, físicos y sociales; de modo que el delincuente no decidía ser delincuente, sino estaba predeterminado a serlo. El maestro Alessandro Baratta opina, explicando los presupuestos de la escuela positiva: "que la reacción contra el concepto abstracto de individuo conduce a la escuela positiva a afirmar la exigencia de una comprensión del delito que no se detenga en la tesis de una causalidad espontánea por medio de un acto de libre voluntad es decir no al libre albedrío... sino que se dirige a encontrar todo el complejo de las causas en la totalidad biológica y psicológica del individuo y la totalidad social en las que la vida de individuo es incierta".²¹

Así pues, para la escuela positiva no existía la responsabilidad moral, ni la absoluta imputabilidad del delincuente, que tanto promulgó la escuela clásica, sino que existía un determinismo de índole antropológico, físico y social. Lo anterior es trascendente, porque rompe con la idea de la responsabilidad por el delito y permite señalar, con fundamento a los factores ya señalados, quién es delincuente y quién no o bien, quiénes tienen inclinación a ser delincuentes. Ello permitió, al haber encontrado

²¹ Baratta, **Ob.Cit;** pág. 36.

aparentemente las causas de la criminalidad, crear soluciones para atacar dichas causas; entre ellas las medidas de seguridad, que permiten **controlar** a la persona que es llamada delincuente y en ocasiones sin haber realizado ninguna de las conductas prohibidas en las normas penales existentes. Para el que escribe esta tesis, las medidas de seguridad corresponden exclusivamente a un Derecho Penal de Autor, pues no importa, si la persona ha cometido o no ha cometido ninguna o alguna de las conductas prohibidas en normas penales, sino que lo importante para la escuela positiva es el peligro social que pueda tener dicha persona.

De manera que el sistema penal positivo se sustenta, en palabras del maestro Baratta: "no tanto sobre el delito y sobre la clasificación de las acciones delictuosas, considerada abstractamente y fuera de la personalidad del delincuente, sino más bien sobre el autor del delito y sobre la clasificación psicológica de los autores..."²²

Así pues, la pena ya no es la compensación del daño causado, como lo explicaba la escuela clásica, sino un medio de defensa social y a los medios preventivos contra el delito se les denominó sustitutivos penales. Lo absolutamente criticable de los denominados sustitutivos penales, es la duración indeterminada de los mismos, pues no estaba determinada por el hecho del acto en particular, ni el daño producido (lo cual rompe con el principio de lesividad), sino por las condiciones del sujeto y solamente en función del avance del sujeto (a los ojos de las personas que lo trataban) podría terminar o continuar la medida implantada; está demás decir que dicha situación, es por

²² **Ibid**, pág. 40.

demás subjetiva y difícilmente demostrable.

Lo que sí es de apreciar en la escuela positiva, es que estipuló, que el estudio de la criminalidad, debía ser científico, estudiando las causas del fenómeno criminal. Tendría como consecuencia, el nacimiento de la criminología como ciencia. Sin embargo, para los seguidores de la escuela positiva, la crítica más importante es que identifican entre violador de la normas y criminal detenido. Así pues, el estudio del delincuente, únicamente se realiza en las cárceles, obviando la criminalidad de cuello blanco. Para Luis Ramírez, esto trae como consecuencia tres situaciones: “a) se asume que la población carcelaria es una minoría social y nada explica para aquellas personas que por diversas situaciones no fueron ingresadas en el sistema de justicia; b) esta forma de selección hizo que el criminólogo cometiera el error, que la población en estudio fuera seleccionada por agencias del sistema de justicia y en consecuencia, se emite una conclusión errónea al afirmar que únicamente estas personas cometen actos delictivos; c) como consecuencia de lo anterior, la población externa estigmatizó a las personas que reunieran las características de la población encarcelada”.²³

Lo anterior es por demás imperante en el sistema guatemalteco actual de justicia, en donde la “vox populi”, señala que los delincuentes en Guatemala en su mayoría, son individuos pertenecientes a grupos sociales denominados maras.

Así pues, las propuestas para reducir la delincuencia, estaban encaminadas

²³ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 31.

únicamente a la prevención, restricción y/o separación de los individuos con las características estigmatizadas. Extremo que redundaría en un Derecho Penal de Autor.

2.2.1. La ideología de la defensa social:

Como bien explica el maestro Baratta: "tanto la escuela clásica como las escuelas positivas realizan un modelo de la ciencia penal integrada, es decir, un modelo en que la ciencia jurídica y la concepción general del hombre de la sociedad se hallan estrechamente ligadas".²⁴ Aunque, en ambos casos las respectivas concepciones del hombre y de la sociedad son diversas, la ideología de la defensa social es un punto de partida importante para ambas escuelas, pues dicha ideología nació al mismo tiempo que la revolución francesa. Es decir que la defensa social está inmersa en la escuela clásica y en la escuela positiva. Pero qué es la defensa social como ideología, es necesario entender dicho concepto, pues es la principal base del Derecho Penal de Autor y sus derivados directos: el Derecho Penal de la emergencia y el Derecho Penal del enemigo. Para ello podemos tomar los principios de la defensa social que el maestro Baratta aportó en su obra *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, que son los siguientes:

"a) Principio de legitimidad: El Estado como expresión de la sociedad está legitimado para reprimir la criminalidad de la cual son responsables determinados individuos, por medio de las instancias oficiales de control social.

²⁴Baratta, **Ob. Cit**; pág. 37.

b) Principio del bien y del mal: El delito es un daño para la sociedad, el delincuente es un elemento negativo y funcional del sistema social. La desviación criminal es pues, el mal; la sociedad constituida, el bien.

c) Principio de culpabilidad: El delito es expresión de una actitud interior reprobable, porque es contrario a los valores y a las normas presentes en la sociedad, aún antes de ser sancionadas por el legislador.

d) Principio de la prevención: La pena no tiene únicamente la función de retribuir, sino la de prevenir el crimen. Como sanción abstracta tiene la función de crear una contra motivación al comportamiento del criminal. Como sanción concreta resocializa al delincuente.

e) Principio de igualdad: La ley penal es igual para todos, la reacción penal se aplica de modo igual a los autores de los delitos.

f) Principio del interés social y del delito natural: Los intereses protegidos mediante el Derecho Penal son intereses comunes a todos los ciudadanos.”²⁵

Los principios anteriormente señalados, con diversa graduación, fueron comunes tanto en las escuelas positivas como en las teorías sobre la criminalidad de la escuela

²⁵ **Ibid**, pág. 45.

clásica y cuyas diferencias no están en los valores fundamentales dignos de tutela, sino más bien en la actitud para la explicación de la criminalidad.

2.3. Las teorías de la anomia y de las subculturas criminales:

La teoría de la anomia fue impulsada por Durkheim, más adelante Merton da un paso importantísimo en el quehacer del estudio de las causas de la criminalidad, de hecho, rompe con la concepción positivista de los factores antropológicos y naturales; su principal aporte a la criminología lo constituye afirmar que la desviación es un fenómeno de la estructura social (situación que puede ser criticable), también dice que la desviación no necesariamente es un fenómeno negativo para la existencia de la estructura social y lo será cuando el fenómeno delictivo se acompañe de una desorganización del sistema de reglas propias de la sociedad.²⁶

La anomia, consiste en la discrepancia que puede haber entre las motivaciones innatas en los individuos de cierta sociedad, para alcanzar lo que dicha sociedad reclama (es decir, las aspiraciones que tienen las personas para sentirse más o menos plenas, en determinado grupo social, tales como nivel educativo, nivel económico, etc.) y el conjunto de valores, los cuales constituyen medios legítimos para alcanzar los fines señalados (valores tales como no robar, no faltar a la verdad, etc). Es decir, que la anomia se podía entender como la incongruencia de los fines culturalmente reconocidos como válidos y los medios legítimos a disposición del individuo para alcanzarlos, que es

²⁶ Becker, Howard, "Outsider. Studies in the sociology of deviance," pág. 42.

el origen del comportamiento desviado. Para el maestro Baratta: "es aquella crisis de la estructura cultural que se verifica especialmente cuando existe una fuerte discrepancia entre las normas y fines culturales, por una parte, y la posibilidad torturada socialmente de pare conformidad con aquella, por la otra".²⁷

Merton en su análisis sobre la sociedad estadounidense, muestra que determinados delitos son la reacción normal para alcanzar el éxito económico en individuos (clases pobres) que no tienen las posibilidades convencionales para alcanzar lo antes dicho. Indica entonces esta teoría, que la delincuencia existe en las clases pobres.²⁸

Merton sin embargo olvida, cuáles son las causas para la criminalidad de cuello blanco, pues no responde su teoría a la explicación del porqué de dichos criminales, porque en su mayoría los criminales de cuello blanco pertenecen a clases socialmente altas, supuestamente menos peligrosos y cuyos individuos se supone tienen más interiorizadas las normas y valores positivos determinados por la sociedad.

En cuanto a las teorías de las subculturas criminales, Merton menciona que las subculturas tienen una explicación diferente del fenómeno criminal; como lo es, el proceso de interiorización de las normas y en consecuencia se cometen delitos por los grupos pertenecientes a las culturas dominadas, toda vez que ellas no participan en el proceso de criminalización primaria y por ende no son sus valores los que se tutelan a través de la ley penal, sino los valores e intereses de la cultura dominante, la que ellos

²⁷ Baratta, **Ob.Cit**; pág. 44.

²⁸ Becker, **Ob.Cit**; pág. 50.

no comparten y tampoco pretenden respetar; es decir, que los grupos con valores comunes y características económicas parecidas pueden unirse, para realizar actos delictivos, los cuales son realizados en virtud de los valores propios de esos grupos, que son diferentes a los de las culturas dominantes. De manera que para Merton, grupos como las maras son producto de la situación económica imperante y aunque es cierto, no puede explicar cómo individuos pertenecientes a situaciones económicas parecidas a los que integran las denominadas maras, no necesariamente integran la misma sino que sobresalen por sus propios medios.²⁹

2.4. Medidas de seguridad en la escuela positiva:

Para entender, que es Derecho Penal del Acto, es necesario entender el Derecho Penal Liberal. Extremo que ya hemos analizado al estudiar la escuela clásica del derecho y como vimos anteriormente, el Derecho Penal surge con las ideas del iluminismo, que va de la mano con la separación de lo regido exclusivamente por el arbitrio del soberano y lo que aparece necesariamente ligado a la ley.

Ahora bien, la denominación Derecho Penal es relativamente nueva, pues al principio por los caracteres de la criminología se le denominó derecho criminal y aún el propio Feurbach, creador del principio Nullum Crimen, Nula poena sine lege denominaba a nuestro derecho: derecho criminal, no por los caracteres de la criminología, sino muy por el contrario el nombre responde al darle importancia al

²⁹ Baratta, **Ob. Cit**; pág. 65.

crimen o delito, más que a la pena o sanción.³⁰ Para Juan Bustos Ramírez: "en verdad lo que pareciera claro en este paso de derecho criminal a Derecho Penal, es la intencionalidad de poner el acento en el carácter sancionador de este derecho como su rasgo más distintivo y definitorio, superado entonces de una tendencia meramente descriptiva o fenomenológica (lo criminal)".³¹ En ese sentido el Derecho Penal va ligado a la concepción de un Estado de derecho y entonces al principio del nullum crimen nulla poena sine lege, pues va dirigido al estudio del delito y no del delincuente.

La denominación de Derecho Penal, tuvo problemas con la aparición de la escuela positiva, porque en ésta, no solamente se aplicaban penas, sino también medidas de seguridad. Es por ello que con el positivismo, surge el cambio de denominación y a nuestro derecho comienza a llamársele: defensa social. En esa misma línea, en países como Cuba aparece el código de defensa social, aunque básicamente por la aparición de la criminología como ciencia, aparece el término derecho criminal.

La escuela positiva, ha influido notablemente en la definición de Derecho Penal Objetivo, si tomamos como base la definición de Von Liszt, el cual expresa que el Derecho Penal: "es un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia".³² Esta definición obviaba las medidas de seguridad, es por ello que para los seguidores de la escuela positiva es mas completa la definición de Cobo y Vives: "es el conjunto de

³⁰ Mir Puig, Santiago, **Introducción al derecho penal**, pág. 43.

³¹ Bustos, Juan, **Introducción al derecho penal**, pág. 62.

³² **Ibid**, pág. 65.

normas jurídico positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado, que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad".³³

Sin embargo, para los puristas siempre ha habido discusión sobre si el Derecho Penal, debe contener las medidas de seguridad y si en relación a dichas medidas deben estar incluidas las pre delictuales, extremo que no comparto, de conformidad con lo que opina el maestro Zaffaroni en relación a que las penas y las medidas de seguridad post delictuales aplicadas a imputables, no varían sustancialmente ni estructuralmente, por lo que en realidad ambas son penas,³⁴ en ese sentido al igual que Luís Ramírez, comparto en que la pena como una medida de seguridad simplemente es un mal infringido al hombre, una dosis de dolor.³⁵ Entonces las medidas de seguridad a los inimputables como bien dice Zaffaroni (citado por Juan Bustos Ramírez) deberían estar fuera del Derecho Penal y estar contenidas en el derecho administrativo.³⁶

Para el maestro italiano Rocco: "las medidas de seguridad persiguen la utilidad social no la justicia, la defensa preventiva y no represiva, la prevención de la reincidencia y no del primer delito, la prevención especial y no la general, la readaptación del sujeto y no su intimidación..."³⁷ por lo que deben ser de naturaleza administrativa. Pero si tomamos en cuenta la justificación de que las medidas de

³³ Bustos, **Ob.Cit;** pág. 66.

³⁴ Zaffaroni, Eugenio, **Tratado de derecho penal**, pág. 45.

³⁵ Ramírez, **Ob.Cit;** pág. 25.

³⁶ Bustos, **Ob. Cit.** Pág. 66.

³⁷ Zafaronni; www.derechopenal.arg.com/debates. (24 de noviembre de 2006)

seguridad son diferentes a las penas, porque en éstas la justificación es la culpabilidad del agente (o responsabilidad, como le denomina Roxin) y en aquellas la justificación es la peligrosidad del mismo (extremo que sale de la acción cometida); entonces, como se estudiará más adelante, las medidas de seguridad constituyen una doble pena, lo cual atenta contra el principio procesal del Non bis in idem.

Las medidas de seguridad pre delictuales, son otro asunto a tratar, pues es opinión de la mayoría de autores modernos, que no deberían estar incluidas en el estudio del Derecho Penal, ni siquiera como asuntos puramente administrativos, pues éstas responden a la aplicación del principio de la peligrosidad social y a la defensa de la sociedad, propios de la escuela positiva; el excluirlas del Derecho Penal, obedece a que éste tiene su base en la realización por lo menos de un acto típico y anti jurídico. Entonces, las medidas de seguridad pre delictuales constituyen un Anti Derecho Penal, únicamente basta el señalamiento de un estado peligroso, para que el Estado intervenga y sobrepase los límites legales, en consecuencia no se puede asemejar a ninguna garantía.

Ahora bien, cuando se aplica una medida de seguridad post delictual, habiendo una causa de inculpabilidad, no habría delito. Pero cómo explicar que haya una pena sin delito, si tomamos en consideración que el resultado de la pena y las medidas de seguridad es el mismo (dolor), resulta entonces que la medida es un estado personal del autor que lo hace peligroso y se convierte en peligroso en la misma proporción a la medida. En otras palabras la medida de seguridad, hace peligroso al autor ante los ojos

de la sociedad.

2.5. El labelling approach (modelo integracionista):

En el transcurso de este capítulo, se ha centrado la atención en las principales corrientes criminológicas, que han determinado, lo que es delito y quién es delincuente, pero no sería un estudio adecuado si no se entrara a conocer la teoría criminológica del Labelling Approach o **etiquetamiento**. Su abordaje se hace necesario, ya que las escuelas clásica y positiva del derecho, explicaron cada una por su lado, qué es delito y qué era delincuente. Argumentaron que el delito se comete ya sea por libre voluntad o bien determinado por circunstancias internas y externas del individuo. Empero se quedaron cortas al explicar como responde la sociedad a los fenómenos criminales.

“El labelling approach, parte de considerar que es imposible comprender la criminalidad si no se estudia la acción del Sistema penal que la define y que reacciona contra ella.”³⁸ Debe entenderse el sistema penal, como el conjunto de elementos que se relacionan entre sí para responder al fenómeno criminal; es decir, desde las normas abstractas, hasta las instituciones oficiales que coadyuvan en la lucha contra el crimen, a saber: la policía, jueces, sistema carcelario, etc.

Así, para que una persona sea etiquetada como delincuente, es necesaria, la participación de las instancias oficiales de control social. Por eso quien a pesar de

³⁸ Baratta, **Ob. Cit**; pág. 84.

haber cometido las mismas conductas prohibidas, no ha entrado dentro del sistema penal no adquiere, tal etiqueta, no presenta el status de delincuente.³⁹

Entonces, la teoría del etiquetamiento parte de estudiar, el efecto estigmatizante de la acción de la policía, de los órganos de acusación pública, de los jueces y de los medios de comunicación.

Para los autores de esta corriente, existen dos códigos de criminalización. El primero, el código oficial, es decir el Código Penal, en donde están descritas, taxativamente las conductas prohibidas. El segundo, un second code no escrito, que funciona en el proceso de imputación o de etiquetamiento de criminalidad. Es decir que el second code, contiene normas que determinan en la mente de las instancias oficiales, quién es delincuente y quién no. Lo anterior presupone que a las personas que entran con la etiqueta de delincuente a determinado proceso penal, tienen más posibilidades de una condena, que quien no tiene tal etiqueta y es más, posiblemente se le condene sin que exista una conducta prohibida, sino por el simple hecho de ser delincuente. Ejemplos como éstos, se viven a diario en los tribunales guatemaltecos, en donde los defensores aconsejan a sus clientes de qué manera vestirse, cómo hablar y en el caso de personas con tatuajes, es obligatorio para ellos llegar con camisa de manga larga y cuello alto.

Para Erick Juárez: “la denominación de criminal o delincuente, lo que hace es

³⁹ **Ibid**, pág. 84.

etiquetar con menosprecio, miedo y repugnancia a un sujeto que por circunstancias objetivas o subjetivas, que de no existir, no se le estratificaría como tal. Los efectos negativos de tal etiquetamiento influyen drásticamente en la autoestima (el ego) del aludido sujeto activo. Por consiguiente, quien haya delinquido, será para el resto de su vida, real o referencialmente un delincuente o un criminal”.⁴⁰

Para determinar claramente en qué consiste el problema de la desviación y cómo la trata el Labelling Approach, Kitsuse (citado por Baratta), explica que: “para que exista desviación, deben de existir tres condiciones otorgadas por grupos sociales que:

- a) Interpretan un comportamiento como desviado. En ese sentido difiere de las escuelas clásicas y positivas del derecho, puesto que no es el acto en sí el que desencadena una reacción social, sino la interpretación de dicha conducta; es decir no la afección a la ley, sino como se interpreta por los grupos dominantes.
- b) Definen a una persona cuyo comportamiento corresponde a esta interpretación como alguien que forma parte de una cierta categoría de desviados y,
- c) Ponen en acción un tratamiento apropiado frente a esta persona. Dicho tratamiento, puede ser un punitivismo exagerado, en contra de dicha persona”.⁴¹

Tal es el caso de la reciente penalización del estatus de emigrante ilegal en los Estados Unidos de América, en donde se interpreta la conducta de entrar ilegalmente a aquel país como peligrosa. En consecuencia, el desviado, el enemigo es el **mojado** y el tratamiento es la cárcel y la deportación. Éste es el tipo de Derecho Penal de Autor

⁴⁰ Juárez, Erick, **Política criminal guatemalteca**, pág. 7.

⁴¹ Baratta, **Ob. Cit**; pág. 94.

normativo (formal); aparte de los actos y reacciones que se tienen en contra de ellos en los EEUU, siendo estos grupos los sospechosos iniciales en cualquier delito material.

Para el Labelling Approach, la criminalidad es lo que la sociedad percibe como tal, así, el perfil criminal yace en la conciencia colectiva, impregnada por los medios de comunicación social sensacionalistas, dirigidos hacia un determinado grupo social, generalmente en desventaja y los comportamientos que se interpretan como desviados, son aquellos que rompen la rutina del grupo social; a saber, el comportamiento que indigna moralmente, que causa irritación al grupo.

En Guatemala, por ejemplo, es tradición la celebración de la Huelga de Dolores y ciertamente los estudiantes universitarios, en el pasado han cometido acciones que se encuentran tipificadas en la legislación penal como delitos o faltas; empero, también en el pasado, la mayoría de la población veía esas acciones como necesarias, para que las protestas fueran escuchadas por las autoridades de turno; de forma que el conglomerado social no interpretaba dichas acciones como desviadas. Sin embargo, actualmente la percepción de la sociedad es diferente; en el caso de la celebración de la Huelga de Dolores en la ciudad de Quetzaltenango, particularmente en las denominadas pintas, las conductas de los estudiantes, son ahora interpretadas como totalmente desviadas y en consecuencia, se tiene a los estudiantes universitarios como delincuentes, por lo tanto solicitan que se les trate como tales.

2.5.1. Crítica al labelling approach:

La crítica al Labelling Approach, radica en su punto de partida; pues parte de considerar la interpretación de la sociedad como la etiología del crimen; es decir, que toma como punto de partida la denominada cifra negra o sea las estadísticas oficiales sobre el crimen. También su concepción se basa en la percepción de victimario potencial, pero de las agencias del sistema judicial (policías, jueces, fiscales). En ese sentido, únicamente serán criminales, los que entran al sistema penal, que en la mayoría de sociedades son los menos favorecidos, las personas que no tienen recursos para pagar abogados, del mismo modo únicamente serán conductas desviadas, las que la sociedad interpreta como tales, aquéllos delitos más comúnmente cometidos por las personas menos favorecidas.

Si el Labelling Approach, parte de las estadísticas oficiales, deja por un lado la criminalidad de cuello blanco y en consecuencia, se tendrá que la población criminal se encuentra distribuida en los estratos más bajos de la sociedad y muy poco representada en los estratos superiores. “Esto se debe a la limitada persecución que se tiene sobre la criminalidad de cuello blanco (en consecuencia el estigma social es mínimo) y a la escasa influencia social de las sanciones correspondientes, en su mayoría económicas y no carcelarias, como ocurre con la población de los estratos inferiores, o bien al prestigio social de que gozan sus autores”.⁴²

⁴² Baratta, **Ob. Cit**; pág. 102.

Es por eso, que no se puede adoptar completamente al Labelling Approach, como teoría etiológica del crimen, ya que no se debe olvidar que en los estratos superiores, también se comenten conductas que están tipificadas en la ley penal y en consecuencia con una amenaza de pena y por lo tanto delitos en toda la acepción de la palabra. Sin embargo, como ya se dijo antes, “la criminalidad de cuello blanco no se refleja en las estadísticas delincuenciales debido al poder económico que ostentan dichos estratos. Por lo mismo es que, la población carcelaria en los países capitalistas, es en su gran mayoría de la clase obrera y de las clases económicamente más débiles”.⁴³ Aún con todo ello, no significa necesariamente que en las clases altas no se cometan delitos, sino que solo cabe resaltar que dichas clases son más poderosas y entonces menos proclives a entrar a las cárceles.

2.6. Criminología crítica:

Este modelo sustentado por Alessandro Baratta, parte de criticar a los modelos integracionistas, entre ellos al Labelling Approach, pues aunque éstos explican con respecto al fenómeno criminal, qué sucede y cómo sucede, no explican porqué sucede. Explican el poder de definición que tienen los grupos de poder con relación a las conductas desviadas, pero no profundiza el porqué existe esa estructura de poder.⁴⁴

Por ello un modelo criminal moderno, debería explicar que la ley no es sólo un producto de consenso entre los diferentes grupos que conforman la sociedad, sino que

⁴³ Baratta, **Ob. Cit**; pág. 107.

⁴⁴ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 25.

el grupo dominante impone sus criterios y antepone sus intereses frente a los demás. De manera que el desviado será en este modelo, no aquél que es diferente a la mayoría de la sociedad; sino aquél potencialmente peligroso para el grupo dominante, aunque éste constituya la mayoría de la sociedad.

Pavarinni, fundamentado en Marx explica: “que la sociedad está en una constante lucha de clases, por lo que existe, en relación a la ley un constante conflicto social siendo sus conceptos básicos los siguientes

- La sociedad está compuesta por diversos grupos.
- Existen diferentes definiciones de lo justo o injusto, del bien y del mal. Estas definiciones reflejan diversos intereses, y esos intereses, están a su vez en continuo conflicto.
- Los conflictos entre los grupos sociales ponen cada vez en juego el poder político. El conflicto representa siempre un desequilibrio de poder político entre quien lucha por mantenerlo y quien lucha por conquistarlo.
- El interés principal de quien tiene el poder de producir la ley es mantener el poder. La ley sirve para la conservación del poder político en manos de quien lo posee, excluyendo a los otros de las posibilidades para conquistarlo”.⁴⁵

Al seguir lo explicado por Pavarinni, es fácil, entender porqué la clase dominante tiene el poder para definir legalmente las conductas prohibidas y de crear estados peligrosos, que atentan contra la conservación de dicho poder. De esta manera,

⁴⁵ Pavarinni, Máximo, **Teorías del control social**, pág. 107.

siguiendo la teoría marxista de la sociedad, "...la criminalidad, constituye un reflejo de la estructura económico social determinada."⁴⁶

Concluyo diciendo que, para la criminología crítica, la criminalidad es un estatus asignado a ciertos individuos, partiendo de una doble selección: En primer lugar la selección de bienes considerados en las figuras sociales y en segundo lugar, la selección de individuos estigmatizados entre todos los individuos, que cometen infracciones a normas penales seleccionadas.

Así, este modelo o escuela, al criticar al derecho penal, lo hace rompiendo el paradigma, de que para la ley todos somos iguales. Fundamentado en que materialmente no es así. Es por ello que Baratta, explica que: "no se puede hablar de igualdad cuando es evidente que la ley penal no es igual para todos y que las conductas desviadas no las define la sociedad, sino los grupos de poder".⁴⁷

La realidad y desigualdad social, es esencial en el estudio de la criminología crítica y al definir al delincuente, lo hace en primer lugar en el proceso de criminalización primaria (que es la que realiza el poder legislativo, al definir las conductas prohibidas en el ley penal) al seleccionar bienes jurídicos que interesan fundamentalmente a los grupos de poder; tal es el caso de las usurpaciones contenidas en el Artículo 256 del Código Penal, el cual en la reforma del decreto 33-96 del Congreso de la República, incorpora una norma procesal a un código sustantivo, cuando hace imperativo lo que la

⁴⁶ Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 25.

⁴⁷ Baratta, **Ob. Cit**; pág. 168.

policía o el juez deben de hacer. En segundo lugar, en el proceso de criminalización secundaria (que es la que realizan las agencias del sistema: Policía, Ministerio Público, etc.) al seleccionar a los sectores más vulnerables, política, social y económicamente.

CAPÍTULO III

3. Derecho penal de autor y derecho penal del acto

3.1. El derecho penal liberal y el derecho penal del acto:

Nullum crimen sine actione. Esta frase latina, es quizás una de las más grandes conquistas que la humanidad ha logrado frente al Estado y define los límites coercitivos al poder punitivo del Estado. Sin embargo, para alcanzar esta conquista fueron necesarias muchas batallas y muchos siglos de incertidumbre jurídica. Es por eso que la mayoría de legislaciones del mundo, no se limitan únicamente a plasmar el principio de legalidad en el derecho penal sustantivo, (Artículo 1 de nuestro Código Penal) sino que se le ha dado rango constitucional, tal es el caso de nuestra Constitución que lo regula en su Artículo 17.

Recientemente el principio de legalidad, se ha desarrollado a tal punto que ya se establece el principio de legalidad procesal “Nullum Crimen, Nullum Poene, sine proceso” (Artículo 1 de Código Procesal Penal) y el principio de legalidad de la ejecución de la pena, extremo que lamentablemente no se tiene contemplado en nuestra legislación.

El principio de legalidad, que es la base del derecho penal liberal, impulsado por Beccaria y Carrara, entre otros, es la génesis del Derecho Penal del Acto y constituye

la base para la determinación de las conductas prohibidas, para la determinación del proceso, para la aplicación de la pena y la ejecución de la misma. Sin el principio de legalidad, el conglomerado social, quedaría desprotegido contra las arbitrariedades de la clase dominante. Por lo que es una de las más grandes garantías que fueron concebidas por el derecho liberal.

Así pues, es necesario dar una explicación sobre cuáles son los límites, para que los individuos dentro de determinado grupo social, sean juzgados por sus acciones o bien por su estatus de individuo.

3.1.1. Principio de exterioridad o materialidad:

Como explica el doctor Rodríguez: “Con la frase latina *nullum crimen sine actione*, se alude a un fundamental principio del Derecho Penal, el **de exterioridad o materialidad del hecho punible**. De conformidad con este principio, a las normas penales sólo les incumben las acciones (u omisiones) que sean exteriorizadas por la persona y no aquéllas que se mantengan en su intimidad, es decir, que se encuentren todavía interiorizadas.”⁴⁸

Aquí, cabe resaltar que para que exista delito es necesario, que se exteriorice una acción y que se modifique el mundo objetivo con la misma, por lo que las conductas (las acciones u omisiones) deben ser exteriorizadas, lesionando un bien jurídicamente

⁴⁸ Rodríguez, Alejandro, www.pdfmailer.com. (24 de Noviembre 2006)

tutelado.

Aunque no se exprese claramente las antiguas leyes de zapeadores y de vagancia, de vialidad y jornaleros, (en vigencia durante los gobiernos represivos de Justo Rufino Barrios, Estrada Cabrera y Jorge Ubico) eran consideradas Derecho Penal de Autor y sus derogaciones, correspondieron más a cuestiones de tinte político. En el fondo, es evidente que en ambas leyes se criminalizaba a ciertos tipos de personas, con características bien definidas.

El principio de exterioridad o materialidad, en nuestro ordenamiento jurídico, es de carácter constitucional, conforme lo dispuesto por el Artículo 17 de la Constitución y Artículo 1 del Código Penal, respecto al denominado principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege), ya sea del delito o de la pena, debe colegirse que **no hay delito ni penas sin ley anterior**. No son punibles las acciones ni omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración, de manera que: “lo único que puede ser sancionado por el Derecho Penal son precisamente actos u omisiones y no la personalidad del autor.”⁴⁹ También, según la derogada Constitución de 1965, de este principio, nace el exclusivismo de la ley como fuente de la creación de los delitos.

Continua manifestando Rodríguez: “Cabe señalar, de otra parte, que el principio de materialidad tiene como principal fundamento la seguridad jurídica y la certeza de lo que

⁴⁹ **Ibid.**

se encuentra y lo que no en el círculo de lo sancionable por la ley penal.”⁵⁰

En efecto, gracias al Derecho Penal del Acto todos los ciudadanos tienen la posibilidad de conocer formalmente qué conductas están sancionadas con penas, mientras que si se atendiera a un Derecho Penal de Autor, “no podría determinarse con exactitud lo que es sancionable, puesto que habría que ver primero si la persona se ajusta a la personalidad delictiva que se haya previsto, con lo que se dejaría la puerta abierta a gravísimas arbitrariedades y a lo que podría ser denominado autoritarismo penal”.⁵¹

Aquí, cabe señalar una diferencia entre la legalidad formal y la legalidad material, es cierto que la Constitución determina que solamente son punibles las acciones u omisiones, que estén sancionadas como delito o falta. Sin embargo, por la misma inflación penal de que es objeto la legislación guatemalteca, en donde el excesivo punitivismo es la única respuesta estatal contra el fenómeno criminal, la población de cierta manera, desconoce una gran cantidad de conductas que son sancionadas penalmente. Por lo que el principio de exterioridad, no es necesariamente observado. Aquí se presenta el problema que ante la observancia de la ley nadie puede alegar ignorancia, como lo señala el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial. El Código Penal en su Artículo 26 numeral 9º; únicamente contempla la ignorancia como atenuante. Así que nos enfrentamos ante el problema de las personas que ingresan al sistema penal, ignorando que las conductas por ellos realizadas constituyen delito.

⁵⁰ **Ibid.**

⁵¹ **Ibid.**

Ellas están indefensas ante la observancia de la ley. Por lo que cabe preguntarse: son las personas comunes y corrientes las obligadas a saber qué conductas son prohibidas. O bien, es el Estado, el encargado de dar a conocer las prohibiciones.

Formalmente, la sociedad cuenta con un principio de legalidad. Formalmente también el conglomerado social conoce las conductas prohibidas. Pero, materialmente, no es así. Por lo que al existir error de prohibición, el imputado en determinada conducta (como es típico en Guatemala, por el excesivo punitivismo que existe fuera del Código Penal) no debería ser sancionado. Así que para que exista la legalidad material, es necesario que el Estado, en el ejercicio del *Ius Poenale* realice por un lado un sistema de información en verdad eficiente, de manera que la población sepa cuales son los límites a su libertad de acción; ya que es una falacia creer que el diario de Centroamérica, lo lee la mayoría de la población, y más cuando en Guatemala, existe un gran porcentaje de analfabetismo. Por otro lado en Guatemala, en lugar de penalizar se debería despenalizar, es decir sacar de circulación una enorme serie de conductas, que por el principio de *ultima ratio* podrían ser conocidas por otras disciplinas del derecho; De esa manera si se cumpliría con los sueños de Beccaria, es decir leyes penales sencillas y conocidas por la población en general.

Por las razones ya señaladas, en un Estado democrático de derecho y de justicia, como lo es Guatemala según se determina en los Artículos 2 y 140 de la Constitución, debe imperar, necesariamente, un Derecho Penal del Acto, pues en donde predomina el Derecho Penal de Autor es, como dice Rodríguez: “en los Estados totalitarios en los

que se utiliza este paradigma para castigar a quienes se oponen al régimen y, a fin de cuentas, a quienes así lo quieran los factores de poder”.⁵²

Por la certeza que aporta el principio *nullum crimen sine actione*, al Derecho Penal, le resulta en verdad mucho más fácil determinar de manera más o menos objetiva, cuándo se ha dado muerte a alguien (Artículo 123 del Código Penal) o cuándo se ha hurtado un objeto (Artículo 246 del mismo cuerpo legal), que determinar con la misma exactitud las cualidades personales que permitan señalar que una persona es un homicida o un ladrón.

Ahora bien, el principio bajo estudio, al que también suele denominársele **principio de objetividad material del hecho punible**, conlleva dos importantes consecuencias que deben tenerse muy presentes. En primer lugar, este principio implica que los pensamientos no son susceptibles de ser castigados por la ley penal, lo que se ha resumido en la frase latina “*cogitationes poenam nemo patitur*” (los pensamientos no merecen pena). No es posible cometer un delito con el mero pensamiento; para que haya un hecho punible debe de haber necesariamente una conducta humana. Para que una pena pueda serle impuesta a una persona, ésta debe haber hecho algo y no sólo porque lo haya pensado, querido o deseado. No puede tenerse como un delito el desear la muerte de alguien; pero sí el darle efectivamente muerte o, al menos, haberlo intentado, exteriorizando esa intención delictiva.

⁵² **Ibid.**

De esta consecuencia a su vez, se deriva la libertad de emisión del pensamiento o (libertad de Conciencia), que se encuentra prevista en el Artículo 35 del Texto Constitucional, a la que tiene derecho todo ciudadano y en virtud de la cual se protegen los pensamientos y la intimidad de las personas, por los cuales no pueden ser castigadas, esto es, por lo que se encuentre en su fuero interno, es decir, en su conciencia.

En cuanto a esto último, parece importante traer a colación las palabras de Servera Muntaner, quien expresa que: “La conciencia es la posibilidad de autoconocernos a través de nuestras acciones... (omissis) Este autoconocernos nos permite autoposeernos, es decir, ser dueños de nosotros mismos, lo cual implica poder autodirigirnos, es decir, poder ser libres y por lo tanto responsables de nuestros actos.”⁵³

Ahora bien, en segundo lugar, el principio de exterioridad conlleva el que, como bien lo afirma Muñoz Conde “no pueda castigarse a una persona por lo que es, sino por lo que hace. La forma de ser de una persona no puede ser sancionada por las leyes penales, a los fines de las mismas sólo puede tener relevancia lo que haga o deje de hacer la persona, el Derecho Penal no puede intervenir ni siquiera frente a las más despreciables inclinaciones delictivas de alguien” .⁵⁴

⁵³ Servera Muntaner, José, **Ética policial**, pág. 46.

⁵⁴ Muñoz Conde, Francisco, **Teoría general del delito**, pág. 7.

En este mismo orden de ideas, resultaría contrario y violatorio de este principio, que como se dijo, tiene naturaleza constitucional, el que pretenda sancionarse a un grupo determinado de personas, como en efecto ocurrió durante el régimen nazi con respecto al pueblo judío o con la persecución de los cristianos por los romanos, si nos remontamos en el tiempo.

Esta consecuencia el principio *nullum crimen sine actione*, garantiza además la imposibilidad de sancionar a una persona por sus cualidades; el pluralismo cultural propio de un Estado social y democrático de derecho, ya que es una exigencia del mismo, el respeto por la empatía de los seres humanos, no pudiendo perseguirse a un grupo de personas por ninguna razón, evitándose así la discriminación. En este orden de ideas, las leyes de zapeadores y de vagancia, ciertamente infringían el principio *nullum crimen sine actione* o *sine conducta*, pues estas leyes, así como algunos Artículos del Código Penal que se analizarán más adelante, estaban dirigidas a castigar a la persona no por el acto punible, sino por su propia persona, por una determinada cualidad; autorizando de tal manera la persecución de personas, sin consideración a que cometieran o no acciones prohibidas.

3.1.2. Principio *nullum crimen, nulla poena sine iniuria* o principio de lesividad:

Finalmente, es importante señalar que el principio de objetividad material, al que se ha venido haciendo alusión, está muy vinculado (además, de como se observó, con el principio de legalidad) con otro de los principios rectores del Derecho Penal, que **es el**

principio “nullum crimen, nulla poena sine iniuria o principio de lesividad”.⁵⁵ En efecto, para que pueda concebirse un delito y una pena, es necesario que el hecho objeto de la norma penal y que es castigado por ella; sea lesivo, esto es que se traduzca en una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Así, para que esa lesión se produzca, necesariamente tendrá que verificarse un acto humano externo, puesto que con el pensamiento no puede lesionarse ningún bien jurídico protegido. De ello se desprende igualmente, que las supersticiones, la magia y la brujería tampoco pueden ser objeto de sanción penal, toda vez que las mismas no se traducen en un resultado lesivo externo, por el mismo carácter de meras creencias internas que llevan aparejado.

3.2. El hecho y el acto: una distinción:

Ahora bien, una vez analizado brevemente el principio de objetividad material del hecho punible, no quiere dejarse pasar esta oportunidad para realizar una distinción necesaria a los fines del presente estudio. En efecto, no es extraño que se hable en la doctrina algunas veces de Derecho Penal del Hecho, en lugar de hablar de Derecho Penal del Acto. Incluso, es común hablar del hecho punible y no del acto punible.

No obstante esto, hay que observar que hecho y acto no son una misma cosa. Los hechos pueden ser definidos como toda acción material de una persona, pero también como sucesos independientes de la misma, tales como los fenómenos de la naturaleza.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, **Derecho y razón**, pág. 405 a 410.

Entretanto, los actos se definen como toda acción que se corresponde con una persona que la ha llevado a cabo. En este sentido, cabe señalar que al Derecho Penal no le atañen los fenómenos de la naturaleza, ya que el sujeto central del mismo es la persona y sus actos, por lo que lo correcto es hablar de Derecho Penal del Acto y no del hecho, y de acto punible y no de hecho punible. Sin embargo, también hay que advertir que este último término (hecho punible), se encuentra sumamente arraigado en la dogmática penal, por lo que aquí se admite su empleo.

3.3. La normalidad de la persona que delinque:

Igualmente, es pertinente hacer referencia a una temática que tiene incidencia en el estudio del Derecho Penal del Acto y el Derecho Penal de Autor, a la cual se ha querido denominar aquí como la normalidad del delincuente. En efecto, uno de los fundamentos por los cuales es rechazado el Derecho Penal de Autor, es que su aceptación implicaría, además de las arbitrariedades ya señaladas, una suerte de discriminación frente a aquellas personas a las que se consideraría delincuentes, únicamente por diversos factores como indigencia, clase social e incluso rasgos físicos particulares.

Debe advertirse, en este orden de ideas, que la persona que delinque es una persona normal y no anormal, como muchas veces se ha pretendido afirmar, que se diferencia de las personas que no delinquen (y que sin embargo pudieran cometer delitos en cualquier momento) en que ha hecho un mal uso de su libertad, escogiendo

el camino del crimen y perturbando de tal manera la convivencia social al lesionar uno o varios bienes jurídico-penales, en virtud de lo cual debe ser sancionado conforme a la ley penal.

Es por esto también, que el Derecho Penal de Autor conllevaría el marginar a cierta categoría de personas, castigándolas por sus cualidades y no por las acciones y omisiones que éstas lleven a cabo, lo cual tiene vinculación estrecha con la problemática de la peligrosidad, especialmente en lo que corresponde a la denominada peligrosidad pre-delictual; es decir, la que se determina antes de haber cometido un delito, la persona a quien se etiqueta de peligrosa. Ciertamente, debe ser observado que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, de 1997 (en Guatemala hay muy poca doctrina legal al respecto) distingue entre peligrosidad predelictual y post-delictual, sosteniendo que una se basa en la simple presunción, según la cual un sujeto aparenta ser peligroso para la sociedad, en virtud de lo cual, en función preventiva, debe ser extraído de las calles; es decir, en un lenguaje vulgar, sacado de circulación. Entretanto, se dice que la peligrosidad post-delictual afirma la peligrosidad de un sujeto, en cuanto ésta se ha manifestado en la comisión de un determinado hecho punible.

Las leyes referidas, permitían la sanción de la persona en base a una mera peligrosidad pre-delictual, es decir, sin necesidad de que existiese un concreto delito cometido por esa persona. Nada más contrario al Estado de Derecho que dicha presunción de peligrosidad por la personalidad.

En efecto, **es necesario señalar que la peligrosidad pre-delictual es la forma más evidente del Derecho Penal de Autor**, por lo que debe ser rotundamente rechazada. Sin embargo, la denominada peligrosidad post-delictual goza igualmente de un rechazo considerable, por cuanto si bien es cierto, que para que ésta se verifique, es necesaria la existencia efectiva de un hecho punible, cometido por la persona que desde ese momento se considerará peligrosa; también lo es, el que ese apodo de peligrosa, además de su carácter estigmatizador, está sancionando a la persona más allá de su culpabilidad, la cual se limita al hecho punible que ésta haya cometido, por lo que sería una especie de desventaja perjudicial para la persona, el establecimiento de su peligrosidad por haber cometido un delito.

Aunado a lo dicho, debe ser desmentido aquello de que la persona que comete un delito es una persona, por ese hecho, peligrosa. En efecto, ya se dijo en primer término que la persona que delinque es una persona normal y de allí el que, además de lo señalado, se distingue de las demás personas que se encuentra tras las rejas; más, como afirmaba con mucha claridad Carnelutti: “no es solo que los hombres no se pueden dividir en buenos y malos, sino que tampoco se pueden dividir en libres y presos, porque hay fuera de la cárcel prisioneros más prisioneros de los que están dentro de ella, y los hay, dentro de la cárcel, más libres cuando están en la prisión que los que están fuera”.⁵⁶

⁵⁶ Carnelutti, Francesco, **Las miserias del proceso penal**, pág. 106.

3.4. Moral y derecho penal:

Es propicia la oportunidad, para hacer referencia a otra cuestión vinculada a la distinción entre Derecho Penal del Acto y Derecho Penal de Autor, que es la relación entre moral y Derecho Penal. En este sentido, cabe decir que si bien el Derecho Penal y la moral se encuentran muy cercanos, no pueden llegar a identificarse, pues de ser así, ello podría traer algunas arbitrariedades, como el castigo de conductas, que aunque no se encuentren tipificadas sean consideradas inmorales.

En este mismo orden de ideas, al no poder identificarse Moral y Derecho Penal, trae como consecuencia que en éste debe imperar el Derecho Penal del Acto y no el Derecho Penal de Autor, puesto que si bien la moral puede, como en efecto lo hace, condenar pensamientos o deseos inmorales, no así el Derecho Penal, que sólo puede intervenir ante exteriorizaciones de la voluntad.

Y es que la moral se interesa ante todo, por el ámbito interno de la persona, su tendencia interior al bien y su rechazo al mal, mientras que el Derecho Penal se preocupa en cambio, por las conductas exteriores, por el ámbito externo de la persona, aunque en forma posterior toma en cuenta, la interioridad, al analizar la categoría de la culpabilidad.

Así pues, de la misma relación existente entre Moral y Derecho Penal, se desprende el que se rechace un Derecho Penal de Autor, en preferencia de un Derecho Penal del

Acto, propio de un sistema penal garantista, como ya se ha explicado brevemente en el presente análisis. Es de señalar además, que permitir la imposición de un Derecho Penal de Autor, no es más que abrir la puerta para la comisión de crímenes de Estado, lo que además da pie a la discriminación fundada en razones políticas.

3.5. La subsistencia del derecho penal de autor:

Debe ser apuntado asimismo en el presente estudio, que a pesar de la predominancia del Derecho Penal del Acto, en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales del mundo, quedan algunos supuestos en los que la legislación se vale del Derecho Penal de Autor, por lo que puede afirmarse la subsistencia del mismo, si bien en una mínima porción. Efectivamente, en el ordenamiento jurídico-penal vigente, es posible encontrar algunos sesgos del Derecho Penal de Autor, entre los cuales uno de los más evidentes es el supuesto de la reincidencia y habitualidad, la cual se halla prevista en el Artículo 27 numerales 23 y 24 del Código Penal, la cual puede ser definida como el aumento o agravación de la pena, en virtud de la comisión por parte de la persona de un nuevo delito luego de haber sido condenado. Es decir, la persona se ve perjudicada en cuanto a su responsabilidad penal por haber reincidido, esto es, cometido un nuevo hecho punible.

En este orden de ideas, como lo ha destacado Arteaga Sánchez: “la existencia misma de esta causa de agravación ha sido cuestionada, señalando algunos que su mantenimiento obedece puramente a criterios positivistas de peligrosidad, en tanto que

resulta injusto agravar la responsabilidad y aumentar la pena por consideraciones que no tienen que ver con el hecho mismo cometido sino con un hecho anterior ya sancionado”,⁵⁷ lo que evidencia que esta circunstancia (la reincidencia) responde a la recepción del Derecho Penal de Autor.

Otro ejemplo de subsistencia del Derecho Penal de Autor, está constituido por algunas circunstancias agravantes que constituyen estados peligrosos, en el Artículo 87 del vigente Código Penal guatemalteco, según el cual es índice de peligrosidad la vagancia, el ejercicio de la prostitución y la reincidencia, etc; es decir, características personales del agente o autor del hecho punible, por lo que se le castiga en exceso únicamente por lo que es y no por lo que hace.

En el presente estudio, se ha intentado exponer brevemente las nociones de Derecho Penal de Autor y Derecho Penal del Acto, pretendiendo subrayar sus diferencias, así como los peligros de adoptar un Sistema penal basado en el autor, es decir, un concepto peligrosista del derecho de punir, lo que como se ha dicho, conlleva abrir la puerta a una serie de arbitrariedades y una suerte de totalitarismo penal, inadmisibles e incompatibles con el garantismo penal, que debe ser propugnado hoy más que nunca. Sobre todas las cosas señaladas, parece importante terminar este estudio destacando que un Derecho Penal de Autor, reduce al ser humano que delinque a una categoría inferior o diferente de quienes no delinquen, desconociendo así el concepto de persona y su dignidad, pues todas las personas, aún cuando delincan, siguen siendo

⁵⁷ Arteaga Sánchez, Alberto, **Derecho penal venezolano**, pág. 237.

personas y es por ello, que se les debe tratar como tal, siendo totalmente injustificable en este mismo sentido, que se castigue a la persona por lo que es y no por lo que hace.

El Derecho Penal sólo debe intervenir ante conductas o comportamientos humanos, lo que está en la esfera interna del hombre y su propia personalidad, debe quedar inmune a la intervención penal.

3.6. Derecho penal del enemigo como un tipo de derecho penal de autor:

Al crear figuras penales de autor, tomando como fundamento la doctrina de la defensa social, es importante indicar que se entra en el campo del derecho penal del enemigo, el cual a su vez tiene dos fundamentos que lo originan.

3.6.1. Derecho penal simbólico:

El primero de los fundamentos del derecho penal del enemigo, es el Derecho Penal Simbólico y cuando hablamos de él “se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”,⁵⁸ es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. En otras palabras, en nuestros países actualmente, existe la tendencia a crear tipos penales, únicamente para darle idea a la sociedad de que los legisladores, están haciendo su trabajo. Dichos tipos penales, muchas veces

⁵⁸ Meliá, Cancio, **Derecho penal del enemigo**, pág. 60.

no tienen un estudio previo de la realidad y tampoco un análisis constitucional, por lo que caen en contraposición con la Constitución. Por otro lado faltan, a la técnica jurídica, pues el fin de los legisladores es ganarse a sus postulantes.

En los países de Centroamérica por ejemplo, el fenómeno recurrente en los últimos años, son los grupos denominados maras. Dichos grupos en la mente del común de las personas constituyen un peligro social que es necesario exterminar. Por ello, en países como El Salvador y Honduras, existen leyes antimaras, que no son más que leyes penales de autor, las cuales fueron creadas por el mismo clamor social en los señalados países; pero que entran en contradicción con los principios constitucionales de los indicados Estados, por ello en El Salvador, los mismos jueces se muestran renuentes a aplicar tales normativas. En Guatemala, afortunadamente sólo se han quedado en proyectos de ley, pero ello no significa que no existan personas que impulsen dichas normativas.

Es cierto que existe delincuencia en Guatemala, también es cierto que la mayoría de la población opina que todos los integrantes de maras son delincuentes. También es cierto que existen en la población carcelaria, una gran cantidad de personas que pertenecen a esos grupos. Sin embargo, no necesariamente significa que solamente las maras cometen actos delictivos, ni que ellos son los que más daño le causan a la sociedad. Por otro lado, el pertenecer a un grupo no debería ser delito, pues desde el punto de vista constitucional, solamente son punibles las acciones y omisiones es decir que si no se realizan conductas prohibidas, no se delinque.

Entonces, ¿no se debe castigar a los mareros penalmente? claro que no se debe hacer, se debe sancionar penalmente al marero que cometa homicidio; al marero que coaccione, al marero que robe. Pero toda sanción penal deberá ser por la conducta realizada y no por el simple hecho de ser marero. Mas aún, las sanciones penales deben ser iguales para el marero que roba, que para la persona común que lo hace, sin discriminación alguna y apreciando las mismas circunstancias atenuantes y agravantes y aún necesariamente, se debe considerar las situaciones sociales de cada uno de los sujetos procesales.

Otro ejemplo en nuestra legislación, del derecho penal simbólico, lo constituye el delito de discriminación, contenido en el Artículo 202 bis del Código Penal, que desde que entró en vigencia en el año 2002, sólo ha sido objeto de tres procesos penales, entre ellos el de la doctora Rigoberta Menchú. Debe entenderse que en Guatemala, sí existen prácticas de discriminación; que son necesarias políticas estatales, que tiendan a disminuir o exterminar dichas prácticas; sin embargo, a la fecha pareciera que dicho delito, sólo fue creado para dar a entender que se estaba luchando contra tales prácticas que atentan contra la dignidad de la persona.

Un ejemplo más del derecho penal simbólico, lo contiene el Artículo 157 bis del Código Penal, que fue emitido ante la necesidad de legislar en contra de los múltiples accidentes de tránsito, ocasionados por pilotos de transporte colectivo. A la fecha son pocos los procesos en donde se ha aplicado este Artículo y los accidentes siguen

sucediendo diariamente en Guatemala.

Uno de los fines de la pena es la prevención general y al amenazarse a la población con la aplicación de la misma, si realizan la conducta prohibida en la norma, se espera que dicha conducta no se cumpla. En el caso del derecho penal simbólico, se conmina a la aplicación de una pena, con el objetivo de mostrar a la sociedad que el Organismo Legislativo está trabajando, aunque no necesariamente sean aplicadas, de hecho de ahí el nombre de simbólico, por la poca aplicabilidad del mismo. El problema radica en cuanto no se prohíben conductas, sino se prohíben actitudes de ser, porque simbólicamente se hace creer a la población que esas personas son enemigos, lo que produce un Derecho Penal de Autor.

3.6.2. El resurgir del punitivismo:

El segundo fundamento que crea el derecho penal del enemigo, es el resurgir del punitivismo. Radica éste, en crear normas que sí van a ser aplicadas, así Cancio Melia en relación a estos dos fundamentos explica: "... reconducir los fenómenos de expansión que aquí interesan de modo global sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución. Pues el recurso al Derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización a la antigua usanza, es decir, la introducción de normas penales nuevas

con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes”.⁵⁹

El punitivismo ha resurgido en los países de Latinoamérica, en donde es común observar que los Estados, aplican como única política criminal el punitivismo. El problema aquí, radica en la idea estatal, que únicamente, aumentando las penas, se puede responder al fenómeno criminal, así se crean figuras con dedicatoria o se aumentan las penas como un disuasivo, que no lo es.

En el caso guatemalteco, el punitivismo ha sido la tónica de nuestros legisladores, así tenemos que en 1996, fueron aumentadas las penas para varios delitos del Código Penal (homicidio, parricidio, asesinato, secuestro, etc)⁶⁰ Situación que de ninguna manera bajó los indicadores de comisión de dichos delitos, sino por el contrario pareciera que aumentaron. En todo caso, se ha probado hasta la saciedad que el aumento de las penas, incluyendo la aplicación de la pena de muerte, no es un disuasivo, sino por el contrario en países donde no se aplica la misma y las penas son más humanas, con máximo de hasta 30 años, los niveles de criminalidad son menores. En este sentido, parece evidente, en lo que se refiere a la realidad del Derecho positivo, que la tendencia actual del legislador es la de “reaccionar **con decisión** dentro de muchos sectores diversos de regulación en el marco de la **lucha** contra la criminalidad,

⁵⁹ Meliá, **Ob. Cit;** pág. 82.

⁶⁰ Congreso de la República, **Decreto 20-96**, en vigencia desde el 17 de mayo de 1996.

es decir, con un incremento de las penas previstas.”⁶¹

Ahora bien, el derecho penal simbólico y el punitivismo, no son fenómenos interdependientes, sino que pueden relacionarse muy bien, dependiendo de la persona a la que se le intente aplicar, así el derecho penal simbólico se aplicará, dependiendo de la persona que cometió la conducta. Si la misma está definida por el grupo como no igual, como diferente al resto del mismo, entonces se le sancionará. El tratadista antes citado, al hacer referencia a esto dice: “Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado hecho, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal –dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos- persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como otros no integrados en esa identidad.”⁶²

3.6.3. Elementos del derecho penal del enemigo, como tipo de derecho penal de autor:

El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: “en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectivo (punto de referencia: el

⁶¹ **Ibid**, pág. 89.

⁶² **Ibid**, pág. 94.

hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas⁶³.

Entonces, un Estado que practica un derecho penal del enemigo, como tipo de Derecho Penal de Autor, es un Estado que no habla a sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.

3.7. Dos clases de derecho penal de autor en los procesos de criminalización:

En base a lo explicado en este capítulo y lo referente a la Criminología Crítica, el Derecho Penal de Autor, se puede manifestar en dos formas.

3.7.1. Derecho penal de autor en el proceso de criminalización primaria:

Debe entenderse el proceso de criminalización primaria, como aquél que hace el órgano designado por el Estado para la definición o creación de las figuras delictivas, es decir, el creador de los tipos penales, el Organismo Legislativo. En nuestro caso el Congreso de la República.

Dentro del proceso de criminalización primaria, el Estado, a través del Organismo

⁶³ **Ibid**, pág. 97.

Legislativo, define qué conductas afectan bienes jurídicos relevantes y cuáles deberían ser tipificadas como delitos.

Ahora bien, si todas las sociedades se adhirieran al principio de legalidad del delito y de la pena, no podríamos hablar de Derecho Penal de Autor, pero lamentablemente no es así. En Guatemala, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico penal (Código Penal y leyes penales afines) existen normas que constituyen Derecho Penal de Autor, en la parte general y especial de dicho código; dichas normas serán analizadas en el capítulo V de este trabajo.

En los últimos años, ha tomado un nuevo auge la teoría de la defensa social, en consecuencia, las legislaciones modernas en algunos países, han creado la idea del peligro social y han dirigido su batería jurídica penal hacia personas con status de peligroso. “El punto de partida de cualquier análisis del fenómeno, que puede denominarse la expansión del ordenamiento penal, ha de estar en efecto, en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal, desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno, ha colocado alrededor de normas penales, un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de criminalización en el estadio previo, a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas”.⁶⁴ Cuando se habla de criminalización del Estado previo, se refiere a situaciones en que no se ha ejecutado alguna acción, sino que se persigue

⁶⁴ **Ibid**, pág. 57.

al individuo que es un peligro para la sociedad, independientemente de la acción cometida, fundamentalmente con la idea de evitar las posibles acciones que dicho individuo pudiera cometer y que de hacerlo serían de consecuencias nefastas para la sociedad. Ejemplo de ello, lo constituyen los proyectos de ley para sancionar a las personas con tatuajes.

3.7.2. Derecho penal de autor en el proceso de criminalización secundaria:

El Derecho Penal de Autor, también se encuentra presente en el proceso de criminalización secundaria. Entendiéndose éste, como aquel que realizan las instituciones y organismos de control social del Estado, es decir la policía, el Ministerio Público, los jueces y también la prensa escrita. Estas instituciones, que son las encargadas de la respuesta del Estado frente al fenómeno criminal,⁶⁵ son las responsables directas de aportar los datos de la cifra negra de la criminalidad, es decir aportar las estadísticas de las personas que se encuentran dentro del sistema penal y dentro del sistema carcelario. En todo caso, son las responsables directas de determinar según el Labelling Approach, quienes son delincuentes y quienes no.

Así, dependiendo de lo que se conciba como normal en determinada sociedad, así será el actuar de las agencias e instituciones estatales y en Estados totalitarios y aún aquéllos que profesan un derecho liberal, es común que las políticas criminales vayan encaminadas en contra de aquellas personas señaladas como peligrosas para la

⁶⁵ Becker, **Ob.Cit**; pág. 254.

sociedad y sean ellas las que llenen las cárceles.

En Guatemala, es común que la persecución criminal vaya dirigida a personas que no aceptan las normas sociales, como por ejemplo los mareros, los narcotraficantes, etc, pero se les demoniza, son individuos que no se deben socializar sino exterminar. Así que, a pesar de que existen conductas que desde un punto de vista sociológico son más dañinas a la sociedad, es a los enemigos a los que se debe perseguir y expulsarlos de la sociedad. De manera que, es común que cuando las personas indicadas, caen en las agencias estatales, muchas veces no son detenidas por conductas prohibidas, sino por lo que son. Sin embargo, para que continúen dentro del Sistema penal, es necesario que les sea tipificado algún delito o falta, por ende, no es raro que en muchas ocasiones, aparezca en las prevenciones policiales términos como los siguientes: **caminaba sospechosamente** como si caminar sospechosamente fuese delito o en todo caso: Cómo se define sospechosamente. Acaso han aprendido los delincuentes a no caminar sospechosamente.

Otro término común de las prevenciones policiales es: **al hacerle un registro superficial de sus vestimentas**. Por demás ridículo es escribir esta frase, porque en primer lugar qué es un registro superficial. En segundo lugar no existe derecho para hacer registros superficiales. Todo lo anterior se ha utilizado para implantar pruebas en contra de los sindicatos, como droga, armas, etc. Situación lastimosamente común en Guatemala.

También, el Ministerio Público, centra su atención, en personas de baja escolaridad, pobres y con estigmas sociales, tal y como se demuestra en las cárceles del país, pues ese es el perfil de la población carcelaria en Guatemala.

El fenómeno en cuestión, es observable también en los tribunales de justicia, siendo común que los abogados defensores aconsejen a sus defendidos que se vistan de determinada forma, para parecer buenas personas. Esto, se evidencia en muchas sentencias, dentro de las cuales no existe la fundamentación que exige el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal y en donde es más fácil condenar por libre convicción que por medio de la sana crítica, en el entendido que se hace un favor al Ministerio Público, que no aporta pruebas, a la policía que los detuvo, a los jueces contralores que abrieron a juicio y en general a la sociedad por meter a la cárcel a los **malos**. Así, el derogado Código de Menores,⁶⁶ contenía en su Artículo 41, que debería atenderse de preferencia “**a la personalidad del menor y su condición socioeconómica,**” antes que la gravedad y circunstancias del hecho; de modo que no era relevante si la acción cometida era trascendente, la importancia recaía en que si el menor podría o no ser peligroso.

3.8. Estados que se caracterizan por una política de derecho penal de autor:

Estados Unidos, es un buen campo de múltiples ejemplos de Derecho Penal del Enemigo, que constituye Derecho Penal de Autor. Entre estos ejemplos, destacan en

⁶⁶ Congreso de la República, **Decreto 78-79**.

primer lugar los llamados terroristas, también los narcotraficantes y últimamente los migrantes.

Después de lo sucedido el 11 de septiembre de 2001, con la destrucción de los edificios más altos de la ciudad de Nueva York, las Torres Gemelas del Wall Trade Center, el Gobierno de los Estados Unidos, implementó una cruzada contra los terroristas a escala mundial. De ahí, que ese fue el argumento para las guerras en Afganistán e Irak y los consecuentes abusos cometidos en nombre de la lucha contra el terrorismo en dichos países, los cuales fueron documentados por la prensa internacional.

En lo interno de los Estados Unidos, fue implementada la Ley Patriota que le da total autoridad al Buró Federal de Investigaciones (FBI, por sus siglas en inglés) para obtener registros telefónicos, de correo electrónico y financiero, mientras persigue terroristas, es decir que se espía a los presuntos terroristas sin autorización judicial. Ésto dio lugar a graves arbitrariedades en lo interno de los Estados Unidos, así fueron detenidas múltiples personas por practicar el Islam, por vestirse como musulmán o tener barba, en ese sentido fue censurada la libre expresión, en casos en que según el gobierno de Bush, eran apoyadas ideas terroristas, limitando la libertad de conciencia.⁶⁷

Anteriormente al terrorismo, era el narcotráfico el que llenaba la agenda

⁶⁷ Informe del relator de la ONU en contra de las formas actuales de discriminación. 2003.

estadounidense, en su ideología de la defensa social. No se pretende decir que el narcotráfico, no representa un flagelo que pone en peligro la salud de muchas personas, sino más bien explicar que los narcotraficantes, no son demonios, sino simplemente delincuentes a los que hay que sancionar. Por otro lado, los gobiernos estadounidenses, critican erróneamente a los países productores de drogas, obviando que es el gran país del norte, el principal consumidor del mundo. De manera que, satanizan a los habitantes de los países productores de drogas como malignos, dejando por un lado las verdaderas razones que recaen en la demanda por las drogas.

El último de los fenómenos de derecho penal del enemigo, lo constituye el fenómeno migratorio, situación en extremo contradictoria, tomando en cuenta que los Estados Unidos, fue fundado por migrantes. Las últimas leyes promulgadas en Estados Unidos, endurecen las acciones en contra de los migrantes latinoamericanos, ya no solo deportándolos a sus países de origen, sino encarcelándolos. Entonces, el trabajador migrante, ya no es una persona necesaria para la economía estadounidense, ni siquiera es un problema social, que debería regularse. Ahora es un enemigo del cual hay que deshacerse. Comprensible es que todo Estado, tenga la libertad de determinar sus políticas en tema de migración; pero no es entendible que un gobierno, cree en la mente de sus gobernados la idea de que todo migrante es un peligro social, es un enemigo público, un ladrón en potencia del que se hace bien en desaparecerlo de cualquier forma. De esta forma se alienta a los gobernados incluso, a utilizar armas para prohibir su entrada al país.

Existen también otros Estados que se han caracterizado, por la persecución del autor y no por el acto, tal es el caso de Cuba, que es señalada constantemente como violadora de los derechos humanos. Donde existen delitos que atentan contra la libertad de expresión; así en Cuba, se penaliza por pensar diferente al Estado.

En Venezuela, en el gobierno de Hugo Chávez, han sido múltiples los señalamientos en contra de aquellos opositores del Estado, creando la figura de Enemigo del Estado, encarcelando a los que se oponen al gobierno chavista, sin siquiera señalar conductas prohibidas. Recientemente este gobierno ha amenazado con suspender la licencia de emisoras de radio y televisión que se oponen al mismo.

3.9. Tribunales de fuero especial en Guatemala:

El General Efraín Ríos Montt, instauró durante su gobierno, los tristemente célebres tribunales de fuero especial, cuya característica principal lo constituye, los sanguinarios jueces sin rostro, que realizaron infinidad de juicios, en muchos casos sumarísimos, con el respaldo de la suspensión de garantías individuales, contenidas en la Constitución, situación que fue propicia para organizar toda una serie de ejecuciones por fusilamiento.

“El método fue criticado por propios y extraños, y cuestionado por colegiados y no colegiados dentro del gremio de los abogados. En su oportunidad, el sumo Pontífice Juan Pablo II, solicitó el perdón para varios sentenciados a la pena capital, pero la

arrogancia y prepotencia fueron superiores a los llamados humanitarios que se hicieron, más aún, porque el procedimiento fue considerado ilegal.”⁶⁸

En esa ocasión seis jóvenes fueron ejecutados por fusilamiento el 17 de septiembre de 1982, acusados de diversos crímenes, pero en realidad el fondo del asunto lo constituyó que pertenecían al Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP); así pues, no se imputaron ni valoraron conductas, sino únicamente el hecho de **ser guerrilleros** fue suficiente para su fusilamiento. Asimismo ese día el ejército montó un gran operativo para intimidar a la población. Piensen como nosotros o les ocurrirá lo mismo, pareciera que fue el mensaje.

Diversas organizaciones mostraron su rechazo, pues era evidente que se estaba eliminando a los enemigos del Estado, con métodos ilegales y que no respondían en ningún momento a un Derecho Penal democrático sino a uno de autor, al eliminar a dichos jóvenes. Eso no quedó solamente con ellos: “Además de ellos fueron pasadas por las armas otras seis personas, sindicados de los delitos de extorsión y terrorismo, habiéndose llevado a cabo su eliminación un 5 de marzo de 1983 en un lugar previamente escogido y acomodado dentro del cementerio General. Éstos al igual que otros cinco guatemaltecos, a quienes se les acusó de asesinato, secuestro y violaciones, comparecieron ante el pelotón de fusileros. Solo Dios sabrá si su muerte fue justa o injusta, porque legal, nunca fue, habiendo entregado su vida al creador el 20

⁶⁸ La Hora, www.lahora.com.gt/29-06-2k/paginas/nac_2.htm. (7 de abril de 2007)

de marzo de 1982, también en el cementerio General.”⁶⁹

Afortunadamente, dichos tribunales fueron derogados por las grandes violaciones al debido proceso en que incurrieron, de manera que el informe sobre Guatemala del año 2003 de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dice: “Que los Tribunales de Fuero Especial --cuya configuración secreta persistió el Gobierno del General Ríos Montt en mantener y cuyo procedimiento violaba las más elementales garantías del debido proceso-- constituyeron organismos antijurídicos cuya constitución, actuación y resoluciones desconocieron disposiciones fundamentales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Guatemala es Estado Parte.”⁷⁰

3.10. Carencias del derecho penal de autor:

Tomando lo expresado por el maestro Cancio y Melia: “Existen dos grandes carencias en el Derecho Penal de Autor: En primer lugar: aún sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho Penal de Autor (cárteles de la droga; criminalidad de inmigración; otras formas de criminalidad organizada y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de enemigos en este sentido pseudoreligioso que en la acepción

⁶⁹ **Ibid.**

⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. www.cidh.org/countryrep/Guatemala83sp/Conclusiones.htm. (7 de abril de 2007)

tradicional-militar del término. En segundo lugar, este significado simbólico específico del Derecho Penal de Autor abre la perspectiva para una segunda característica estructural: no es sólo un determinado hecho lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos.⁷¹

De ahí que el Derecho Penal de Autor, se constituya en un antiderecho penal, es decir un no derecho penal, pues el derecho penal se basa en el principio del hecho, que se entiende como aquél principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor.

⁷¹ Meliá, **Ob. Cit**; pág. 101.

CAPÍTULO IV

4. Modelo penal constitucional

4.1. Principio de legalidad:

Como ya se dijo, el principio de legalidad inmerso en el Artículo 17 de nuestra Constitución, es una de las garantías que más trascendencia ha tenido para el derecho penal y no sólo para el derecho penal, sino para el conglomerado de ciudadanos de determinada sociedad. Como ya se estableció, el Derecho Penal, constituye un conjunto de límites al poder punitivo del Estado, con ello se pretende que el conglomerado social entienda, comprenda, reconozca y valore hasta donde el Estado puede limitar sus garantías, sobre todo la libertad.

Este punto del presente trabajo, pretende dar una idea clara de la trascendencia que para el derecho y para la sociedad, implica el principio de legalidad sustantivo y no sólo sustantivo, sino también procesal y de ejecución.

Para Paola Bigliani y Mariano Costanzo: "La vigencia del principio de legalidad otorgará seguridad al ciudadano cuando enfrente a un tribunal de justicia, que, sí y sólo sí, lo condenará cuando el hecho cometido se encuentre prohibido por una ley anterior a su ejecución bajo amenaza de pena."⁷² Ahora bien, porqué es importante el principio

⁷² Bigliani, Paola y Mariano Costanzo, www.derechopenal.com.ar/articulos (22 de febrero de 2007)

de legalidad para el presente trabajo; como se verá, el Derecho Penal de Autor o anti derecho penal, atenta directamente, en contra del principio de la estricta legalidad de los delitos.

Es por ello que es importante, (me permito tomar la libertad para ello) realizar una retrospectiva histórica sobre la evolución de dicho principio y cómo afecta a los tipos penales de autor. Para empezar, a pesar de que la máxima es en latín (Nullum Poena, nullum crimen sine lege), los estudiosos están de acuerdo que no tiene fundamento romano, porque en el derecho romano era usual castigar conforme al derecho consuetudinario o el arbitrio judicial; así que no es en lo sustantivo sino en lo procesal que el derecho romano alcanza su reconocida tradición jurídica.

En la edad media, a raíz del conflicto entre los feudales y los monarcas aparece en Inglaterra el primer indicio del principio cuestión, es en la Carta Magna inglesa otorgada por JUAN SIN TIERRA, a los nobles ingleses que en su Artículo 39 dice: ningún hombre libre será retenido, preso o desposeído o proscrito o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, si no es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país. Aunque la discusión a raíz de lo anterior, versa sobre si es una garantía de tipo material o de tipo procesal

Con el predominio de los reyes sobre los señores feudales, tomó paso la creación de los estados nacionales, sujetos a monarquías absolutas y con ello, la dotación del derecho canónico, dejando por un lado el principio de 1215, a tal punto que en la

Carolina (por Carlos V de España) en su Artículo 105 se admite la interpretación analógica.

Hay que entender como bien nos dicen Paola Biglani y Mariano Constanzo: "El Estado absoluto fundaba su poder en la religión misma, de modo que no pudiera ser discutido ni cuestionado, de ahí, que el ejercicio del poder represivo no pudiera admitir limitación alguna en beneficio del súbdito, en tanto estas limitaciones hubieran importado la negación del propio absolutismo, por esta razón, alguna idea similar a lo que hoy conocemos como principio de legalidad, resultaba impensable."⁷³

No es sino hasta que aparecen nombres como Montesquieu, con su *Espíritu de las leyes* y Rosseau con su *Contrato Social* y más adelante Beccaria, los que reflejan a cabalidad los pensamientos de los autores ya mencionados, transformaron la Constitución del Estado, trayendo como consecuencia la humanización del derecho penal.

Beccaria, opina en contra de las penas arbitrarias libradas al criterio del juez, es más, opinaba que las penas deberían ser determinadas y humanas y no deberían estar sujetas a la opinión del Juez. Asimismo, la Revolución Francesa expande el concepto de legalidad como garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado, con lo cual se pretendía que las leyes fuesen simples, sencillas y claras, para que el individuo común y corriente, supiera qué estaba prohibido y qué no lo estaba.

⁷³ Bigliani, Paola y Mariano Constanzo, www.derechopenal.com.ar/articulos (22 de febrero de 2007)

Continúa manifestando Paola Biglani y Mariano Constanzo: "De esta manera la reforma penal de la ilustración, contrarrestando los males del antiguo régimen se dirigirá sobre tres bases bien definidas: legalidad, descriminalización y humanización de las penas."⁷⁴

El principio de legalidad como tal, tuvo su primera aparición en las Constituciones de los Estados Federados Americanos, como la de Filadelfia en 1774, Virginia en 1776. También se plasma en el Código Penal austriaco de José II, en 1787, pero no es sino hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789, que dicho principio adquiere universalidad. Dicha declaración en su Artículo octavo dice: "La ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada" El principio anteriormente mencionado, tuvo como consecuencia, limitar la actuación del juez únicamente a la ley.

La cita latina del Nullum poena, nullum crimen sine lege, se la debemos a tratadista alemán Feurbach, quien la introdujo en las leyes alemanas de Bavaria en 1813 y así se mantuvo hasta la llegada del poder del Partido Nazi de Adolfo Hitler. En 1935 se modificó el principio de legalidad haciendo posible castigar "según la idea básica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo".⁷⁵ Esto daba lugar a la analogía. Como ya dijimos el derecho penal, es un derecho de acto, la cita anterior, hacía que se

⁷⁴ **Ibid.**

⁷⁵ Roxin, Claus, Jeschek, **Tratado derecho penal**, págs. 137- 173.

desarrollará enormemente el Derecho Penal de Autor. Empero, al castigar según el sano sentimiento del pueblo, presidían de la acción, entonces no había necesidad de definir las conductas prohibidas, únicamente era necesario que el sentimiento popular se alzara contra uno o varios individuos porque eran diferentes a ellos. El resultado fue el exterminio de más de 6 millones de judíos, miles de gitanos, cientos de minusválidos etc.

Con la victoria aliada en 1945, se estableció el principio de legalidad con rango de derecho fundamental.

4.1.1. Legislación guatemalteca:

En nuestra historia, dicho principio tiene cabida hasta 1965, pero en la actual Constitución, tiene mayor predominio en su Artículo 17 que dice: "**no hay delito ni penas 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."

En ese orden de ideas, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 17 de septiembre de 1986 reza: "en el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen, nullum poena sine lege* como una lucha por el derecho. Opera como opuesto al *ius incertum*, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional..."

En parecidos términos se expresa el Artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueren delictivos según el derecho aplicable". El principio postula que solamente las leyes son fuente formal del derecho penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado.

4.1.2. Fundamentos del principio:

Uno de los principales fundamentos del principio de legalidad, es la exigencia de la sujeción del poder ejecutivo y del poder judicial a las leyes formuladas de modo abstracto. Otro fundamento radica en el principio de la república y su división de poderes, porque la pena debe ser determinada en leyes y no estar determinada por la mentalidad del juez.

Sin embargo, la corriente actual determina, que el principio tiene su base en garantizar objetividad ya que: "el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero todavía no juzgados, ni ser un medio contra autores ya conocidos (Estados peligrosos, Artículo 87 de nuestro Código Penal) sino previamente y de una manera válida en general, o sea mediante una determinada ley dictada con anterioridad al hecho".⁷⁶ De manera que el principio de legalidad es una garantía fundamental para imponer límites a la facultad estatal de

⁷⁶ Roxin, **Ob.Cit**; pág. 140.

imponer castigos.

4.1.3. Prohibiciones que se derivan del principio de legalidad:

Del principio de legalidad se derivan cuatro prohibiciones:

- a. La prohibición de analogía in malam partem (Nullum crimen, nullum poena, sine lege stricta);
- b. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena y para crear nuevos delitos (Nullum crimen, nullum poena, sine lege stricta);
- c. La prohibición de retroactividad, con excepción de la ley penal mas benigna (Nullum crimen, nullum poena, sine lege praevia) y;
- d. La prohibición de las leyes penales indeterminadas o imprecisas (Nullum crimen, nullum poena, sine lege certa).

El maestro italiano Ferrajoli, destaca en el principio de legalidad dos vertientes: en primer lugar **el principio de mera legalidad**, que tiene fundamentación en todo derecho público, es decir es aplicable a la actividad legislativa del Estado en todo campo del derecho y establece que únicamente la leyes dicen lo que es delito y que la leyes únicamente dicen que es delito y no que es pecado.⁷⁷ De manera que limita al juez a no determinar que es delito (como bien lo estableció Montesquieu)⁷⁸ reservando

⁷⁷ Ferrajoli, **Ob.Cit**; pág. 373.

⁷⁸ Montesquieu, Charles, **El espíritu de las leyes**, pág. 24.

esto para el legislador.

Lo anteriormente establecido es muy importante, porque crea un muro de separación entre moral y derecho, haciendo que la moral, no determine qué es prohibido para ciudadanos en general. En segundo lugar, dicho maestro destaca **el principio de estricta legalidad**, lo cual condiciona si una norma es válida o no; y como lo dicen Paola Bigliani y Mariano Costanzo: "el principio de estricta legalidad reviste una función garantista que consiste en que los delitos estén predeterminados por la ley de manera taxativa, sin reenvío a parámetros extralegales..."⁷⁹ La ley no puede calificar como punible cualquier hipótesis, sino solamente comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y a la vez, adscribibles a la calidad de un sujeto. Por lo tanto, en relación al principio de estricta legalidad, la ley que no contiene conductas que son estrictamente prohibidas, no es una ley válida, de ahí que Ferrajoli, expresa el principio de legalidad a través de la fórmula latina "Nullum Poena nullum crimen sine lege valida."⁸⁰ Por lo que los tipos penales en que no se determina la conducta sino solamente un Estado peligroso, de emergencia o de enemigo, constituye Derecho Penal de Autor, dichas normas, no constituyen normas penales válidas, por qué atentan contra el principio ya mencionado y contra el Derecho Penal del Acto.

En un modelo penal constitucional, los delitos señalados taxativamente en el Código Penal, deben estar forzosamente sujetos a la Constitución y toda norma penal nueva

⁷⁹ Bigliani, Paola y Mariano Costanzo, www.derechopenal.com.ar/articulos (22 de febrero de 2007)

⁸⁰ Ferrajoli, **Ob. Cit**; pág. 402.

(aunque los autores modernos mencionan que en lugar de crear más figuras delictivas, el Estado debería comenzar a despenalizar algunos tipos penales, que no responden a la modernidad del derecho) no debe contradecir la Constitución, pues sería una norma penal imprecisa, indeterminada y anti garantista, lo que traería como consecuencia, que el juez al momento de dictar sentencia utilizaría su conciencia o la analogía para fijar la pena, extremo que descartaría la acción o el acto como fundamentos de derecho penal.

4.2. Redefinición penal desde el modelo constitucional:

En nuestra legislación, al principio de legalidad no se le ha dado la relevancia necesaria, por lo tanto es común encontrar en el Código Penal, tipos penales que no responden a dicho principio. Como reza el Artículo 17 de nuestra Constitución: únicamente son punibles las **acciones u omisiones...**, en ese sentido cuando no existe la claridad necesaria y no se determinan las acciones u omisiones en las normas penales, no puede hablarse de legalidad la norma penal.

Así, en el Código Penal guatemalteco, existen tipos penales, en los cuales no están definidas o determinadas las conductas prohibidas. También, existen normas penales en las que se determina la culpabilidad o peligrosidad de una persona, sin que se verifique una acción, tal es el caso de los Estados peligrosos. Para ello debe entenderse que únicamente existirá delito cuando sea lesivo a una tercera persona.

4.2.1. La lesividad:

Corresponde ahora, analizar cómo debería estar configurado un tipo penal, para que responda directamente a un Derecho Penal del Acto y a la misma Constitución. “Este análisis radica en la lesión material de las condiciones esenciales para la subsistencia de las personas y la convivencia pacífica, a efecto de lograr su desarrollo integral”.⁸¹ Es decir que para que exista delito debe haber necesariamente una lesión a un bien jurídicamente tutelado.

Para Erick Juárez, el control de la lesividad se da en dos planos: “El primero en el momento en que se crea el tipo penal, en donde los legisladores deben observar que la acción u omisión que describen, cause un daño o lesión a la condición que pretenden proteger, sin lo cual, imposible resulta crear un delito. El segundo es el control jurisdiccional, que tiene lugar cuando se ha creado el tipo penal sin el cuidado relacionado en el primer plano. En donde los sujetos procesales argumentan en contra de la conducta, observando que la misma no lesiona el bien jurídico tutelado de un tercero, por lo que el juez debe excluir dicha conducta.”⁸²

La lesividad, para muchos autores es un elemento de la antijuridicidad, entendiéndose ésta de dos formas. Antijuridicidad formal, la señalada en las normas penales y Antijuridicidad material, es decir la no lesión al bien jurídico tutelado, que de no existir, en consecuencia no existe delito.

⁸¹ Juárez, Erick, **Bien jurídico y derecho penal**. Revista Electrónica URL. 2005

⁸² **Ibid.**

En los tipos penales de autor, no existe daño o lesión a terceros, pues no son realizables las acciones, por no estar determinadas, en consecuencia los defensores deben crear la discusión al respecto, pues si no hay conducta no hay daño ni tampoco delito. Por lo que “debe considerarse la lesividad formal requisito de control jurisdiccional, a fin de que no se juzgue a una persona sin que exista un daño evidente y objetivo”.⁸³

Así, en el caso de las asociaciones ilícitas contenida en el Artículo 396 del Código Penal, prohíbe las asociaciones que promulguen la filosofía comunista, acaso es prohibida la libre emisión del pensamiento o se puede juzgar una conducta interna, una forma de pensamiento. O acaso se lesiona el orden público al pertenecer a ese tipo de asociaciones. La respuesta a todas las anteriores interrogantes es NO.

Concluyo este capítulo con las palabras del tratadista Juárez: “Es así, como la lesividad se constituye en el medio de control legislativo y jurisdiccional más importante para la consideración de delitos, lo que implica su análisis y comprobación en cada delito y en cada caso, a efecto de no tipificar ni juzgar, por acciones que no representan daño a tercero, sea directo o difuso, sino una simple adecuación a la norma jurídica, lo que no es relevante, toda vez que el derecho no es fin en sí mismo, ni la ley se instituye para proteger a la propia ley.”⁸⁴

⁸³ **Ibid.**

⁸⁴ **Ibid.**

CAPÍTULO V.

5. Constitución política de la república de Guatemala y código penal guatemalteco.

Como anteriormente se mencionó, el Código Penal guatemalteco no responde a las expectativas de un derecho penal moderno. Esto es así, porque la Constitución en principio data de 1985, siendo producto de doctrinas que garantizaban los derechos fundamentales del ser humano. Por otro lado el Código Penal que data de 1973, se inspira en la teoría de la defensa social y el positivismo imperante. Por ello, es que se hace necesario, no sólo reformar nuestro Código Penal, sino derogarlo, pues no responde a las corrientes humanísticas de un Estado de Derecho, menoscaba la legalidad de las normas penales, entrando en oposición directa con un Sistema penal Democrático y no respondiendo a la expectativa que el derecho penal constituye garantías de un ciudadano común ante la actividad represiva del Estado.

Ejemplo de lo anterior, abundan no sólo en el Código Penal, sino que en las leyes penales fuera del mismo y tomando en cuenta que el presente trabajo, es un estudio de las normas penales de autor, en la legislación penal guatemalteca, entraremos a estudiar algunas normas que no responden a un Derecho Penal del Acto dentro de la legislación.

5.1. Artículo 27:

En primer lugar, hay que estudiar el Artículo 27 del Código Penal numerales 23 y 24 que habla sobre la reincidencia y la habitualidad, dentro del capítulo se señalan las agravantes a las leyes penales. En el numeral 23 del citado Artículo dice: "**Reincidencia**: 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." En ese mismo sentir, el numeral 24 dice: **Habitualidad**. La de ser el reo delincuente habitual. Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometió 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 ha visto, un Derecho Penal de Autor castiga a un individuo, no por las acciones que hace, si no por el hecho de ser individuo; es decir que no se causa dolor por lo que hace, sino por lo que es. El castigar a una persona por su reincidencia o habitualidad, atenta contra el principio procesal del "Non bis in idem;" pues una persona, no debe ser castigada dos veces por el mismo delito, ya que se le está agravando la pena por el simple hecho de ser reincidente o habitual. Con ello se está atendiendo a la calidad de persona y no a la acción cometida, pues la conducta que está siendo juzgada, es muy diferente a la conducta que ya fue juzgada, por la cual ya sufrió condena, y por lo tanto ya pagó **su deuda con la sociedad** y sobre la condena de la conducta en cuestión, se le aplicará una mayor pena, que en el caso de la

habitualidad puede ser el doble.

El Artículo 17 del Código Procesal Penal Guatemalteco, reza: "nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho." Con lo cual se cumple en nuestra legislación, el principio "Non bis in idem" que aunque no tiene rango constitucional estrictamente; si lo tendría si tomamos como fundamento el Artículo 44 de nuestra Constitución que dice: "**Derechos inherentes a la persona humana.** Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana."

Además, de lo que también establece el Artículo 46 de nuestra Constitución que dice: "**Preeminencia del Derecho Internacional.** Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno." En ese sentido, el necesario traer a colación el Artículo 14 numeral 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que expresa: "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal que cada país". Extremo en que caen los condenados por reincidencia o habitualidad, al ser penado dos veces el mismo delito; la primera vez en la condena ya cumplida y la segunda, al cometer un nuevo delito, pues en la sentencia de éste, se trae a colación el delito pasado para aumentar la pena, por lo que el delito pasado, es sancionado doblemente.

Por lo que el principio "Non bis in idem" toma rango constitucional con la aplicación de los Artículos 44 y 46 de nuestra Constitución y con lo que dice la Corte de Constitucionalidad que en sentencia expresa: "... esta Corte debe abordar únicamente aspectos relacionados a la preeminencia de la norma constitucional en función de resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona humana, las obligaciones internacionales del Estado y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a que su aplicación pueda ser más garantista que las normas del derecho interno...".⁸⁵ Tomando en cuenta lo anterior, la garantía del non bis in idem y del tratado referido, se concluye que el Artículo 17 del Código Penal tiene rango constitucional.

Castigar, la reincidencia y la habitualidad, implicaría que únicamente se hace porque se responde a un estigma, a alguien que de antemano se etiqueta genéricamente, estableciendo separadamente para él, si se quiere, un Código Penal especial, que comprenda penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente únicamente se diría con claridad, que el Sistema penal así estructurado discrimina y trata diferente al que ha incurrido en un comportamiento desviado al colocarle la etiqueta de delincuente.

En ese orden de ideas, seguir incluyendo como circunstancias agravantes la reincidencia y la habitualidad, en aplicación de las penas, incurriría en una ilegalidad de carácter inconstitucional, pues a juicio del ponente, el principio "Non bis in idem" tiene

⁸⁵ Sentencia de fecha 28/06/01. exp. 872-2000.

rango constitucional. Además de que también entraría en oposición directa con el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, (principio de legalidad), pues no habría acto que juzgar, sino únicamente la calidad de ser el reo habitual o reincidente y como ya se ha dicho y se dice por enésima vez, el derecho liberal democrático responde a un Derecho Penal Del Acto y no de Autor. Por lo que, los numerales ya indicados deberían ser derogados de nuestro Código Penal, ya que infringe normas de derecho nacional e internacional.

5.2. Artículo 51:

El Artículo 51 del decreto 17-73 en sus numerales 1 y 4 (casos en que no podrá conmutarse la pena) dicen: "...a los reincidentes y delincuentes habituales... cuando apreciadas las condiciones del penado, los móviles de su conducta y la circunstancias del hecho, se establezca, a juicio del juez, su **peligrosidad social**".

Una vez más en el Artículo citado, se toma en consideración, no conductas prohibidas, sino situaciones de ser, pues como se ve, no se conmuta la pena, por el hecho del delito, es decir por la acción prohibida o por ser un delito que atente contra un bien jurídico tutelado superior, sino únicamente por ser el condenado reincidente, habitual o peligroso. Para el presente caso, se pueden tomar en consideración las razones ya explicadas anteriormente para circunstancias agravantes, así como también (y en esto también están incluidas las circunstancias agravantes) existiría una desigualdad entre los individuos a los que sí se les aplicó la conmuta y aquéllos a los

cuales no se les aplicó; por lo que la sentencia sería violatoria del Artículo 4 de nuestra Constitución (principio de igualdad) que menciona que todos somos libres e iguales en dignidad y derechos. Entonces la sentencia sería discriminatoria, lo cual haría incurrir a los juzgadores en el delito de discriminación contenido en el Artículo 202 bis del Código Penal.

5.3. Artículo 65:

Casi en el mismo sentido, se determinan los parámetros para la fijación de la pena, según el Artículo 65 del Código Penal, el que indica que se fijará la pena dentro del máximo y mínimo señalado por la ley, para cada delito y que se debe tener en cuenta la mayor o menor **peligrosidad** del culpable, también indica el referido Artículo, que se debe tener en cuenta **los antecedentes personales** del responsable del delito. Si tomamos en cuenta lo que hemos venido reiterando, a lo largo de este capítulo, salta a la vista que no podemos determinar con exactitud la peligrosidad de la persona, ya que como la ciencia ha probado no puede determinarse qué personas son peligrosas, porque no hay diferencia sustancial entre una persona normal y un delincuente. Así, una persona normal podría llegar a ser delincuente y viceversa. Lo que sucede como explica el maestro Baratta: “que las personas utilizan técnicas de neutralización para justificar el delito. Por lo que los parámetros para la explicación de la peligrosidad social son muy inestables y pueden dar lugar a enormes arbitrariedades”.⁸⁶

⁸⁶ Baratta, **Ob.Cit**; pág. 76.

Por otro lado, el hecho de observar la peligrosidad o los antecedentes personales, para determinar la duración de la pena y así agravarla o disminuirla, implicaría chocar de frente contra el principio procesal del "non bis in idem" y también el principio constitucional del derecho de igualdad. Además el Artículo 22 de nuestra Constitución determina: "los antecedentes penales y policiales no son causa para que a las personas se les restrinja en el ejercicio de sus derechos que esta Constitución y leyes de la República les garantizan..." De manera que, como ya explicamos en el caso del principio procesal del " non bis in idem" no se puede cargar o aumentar la pena por un hecho que no está siendo juzgado y que ya fue juzgado.

5.4. Medidas de seguridad:

Uno de los temas que se ha venido abordando en el transcurso del presente trabajo, es lo referente a las medidas de seguridad; que pueden aplicarse de manera pre delictual o post delictual. Como ya vimos y según mi opinión, las medidas de seguridad corresponden a un Derecho Penal de Autor y no del Acto, por cuanto no determinan, no juzgan o no verifican el acto cometido, sino el status de peligroso de la persona que va a ser juzgada. El status de peligroso surge a raíz de la escuela positiva, la cual influyó enormemente en las legislaciones penales de Latinoamérica (tal es el caso del Código Penal vigente en Guatemala).

Para el maestro argentino Zafaronni: "las medidas de seguridad no se diferencian de

las penas, por lo tanto son penas y si son penas constituyen un Estado de dolor".⁸⁷ El punto de discusión, radica en que en el derecho liberal las penas son consecuencia del delito (Derecho Penal del Acto) por lo que si no hay delito, entonces no deberían haber penas.

Con las medidas de seguridad previas al delito, no existe mayor problema, porque la mayoría de legislaciones latinoamericanas ya las han desechado; el problema grave existe en aquellas medidas de seguridad, posteriores al delito, las cuales están inmersas en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica; sin embargo, como ya explicamos, un derecho penal que no tenga como base el delito, no puede ser derecho penal, lo que constituiría un anti derecho penal.

En el título VII del Código Penal, se consagra lo relativo a las Medidas de Seguridad, las cuales, podría concluirse que pueden aplicarse, antes del delito; sin embargo, integrando la ley a este caso, el Código Procesal Penal, decreto 51-92, en el libro cuarto título IV, trata sobre el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección, entendiéndose que la aplicación de dichas medidas son posteriores al delito. Por otro lado el Artículo 86 del Código Penal expresa que sólo podrán decretarse por los tribunales de justicia por delito o falta.

Si tomamos como base, el derecho liberal y los escritos de Beccaria con respecto a las penas, observaríamos que es una lucha constante de la escuela la clásica, la

⁸⁷ Zaffaroni, **Tratado de derecho penal**, pág. 131.

determinación de las penas, no sólo el tipo de pena, sino también el plazo de la misma. Por lo que, una pena indeterminada no podría ser legal y como ya se explicó las medidas de seguridad, no son otra cosa estructuralmente hablando, que penas. El Código Penal dice: en el Artículo 1: "... ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley". Por lo que la indeterminación del tiempo, a las cuales se refiere el Artículo 85 de nuestra ley penal sustantiva, atentan contra el principio de legalidad de las penas y del delito.

El título, que estamos estudiando señala que se pueden revocar o reformar las resoluciones si se modifica o cesa el Estado de peligrosidad del sujeto; pero qué considera nuestra legislación como Estado peligroso. La respuesta la encontramos en el Artículo 87 que dice: "**Estado peligroso.** 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 del delincuente habitual.
- 4o. El caso de la tentativa imposible del delito...
- 5o. La vagancia habitual...
- 6o. La embriaguez habitual.
- 7o. Cuando el sujeto fuere toxicómano.
- 8o. La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena.
- 9o. La explotación o el ejercicio de la prostitución."

Es necesario hacer referencia, aunque sea brevemente de los estados peligrosos

que contiene nuestra legislación penal:

5.4.1. La declaración de inimputabilidad:

No se puede considerar peligrosa, a una persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, únicamente por ser adolescente; tampoco se puede considerar peligrosa, a una persona con trastornos mentales. En ambos casos pueden o no serlo, tal como sucedería con cualesquiera de las personas mayores de edad o sin trastornos mentales, ya que todos somos peligrosos o podemos ser peligrosos, de acuerdo a las circunstancias. Afortunadamente en el caso de los adolescentes, existe un nuevo cuerpo normativo que contiene directrices mucho mejor determinadas, verificando el respeto a sus garantías; es decir la nueva Ley Integral de la Niñez y la Adolescencia, contenida en el decreto 27-2003 del Congreso de la República. En dicha ley, para determinar un estado peligroso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, se determinan mecanismos para inculcar la corrección y el respeto social señalando como principio, el interés superior del niño, niña y adolescente. Desafortunadamente no existe un sistema normativo para los inimputables mayores de edad.

5.4.2. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado:

Si el condenado sufre enfermedad mental, actualmente todavía estaríamos en el campo del derecho penal, el juez de ejecución verificaría las medidas de seguridad.

Para Zafaroni, esto dejaría de ser parte del derecho penal y pasaría ser parte el derecho administrativo, por lo que saldría del sistema penal.⁸⁸

5.4.3. La declaración del delincuente habitual:

Aunque debería de decir declaración de delincuente habitual, como estaba escrito en la primera edición del Código Penal. En este caso y en concordancia con el tema sustentado a lo largo del presente trabajo, no puede determinarse un estado peligroso, con el simple hecho de que se declare a una persona delincuente habitual; ya que estarían tomándose situaciones de ser y no conductas. En ese orden de ideas, seguir incluyendo como estados peligrosos a la habitualidad, incurriría en una ilegalidad de carácter inconstitucional, pues ya se dijo, el principio "Non bis in idem" tiene rango constitucional. Además, de que también entraría en oposición directa con el Artículo 17 de La Constitución Política de la República de Guatemala (principio de legalidad), pues no habría acto que juzgar, sino únicamente la calidad de ser el reo habitual o reincidente y como ya se ha dicho, nuestro derecho desde el punto de vista Constitucional debe responder a un derecho democrático y en consecuencia un derecho de acto.

5.4.4. El caso de la tentativa imposible del delito:

El Artículo 15 del Código Penal dice: "Si la tentativa se efectuare con medios

⁸⁸ Zaffaroni, **Ob. Cit.**, pág. 136.

normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.” Este Artículo hace referencia, a que el autor de la tentativa imposible, no es responsable de sus actos; por lo tanto, no puede ser objeto de la culpabilidad penal, pues vendría siendo inimputable. En ese sentido también le es aplicable lo ya explicado para los inimputables. Sin embargo, el Artículo 92 del Código Penal, indica que los peligrosos por tentativa imposible, serán internados en establecimiento educativo o de tratamiento especial. Cabe mencionar aquí, que no es necesario que este tipo de individuos sean objeto del Derecho Penal, pues deben existir normas de carácter administrativo, que regulen los tratamientos a dichos individuos, con el objeto de que por los principios de mínima intervención, subsidiaridad y última ratio, el Derecho Penal no sea involucrado en asuntos que pueden y deben conocer otras ramas del derecho.

5.4.5. La vagancia habitual:

En la Constitución de 1965, el Artículo 111, establecía la punibilidad de la vagancia. Se entiende entonces, porqué el Código Penal, que entra en vigencia en 1973, toma como base dicha Constitución. La Constitución de 1945, también sancionaba penalmente la vagancia y de acuerdo con la misma, fue emitido el decreto 118, Ley de Vagancia. La Constitución actual, no hace referencia a la vagancia; en ese sentido dicho Artículo no debe ser tomado en cuenta en el control directo que hacen los jueces de la Constitución, pues contradice la misma. Además, un vago es tan peligroso como

una persona normal y al no ser punible la vagancia, no deben existir estados peligrosos. Por otro lado, al tomar la definición de vago que establece el Código Penal; entonces, Guatemala estaría llena de peligrosos sociales, pues son muchas las personas que se dedican a la mendicidad y no tienen un trabajo habitual.

5.4.6. La embriaguez habitual:

No existe ningún tipo penal que prohíba la embriaguez. Es cierto, hay que estar consciente sobre los peligros del alcohol en el seno de las familias del mundo. Pero, es imposible determinar con objetividad, que un sujeto alcohólico en general, sea más peligroso que un sujeto que no lo es. El Derecho Penal, no penaliza la embriaguez, ya que el alcohólico atenta él mismo contra su salud y en ese sentido no existe lesión a un bien jurídico tutelado de ajena pertenencia. De ser penalizada la embriaguez, a la vez lo deberían ser las lesiones contra la integridad de cada persona o el intento de suicidio; pues no existe un deslinde técnico entre víctima y victimario. Además, un alcohólico es un enfermo que necesita ayuda, pero no de naturaleza penal.

5.4.7. Cuando el sujeto fuere toxicómano:

El ser toxicómano, no constituye delito. Sí lo constituye la posesión para el consumo, (Artículo 39 de la Ley contra la Narcoactividad) pero en este caso, de ser peligroso el toxicómano, deben del mismo modo ser peligrosos el ladrón, el homicida, etc. Sin embargo, el Derecho Penal no determina, quien es ladrón, sino qué es robo o que es

delito de homicidio. Por otro lado, al igual que al ebrio, la posesión para el consumo no debería ser constitutiva de un tipo penal; al caso vienen las palabras de Erick Juárez que dice: "...debe considerarse que la persona tiene la libertad de consumir lo que quiera, toda vez que la vida, libertad, salud e integridad son condiciones que le competen a ella disponer, ya que lo que el Estado está obligado es a proteger esas condiciones de otras personas, de un tercero, del victimario que pueda afectar directamente la subsistencia de la persona, más no de él mismo, pues el Estado no se constituye para proteger a las personas de sí mismas, sino de un tercero; bajo ese breve esbozo, el delito de posesión para el consumo no genera lesión alguna, no hay daño de tercero, a la salud de la persona, por lo que la lesividad no se materializa y en consecuencia en vía judicial debe ser excluido de su juzgamiento, a la vez de declarar la imposibilidad de existencia del delito por la no concurrencia del elemento de lesividad que determina el mismo".⁸⁹

5.4.8. La mala conducta observada en el cumplimiento de la condena:

Si el condenado, observó mala conducta, en consecuencia por imperativo legal, no debe de obtener los beneficios de la libertad condicional o de la redención de penas. Es decir, que debe cumplir toda su condena, si ésta fuera de cárcel. Ahora bien, este trabajo pretende hacer ver que los estados peligrosos contradicen un Derecho Penal liberal y democrático como el que Guatemala pretende tener. Pero, si fuere el caso de que el condenado fuese peligroso por inimputable, ya no debería ser sujeto del derecho

⁸⁹Juárez, Erick, **Bien jurídico y derecho penal**, Revista Electrónica URL. 2005.

penal sino del derecho administrativo. Y en caso de no ser inimputable, le correspondería al Ministerio de Gobernación y no al Organismo Judicial, observar el cumplimiento de la condena y cumplir con los fines que establece el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

5.4.9. La explotación o el ejercicio de la prostitución:

Si mantener relaciones sexo genitales a cambio de dinero o de otros bienes, no está señalada expresamente en la ley como delito o falta, entonces dicha conducta no constituye delito y en consecuencia no debe ser penada por la ley, por lo que no podría ser considerada la persona que practica dicha conducta, como peligrosa. Si como lo menciona el Código Penal, el ejercicio de la prostitución, constituye un estado peligroso, no siendo delito (como a su vez lo son la vagancia, la embriaguez habitual, etc.) lo sería además cualquier conducta no tipificada.

En conclusión, los estados peligrosos indicados en el Artículo 87 del Código Penal, no son tal. Por lo que desde el punto de vista constitucional y desde la perspectiva del Derecho Penal del Acto, la ley penal no debería aplicarlos y mucho menos contemplarlos.

5.5. Peligrosidad en la parte especial del código penal:

En el Código Penal, existen una serie de delitos en los cuales la pena es agravada

(es impuesta la pena de muerte) si concurren, a juicio del Juez, un grado de peligrosidad mayor del responsable.

Dichos delitos fueron incorporados al Código Penal por los decretos 48-95 y 20-96 del Congreso de la Republica. Entre éstos están: el parricidio (Artículo 131), el asesinato (Artículo 132), la ejecución extrajudicial (Artículo 132 bis) y el caso de muerte (Artículo 383).

En estos tipos penales se impondrá la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente. De conformidad con lo expuesto en el presente trabajo; los estados peligrosos, no son susceptibles de valorarse objetivamente, en este caso, la particular peligrosidad del agente tampoco lo es. **No es que el derecho penal no entre a valorar la peligrosidad criminal**, sólo que en el caso de Guatemala, no existen parámetros para valorar dicha peligrosidad, en consecuencia la peligrosidad criminal, corresponde valorarla a los jueces y por ende, dicha valoración sería subjetiva y en todo caso perjudicial para el reo, ya que puede darse el caso de que para algunos jueces las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, sean valoradas como particularmente peligrosas y para otros jueces no sean así. Ante estos dos tipos de valoraciones debe recordarse que la duda siempre favorece al reo.

Desde Beccaria hasta la actualidad, la propuesta del derecho liberal y democrático,

es en el sentido que se les reste a los jueces las valoraciones subjetivas y de ahí la importancia del principio de legalidad en sus dos vertientes, mera y estricta legalidad. Esto con el objeto de que los jueces valoren acciones y no situaciones de ser; así que la particular peligrosidad que establece la ley, debería ser omitida de los tipos penales, hasta que la ley estipule cuáles son los estándares para valorar la peligrosidad criminal, de no ser así constituye Derecho Penal de Autor.

Del mismo modo, la aplicación de la pena de muerte, no es un disuasivo para la consiguiente perpetración de conductas prohibidas, que son sancionadas con la misma. Particularmente, es mejor la aplicación de penas cortas pero efectivas y no de enormes sanciones con poca aplicación. Además, las penas deben tender a la readaptación social y a la reducción de los reclusos, según lo que establece el Artículo 19 de nuestra Constitución. Por lo que la pena de muerte, no cumple con los fines establecidos en la norma superior, ya que elimina a un peligroso social y no lo reeduca. Asimismo, la pena de muerte, la mayoría de las veces, es aplicada a individuos con limitaciones sociales y económicas, evidenciando con ello una marcada desigualdad y en consecuencia la determinación de la pena de muerte a individuos diferentes y en cierto sentido, peligrosos a la mayoría de la población.

De la misma forma, en los delitos de asesinato y parricidio, a los que no se les aplique la pena de muerte no podrá concedérseles rebaja de pena por ninguna causa (Debe tomarse en cuenta que a partir de la reforma a dichos Artículos, fue aumentada en 20 años de prisión, la pena que contemplaban los mismos.) Lo que atenta contra la

Constitución Política de la República de Guatemala, según sus Artículos 4 y 19. El Artículo 4 en relación al principio de igualdad, por lo que a los reos de asesinato y parricidio, no les será rebajada la pena por ninguna causa y a los reos de otros delitos si. Así, por el tipo de valoración que les otorgan los jueces, les sería aplicado un trato desigual. Por otro lado, los delitos mencionados contradicen el principio de readaptación social, ya que al imponerse a los reos de tales delitos, la pena de cincuenta años de prisión, estarían siendo condenados a una muerte lenta en prisión y por lo tanto no habría posibilidad de reincorporarlos a la sociedad.

En relación a la peligrosidad criminal propia del Código Penal guatemalteco, Alberto Binder en el peritaje realizado, con relación al caso Fermín Ramírez, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “analizó el principio de congruencia y, por otro lado, se refirió a la peligrosidad, al señalar que ésta constituye un juicio sobre el futuro y, por lo tanto, escapa a la lógica del proceso de conocimiento que reclama en todo caso la prueba de los elementos sobre los que recaerá una decisión. El señor Binder manifestó que en un proceso donde puede aplicarse la pena de muerte es obligación del Estado extremar las condiciones de exigibilidad de la verdad sobre los hechos que fundan esa pena. Además, realizó un análisis del caso concreto del señor Fermín Ramírez en el que destacó las irregularidades en que, a su juicio, habían incurrido las autoridades judiciales”.⁹⁰ La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenó al Estado de Guatemala, repetir el juicio y no entrar a considerar los supuestos de peligrosidad indicados.

⁹⁰ Sentencia del 20 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez

En conclusión, para que en Guatemala, sea aplicable la pena de muerte (el autor no es partidario de la pena de muerte), tal y como lo requiere gran parte de la sociedad, la ley penal debe establecer estrictamente, cuáles son los supuestos o parámetros de valoración de la peligrosidad criminal. Caso contrario, sería una valoración subjetiva de los jueces. Dichas valoraciones como bien lo explica la teoría del Labelling Approach, serían de acuerdo al código interno de los juzgadores, lo que traería como consecuencia la aplicación de un Derecho Penal de Autor; lo que es obvio en las estadísticas sobre los reos condenados a pena de muerte, donde es evidente la disparidad en relación a la sociedad guatemalteca, pues en su mayoría es gente pobre. Lo anterior, daría a pensar que solamente los pobres son criminales, extremo que no es cierto como ya fue explicado en el presente trabajo.

5.6. Asociaciones ilícitas:

El Artículo 396 del Código Penal regula el delito de asociaciones ilícitas y en el mismo dice: “Quienes promovieren la organización o funcionamiento de asociaciones que actúen de acuerdo o en subordinación a entidades internacionales que propugnen la ideología comunista o cualquier otro sistema totalitario, o destinadas a cometer delitos o tomaren parte en ellas serán sancionados con prisión de dos a seis años.”

El Artículo 35 de la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza, la libre emisión del pensamiento y en ese sentido regula: “Es libre la emisión del

pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna...” Así que una norma de carácter inferior, contenida en el Código Penal, no puede ser superior a una de carácter constitucional. Tal y como lo determina el Artículo 175 del mismo cuerpo legal, la norma del código penal referida, es nula ipso jure. Del mismo modo, hay que entender que la norma contenida en el Artículo 396 del Código Penal respondía a lo que establecía el Artículo 12 de la Constitución de 1965, que prohibía los partidos políticos con ideología comunista, extremo que limitaba la libertad de conciencia y la libre emisión del pensamiento.

CONCLUSIONES.

1. El Derecho Penal de Autor, responde a un Derecho Penal arcaico, que no llena las expectativas del Derecho Penal democrático, ya que la sociedad considera potencialmente peligrosos a individuos que no responden al conjunto de valores establecidos por ella misma. El Derecho Penal tiene dos formas de destacarse, la primera forma la constituyen las conductas prohibidas, extremo que tiene su base legal en los Artículos 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 1 del Código Penal y 1 del Código Procesal Penal y que responde a un Derecho Penal del Acto. La segunda forma son los estados Peligrosos, entendiéndose los mismos como aquellas situaciones de ser que no constituyen conductas propiamente dichas, sino desviaciones contrarias al comportamiento general, por lo que a los individuos que piensan o creen diferentes a la sociedad son potencialmente peligrosos para la misma.
2. El Derecho Penal del Acto, tiene su base ideológica en la escuela clásica del derecho. La escuela positiva del derecho en cambio, es la base ideológica del Derecho Penal de Autor. Pero es la teoría del Labelling Approach, la que ha venido a explicar como ocurren los procesos de criminalización en la sociedad en general, pues es imposible comprender la criminalidad si no se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella, de manera que la etiqueta de criminal, que hace que se persiga a determinado tipo de personas, es puesta por los grupos dominantes que componen el sistema penal de la

sociedad. Así, la etiqueta de criminal lo que hace es crear menosprecio social en el individuo denominado delincuente, quien siempre será delincuente a los ojos del conglomerado social y luego un peligroso social al que hay que eliminar.

3. El principio de legalidad es la génesis del Derecho Penal del Acto y constituye la base para la determinación de las conductas prohibidas, para la determinación del proceso, para la aplicación de la pena y la ejecución de la misma. Sin el principio de legalidad, el conglomerado social, quedaría desprotegido contra las arbitrariedades de la clase dominante. Así que dentro del sistema penal, solamente pueden ser penadas acciones u omisiones y no situaciones de ser, ni pensamientos, pues como lo explica la frase latina “cogitationes poenam nemo patitur” (los pensamientos no merecen pena).

4. La persona que delinque es una persona normal y no anormal. El delincuente no es una persona enferma. Los delincuentes se diferencian de las personas que no delinquen, en que han hecho un mal uso de su libertad, escogiendo el camino del crimen y perturbando de tal manera la convivencia social, al lesionar uno o varios bienes jurídico-penales, en virtud de lo cual debe ser sancionado conforme a la ley penal. Cuando basados en los principios de la teoría de la defensa social, la sociedad sataniza a los enemigos (mareros, narcotraficantes, etc), el Derecho Penal de Autor, se constituye en un antiderecho penal, es decir un no derecho penal, pues el derecho penal se fundamenta en el principio del hecho.

5. Para que el sistema penal guatemalteco, responda a un Derecho Penal Democrático, es necesario en primer lugar la creación de normas penales que contemplen solamente conductas jurídicas y objetivamente comprobables, que no den lugar a la apreciación subjetiva de los jueces, ni a la analogía. Así, la norma penal debe ser determinada, precisa y garantista; además en las normas penales es necesario observar si las conductas lesionan un bien jurídicamente tutelado de ajena pertenencia. En segundo lugar deben desaparecer del Código Penal, aquellas normas que no respondan a tales extremos, por lo que los tipos penales en que no se determina la conducta, sino solamente un estado peligroso, de emergencia o de enemigo, constituye Derecho Penal de Autor. Dichas normas no constituyen normas penales válidas, por qué atentan contra el principio ya mencionado y contra el Derecho Penal del Acto.

6. El Código Penal guatemalteco no responde a las expectativas de un derecho penal moderno. Por un lado porque la Constitución data de 1985, siendo producto de doctrinas que garantizaban los derechos fundamentales del ser humano. Por otro lado el Código Penal que data de 1973, se inspira en la teoría de la defensa social y el positivismo imperante. De manera que el Código Penal vigente no responde a un derecho penal democrático, así pues debería derogarse.

RECOMENDACIONES.

1. Tomando en cuenta que el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula el Derecho Penal del Acto, los legisladores deben considerar y crear figuras delictivas, que únicamente contenga de manera estricta, conductas que puedan ser valoradas y que lesionen un bien jurídico de ajena pertenencia.
2. Que en los cursos de Derecho Penal de nuestra universidad, los catedráticos incluyan dentro del programa de curso, que nuestro Derecho, responde a un Derecho Penal del Acto y no de Autor. Asimismo debe incluirse en los cursos de criminología, la enseñanza de las nuevas corrientes criminológicas como el Labelling Approach; además del principio de la normalidad de la persona que delinque.
3. Que se obligue y exija a los juzgadores la aplicación del principio de legalidad, en virtud de que muy pocos lo hacen. Así también que se les responsabilice y sancione de acuerdo a la ley, cuando no fueren objetivos en sus fallos.
4. Que el Estado de Guatemala, observe y cumpla con las políticas creadas para lograr un Estado de Derecho, el cual debe ser regido por un profundo respeto a los derechos humanos, así también que exija al ente encargado de los mismos, a que en verdad cumpla su verdadera función de defensor de los derechos

fundamentales.

5. Tomando en consideración que nuestro Código Penal, contiene normas penales de autor, se hace necesario, no sólo reformar nuestro Código Penal, sino derogarlo. Pues no responde a las corrientes humanísticas de un Estado de Derecho, menoscaba la legalidad de las normas penales, entrando en oposición directa con un sistema penal democrático y no respondiendo a la expectativa de que el derecho penal constituye garantías de un ciudadano común ante la actividad represiva del Estado.

6. Que los jueces del ramo penal, al momento de resolver observen el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley. Por lo tanto en cada caso concreto deben de interpretar ésta en armonía con aquella.

BIBLIOGRAFÍA.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. **Derecho Penal venezolano..** McGraw-Hill. Caracas, Venezuela. 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal.** Editorial Siglo XXI. México 1989

BECCARIA, Cesare. **De los Delitos y de las Penas,** Editorial Temis. S.A. Santa Fe de Bogota. Colombia. 1987

BECKER, Howard. **“Outsider” Studies in the sociology of deviance.** Nueva York 1963

BINDER, Alberto. **Política Criminal, Derecho Penal y Sociedad Democrática,** Ediciones del Instituto. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. 2004

BUSTOS, Juan. **Introducción al Derecho Penal.** Editorial Temis. S.A. Santa Fe de Bogota. Colombia. 1994

CARNELUTTI, Francesco. **Las miserias del proceso penal.** Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y Razón,** Editorial Trota, Madrid, España, 1995

INFORME del relator de la ONU en contra de las formas actuales de discriminación. Guatemala. 2003.

JESCHEK, **Tratado de derecho penal,** Traducido del alemán por Rodríguez Devesa. Editorial del Puerto Buenos Aires, Argentina 1996.

JUAREZ, Erick. **Bien Jurídico y Derecho Penal.** Revista Electrónica URL. 2005

JUAREZ, Erick. **Política Criminal Guatemalteca** Tesis de Grado. Quetzaltenango, Guatemala. 2000

KRAMER, Heinrich y Sprenger, Jacobus. **Malleus Maleficarum** Traducido del latín por: Floreal Maza. Editorial Orión. Madrid España 2001.

MAXIMOVA. Vladimira. **La obra de Marx. "trabajo asalariado y capital.** Traducido del ruso de Marisol Ciutat y Eliana Farías. Editorial Progreso Moscú Rusia. 1988.

MELIÁ, Cancio, **Derecho penal del enemigo.** Editorial Trota Madrid, 1995.

MIR PUIG, Santiago, Manual de Derecho Penal, 5ta edición, Editorial Reppertol, SI, Barcelona, España, 1998.

MONTESQUIEU, Charles Louis. **El espíritu de las Leyes.** Editorial. Editores Unidos. México. 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

NINO, Carlos, Fundamentos de Derecho Constitucional. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

PACKER y otros. **Enciclopedia Ilustrada de realidades Bíblicas.** Editorial Betania. Miami. Estados Unidos 1996

PAVARINNI, Massimo, **Teorías del Control Social,** Editorial Siglo XXI, México 2000.

RAMÍREZ Luis. **Positivism Criminológico y Derecho Penal en Guatemala.** Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala 2006

ROXIN, Claus., **Tratado de derecho penal,** Traducido del alemán por Rodríguez Devesa. Editorial del Puerto Buenos Aires, Argentina 1993.

SERVERA MUNTANER, José Luís. **Ética policial**. Tirant Lo Blanch. Valencia, España 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina, 1987

Fuentes Electrónicas.

www.derechopenal.com.ar Paola Bigliani y Mariano Costanzo ultima revisión marzo 2007

www.pdfmailer.com. [Rodríguez Morales Alejandro. Ultima revisión. Noviembre 2006](#)

Legislación.

Asamblea Nacional Constituyente de 1985, Constitución Política de la República de Guatemala,

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

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

Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad, Decreto número 98-92.

Sentencias.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 28/06/01. exp. 872-2000

Sentencia del 20 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Fermín Ramírez