

REVISTA



DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE

“DISCERE MAGIUS IURIS”
Aprende más de Derecho



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

Año 6 / Semestre I
Edición Enero/Julio

@ Copyright Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente

La CJO permite la libre reproducción de extractos de sus publicaciones, siempre que se reconozca su autoría y se cite la fuente.

® Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente

Año 6, Semestre 1

Edición Enero-Julio 2023 ISBN: 978-99939-0-595-0

Quetzaltenango, julio 2023.

ISBN: 978-99939-0-595-0



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE



“DISCERE MAGIUS IURIS”

Aprende más de Derecho

Coordinador general:

Erick Juárez Elías.

Coordinadores de la revista:

Bayron López Hernández

Luis Alberto Fernández Ramírez

Notas aclaratorias:

Las opiniones expuestas en los artículos publicados son responsabilidad exclusiva de su autor y no expresan necesariamente la opinión de la Comunidad Jurídica de Occidente.

Se permite su uso, difusión y reproducción total o parcial para fines didácticos, siempre se cite la fuente.





Contenido

PRESENTACIÓN

1

LA REPARACION DEL DAÑO A LA VICTIMA EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE GUATEMALA 2011

6

LOS PRINCIPIOS PENALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL Y SU CORRELATO EN LA INICIATIVA DE LEY 5494.

13

LA PERSPECTIVA BIDIMENSIONAL DEL DERECHO PENAL EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL Y SU REPRODUCCIÓN EN LA INICIATIVA DE LEY 5494

19

LA SUBJETIVIDAD DEL ART. 65 DEL CODIGO PENAL VS. OBJETIVIDAD DEL ART. 76 DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL-PARTE GENERAL- DE ERICK JUAREZ

24



DE LAS PALABRAS DE ERICK JUAREZ DADAS A UN AMIGO ANTES DE IMPARTIR JUSTICIA

Has honor de la noble investidura que hoy se te concede, por cuanto es la más importante y delicada de entre todas las que se otorgan.

Impregna y resguarda de dignidad tu cargo, alejándote de los bullicios de la vida licenciosa, desordenada e irresponsable, en cuanto de cuyos actos debes juzgar a los demás.

Antes de ser inclemente se compasivo con los justiciables, porque el yerro de la conducta que juzgas puede ser tu yerro al juzgar.

Cuando la ofuscación irrumpa de tal manera que te impida razonar, posterga la decisión, que es menos perjudicial a las injusticias del fallo inmediato.

Cultiva la tolerancia para respetar por igual a quien sea y conceder indulgencia tanto al ingenuo como al insolente.

Has de la templanza tu hábito más devoto y así tu proceder será estandarte de la moderación del derecho y de los apremios que dispongas.

Jamás encubras tu deber de juzgar, aun cuando la fuerza de la multitud, de la naturaleza o de las armas esté sobre tus sienes.

Arrópate de sabiduría para discernir entre el bien y el mal de tus decisiones, conteniendo así cualquier perjuicio que puedas provocar.

Olvida con la mayor prontitud las ofensas, así tu buen juicio para sentenciar estará libre de los mezquinos sentimientos.

Pues bien mi buen amigo, has de tu cargo el refugio de los que claman justicia, a quienes los abusos han impedido que la exijan como es debido y devuelve a cada uno lo que es suyo, lo que le corresponde y lo que necesita!



PRESENTACIÓN

Las evocaciones incipientes, teóricas y prácticas, del autoritarismo penal que gravitan en no pocos países de la región, que pregonan y exigen la expansión de la intervención penal a cualquier tipo de conflicto y también, con recordada asimetría, imploran por más intensidad pero con menos generalidad, conminan a releer los proyectos normativos en materia penal sustantiva; esto, tanto para afianzar las ideas base del uso racional del sistema penal, cuanto más para advertir e impedir la implantación de disposiciones que, bajo el velo de la renovada corriente punitiva, oculten el despotismo del castigo e intensifiquen los perjuicios a las víctimas de delitos.

Acorde a lo indicado, en este número de nuestra Revista, se analizan algunas de las ideas y disposiciones que conforman el Proyecto de Código Penal, parte general, que elaboré en el año 2011 a requerimiento de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, el que fue validado ante distintos sectores y con las modificaciones correspondientes fue presentado al Pleno de la indicada Corte, sin que ésta lo haya aprobado para presentarlo como iniciativa de ley ante el Congreso de la República. La relectura del indicado Proyecto, 12 años después, tiene por objeto consolidar la idea base de la naturaleza bidimensional del derecho penal y del imprescindible contenido dual de todo texto normativo que se precie por reglar, de forma equilibrada, los derechos de los responsables de delitos frente a los de las víctimas de delitos; asimismo, renovar la percepción, contenido y estructuración de los principios fundamentales del sistema penal desde la perspectiva bidimensional, para que funcionen, por un lado, como resguardo racional de los derechos de los imputados y por el otro, como protección expansiva a los derechos de las víctimas; junto a eso, posicionar la idea fuerza de la innegable necesidad de fijar métodos objetivos para la imposición de la pena a efecto de evitar el arbitrio jurisdiccional y racionalizar la respuesta punitiva; y, en paralelo a esto, reafirmar axiomáticamente la posición de la víctima en la escena penal, con énfasis en la reparación digna como medio para impedir que el delito y sus secuelas, irrumpen en su proyecto de vida.

Ciertamente, la incorporación, regulación, protección y restablecimiento de los derechos de las víctimas de deli-

tos es uno de los aspectos más relevantes del aludido Proyecto, al reconocerla como una interviniente involuntaria que soporta la acción delictiva y sus efectos perniciosos, por lo que inexorablemente la regulación penal debe equilibrar la posición de esta frente a la de los partícipes en el delito, lo que está intrínsecamente vinculado a la percepción y estructuración bidimensional del sistema penal. En torno a esto, la Profesora Caty Vidales, en el primer artículo, explora, analiza e identifica inequívocamente el valor agregado de equilibrar ambas posiciones, víctimas y victimarios, en la estructura del indicado Proyecto de Código Penal y afirma que, si bien es cierto, la evolución normativa en la materia ha incorporado, en algunos códigos de la región, disposiciones relativas a la reparación para las víctimas, esto es en sustitución al instituto de la responsabilidad civil que ha calcado la mayoría de legislaciones del siglo pasado, perpetuando la asimetría del sistema penal derivado de la percepción más tradicional que afirma que, los códigos penales se instituyen como un límite al poder punitivo, por lo que la estructura y contenido de estos gravita alrededor de los victimarios, desplazando de la escena penal a la víctima.

Es por eso que, a razón de Vidales, el Proyecto atiende la posición de la víctima sin que esto implique el detrimento de los derechos de los victimarios, como en no pocas ocasiones se argumenta por los tradicionales penalistas; por eso, ella aclara que es una estimación equilibrada o paralela entre los derechos de las víctimas y de los victimarios, sin sobredimensionar ninguna de las posiciones, más bien, como ella insiste en señalar es una equiparación de ambos, aún y cuando revela que la estructura del referido Proyecto, siempre se inicia desde la óptica de la víctima, sin que esto conlleve una preferencia deliberada.

Claro está, la ciencia del derecho penal se instituye en contra del exacerbado poder punitivo, fijando los límites racionales de la intervención penal y en consecuencia, erigiendo principios básicos para resguardar los derechos fundamentales de los victimarios; así, es sensato que estos principios se focalizaran en y con relación a los partícipes en delitos, derivando así, toda una estructura tensada entre los derechos de estos y el poder de sancionar, tanto en forma, medios como intensidad, reduciendo la



violencia institucionalizada de la simple expiación mediante el posicionamiento de la prevención, especial y general, para lo cual no es necesario invadir la esfera de los derechos esenciales de las personas responsables penalmente, como tampoco socavar su dignidad.

Por lo cual, la tradición penal teorizó y legisló con base a esa tensión, en cuyo recuadro el sujeto relevante fue exclusivamente el “delincuente” como destinatario de la punición, sin voltear la mirada al sujeto afectado por la acción delictiva, en tanto que, en las monarquías, dictaduras y gobiernos despóticos, todo delito se concibió como una ofensa o atentado en contra de estos, expulsando arbitrariamente a las víctimas, lo que, inclusive en siglo XXI aún pervive, al considerar erradamente que las acciones delictivas encaminadas a desfalcar el erario público, a obstaculizar la acción penal o a desestabilizar la legalidad de la función administrativas, entre otras, atentan contra la administración pública o de justicia y en consecuencia se estiman como afectados al estado o la sociedad, desplazando de la escena a las personas que directa y colateralmente, de forma individual o colectiva, son afectadas por esas conductas delictivas; nótese que, en el primer caso, los perjudicados son los destinatarios de los bienes o servicios para los cuales estaban destinados los recursos públicos desfalcados; en similar circunstancia, en el segundo caso, el o los damnificados son los sujetos procesales que no pueden acceder a la verdad procesal o al juicio, porque se obstaculiza de una u otra forma, según lo dispuesto en la regulación legal.

Lo anterior revela que, a pesar de la diversidad de ideas, ensayos, teorías, estudios e instrumentos internacionales sobre derechos humanos relativos a las víctimas de

delitos, surgidos aisladamente en siglos pasados y con mayor sistematización en los estudios criminológicos, ya de larga data y más recientemente con el movimiento de la victimo-dogmática, existen todavía resistencias, conscientes o inconscientes, de reconocer que todo delito atañe a dos sujetos: víctimas y “delincuentes”, que reconocidos en la posición equiparada que les corresponde en la escena delictual, deben ser los destinatarios de la regulación sustantiva penal, porque las primeras son y deben ser las titulares de los derechos protegidos en los procesos de criminalización primaria y los segundos, son los que soportan la violencia institucionalizada que representa el sistema penal.

En correlación a lo indicado, Vidales afianza esta idea al realizar un repaso descriptivo de la estructura del Proyecto de Código Penal y detenerse en el catálogo de principios tanto generales como especiales, resaltado que en ambos capítulos se incorporan principios relacionados a las víctimas de delito, en paralelo a los relativos a los victimarios. Asimismo, explica que las agravantes de la sanción penal responden a la condición de las víctimas, es decir, la causa ulterior de intensificar la punición tiene su origen en esa incorporación de la víctima en la estructura del diseño normativo; esta circunstancia, resulta para ella inusitado, en tanto que, el derecho comparado continúa reconociendo supuestos de agravantes de acuerdo a la tradición jurídica de antaño, referidas a las condiciones circundantes en la cuales se materializa la acción delictiva, que son diversas y en no pocos casos irracionales, como artificio para cometer el delito, que no tiene justificación alguna para elevar la cuantificación de la sanción penal; o, inconcebibles, como nocturnidad o despoblado, cuyo motivo ulterior es inaplicable desde la generalización del alumbrado público o la sobrepoblación de las áreas urbanas.

Indistintamente de lo último, lo que la profesora pretende acentuar es el destino regulativo para las víctimas de delito en toda la estructura del Proyecto indicado. Hecho esto, se detiene a analizar la reparación, con un enfoque particular en el proyecto de vida de la víctima como criterio de reparación del daño. Para el efecto, hace referencia a las distintas disposiciones que, en derecho comparado,

se establecen como fuente para proteger o, en su caso, restablecer el proyecto de vida de las personas afectadas por el delito; así, para el caso de Guatemala, afirma que la fuente constitucional deriva del artículo de la Constitución Política de la República, que entre otros derechos establece el desarrollo integral de la persona e impone su protección. Esto es relevante porque, siguiendo la tradición de la jerarquía constitucional, legitima el origen del proyecto de vida como contenido de la reparación a que tienen derecho las víctimas de delito; visto así, revela la coherencia de las disposiciones contenidas en el Proyecto de Código Penal con las disposiciones constitucionales y, aún más, reafirma la función desarrolladora de las normas derivadas.

En el abordaje propio del proyecto de vida, como componente de la reparación a que tienen derecho las víctimas de delito, la doctora Vidales analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al reconocimiento y la forma de reparar el daño provocado al proyecto de vida; al respecto revela la incuestionable convicción de los integrantes de la Corte de reconocer que sí es posible provocar, mediante actos ilegales o arbitrarios, daño al proyecto de vida, por lo que resulta un derecho de obligada protección; pero, a la vez, evidencia la ambivalencia respecto a la forma de repararlo, en tanto que cita dos sentencias en las cuales se indica que no es posible cuantificar en términos económico el daño provocado, por lo que se abstiene de hacerlo para fijar una compensación a la víctima; en contraste, al referirse a otra sentencia y que es intermedia en tiempo de emisión de las dos referidas anteriormente, la profesora resalta que la referida Corte sí reconoce la probabilidad de hacer declaraciones que tiendan a compensar la afectación del proyecto de vida, que pasa por indemnización y por pronunciamientos simbólicos. Cabe resalta que, progresivamente, la Corte Interamericana ha consolidado su jurisprudencia en cuanto a reconocer el daño al proyecto de vida y su respectiva compensación que no es únicamente económica, sino se integra con obligaciones de dar y hacer, así como con pronunciamientos y reconocimientos simbólicos, dentro de cuyo marco queda incluida la emisión de la sentencia como forma de reparación.

Cabe acotar que, en el Proyecto de Código Penal se establece la reparación, de forma general, a diferencia de lo estatuido en el Código Procesal Penal que refiere reparación digna; aún y cuando de una lectura ligera podría ser irrelevante, esto es determinante, porque la segunda es específica para la persona individual, por cuanto que, la dignidad es un atributo propio de los seres humanos y en consecuencia no puede ser conferido a personas jurídicas, públicas ni privadas, como erróneamente se declara en no pocas sentencias de los jueces de Guatemala; en tanto esto y coherente a la legislación procesal penal, la reparación digna es un derecho que le asiste a las víctimas “humanas” de delitos, relegando a la reparación civil la compensación que pueda corresponder a las personas jurídicas afectadas por delitos. Aunado a esto, el proyecto de vida como contenido de la reparación digna, regulada en el Código Procesal Penal, debe acreditarse conforme a las reglas probatorias, por lo que no es una estimación subjetiva sino una circunstancia objetiva que se contrasta a las posibilidades, capacidades, habilidades y oportunidades personales de la víctima de delito que postula un proyecto de vida.

En ese contexto, pero desde otra perspectiva, los dos artículos siguientes, de autoría de los Coordinadores de nuestra Revista, tienen por objeto fijar la idea fuerza de la influencia que ha tenido el Proyecto de Código Penal en la





estructura, contenido y redacción de la Iniciativa de Ley registrada en el Congreso de la República con el número 5494, la cual pretende la aprobación de un nuevo Código Penal.

Para el efecto, Luis Fernández analiza, desde una perspectiva neoliberal, los principios establecidos en el Proyecto y en la Iniciativa, revelando la similitud existente entre ambos, particularmente en la perspectiva bidimensional, al establecer como consecuencias de todo delito la pena y la reparación y, por correspondencia, la determinación de los dos sujetos vinculados a esa escena: víctima y “delincuente”; es esto, incuestionablemente, lo que expone en mejor medida que las ideas base del Proyecto han inspirado una pretendida representación de renovado sistema penal, por cuanto que, los proyectos y anteproyectos de código penal para Guatemala, antes del 2011, no incorporaban a la víctima de delitos, como tampoco la reparación de esta por la lesión al bien jurídico afectado, en su estructura, habida cuenta que seguían a pies juntillas la tradición unidimensional penal, focalizando en la estructura, contenido y prescripciones todos los aspectos relativos a los “delinquentes”, con una simple adhesión final de responsabilidad civil por el delito cometido, que recurre al mismo posicionamiento, porque está referido a los autores y cómplices de delitos, al ser concebida como responsabilidad de ellos y no como derecho de las víctimas.

Aunado a ello, Fernández describe un apartado específico comparativo entre el Proyecto y la Iniciativa, en donde resalta que existe un paralelo entre los principios que orientan ambas propuestas que, si bien es cierto, su redacción o la terminología utilizada matiza una de otra, en contexto e interrelacionadamente no puede ocultarse su conexión. Asimismo resalta que tanto el Proyecto como la Iniciativa abogan por el reduccionismo penal, necesario e imprescindible por el vertiginoso movimiento expansionista revelado en los tiempos actuales.

Esto último está altamente conexado con lo que Bayron López describe sobre la influencia del populismo y emergencia penal en la Iniciativa, que al incorporar una parte especial, devela la incoherencia entre los principios es-

tablecidos en la parte general y el excesivo catálogo de delitos que prescribe, varios de estos no necesarios de su abordaje en el ámbito penal; ante lo cual nos recuerda que una de las funciones de la legislación penal es la de contener ese poder irracional e injustificado de la punición, que ha sido utilizado a lo largo de la historia para moralizar, ideologizar y castigar a los individuos.

Sobre esa base, López reafirma el aporte técnico del Proyecto de retomar la idea bidimensional del sistema penal, en la que la estructura, contenido y disposiciones respondan a la posición de los sujetos del conflicto penalizado: víctimas y “delinquentes”, afirmando que esa perspectiva no es una simple proclama, postulado o aspiración, sino más bien se constituye en el eje y aspecto rector de todo el desarrollo del Proyecto, que sigue la coherencia al establecer principios relacionados a la víctima y relacionados al imputado, derechos de las víctimas y derechos de los imputados, así como la consideración dual en las agravantes y atenuantes; inclusive, a razón de él, el derecho a la reparación, que le asiste a toda víctima de delito, es la manifestación más inequívoca de esa equiparación entre los sujetos del proceso de criminalización primario.

Cabe señalar que López advierte que, tanto en el Proyecto como en la Iniciativa, la regulación de la reparación es amplia y general, apartándose de la certeza con la cual deben establecerse las disposiciones en materia penal; pero, al mismo tiempo, explica que esa forma de reglar la reparación es justificable, porque los daños a los derechos de las víctimas son diversos y múltiples, por lo que es poco probable partir de todos los supuestos acaecibles, como imposible fijar con precisión todas las formas de restituirlos, restablecerlos o protegerlos, extremo por el cual, la descripción de los parámetros en los preceptos normativos es considerada la forma más adecuada.

En paralelo, abordando las consecuencias del delito respecto al sujeto activo, la Juez Sara Yoc focaliza su análisis en la individualización de la pena, reafirmando que en la medida de lo posible, la legislación debe fijar con claridad el método para la aplicación objetiva de la pena, reduciendo así la arbitrariedad jurisdiccional que es recurrente cuando los sistemas normativos confieren alto

grado de discrecionalidad para imponer la pena en el caso concreto. Ella no cuestiona el sistema que confiere a los jueces fijar la pena en el caso concreto, más bien lo reaccepta tácitamente como el apropiado frente a la determinación legislativa y al de la fijación máxima; esto porque, las penas fijas, establecidas con total precisión en la legislación, impiden la proporcionalidad en el caso concreto y consecuentemente irrumpen en la esfera de la desigualdad de los desiguales, en tanto que, no es idéntica situación cometer el delito agravando los actos propios del delito, los efectos de este o la condición de la víctima, que realizarlo sin que concurren estos, razón por la cual, la pena tampoco puede ser idéntica en esos casos disímiles; además, porque la sistema de fijación máxima de pena para cada delito, sin establecer un mínimo, confiere excesivo arbitrio a los jueces con las consecuencias respectivas que repercuten sórdidamente en los derechos de los responsables de los delitos y de la víctimas de estos.

Reafirmando la ineludible descripción de los parámetros objetivos para individualizar la pena, que debe incorporar todo código penal, a fin de reducir la subjetividad jurisdiccional, Yoc reconoce como positivo la incorporación del método EJE en el Proyecto de Código Penal, porque equilibra la exigencia de proporcionalidad de la pena en el caso concreto, con los límites objetivos del método para su imposición; así describe que, el espacio de movilidad jurisdiccional, que en las penas de unos delitos es menor y en otros mayor, es lo que permite individualizarla en cada caso concreto; pero, advierte, que a diferencia de la tradición jurídica y al derecho comparado, en el Proyecto de Código Penal, este espacio de movilidad no es libre y menos aún queda a la subjetividad de los jueces, porque fija con claridad la regla para la atribución del valor de cada agravante, impidiendo así que, se impongan penas máximas o excesivamente altas sin que concurren las circunstancias correspondientes; así, cada agravante tendrá un valor máximo determinado, espacio que elude la simple aplicación aritmética porque no es un dato fijo, sino por el contrario confiere un espacio de movilidad a los jueces que, con la mayor objetividad posible, pueden determinar el valor que le asignan a la agravante en el caso concreto.

De esa cuenta, Yoc revela su convicción por una jurisdicción más objetiva y menos arbitraria, de lo que resulta imprescindible un sistema de reglas que reduzcan la discrecionalidad de los jueces y, particularmente para la individualización de la pena, establezca los parámetros y el método para emitir decisiones ecuanimes.

Así, los artículos abordan aspectos interrelacionados y están centrados en el Proyecto de Código Penal del 2011, que no constituye una propuesta acabada ni agotada, menos perfecta, pero sí introduce ideas base para transformar el sistema penal, desde lo normativo y desde la academia, tal y como decía del Doctor Hugo López, quien lamentablemente falleció días atrás.

Erick Juárez

Coordinador de la Comunidad Jurídica de Occidente



LA REPARACION DEL DAÑO A LA VÍCTIMA EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE GUATEMALA 2011

PROF. DR. CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Profesora titular de Derecho Penal
Universitat Jaume I

SUMARIO:

I. LA ATENCIÓN A LA VÍCTIMA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA.- II. LA REPARACION DEL DAÑO A LA VÍCTIMA.- III. EL PROYECTO DE VIDA DE LA VÍCTIMA COMO CRITERIO DE REPARACIÓN DEL DAÑO.- BIBLIOGRAFÍA.

Nunca hubiera querido tener que escribir estas líneas. Quizás por eso me ha costado tanto elegir el tema, y ni siquiera tengo la seguridad de haber acertado. Supongo que el Prof. Gómez Colomer esperaba de mí que abordase alguna cuestión relacionada con las víctimas en el ordenamiento jurídico-penal español y, de ser esa su intención, me temo que va a verse inevitablemente defraudado. En mi defensa, puedo alegar que estuve barajando algunas posibilidades pero, no siendo especialista en la materia, me pareció que escaso tributo podía rendir al homenajeado. Por ello he optado, aun a riesgo de parecer atrevida, por ocuparme de la atención a la víctima que se le dispensa en el Anteproyecto de Código Penal de Guatemala de 2011.

Debo reconocer que en esta decisión han pesado dos razones. La primera es que, gracias al Prof. Gómez Colomer, tuve la ocasión de colaborar en la elaboración del citado texto, y ello me brindó la oportunidad de conocer más a César. La segunda es que el extraordinario papel que se le concede a la víctima en el mismo obedece, sin duda, a la obra del Dr. Barrientos. De este modo, en la elección confluyen los motivos personales y los académicos y, en consecuencia, me permite poner de manifiesto, por un lado, el afecto que le profesaba y, por otro, la admiración y el respeto que me merece su trayectoria profesional.

Bien, pues, una vez justificada la elección del tema, procedo a su desarrollo.

Artículo publicado en el libro: "El Proceso Penal en la Encrucijada: Libro Homenaje a Dr. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer/Juan Luis Gómez Colomer, coordinador – Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, D.L. 2015. Volumen 2. 1261-173." La publicación se hace con autorización de la autora.


I LA ATENCIÓN A LA VÍCTIMA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA

Lo primero que cabe destacar es el inusitado interés que se muestra hacia la víctima del delito. Esta preocupación queda patente desde el inicio del articulado de la Parte General. En efecto, en el capítulo I del título I (Principios Generales); en concreto, en el art. 3 se reconoce como principio general el restablecimiento del orden social, disponiéndose que "la reparación a la víctima debe, en lo humanamente posible, restablecer las condiciones y circunstancias anteriores al delito, y la sanción penal reafirmar, en quien deba cumplirla, el respeto al bien jurídico afectado".

Vemos, pues, que antepone —o cuando menos, iguala— la reparación a la víctima y la resocialización del delincuente. Atendidos los límites propuestos, no puedo detenerme en este aspecto, pero no quiero dejar de apuntar una idea. Y es que uno de los motivos que explican el olvido o el apartamiento de la víctima es la extendida idea de que los derechos de esta han de significar la cercenación de los derechos y garantías del victimario. Esta conclusión, sin embargo, no es obligada. Como en nuestro país ha puesto de manifiesto Alonso Rimo, es posible un entendimiento distinto. Un entendimiento, si se quiere integrador que, básicamente consiste en concebir los derechos de las víctimas de forma complementaria y no disyuntiva respecto de los derechos del delincuente. De lo que se trata es, por tanto, de contemplar los derechos de las víctimas desde la perspectiva garantista que rige la aplicación del Derecho penal.¹ Esta idea conciliadora es, precisamente, la que parece transmitir la ubicación en un único precepto de las dos perspectivas aludidas.

La preferencia o, insisto, cuanto menos equiparación, queda reflejada, de nuevo, en el capítulo II (Princi

¹ALONSO RIMO, A., Manual de victimología. VV.AA. (coord. BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J. M.,). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 309 y ss.



pios especiales). En esta ocasión, los principios mínimos para las víctimas –Sección Primera- vuelven a situarse por delante de los que se le reconocen al imputado; esto es, los principios de legalidad, de culpabilidad, de *ne bis in ídem* y de humanidad de las penas. Más concretamente, el art. 6 establece que “todo delito o falta tiene como consecuencia la reparación efectiva y digna de la víctima, conforme a las disposiciones de este Código, así como de los tratados y convenciones sobre derechos humanos relativos a esta materia”.

No puede dejar de señalarse que, cuanto menos, resulta curioso el sistema acogido en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Se opta y, desde luego, eso no es nada extraordinario, por distinguir entre agravantes y atenuantes. Lo que sí constituye una mayor novedad es el hecho de que las agravantes lo sean por condición de las víctimas, mientras que para rebajar la pena se atiende a la condición del agresor.

Respecto de las causas que pueden dar lugar a una exasperación punitiva, se hace referencia a la especial vulnerabilidad de la víctima, a la gravedad de los daños causados o a la mayor violencia ejercida. De este modo, el art. 28 considera víctimas vulnerables a la “niña, niño, adolescente, mujer, persona de la tercera edad, persona con preferencia sexual distinta o persona con discapacidad”. Por su parte, el art. 29, considera que merece una sanción más severa el hecho de que, atendiendo un dictamen pericial, se le haya producido a la víctima, por sus condiciones personales, un mayor daño mental, emocional o físico. Idéntico tratamiento deben merecer, a tenor de lo dispuesto en el art. 30, aquellos casos en los que se hayan ocasionado daños permanentes o irreparables. Según el citado precepto, “hay daños permanentes cuando la lesión subsista por el resto de vida de la víctima”, mientras que será irreparable “cuando ninguna acción posterior pueda restablecer el bien jurídico afectado”. Por último, en apli-


cación del art. 31, supondrá una agravación del castigo el ejercicio de “violencia física o psicológica innecesaria para la obtención del resultado; o cuando, la violencia ejercida sea de tal magnitud que afecta a la víctima, más de los resultados propios del delito”.

Como ha quedado dicho, las causas de aminoración de la respuesta penal vienen condicionadas por el agresor; sin embargo, en el art. 32 se hace una alusión a la víctima. En efecto, el precepto se refiere al riesgo incrementado; es decir, “cuando exista una acción u omisión imprudente o ilegítima de la víctima, para incrementar la posibilidad de creación o realización del riesgo no permitido”. Se acogen, en consecuencia, las tesis victimodogmáticas que otorgan relevancia penal a la contribución de la víctima a su propia victimización.

Por lo que al concepto de víctima se refiere, encontramos una definición en el art. 45, es decir, dentro del título dedicado a los intervinientes en el delito. Interesa destacar que resulta curiosa esta ubicación por cuanto parece reflejar los primeros postulados de la victimología que, desde la obra de Von Hentig titulada *El criminal y su víctima*, en la que se acoge la tesis de la víctima-precipitación, se habla de pareja criminal². Volviendo a la definición, según el precepto citado, es víctima la “persona individual o jurídica que ha sufrido daños físicos, mentales, emocionales, pérdida económica o menoscabo de derechos por la realización del delito. Además, y según las circunstancias del caso, la expresión víctima incluye:

1. parientes dentro de los grados de ley o convivientes de la víctima directa, en delitos contra la vida y en aquellos cuya ausencia de la víctima directa los posiciona en esta categoría;
2. asociaciones o consejos comunitarios o sectoriales, cuando se vean afectados”.

² VON HENTIG, H., *The Criminal and his Victim*. Yale University Press. New Haven, 1948.



Así pues, se adopta un concepto amplio de víctima, comprensivo no solo de la víctima indirecta, sino también de la víctima colectiva.

II. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA

Como no podía ser de otro modo, la preocupación por resarcir a la víctima queda plasmada de modo especial en la amplia regulación que se confiere a la reparación del daño. En efecto, el título IV, dedicado a las consecuencias del delito, comienza con un capítulo dedicado a los efectos respecto de la víctima. El primero de estos preceptos, el artículo 51, establece que la reparación, se contempla en el artículo 51. En dicha norma se afirma que la “reparación implica, en la medida de lo posible, con un enfoque holístico, el restablecimiento de las condiciones anteriores a la realización del delito, con el objeto de hacer desaparecer los efectos de la lesión al bien jurídico. Para decidir sobre la reparación deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

1. proyecto de vida de la víctima para los delitos que la afectan;
2. imagen, dignidad e integridad de la víctima;
3. prestigio y confianza del servicio, marca comercio, para los delitos que las afectan;
4. trabajo, estudio, familia y grupos sociales;
5. cambio de condiciones de vida;
6. no debe implicar empobrecimiento ni enriquecimiento de la víctima.

La reparación comprende su naturaleza material e inmaterial. La primera consiste en la restitución e indemniza-

ción; la segunda, en la rehabilitación de la víctima y los pronunciamientos simbólicos.”

La restitución consiste, según se afirma en el art. 52, en la devolución del mismo bien sustraído u otro de similares calidades y características, a la víctima, con abono de los deterioros y menoscabos que establezca el juez.

Por su parte, en el art. 53, se habla de indemnización en referencia a la compensación pecuniaria y equitativa por los efectos del delito, que produjeron daño emergente, lucro cesante o ambos.

Por rehabilitación debe entenderse la atención y asistencia médica, psicológica, social, educativa, laboral y familiar, para que la víctima se reincorpore a su vida cotidiana y reconstruya su proyecto de vida, tal y como dispone el art. 54.

El art. 55 se refiere a los pronunciamientos simbólicos entendiéndose por tales el reconocimiento social e institucional de la víctima, según el tipo de afectación, con el objeto de dignificarla.

Por último, el art. 56 establece la obligación de reparar a la víctima de conformidad a las disposiciones anteriores. Y, en caso de insolvencia comprobada en los delitos cometidos por empleados y funcionarios públicos o con graves violaciones a derechos humanos, así como en la impostergable, necesaria e inmediata reparación, el Estado será solidariamente responsable.

Como puede verse, se trata de conseguir una reparación integral a quien ha sido víctima de un delito. Pues bien, de esta regulación interesa destacar las referencias al proyecto de vida; no solo por la relativa novedad de este concepto, sino también por la importancia que se le confiere al mencionarse en tres sentidos distintos. De este modo,

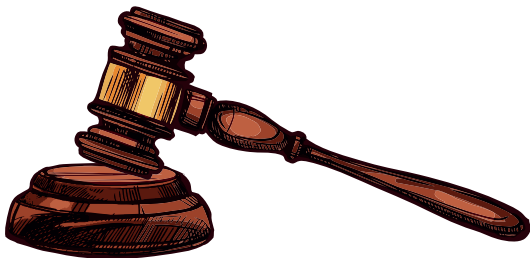


es el primer criterio que debe tomarse en consideración para señalar la reparación del daño. En segundo lugar, la rehabilitación de la víctima ha de ir dirigida, según dispone el ya citado art. 54, a la reconstrucción del proyecto de vida. Y, finalmente, dentro de las circunstancias modificativas, el art. 35 permite agravar la responsabilidad penal “cuando pueda probarse que por las condiciones personales de la víctima, el delito le ha producido un mayor daño mental, emocional o físico, que incida en su proyecto de vida”.

La importancia que se le confiere a tal proyecto obliga a hacer una referencia, necesariamente escueta en esta sede, a su significado, a su protección y a su eventual reparación; aspectos estos de los que paso a ocuparme.

III. EL PROYECTO DE VIDA DE LA VÍCTIMA COMO CRITERIO DE REPARACION DEL DAÑO

La protección del proyecto de vida surge ante la necesidad de intentar conseguir una reparación integral a la víctima del delito³. Constituye, por tanto, un paso más en el abandono del enfoque puramente patrimonialista de la reparación del daño y a progresiva situación del ser humano como centro de la protección jurídica. Fernández Sessarego, el principal impulsor de esta nueva categoría, define el proyecto de vida como la expresión objetiva de la libertad en que ontológicamente consiste el ser humano⁴. Es, para este autor, el destino que una persona a su propia vida como ejercicio de su libertad de decisión.



³Al respecto, puede verse FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’” en Foro Jurídico, año 1, no. 2, 2003; pp. 33 y ss. Disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecaautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF.

⁴FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., op. y loc. cit.

Vendría a coincidir con lo que en la doctrina y en la jurisprudencia argentina se denomina “frustración del desarrollo pleno de vida” y, asimismo, sería un concepto parcialmente coincidente al discutido “daño existencial” acuñado por la doctrina y la jurisprudencia italiana. En definitiva, podría identificarse con el derecho al libre desarrollo de la personalidad al que se refiere el art. 10 de la Constitución española o el desarrollo integral de la persona que junto a la vida, la libertad, la justicia, la seguridad y la paz deben ser garantizados por el Estado, en atención a lo dispuesto en el art. 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



⁵Al respecto puede verse, CENDON, P. y ZIVIC, P., *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilit  civile*. Ed. Giuffr . Milán, 2000; PNZANELLI, G., *Critica del danno esistenziale*. Ed. Cedam. Padua, 2003; ZIVIZ, P., *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*. Giuffr , Milán, 1999.



Pues bien, no cabe duda de que el proyecto de vida, así definido, puede ser dañado; es más, en opinión de Fernández Sessarego, se trata de la perturbación más grave que se puede causar a una persona por cuanto que impide la realización existencial libremente elegida⁶ y, por eso trasciende de una mera modificación psicológica pudiendo llegar, incluso, a comprometer el propio ser.⁷


La posibilidad de que pueda causarse un daño de tal entidad ha sido expresamente admitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera ocasión en la que se alude al Proyecto de vida es en el caso María Elena Loayza Tamayo vs. Perú. La víctima estuvo detenida ilegalmente durante cinco años, período en el que fue reiteradamente sometida a vejaciones y torturada. Se alude a dicho proyecto como “la realización integral de la persona afectada considerando su vocación, aptitudes, circunstancia, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (apartado 147) y se reconoce, además, que a la víctima se le impidió “la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico” (apartado 152). En consecuencia, como reconocen los magistrados Cancado Trindade y Abreu Burelli en el voto particular que formula, “el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino” (apartado 15). Sin embargo, pese a ese explícito reconocimiento, la Corte no entra a valorar la posible reparación del daño al proyecto de vida por cuanto que “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo” (apartado 153).

La primera vez que la Corte señala una indemnización por daño al proyecto de vida es con ocasión de la sentencia de 3 de diciembre de 2001, recaída en el caso Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú. En esta ocasión el sujeto había sido encarcelado acusado de terrorismo y, posteriormente, fue absuelto. Durante la privación de libertad fue torturado, sometido a tratos inhumanos y degradantes y se le causaron intensos dolores corporales y graves sufrimientos emocionales. La Corte estableció un conjunto de compensaciones que van más allá del mero resarcimiento económico. Así, se ordena que se publique la parte resolutive de la Sentencia que condena a Perú, que se le conceda al Sr. Cantoral una beca de estudios superiores, que se cubran los gastos de manutención mientras se cursan esos estudios y, finalmente, que el Estado peruano realice un acto de desagravio público reconociendo su responsabilidad y garantizado que este tipo de hechos no se vuelva a repetir.

Más recientemente, en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, sentencia de 12 de septiembre de 2005, el Tribunal reconoce el daño al proyecto de vida, pero considera que no es posible cuantificarlos en términos económicos. Los hechos, en este caso, consisten en que un coronel de la Policía detuvo a Gutiérrez Soler y fue sometido a tortura y tratos inhumanos y degradantes con el fin de que confesara su participación en un delito. La Corte, aunque admite que “ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado”; dispone que la sentencia condenatoria ya es una forma de reparación y, entre otras medidas, obliga a investigar los hechos denunciados, a publicar la sentencia y a implementar un programa de análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en los cursos de formación para los servidores públicos de la jurisdicción penal militar y de la fuerza pública.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “El ‘daño a la persona’ en el Código Civil de 1984”, en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Editorial Cultural Cuzco S. A., Lima, 1995, p. 202.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “¿Existe un daño al proyecto de vida?”, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>, p. 4.



A la vista de estos pronunciamientos y otros en los que se hace alusión al proyecto de vida,⁸ puede concluirse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce –aunque tampoco han faltado opiniones críticas– el daño al proyecto de vida vinculado a la idea de realización personal integral. Como afirma Galdámez Zelada, la Corte ha reconocido que se trata de una categoría autónoma, determinada por la responsabilidad del Estado y que se produce cuando una violación a los derechos humanos altera las posibilidades de desarrollo de una persona, no en cuanto a lo que dejó de percibir como consecuencia de la violación, sino respecto a lo que ella pudo llegar a ser.⁹ Ahora bien, el problema surge respecto de su posible reparación; ya que, como hemos visto, en ocasiones, omite pronunciarse sobre tal cuestión; en otras señala una compensación e, incluso, ha llegado a considerar que su indemnización debe hacerse integrada en el más amplio concepto de daño moral!¹

Por lo general, estos fallos han sido bien acogidos por parte de la doctrina ya que, a decir de algunos autores, vienen a consolidar el sistema de protección de los derechos humanos. En ese sentido, Rousset Siri afirma que esta protección no consiste en declarar la responsabilidad internacional de un Estado, sino en tratar de conseguir la plena reparación de quienes fueron víctimas!² Pero, tam-

bién ha habido quien ha puesto de manifiesto los inconvenientes de la adopción de un concepto tan indeterminado. En este sentido, León Hilario lo califica de “espejismo₃ jurídico” y lo califica de incierto, cambiante e invaluable.

Desde luego, no está en mi ánimo mediar en esta polémica. Ni tan siquiera voy a cuestionar la autonomía del daño al proyecto de vida respecto de la más clásica categoría del daño moral. Se entenderá que, como todas las instituciones novedosas, no puede sustraerse a cierta y, por otra parte, lógica controversia. Con esta alusión al proyecto de vida y su posible protección jurídica lo único que he pretendido es poner de manifiesto que el Anteproyecto de Código Penal guatemalteco de 2011 es el primer texto de estas características que se refiere expresamente a este interés. Mucho me temo que a esta inclusión no haya sido ajena la honda preocupación del Dr. Barrientos por las víctimas del delito. Ni que decir tiene que mal homenaje le haría si me atreviese a cuestionar el acierto y la conveniencia de la introducción de tal medida; creo, sin embargo, que sí se sentiría honrado si contribuye a fomentar un debate que, como consecuencia de la discusión jurídica, permita avanzar en el largo camino que aún queda por recorrer hasta llegar a la reparación integral de quienes han sido víctimas de un delito.

Nada más. Muchas gracias.

⁸ Baste citar a título de ejemplo, Myrna Mack Chang contra Guatemala de 25 de noviembre de 2003, Ticona Estrada contra Bolivia, de 27 de noviembre de 2008, o Gelman contra Uruguay, de 24 de febrero de 2010. Al respecto, puede verse, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “el daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Madrid, Civitas, 2003; M’CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

⁹ En efecto, el juez Oliver Jackman, en el voto particular emitido en el caso Gutiérrez Soler contra Colombia no comparte la creación de una nueva categoría de daño distinta al daño moral o inmaterial. Afirma que la consideración del daño al proyecto de vida es “artificial y una creación que no responde a una necesidad jurídica identificable” (párrafo 4).

¹⁰ GALDÁMEZ ZELADA, L., “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de derechos humanos (sic): interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, Revista Chilena de Derecho. Vol. 34, no. 3, 2007, p. 454.

¹¹ Así sucede en el caso Niños de la Calle contra Guatemala, sentencia de 26 de mayo de 2001.

¹² ROUSSET SIRI, A. J., “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Revista Internacional de Derechos Humanos, no. 1, 2011, p. 61. Disponible en <http://cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/al-nl-2011-art03.pdf>.

¹³ LEÓN HILARIO, L., “Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros automatismos de la magistratura peruana”; disponible en <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Leon.pdf>.

¹⁴ Varios son los criterios que, según FERNÁNDEZ SESSAREGO, sirven para diferenciar ambos conceptos. En primer lugar, el daño moral afecta a la psique y a los sentimientos, pero no a la parte existencial, ni a la libertad. En segundo lugar, el daño moral no tiene porqué tener una prolongación temporal tan extensa como el daño al proyecto de vida que puede comprometer (sic) el futuro de la persona porque la víctima ha perdido en gran medida, su propia identidad. Por último, el daño al proyecto de vida es objetivo porque se relaciona con la trayectoria existencial de la víctima, mientras que el daño moral es un daño subjetivo en cuanto precium doloris. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Deslinde conceptual...”, op. Cit., p. 72.

Es cierto que el daño al proyecto de vida se considera incluido en el daño a la persona al que se refiere el artículo 1984 del Código Civil peruano y también aludía a él en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998, pero nunca antes se había plasmado en un texto de naturaleza penal.



BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, A., Manual de victimología. V.V. A.A. (coord. BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. Y TAMARIT SUMALLA, J.M.), tirant lo Blanch. Valencia, 2006.

CENDON, P. y ZIVIC, P., Il danno esistenziale. Una nuova categoría della responsabilità civile, Giufré, Milán, 2000.
FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “El ‘daño a la persona’ en el Código Civil de 1984”, en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Editorial Cultural Cuzco S.A., Lima, 1995.

–“Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’” en Foro Jurídico, año 1, no. 2, 2003; disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF.

–“El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Madrid, Civitas, 2003.

–“¿Existe un daño al proyecto de vida?”, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>
GALDÁMEZ ZELADA, L., “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de derechos humanos (sic): interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, Revista Chilena de Derecho, vol. 34, no. 3, 2007.

LEÓN HILARIO, L., “Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros automatismos de la magistratura peruana”; disponible en <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Leon.pdf>.

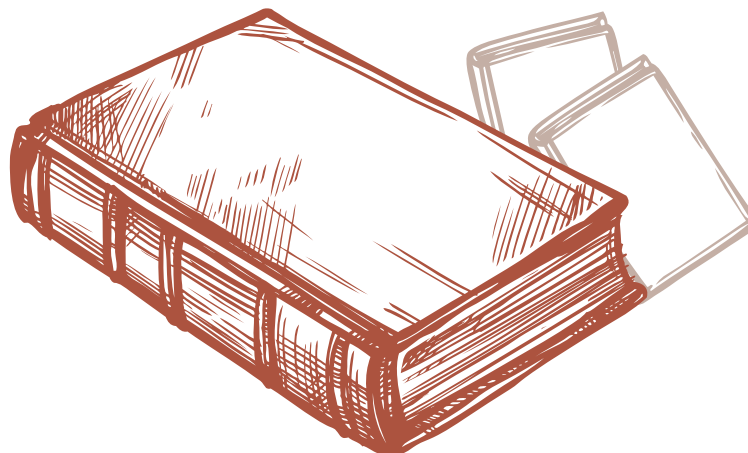
M’CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008.

PONZANELLI, G., Crítica del danno esistenziale, Cedam, Padua, 2003.

ROUSSET SIRI, A. J., “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Revista Internacional de Derechos Humanos, no. 1, 2011, p. 61. Disponible en <http://cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/al-nl-2011-art03.pdf>.

VON HENTING, H., The Criminal and his Victim, Yale University Press, New Haven, 1948.

ZIVIZ, P., La tutela resarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale, Giufré. Milán, 1999.





LOS PRINCIPIOS PENALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL Y SU CORRELATO EN LA INICIATIVA DE LEY 5494.

**Luis Alberto Fernández Ramírez.-
Juez de Sentencia
Coordinador de la Revista de la Comunidad
Jurídica de Occidente**

1. INTRODUCCIÓN

Todo principio de derecho ordinariamente ha sido entendido como un parámetro sobre el cual se edifica la función legislativa, el cual guía y orienta tanto su emisión como su eventual modificación. Además, dichos principios sirven como un punto de partida para el análisis e interpretación de la normativa que la legislación contiene tanto para los académicos como para los jueces al momento de aplicar dicha normativa a los casos concretos.

Es importante precisar que habitualmente los principios de derecho no se encuentran articulados dentro de la propia normativa¹, es decir, no se hallan legislados explícita-

¹ En opinión del autor es un gravísimo error que los mismos figuren explícitamente legislados tanto en el Proyecto de Código Penal presentado en el año 2,011 como en la Iniciativa 5494 presentada en el año 2,018. Esto en virtud que al estar descritos dentro de la propia legislación se limita el contenido y significado de los mismos a lo expresamente regulado en la normativa con lo que mucha de su esencia se pierde, además que se tergiversa la propia interpretación de los mismos. Como ocurre por ejemplo con la parte dogmática de la Constitución donde al establecer un listado de derechos (Bill of rights) se llega a considerar que son estos los únicos que las personas ostentan e incluso a suponer que cualquier derecho tiene únicamente el alcance que la normativa le establece.

A ello se le suma el hecho que dichos principios cuando no están contenidos en la normativa no dependen en lo absoluto de la voluntad del legislador, este no puede agregarlos, modificarlos o suprimirlos a conveniencia, contrario a lo que sucede en los casos objeto de análisis donde es el propio legislador el que establece cuáles son los principios que deben tenerse en cuenta en el ámbito penal –excluyendo los no contenidos expresamente–, cuál es su contenido e incluso cómo han de entenderse. De ahí, que su inclusión normativa se considere un estratagema que busca invertir la situación, ya no son los principios lo que guían y orientan la función legislativa sino que ahora es la legislación la que establece el contenido y significado de dichos principios; un cambio que seguramente ha de provocar lamentables consecuencias dentro del sistema penal tanto para la víctima como para el imputado.

Probablemente la única razón que pueda encontrarse para regularlos expresamente (sin que la misma justifique dicha inclusión) sea la predisposición que tienen las personas actualmente respecto al deseo de que todo esté escrito en una norma jurídica y que si no está regulado simplemente no existe (predisposición provocada por el positivismo jurídico). Lo cual constituye una visión bastante miope de los “juristas” que reducen el derecho a la norma del legislador y son incapaces de ver más allá.

mente, por lo que es necesario realizar una tarea de búsqueda y análisis por parte de quien desea descubrirlos a efecto de cotejar la norma legislativa a la luz de dichos principios, los cuales son independientes a toda construcción normativa deliberada.

Sin embargo, para el caso que nos ocupa los principios penales si se hallan explícitamente normados tanto en el Proyecto de Código Penal como en la Iniciativa de Ley 5494, de ahí, que el cometido de los apartados subsiguientes se centre en el análisis comparativo de los mismos y en lo que se pretende dentro del sistema penal con su regulación expresa en cada caso.

2. ANÁLISIS DEL PUNTO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL.

El anteproyecto del Código Penal elaborado por Erick Juárez (en adelante el Proyecto de Código Penal) dedica el Título I a la regulación de los principios básicos aplicables en el ámbito penal. En este apartado se comenta brevemente el contenido de dichos artículos y la opinión crítica del autor sobre los mismos, a excepción de los principios sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo, en el espacio y en las personas, por ser parámetros meramente procesales.

El artículo 1 regula el principio de legalidad como eje rector en materia penal, estableciendo que no podrá sancionarse ninguna conducta, ni imponerse ninguna pena que no esté prevista como delito o falta por una ley anterior. Tampoco podrá ejecutarse ninguna pena sino en virtud de sentencia firme. Lo cual fija la dependencia de las conductas a la tipicidad normativa, es decir, que solo será delito aquello que el legislador diga que es delito, sin importar la lesión de derechos que se provoque –lesividad– en ciertos casos; esto a su vez genera la necesidad de que exista todo un catálogo de tipos penales establecidos tanto en la parte especial del Código Penal y en las leyes penales especiales, ya que son estos los que deben regular de modo expreso, estricto y taxativo todas las conductas delictivas.



El artículo 2 regula el principio de responsabilidad estableciendo que no hay pena sin dolo o imprudencia con lo que se establece que no basta que se produzca un resultado lesivo, para ser penalmente relevante es requisito necesario el conocimiento y voluntad de su realización, o bien la falta del deber de cuidado de quien lo provoca.

El artículo 3 regula el principio de mínima intervención donde establece la última ratio del Derecho Penal y la preferencia previa de otros ámbitos jurídicos para la solución del conflicto. Además, se fija como requisito para penalizar las causas que se trate de bienes jurídicos “relevantes”, siendo censurable la imprecisión o vaguedad de lo que es relevante. ¿Cuáles son los bienes jurídicos relevantes? ¿Para quién? ¿Con qué criterios se fijan? La falta de precisión de estos puntos seguramente provocará decisiones antojadizas y arbitrarias por parte de cada operador de justicia y académico, aun y cuando fuesen tomadas “con las mejores intenciones”.²

El artículo 4 regula el principio de prevención general más no visto desde una función de la pena como ordinariamente ha sido entendido, sino como una función propiamente legislativa, donde la sola emisión normativa advierte a las personas a no cometer ilícitos penales, es decir, a guiar o regular la conducta de los ciudadanos hacia lo que la autoridad considera correcto o deseable. Cabe precisar que para que dicha función pueda cumplirse los ciudadanos deben estar enterados del contenido normativo, algo que en la realidad no sucede y no puede darse como algo “dado” por cuanto la evidencia empírica lo contradice, como ocurre por ejemplo con la absurda ficción legal que supone que todo mundo conoce la legislación y que por ende no puede alegarse su ignorancia .

El artículo 5 regula el principio de prevención especial el cual señala que la función de la pena es la reincorporación del condenado a la sociedad y la reafirmación


del respeto al bien jurídico afectado visto particularmente y no desde una perspectiva global, es decir, el deber de respeto a los derechos legítimos de las personas, no solo a alguno en particular. Aun y cuando desde hace algún tiempo se ha abandonado por muchos el carácter retributivo de las penas y se ha propugnado por su función resocializadora y reeducadora, esto es, “humanizadora”, tal cometido nunca se ha logrado. El gran fracaso del sistema penitenciario y la supuesta función que debería realizar es la mayor evidencia de ello, sin embargo, la propuesta insiste en ello. En opinión del autor debería abandonarse la idea de <querer hacer buenas a las personas> y aspirar a una condición quizá mucho más modesta pero alcanzable consistente en <evitar que las personas le hagan daño a los demás>, esto es, que no cometan delitos.

El artículo 6 regula el principio de restauración que establece la aspiración por restaurar el derecho afectado de la víctima en lo humanamente posible. Tal situación es bastante plausible por cuanto modifica por completo la visión actual del sistema penal que pasa de ser un derecho eminentemente sancionador para convertirse además, en un derecho restaurador³. Esto implica la posibilidad de arribar a acuerdos plenamente libres y voluntarios entre la víctima directa o indirecta y el victimario para lograr tal restauración, sin importar el tipo penal que se trate y sin intervención del aparato de justicia o fiscal en el arreglo alcanzado entre los directamente involucrados, algo que actualmente la norma procesal penal no permite, de ahí, que se vea con escepticismo que este aspecto sea realmente llevado a la práctica.

El artículo 7 regula lo relativo a la función protectora, señalando que la ley penal solo debe proteger bienes jurídicos “relevantes” y que la naturaleza de estos puede ser individual, colectiva o difusa. Nuevamente es criticable la imprecisión del término <bienes jurídicos relevantes> como se hizo al analizar el artículo 3. Además a con

² Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial.

³ Sobre este punto se sugiere la lectura de la obra titulada: “Las contradicciones del derecho penal.” del autor: Ricardo Manuel Rojas.



sideración del autor la naturaleza de los bienes jurídicos solo puede ser individual, solo se le puede hacer daño a las personas, bien individualmente considerados o conformado un grupo de personas (sin que por esto cada uno deje de ser persona individual), más no a entes inexistentes como las “colectividades” que suponen la propensión antropomórfica de existencia y actuación de estos entes con absoluta independencia de los miembros que lo conforman. Estos parámetros son relevantes para establecer lo que se puede reclamar, quienes pueden reclamar <en nombre de determinada sociedad o de la humanidad misma (piénsese en delitos ambientales)> y por qué razones pueden hacerlo.

El artículo 8 regula lo relativo a la afectación el cual señala que la existencia de un delito depende de la afectación de un bien jurídico contra el titular del mismo. Cabe hacer notar en este punto que existe una posible contradicción entre este principio y el descrito en el artículo 1 –legalidad-. ¿Será delito toda conducta que esté previamente regulada en la norma de ese modo; o todo lo que cause afectación al titular de un bien jurídico? Si quisiera superarse dicha contradicción podría argumentarse que se tratan de parámetros dependientes y que ambos deben concurrir para configurar el delito; sin embargo, ello no está regulado expresamente de ese modo, por lo que cualquiera podría interpretarlo de forma distinta. Y pareciera ser altamente probable que los operadores jurídicos tomen en cuenta solo lo descrito para el principio de legalidad, bastando la tipicidad para ser considera delito, con lo que quedaría anulado el contenido de este principio de afectación.

El artículo 9 regula lo relativo a la reparación como derecho de la víctima a consecuencia de haber sufrido un delito. Sobre este punto son aplicables los comentarios vertidos al analizar el artículo 6. A lo que cabe añadir simplemente lo interesante que ha resultado el procedimiento

especial de aceptación de cargos para lograr una efectiva reparación en favor de la víctima.

El artículo 10 regula un complemento al principio de legalidad descrito en el artículo 1, ya que exige que todos los tipos penales sean claros, precisos y libres de valoraciones subjetivas. De ahí, que resulten aplicables los comentarios vertidos al analizar el artículo 1.

El artículo 11 regula lo relativo a la pena única bajo dos aspectos. 1) El *ne bis in idem* que garantiza una única persecución y sanción penal. 2) Un aspecto novedoso, es que solo puede imponerse una pena principal al infractor, lo que anularía la recurrente aplicación de penas de prisión y multa para varios de los tipos penales que actualmente existen.

El artículo 12 establece que las penas -descritas, aplicadas y ejecutadas- deben respetar la dignidad de las personas. Prohíbe las penas crueles, degradantes o inhumanas, sin embargo, no describe que debe entenderse por esto. ¿Qué es una pena cruel? ¿Qué es una pena degradante? ¿Qué es una pena inhumana? ¿A criterio de quién? ¿Cuáles son los parámetros para clasificarlas? Como puede apreciarse, nuevamente la imprecisión abre la puerta a la discrecionalidad, esto es, a la arbitrariedad. A esto se le añade que al aceptar la responsabilidad de las personas jurídicas puede caerse en el absurdo de suponer que estas (como personas distintas de sus miembros) tienen dignidad y tampoco podrían aplicárseles penas crueles, degradantes o inhumanas, lo que resulta un sinsentido total pero que no es imposible que ocurra en la práctica.





3. ANÁLISIS DEL PUNTO EN LA INICIATIVA DE LEY 5494

La iniciativa de ley registrada con el número 5494 que fuera presentada en el año 2,018 al Congreso de la República (en adelante la Iniciativa de Código Penal) contiene otro proyecto de Código Penal, el cual también dedica el Título I a la regulación de los principios fundamentales del ámbito penal. En este apartado se comentan brevemente el contenido de dichos artículos y la opinión crítica del autor sobre los mismos, remitiendo a los análisis realizados en el apartado anterior para los casos análogos entre ambas propuestas.

El artículo 1 establece los postulados fundamentales que orientan e informan la aplicación de las normas del Código Penal⁴. Concibe al derecho penal como un protector de bienes jurídicos y valores fundamentales de la sociedad que pretende restablecer la paz social afectada. Esta consideración supone que los delitos afectan al ente que denomina “sociedad” dejando en un segundo plano a la persona individualmente considerada. Limita al derecho penal como un derecho de acto no de autor. Estatuye al derecho penal como un derecho reparador desde la óptica de la víctima y resocializador desde la óptica del sindicado; puntos ya fueron analizados previamente en los comentarios realizados de los artículos 5, 6 y 9 del Proyecto.

El artículo 2 establece la supremacía de la Constitución así como de los Tratados y Convenciones internacionales de derechos humanos sobre la legislación ordinaria. De ahí, que toda normativa deba interpretarse de conformidad con dicha regulación, aun por sobre los propios principios que la normativa contiene; extremo redundante e innecesario por cuanto tal parámetro ya se encuentra regulado en el texto constitucional.


⁴Recordar la crítica hecha en la nota al pie #1. Aquí se evidencia palmariamente lo allí descrito.

El artículo 3 limita el ejercicio del poder punitivo⁵ del Estado –Gobierno- dentro del respeto de los derechos fundamentales de los imputados y protección de los derechos de las víctimas. Esto denota la concepción que se tiene del carácter público del derecho penal en contraposición a quienes comprendemos el derecho penal como parte del derecho privado. Además, es criticable la imprecisión en que se incurre al hacer alusión a los derechos “fundamentales” de los imputados. ¿Cuáles son? ¿Quién los fija? ¿Por qué esos y no otros? Lo que da cuenta que como anteriormente se ha advertido, este tipo de imprecisiones genera criterios discrecionales y antojadizos.

El artículo 4 se titula “necesidad”, señala que solo se tipifican las conductas que resultan indispensables para la protección de bienes jurídicos, así como para proteger los valores más significativos de la <sociedad>. Lo cual implica que todos los delitos contenidos en la parte especial quedarían sujetos a este principio y únicamente se tipificarían los necesarios para dicho cometido lo que propugnaría por una reducción de la actividad punitiva del gobierno, situación que queda totalmente contradicha al analizar los delitos que se establecen en la parte especial de la Iniciativa. Adicional a ello resulta criticable el concepto de los valores más significativos para la sociedad, por cuanto genera una falsa visión antropomórfica de un ente al que se le quiere atribuir pensamiento y voluntad propia. Cabría cuestionarse ¿Cuáles son los valores más significativos para la “sociedad”? ¿Por qué? ¿A criterio de quién? ¿Puede realmente la “sociedad” elegir o preferir unos valores sobre otros?

El artículo 5 refiere que los bienes jurídicos tutelados en la Iniciativa son los valores fundamentales que el gobierno debe proteger. Esto implica que es la autoridad política la que con base en sus propias preferencias -no

⁴A través del ius puniendi principalmente.



necesariamente las de las personas- fijan lo que debe ser valioso dentro de un conglomerado social y por ende protegido.

El artículo 6 regula el principio de legalidad prácticamente en el mismo sentido en que lo hacen los artículos 1 y 10 del Proyecto, por lo que son aplicables los argumentos hechos en aquella ocasión.

El artículo 7 regula la prohibición de la analogía tanto para la creación de figuras delictivas, como para la determinación e imposición de las sanciones. Importante resulta hacer notar que la última parte de dicho artículo se refiere a las leyes penales especiales, aun y cuando uno de los objetivos de la reforma propuesta era unificar en un solo cuerpo normativo todo el listado de tipos penales. El artículo 8 es un complemento al principio de legalidad descrito en el artículo 6, por cuanto exige que las conductas calificadas como delitos deben estar determinadas de forma precisa y circunstanciada, prácticamente en la misma forma en que lo refiere el artículo 10 del Proyecto por lo que los argumentos descritos en el apartado anterior también devienen aplicables.

El artículo 9 añade un requisito para considerar una conducta delictiva, esto es, que se lesione o se ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado. Con lo que se eliminarían todos los delitos considerados de peligro abstracto, por cuanto no cumplen con el parámetro de lesividad aquí enunciado. Es un símil del contenido del artículo 8 del Proyecto por lo que las objeciones allí señaladas resultan también oponibles a este artículo.

El artículo 10 establece la culpabilidad como habilitante para la punibilidad, esto es, que no basta que se produzca un resultado lesivo, dicho resultado debe ser causado por una conducta dolosa o imprudente. Nuevamente el contenido de este artículo es un símil de lo regulado en

el artículo 2 del Proyecto, por lo que son aplicables los argumentos hechos sobre ese punto.

4. ANÁLISIS COMPARATIVO

- Ambas propuestas son semejantes en cuanto a los principios que fijan para inspirar la aplicación del Código Penal que cada una propone. No hay una diferencia significativa entre las mismas, sino que más bien pareciera que la más reciente es una adaptación de la realizada previamente.

- Ambas propuestas plantean como necesario y adecuado el incorporar explícitamente al Código que proponen los principios fundamentales que deben orientar el sistema penal tanto en la esfera sustantiva, procesal y penitenciaria o ejecutiva.

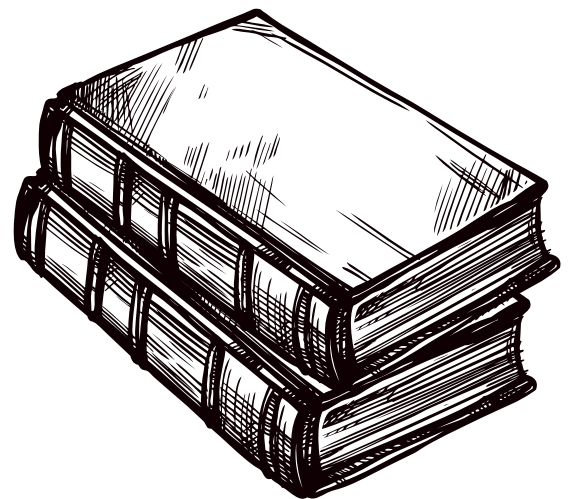
- Tanto el Proyecto como la Iniciativa utilizan términos ambiguos que dan lugar a diversos tipos de interpretaciones, con lo que se deja al criterio de cada funcionario judicial su alcance e interpretación, lo cual resulta sumamente riesgoso y por ende poco aconsejable. Si lo que se deseaba era establecer expresamente los parámetros orientadores para todo el sistema penal, tal situación debería haberse hecho con la mayor precisión posible.

- Ambas propuestas fincan el derecho penal sustantivo en el principio de legalidad, lo que implica que es la norma del legislador el único parámetro válido para establecer lo que debe ser entendido como delito y no necesariamente en la lesión a los derechos -bienes jurídicos- de las personas, que a consideración del autor sería más legítimo y aconsejable. Una modificación en la concepción del Derecho Penal de esta naturaleza si cambiaría por completo la forma de entender el mismo, a tal punto que no haría falta ningún catálogo de delitos ni de penas previamente fijadas.



• Ambas propuestas plantean como propósito limitar el expansionismo del Derecho Penal y fijar únicamente aquellos tipos penales que se consideren inescindibles. Sin embargo, como la Iniciativa si contiene una parte especial de Código Penal, en la misma puede corroborarse que la intención descrita inicialmente por reducir el listado de delitos se difumina por completo.

• Ambas propuestas plantean como objetivo restaurar y reparar el derecho afectado de la víctima a consecuencia del delito sufrido lo cual resulta un cambio muy significativo, modificar la visión del Derecho Penal de un derecho sancionador a uno restaurador si devendría un cambio muy importante. Sin embargo, a consideración del autor esto es solo una aspiración de buenas intenciones por cuanto las normas procesales que no sufren modificación alguna impiden en buena medida acuerdos directos entre la víctima y el imputado y por ende se obstaculiza la posibilidad de restauración y reparación en favor de la víctima que en teoría se pretende. Una muestra clara de ello es que las decisiones sobre reparación digna que son fijadas judicialmente en las sentencias rara vez se hacen efectivas en la realidad y se quedan simplemente “en el papel”, esto es, una víctima sin ser reparada por cuanto la misma legislación estorba su posibilidad de realización.





LA PERSPECTIVA BIDIMENSIONAL DEL DERECHO PENALEN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL Y SU REPRODUCCIÓN EN LA INICIATIVA DE LEY 5494

Bayron López Hernández.
Abogado litigante.
Coordinador de la Revista de la
Comunidad Jurídica de Occidente.

I. INTRODUCCIÓN.

El artículo tiene por objeto analizar la perspectiva bidimensional del Derecho Penal, es decir, la fundamentación y desarrollo de la Justicia Penal, tomando como punto de partida y llegada a la víctima e imputado, excluyendo cualquier sujeto que reclame intervención, y en el peor de los casos la sustitución de uno de ellos, principalmente el caso de la víctima. Este análisis se realizará en el Proyecto de Código Penal (parte general) elaborado por el jurista Erick Juárez Elías, como parte del Programa de Política Judicial Penal del 2011 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal (en adelante llamado simplemente “el proyecto”) en contraposición de la iniciativa de ley 5494 que contiene proyecto de Código Penal, parte general y especial (en adelante llamado simplemente “la iniciativa de ley”); se hace la aclaración que el proyecto de Cámara Penal no fue presentado como iniciativa de ley al Congreso de la República de Guatemala.

II. LA PERSPECTIVA BIDIMENSIONAL EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL.

Toda reforma o transformación de la Justicia Penal debe partir de la realidad del poder punitivo, cómo funciona, para qué se utiliza y por quienes, conocer su historia, si efectivamente ha alcanzado los objetivos plasmados en normas jurídicas o por los teóricos de esa materia. Cuando nos acercamos a esa realidad (no desde el punto de vista legal, al no ser una forma confiable de entenderla) y nos auxiliamos de otras ciencias distintas a la penal, fácilmente se determina que el poder punitivo nunca dejó de expandirse, justificado por emergencias (alcoholismo,

comunismo, drogas, corrupción, lavado de dinero, medio ambiente, etc.) que se supone pretende evitar; sin embargo, los datos demuestran que el poder punitivo nunca resolvió esas emergencias. Por otro lado, los privados de libertad (en situación de prisión preventiva o por condena) generalmente son los menos favorecidos, y como lo señala el Doctor Raúl Zaffaroni, esto evidencia que el poder punitivo es selectivo y jerarquizante, siendo una característica estructural del mismo.

Por ello, la legislación penal no debe cerrar los ojos ante esa realidad, debiendo ser cauta al habilitar o legitimar el poder punitivo; partiendo de la realidad, debe procurar contener ese poder irracional e injustificado, siendo consciente de sus limitaciones; un buen inicio para ello es partir del Derecho Penal Liberal clásico, últimamente olvidado y sustituido por el Derecho Penal de la emergencia o por el populismo penal.

El rescate de ese Derecho Penal Liberal se evidencia en el proyecto; el primer considerando reconoce a víctima e imputado como sujetos de derechos y actores del “conflicto penalizado”, excluyendo a quien no tenga esa calidad; paralelo a ello, se reconoce el deber del Estado de proteger derechos y libertades fundamentales y sancionar a quienes incurran en delitos y faltas. Nótese que se trae a la víctima, por siglos excluida o limitada su participación, al escenario de la Justicia Penal como actor primario y fundamental, reconociendo que el Poder Punitivo no puede cumplir sus fines si la excluye o no resuelve el conflicto penalizado, antes de ser represivo es reparador. Respecto a lo que debe entenderse por víctima, el artículo 53 establece quien tiene esa calidad, debiendo además ser “titular” del bien jurídico protegido; nótese la adopción de una definición restringida de víctima, por ello, no cualquiera puede tener esa calidad, criterio correcto, ya que no hay una definición amplia como sucede actualmente con el artículo 117 del Código Procesal Penal.




Ese reconocimiento del papel de la víctima en el conflicto penalizado, debería llevar a un segundo debate doctrinario-legal, tal como ha señalado el Doctor Alberto M. Binder: ya no discutir más sobre el papel de la víctima en la justicia penal (porque es principal y fundamental), sino únicamente cuándo “podría”, de manera excepcional y subsidiaria, ser desplazada por el Ministerio Público, establecido los criterios y supuestos, refirmando la perspectiva bidimensional, criticando el concepto actual de acción penal.

Una lectura ligera del “proyecto” podría llevar a concluir que traer a la víctima no es algo nuevo, por el contrario, ha existido en la mayoría de códigos penales el reconocimiento de la víctima como sujeto cuyos derechos merecen reparación; sin embargo, la virtud del proyecto es que la “perspectiva bidimensional” no es una mera aspiración o principio del Código, por el contrario, el articulado gira en torno a la víctima e imputado. Los principios generales, artículo 1 y 2 están relacionados al imputado, mientras el artículo tercero reconoce la necesidad de “so-

lucionar el conflicto penalizado”, lo cual obviamente se refiere a la víctima de un delito; lo mismo ocurre con los principios relacionados a los fines (la prevención general y especial están directamente relacionados con el imputado, mientras la restauración con la víctima), principios mínimos para las víctimas e imputados, agravantes por la condición de la víctima y atenuantes por la condición del autor del delito, consecuencias del delito (respecto a la víctima y partícipe del delito). Nótese que el carácter bidimensional no es un mero postulado, por el contrario se encuentra debidamente desarrollado, es decir, a la par de un principio se regula el derecho o norma para materializarlo.

En ese orden de ideas, el objeto primario y último es: el abordaje más justo del conflicto penalizado; el “poder punitivo” únicamente intervendrá como último recurso (artículo 3) y sólo cuando otros ámbitos jurídicos no hayan sido “eficaces” (ante la ineficacia de TODOS los otros ámbitos jurídicos, sería preferible y mejor señalar que mientras existe un sub-sistema que solucione el conflicto, debe acudirse a ese), reconociendo que la justicia penal “debe utilizarse poco y bien” (palabras del Doctor Alberto



M. Binder), y únicamente cuando se trate de bienes jurídicos “relevantes” y cuando haya “afectación”; nótese que el proyecto reconoce que no se crean normas para proteger normas jurídicas, evitando caer en el legalismo y fetichismo jurídico, propio de las legislaciones actuales; por el contrario, la justicia penal puede y debe intervenir en conflictos donde los derechos y bienes sean “relevantes” y exista menoscabo en los mismos. Lo anterior conlleva limitar el catálogo de los delitos contenidos en la parte especial del Código Penal y leyes penales especiales, tales como los referidos a la seguridad de tránsito, delitos contra el honor, contra la libertad de culto y sentido religioso, delitos contra el orden jurídico familiar y estado civil, juegos ilícitos y muchos más, que fácilmente pueden ser solucionados por otros sistemas jurídicos.

El reconocimiento de víctima e imputado como actores únicos del conflicto penalizado, conlleva reconocer y regular que las circunstancias agravantes y atenuantes están única y exclusivamente relacionados con ellos; si el conflicto es entre esas dos personas, cuestionable resulta incluir otras circunstancias que modifican la responsabilidad penal. Además, son el parámetro para fijar las consecuencias del delito.

Por otro lado, las consecuencias del delito con relación a la víctima es la reparación, señalando que la misma conlleva el “restablecimiento de las condiciones anteriores a la realización del delito con el objeto de hacer desaparecer los efectos de la lesión al bien jurídico” –artículo 59– señalando los criterios a tomarse en cuenta. Dentro de la reparación se regula la restitución, indemnización, rehabilitación y pronunciamientos simbólicos, aspectos positivos para solucionar el conflicto penalizado, que debe constituir el objeto principal de la justicia penal. Un aspecto a resaltar y que se considera positivo es la regulación relativos a la reparación que son netamente de carácter sustantivo, es decir, los derivados de la declaración previa

de la comisión de un delito o falta y como consecuencia el surgido del deber de reparar, excluyendo todo lo relativo a los derechos de la víctima antes, durante y posterior al proceso, y la responsabilidad que pudiese tener el Estado o sus dependencias con relación a la atención hacia la víctima; aspectos importantes pero por coherencia no deben estar incluidos en la parte general.

Respecto a las consecuencias del delito para el imputado, el artículo 65 define la pena como la “consecuencia jurídica principal de los delitos y faltas” para los autores y cómplices, señalando también que la pena tiene por objeto la “reinserción social”, lo cual está acorde con los principios relacionados a los fines, prevención general y prevención especial –artículo 4 y 5–; las sanciones señaladas, distintas a las privativas de libertad, están encaminadas en gran medida a la “reinserción social”; sin embargo, ese fin, es aplicable a la prisión, respecto al cual debe hacerse los siguientes comentarios:

1. La justificación del poder punitivo, incluyendo la pena de prisión, debe partir de la realidad; basta una breve mirada a las cárceles para advertir fácilmente que ésta no resocializa. Si el fin de la justicia penal es la solución del conflicto penalizado, es cuestionable la prisión; como señala el Doctor Raúl Zaffaroni, “el hecho que no se pueda justificar, no significa que se pueda quitar”, consecuentemente debería contenerse ese poder irracional del Estado y concluir que cincuenta años de prisión es una pena “cruel, degradante e inhumana”, contraria a la dignidad humana, como se regula en el artículo 12.

2. La prevención general entendida como la “advertencia a los ciudadanos a no cometerlos y a reafirmar los valores jurídicos en la sociedad”, no tiene correspondencia con la realidad; no importa lo mucho que se aumenten las penas o se criminalicen las conductas (así sea las más importantes para una sociedad), ello no disminuye los ni



veles de delincuencia; además, es de resaltar que todos los sub-sistemas jurídicos, cuando son eficaces, pueden impactar positivamente en las personas a no cometer hechos ilegales y que ante la inobservancia de la ley, la justicia reestablecerá la situación anterior a la contravención, consecuentemente la pretendida “prevención general” en términos amplios no sería un fin únicamente de la justicia penal, sino de todo el sistema de justicia.

3. La prevención especial también es cuestionable, y no es este el espacio para debatir al respecto, únicamente cabe resaltar que la “readaptación” (Hacer que una persona se adapte de nuevo a algo), presupone que el aparato gubernamental es moralmente superior, puede y “sabe” corregir, educar o “readaptar”; la realidad nos muestra lo contrario, el aparato gubernamental es corrupto y no disuade.

4. La realidad histórica del poder coercitivo evidencia que debemos ser cautelosos y escépticos, pues como instrumento de poder, ha sido un instrumento represor y la sociedad guatemalteca no es la excepción.

III. LA PERSPECTIVA BIDIMENSIONAL EN LA INICIATIVA DE LEY 5494.

La iniciativa de ley 5494 contiene proyecto de un nuevo Código Penal, parte general como especial; en su exposición de motivos, página 5, señala que las fuentes fueron los Códigos Penales de Alemania, Ciudad de México, Ecuador, España, Italia, Nicaragua, Panamá y el proyecto de Código Penal de República Dominicana, sin hacer alusión al proyecto de Código Penal de Corte Suprema de Justicia; sin embargo, existen similitudes (artículos 51 y 59) e incluso la redacción de varios artículos es la misma (52, 60 y 62), aunque también existen grandes diferencias; por ello, puede concluirse que el proyecto fue considerado e impactó (incluyendo obviamente la perspectiva bidimensional del Derecho Penal) en la redacción de la iniciativa.

Al igual que el proyecto de Código, la iniciativa en el considerando segundo afirma que el conflicto penalizado, siempre será entre víctima e imputado; sin embargo, la definición contenida en el artículo 51 es amplia, (si bien es cierto, en similares términos del proyecto), porque esa calidad no deriva directamente de la comisión del delito ni de la titularidad del bien jurídico afectado. La iniciativa considera como víctima, por ejemplo: “las personas que hayan sufrido daños por defender o asistir a la víctima o por evitar daños ulteriores”, “el Estado, cuando el agraviado fuere la sociedad”, regulación incorrecta, porque víctima debe ser el titular del bien jurídico tutelado, reconociendo que la conflictividad es entre dos sujetos únicamente, con las excepciones a la regla, como se señala en el numeral 1 artículo 53 del proyecto.

Partiendo del concepto restringido de víctima y que la parte general debe regular la reparación derivada del delito, esto conlleva a excluir cualquier regulación referente a los derechos de la víctima en el proceso, la responsabilidad del Estado para su atención integral, aspectos importantes y necesarios, pero que deberían estar regulados en otros cuerpos normativos, para mantener coherencia en la regulación normativa. Esa incoherencia se refleja en la iniciativa de ley, al regular aspectos procesales relacionados a la víctima como se regula en los artículos 53 y 54, e incluso aspectos relacionados a la ejecución de la sentencia contenidos en el artículo 65; por ello, debe diferenciarse entre: reparación digna, derechos de la víctima durante el proceso, incluyendo formas de hacer efectiva la sentencia y obligación del aparato gubernamental con relación a la víctima.

La iniciativa de ley, respecto a la víctima tiene claridad que debe recibir una reparación integral, pues el objeto de todo sub-sistema jurídico debe ser la solución justa del conflicto, indistintamente sea penal, civil, laboral, tributario, etc.; por ello, se señala como postulado fundamental

que el Derecho Penal sea “reparador”; coherente con ese postulado bidimensional, se establece varios principios de la reparación digna (progresividad, pro-persona e integralidad) y su contenido (restauración o restitución del derecho, reincorporación, indemnización, pago de costas y gastos procesales, dignificación, medidas de no repetición y publicación de la sentencia). Tanto el proyecto como la iniciativa, regulan de forma amplia y general lo relativo a la reparación digna, por un lado es cuestionable porque no existiría certeza respecto al contenido y alcance de la misma, pero por otro lado es justificable, toda vez que solo pueden señalarse parámetros para reparar, considerando que los daños son diversos y múltiples, consecuentemente, si se pretende proteger integralmente, la regulación casuística debe rechazarse, debiendo ser la resolución debidamente fundamentada la mejor garantía. Respecto al imputado, un primer aspecto a señalar es la regulación de aspectos netamente penitenciarios (artículo 69, 70 y 71), que no deberían estar contenidos en la parte general. Las clases de sanciones se encuentran reguladas en el artículo 67, siendo: privativas de libertad –prisión y arresto–, restrictivas de derechos, multa, servicios comunitarios, expulsión de extranjeros del territorio nacional y cancelación de patente de comercio de empresa. Las penas no privativas de libertad, en buena medida buscan solucionar el conflicto penal, lo cual es justificable, no tiene caso reprimir sino solucionar de forma justa. Lo anterior nuevamente trae a colación la pretendida justificación de la pena de prisión y su fin “resocializador”; por ello, debe reforzarse las sanciones distintas a la prisión, y dejar atrás un sistema penal represivo e injustificado.



IV. ANÁLISIS COMPARATIVO.

1. El proyecto influyó en la iniciativa de ley, existiendo artículos cuya redacción es similar e incluso otros es la misma.
2. Tanto la iniciativa de ley como el proyecto parten de una perspectiva bidimensional, donde víctima e imputado son los actores principales y fundamentales del sistema penal; el proyecto es coherente con ese carácter, mientras la iniciativa la desborda.
3. La iniciativa de ley y el proyecto no establecen criterios que de manera excepcional la víctima puede ser desplazada como actor principal en la Justicia Penal.
4. Tanto la iniciativa de ley como el proyecto parten de la idea que la Justicia Penal interviene de forma limitada ante la violación de bienes jurídicos; sin embargo, ninguno define claramente que debe entenderse como tal o los parámetros legales para penalizar un conflicto determinado. Los parámetros quizá deberían estar claramente regulados constitucionalmente para limitar y no habilitar poder punitivo indiscriminadamente, evitando una regulación indiscriminada de delitos como los contenidos en la iniciativa de ley.
5. La iniciativa y proyecto al tener como eje transversal el papel de la víctima, desarrollan las formas de repararla, reconociendo que el fin de todo sub-sistema jurídico es la solución más justa del conflicto; sin embargo, no se cuestiona la legitimidad del poder punitivo y los fines que se supone pretende alcanzar, si bien es cierto es loable señalar el contenido y alcance de la prevención general y especial, también lo es que “de buenas intenciones esta empedrado el camino al infierno”, por ello, debería propugnarse por “el acceso a la salida de la justicia penal” (palabras del Doctor Raúl Zaffaroni).



LA SUBJETIVIDAD DEL ART. 65 DEL CODIGO PENAL VS. OBJETIVIDAD DEL ART. 76 DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL-PARTE GENERAL- DE ERICK JUAREZ

AUTORA: SARA GRISELDA YOC YOC
Jueza de Instancia Penal. Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente (Guatemala).

INTRODUCCION

LA IMPOSICION DE LA PENA

La aplicación de la pena ha sido uno de los grandes problemas a lo largo de la historia, cuya imposición ha ido variando a través de las diferentes culturas, de la evolución del derecho penal y las corrientes filosóficas; la mayor parte de las veces se impone en forma arbitraria por quien ostenta el poder. Sin duda alguna nuestro código penal no se escapa de la forma discrecional, desproporcional y hasta autoritaria en que se tiene establecida la imposición de la pena en el artículo 65.

Es por eso que llama mucho la atención el proyecto de código penal de la parte general que propone el abogado Erick Juárez, y que, sin duda alguna, una vez más, como estudioso del derecho y preocupado de la forma discrecional que tiene regulado nuestro código penal la imposición de la pena, pretende solucionar el problema a través del método EJE para la individualización de la pena. Anteproyecto de iniciativa de ley que sin duda alguna es progresista y acorde al siglo XXI, tomando en cuenta la política criminal democrática que debe imperar en todo Estado de Derecho, y conforme la teoría finalista, buscando en todo momento la resocialización del delincuente.

Proyecto cuyo fin es mejorar el derecho penal en nuestro país y velar que el juzgador al imponer la pena lo haga de una forma objetiva, tomando como eje fundamental las circunstancias atenuantes y agravantes probadas, delegando en el Ministerio Público la función de probar tales circunstancias. Siendo relevante que uno de los grandes

avances lo constituye la atenuante de la reparación del daño antes de emitirse la sentencia; pues taxativamente establece el artículo 50 del proyecto esa atenuante, para rebajar la pena.

Además, es de suma importancia el proyecto y la exposición de motivos, porque al implementarse un método como el propuesto, basado en las circunstancias atenuantes y agravantes probadas, el juez dejará de ser discrecional al imponer la pena, y estará sujeto a la objetividad que debe imperar al quedar probadas las circunstancias atenuantes o agravantes.


Sistema que nos pondrá a la par de los países desarrollados, como los europeos, en los que la pena ya no es aplicada en forma discrecional o arbitraria, sino a través de un procedimiento previamente establecido.

Por lo que este trabajo establecerá los antecedentes de nuestro código penal, una pequeña comparación con otros códigos penales, que establecen la forma en que se impone la pena en contraposición del método que se propone en el proyecto de código penal.

I. DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA EN GUATEMALA

a) ANTECEDENTES:

En Guatemala, se han promulgado 5 códigos penales: El primero se promulgó en el año de 1834 durante el gobierno del Dr. Mariano Gálvez, el segundo en el año de 1877 durante el gobierno del General Justo Rufino Barrios, el tercero en el año de 1887, durante el gobierno del General Manuel Lizandro Barillas; el cuarto, en el año de 1936, durante el gobierno del General Jorge Ubico; y el quinto entró en vigencia el 15 de septiembre de 1973, durante el gobierno del General Carlos



Arana Osorio. (Vásquez, s.f.)

Es decir, que en 139 años Guatemala ha tenido 5 códigos penales y el de más larga duración es el código vigente, decreto 17-73 del Congreso de la República, que este año cumplirá 50 años de haberse promulgado.

La promulgación de cada uno de los códigos penales guatemaltecos, a excepción del primero que fue en el gobierno del Dr. Mariano Gálvez, han sido creados durante gobiernos de militares. Además, el actual código penal fue creado durante el período en el que nuestro país vivía una política estatal de la lucha en contra del comunismo, en el que se aplicaba la política de seguridad nacional; no solo en nuestro país, sino que en casi toda Latinoamérica; por lo que, sin duda alguna el código refleja ese autoritarismo militar. Código, que ha sufrido una innumerable cantidad de reformas.

Por consiguiente, se hace de suma urgencia que se lleve a cabo la promulgación de un nuevo código penal que se adecúe a las nuevas corrientes doctrinarias, pero especialmente acorde a una política criminal democrática que cumpla con las exigencias de un país Democrático, sometido a los Estándares Internacionales, en donde impere el respeto a los derechos humanos, y que cumplan con las convenciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificado por nuestro país.

b) DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

De conformidad con el decreto 17-73 del Congreso de la República se crea el código penal de Guatemala, y en las disposiciones finales del decreto, en el artículo 2º se dispuso que debía entrar en vigor el quince de septiembre de mil novecientos setenta y tres. Por lo que, a partir de esa fecha, los ciudadanos de este país nos regimos por sus principios, valores y normas contenidos en el mismo.

EL código penal, entendido como un conjunto de normas penales que regulan la acción punitiva del Estado, se divide en tres partes: a) la parte general, b) parte especial, y c) faltas; es precisamente en el libro primero que se encuentra regulada la parte general, y en el artículo 65 la forma en la que el juez sentenciador debe aplicar la pena y velar por su estricto cumplimiento.

De esa cuenta el artículo 65, establece “que el juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.”

Y el artículo 66, establece lo relativo al aumento y disminución de límites, regulando que “Cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo que antecede.”

En ese orden de ideas, el artículo 65 del código penal, es determinante para la imposición de la pena y como procedimiento debe ser de estricto cumplimiento; sin embargo, en la práctica provoca un grave problema su aplicación, sin menoscabo que ya la Corte Interamericana en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, estableció la inoperancia de la mayor o menor peligrosidad del culpable, porque viola los derechos humanos de la persona. Lo que también a través de la sentencia de la Corte de Constituciona



lidad de fecha 16-03-2023, fue declarado inconstitucional y también lo relativo a los “antecedentes personales de éste y de la víctima;” por lo que no fueron incluidos en el artículo relacionado. Independientemente que de conformidad con las nuevas corrientes doctrinarias, debe aplicarse un derecho penal de acto y no de autor.

En las sentencias de los jueces se puede verificar ese vacío que la ley penal tiene al no establecer la forma en que debe ponderarse la pena entre los mínimos y máximos al quedar probadas las atenuantes y agravantes, como tampoco, el móvil del delito y la intensidad del daño causado, porque no existe un procedimiento regulado en la ley. Si bien algunos jueces tratan de cumplir con establecer lo relativo a la intensidad del daño causado y el móvil del delito, solo se queda en la fundamentación de esos enunciados, ni siquiera se establece la ponderación de las atenuantes y agravantes, porque no se sabe cómo hacerlo al no existir el procedimiento.

Por lo que esa discrecionalidad de la cual goza el juez sentenciador conlleva a emitir una sentencia que puede ser benévola si se impone una pena mínima o autoritaria, si la pena que se impone es la máxima. Con el agravante de que si es un juez unipersonal quien impone la pena, lo hará como lo estime pertinente, pero si se trata de un tribunal el problema se complica porque cada quien quiere hacerlo conforme su criterio; lo que se vuelve totalmente perjudicial para la administración de justicia.

Por consiguiente, para cumplir con los principios de legalidad y proporcionalidad respecto de la imposición de la pena, el juez sentenciador debe tener parámetros legales que establezcan esa ponderación que debe llevar a cabo, en atención a un derecho penal de acto y no de autor; y no en la forma mixta entre un derecho de autor y de acto como actualmente se encuentra regulado. Es más, ni siquiera el artículo 66 del código penal, que establece lo


relativo al aumento y disminución de límites, es claro en su aplicación; por lo que cada juez o tribunal según su leal saber y entender aplica la regla como la logra comprender e impone la pena que considera es acorde a los parámetros regulados en el artículo 66.

Sin embargo, el problema de la imposición de la pena no es solo de Guatemala, porque también lo tienen otros países latinoamericanos, por citar algunos como el Salvador, Costa Rica y Honduras, sin duda alguna porque sus códigos penales fueron creados siguiendo la misma corriente autoritaria que imperó en nuestro país. Incluso los códigos penales de esos países son similares al guatemalteco y la imposición de la pena se encuentra regulada casi de la misma forma.

Siendo Panamá, el país que en el área centroamericana se encuentra con algunos avances respecto del procedimiento para la imposición de la pena, estableciendo la forma de aumentar o disminuir la pena entre una sexta a una tercera parte, por la circunstancias atenuantes o agravantes probadas, puesto que regula en el artículo 69: “Cada una de las circunstancias atenuantes mencionadas en el artículo 66 da lugar a que se le reconozca al procesado una disminución de la pena de una sexta a una tercera parte. En ningún caso la pena así rebajada será inferior al mínimo señalado en los artículos 47 y 48”.

Y en el artículo 70, establece lo relativo a que “las circunstancias agravantes en un hecho punible dan lugar al aumento de la pena de una sexta a una tercera parte, por cada una de ellas. Sin embargo, la pena así aumentada no deberá exceder la mitad del máximo de la pena fijada para el delito. Por ende, los jueces cuentan con los parámetros para ponderar las circunstancias atenuantes y agravantes al imponer la pena.”

Pero, el código panameño aún tiene aspectos que superar,



respecto a los factores contenidos en el artículo 56, porque este artículo establece que se fijará la pena dentro de los límites señalados para cada delito, como son: “1. Los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible; 2. La importancia de la lesión o del peligro; 3. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar; 4. La calidad de los motivos determinantes; 5. Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que haya influido en la comisión del hecho punible; 6. La conducta del agente, anterior, simultánea o posterior al hecho punible; y 7. El valor o la importancia de la cosa.” Sin embargo, no se establece cómo deben aumentarse o disminuirse estos factores, por lo que queda a discreción del juez, la ponderación de éstos.

Al hacer la comparación de los códigos penales de El Salvador, Honduras y Costa Rica, vemos que tienen regulada la aplicación de la pena, en forma similar a la nuestra y por ello el mismo problema al imponer la pena el juez sentenciador; pues los artículos que regulan la imposición de la pena establecen:

El código penal de El Salvador, en el artículo 63. “La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta: 1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocados; 2) La calidad de los motivos que la impulsaron el hecho; 3) La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho; 4) Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor; y, 5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales.”

Artículo 64. “El juez o tribunal apreciará las circunstancias atenuantes o agravantes tomando en cuenta su nú-

mero, intensidad e importancia. Las circunstancias atenuantes y agravantes no se compensarán entre sí en forma matemática. Cuando concurren dichas circunstancias en un mismo hecho punible, el juez o tribunal valorará unas y otras, a fin de establecer la justa proporción de la pena que deba imponer.”

Código penal de Costa Rica: “Artículo 71. El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta:

a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible; b) La importancia de la lesión o del peligro; c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar; d) La calidad de los motivos determinantes; e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.

Artículo 72. Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el Juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior.”

Código penal de Honduras: “Artículo 69. El juez determinará en la sentencia la pena aplicable al sindicado dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito y las circunstancias en que el mismo se haya cometido. Para ello tendrá en cuenta sus antecedentes personales, su mayor o menor peligrosidad, las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el



hecho apreciadas tanto por su número como, sobre todo, por su magnitud e importancia, y la mayor o menor extensión de los males producidos por el delito, en particular los de naturaleza económica. En la motivación de la sentencia el juez consignará expresamente las circunstancias señaladas en el párrafo anterior que ha tenido en cuenta para determinar la extensión de la pena.”

Como puede observarse en los artículos anteriores, ninguno de ellos establece cuáles son los procedimientos o reglas que se tomaran en cuenta para aumentar o disminuir la pena, en cuanto a las circunstancias agravantes o atenuantes; y mucho menos en cuanto a los demás factores que se deben tomar en cuenta al imponerse la pena. Y también de esa forma se tiene establecido en el código penal guatemalteco, con la salvedad que el juez guatemalteco ya no debe tomar en consideración la mayor o menor peligrosidad del culpable ni los antecedentes personales de éste ni de la víctima, por haberse declarado inconstitucional.

Además, es importante comparar la forma en que el código Español tiene regulada la imposición de la pena, porque a través de los artículos 65 y 66 podemos verificar que los jueces sentenciadores sí cuentan con reglas claramente establecidas, a las cuales se deben regir para imponer la pena, de modo que se cumpla con el principio de proporcionalidad para la imposición de las mismas, cuyos artículos establecen: Artículo 65.

“1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los

que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.

Artículo 66. 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1.^a Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.^a Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy calificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.^a Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.^a Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.^a Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito



cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.^a Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.^a Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.”

El último artículo llama la atención porque teniendo reglas para la imposición de la pena en los delitos dolosos, deja a discreción del juez la imposición de la pena en los delitos leves e imprudentes; lo que causa gran extrañeza, y sin duda alguna la discrecionalidad en la imposición de las penas, en ese tipo de delitos, se vuelve arbitraria y autoritaria; según quien la imponga. Por lo que, siendo el objetivo principal de la imposición de la pena lograr un equilibrio entre la retribución, la prevención general y la prevención especial, se requiere que existan procedimientos y reglas claras para la imposición de la pena; a las cuales debe someterse el juez sentenciador, para evitar la

discrecionalidad y la arbitrariedad.

II. LA IMPOSICIÓN DE LA PENA CONTENIDA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL.

De conformidad con la Constitución Política de nuestro país, Guatemala cuenta con un sistema de Gobierno republicano, democrático y representativo. En consecuencia, al contar con un sistema de gobierno democrático, sus leyes penales también deben estar apegadas a ese sistema de gobierno. Es por ello que el derecho penal debe estar enfocado a un derecho penal de acto.

Se “habla de un derecho penal del acto cuando las normas punitivas se dirigen a lo que la persona hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida. En tal sentido el autor Fernando C. (1989), se refiere a “La exigencia de un tal derecho, que constituye la base de su orientación ideológica, política, depende del grado en que se realice el principio del acto, es decir, en que efectivamente la represión penal no alcance sino las acciones externas e inter subjetivas del hombre. Un puro derecho penal de acto sigue siendo en el mundo un derrotero, pero el principio del acto sí registra una notoria prevalencia en los ordenamientos democráticos” (Nola Gómez Ramírez*, s.f.)

Ese derecho penal de acto los vemos reflejado en la propuesta que se encuentra contenida en los artículos 74, 75 y 76 del proyecto del código penal del Abogado Erick Juárez, en los cuales establece que la duración o cuantía de la pena impuesta debe estar fundada en circunstancias acreditadas y orientadas a la prevención especial. Y para la imposición de la pena el juzgador debe hacer un equilibrio entre el mínimo y el máximo establecido en la ley, considerando las circunstancias agravantes por condición de las víctimas; y atenuantes por condición del agente. Es decir que, excluye totalmente los factores que se en



cuentran contenidos en el artículo 65 del actual código penal, como son: el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado; dejando únicamente para imponer las penas las atenuantes y agravantes probadas. Lo que tiene sentido, porque lo que se pretende es que la imposición de la pena se realice de conformidad con las acciones realizadas del hecho delictivo por el que fue juzgado el delincuente; es decir un derecho penal de acto y no de autor.

Además, el proyecto del código penal se ajusta a las corrientes jurídicas penales y filosóficas del siglo XXI, pues establece con claridad las reglas y procedimiento que el juzgador debe llevar a cabo para imponer la pena, estableciendo en el artículo 76 el método para la individualización de pena.

Método en el que deben aplicarse 6 reglas: "1. Identificar el espacio temporal de la pena, es decir, la cantidad entre su duración máxima y mínima, establecida en la norma jurídica; 2. Dividir el espacio temporal de la pena entre las cinco agravantes por la condición de la víctima que establece este Código; 3. El resultado de la operación anterior constituye el valor máximo en que se pueda establecerse cada agravante; 4. Partir del mínimo de la pena, sumándole la cantidad de cada agravante acredita en el caso concreto; 5. Las atenuantes por condición del autor, acreditadas en el caso concreto, cumplen una función negativa, por lo que una agravante se excluye por una atenuante; 6. El resultado de esta operación constituye la pena a imponer."

A manera de ejemplo, tomaremos como base el delito contenido en el artículo 313 del código penal, que contiene el delito de Fabricación de moneda falsa, siguiendo el método de individualización de la pena sugerido por el Dr. Erick Juárez en su proyecto de ley:

Identificación del espacio temporal de la pena:

Pena mínima 2 años y máxima 10 años de prisión: $10 - 2 = 8$ años de espacio temporal.

Espacio temporal 8/5 agravantes por condición de la víctima = 1 año 7 meses y 6 días por c/a.

Pena a imponer: Pena mínima 2 años y existen 3 agravantes: 2 años + 4 años 9 meses y 18 días = 6 años, 9 meses y 18 días.


Sin embargo, existe 1 atenuante: 6 años, 9 meses y 18 días - 1 año 7 meses y 6 días = 5 años 2 meses y 12 días.

Por lo que la pena a imponer es de 5 años 2 meses y 12 días de prisión.

Es por ello, que al quedar regulado en el artículo 76 del proyecto de ley, el método de la individualización de la pena, a través de reglas claras, se evitará que el juez imponga la pena en forma discrecional como hasta el momento se realiza, pues el artículo 65 del código penal vigente no establece un método ni reglas para la imposición de la pena. Solo regula que la pena se impondrá entre el mínimo y máximo que el hecho punible establezca como pena, sin establecer cuantos años pueden aumentarse o disminuirse en caso de atenuantes y agravantes, por su número o gravedad; como tampoco por el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado.

En consecuencia, deja a discreción del juez ponderar la pena a imponer, con la única limitante de los límites mínimos y máximos de la pena establecida para cada delito.

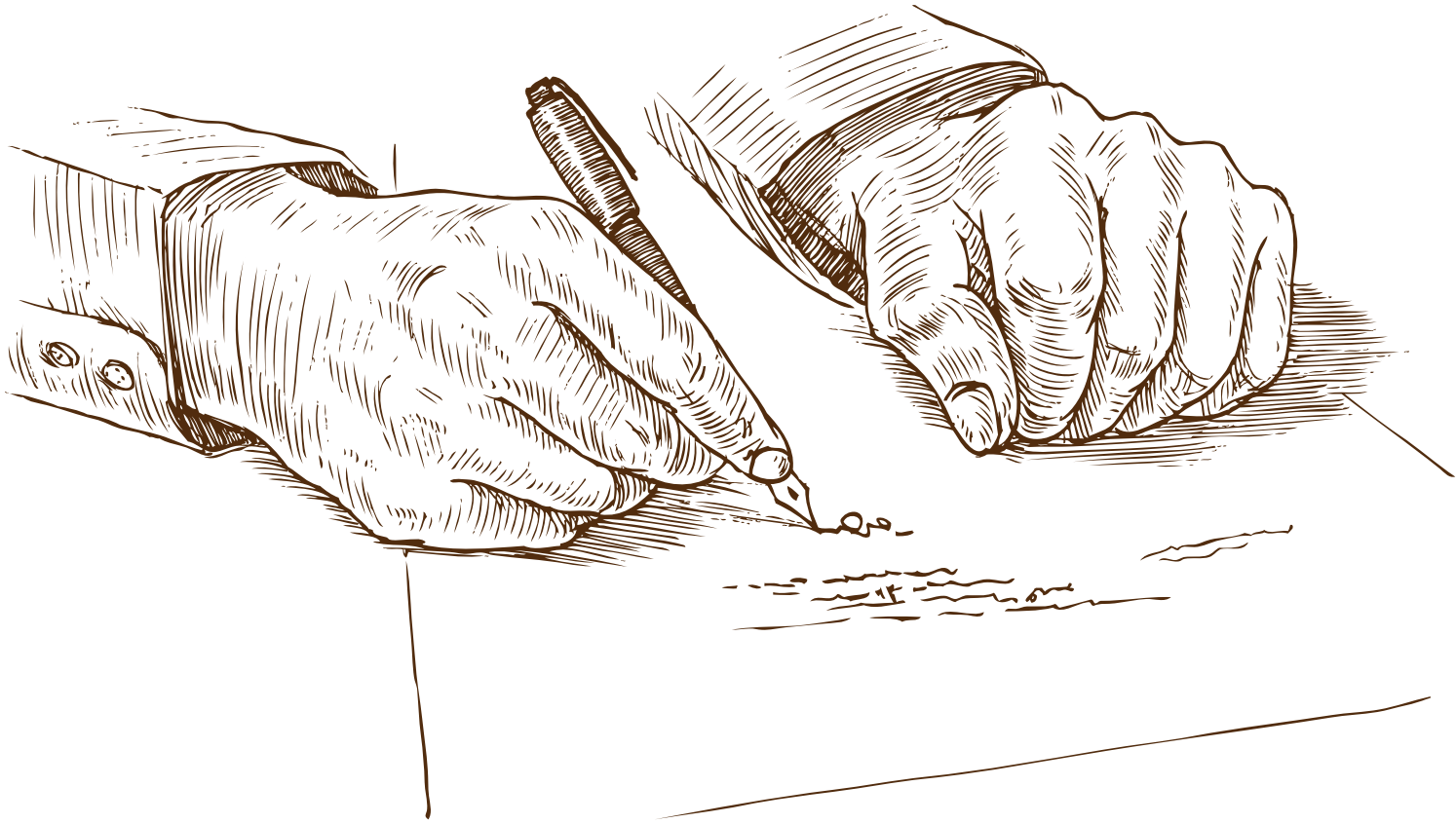
Por ello, se hace indispensable y urgente la aprobación del Proyecto del Código Penal del Abogado Juárez, porque contiene el procedimiento y reglas clara, que son necesarias para la imposición de la pena. A efecto de que el Estado de Guatemala y los jueces puedan cumplir con los



convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Guatemala, la Constitución Política de Guatemala y los Estándares Internacionales sobre derechos humanos, aplicando un Derecho penal de acto y no de autor.

CONCLUSIONES:

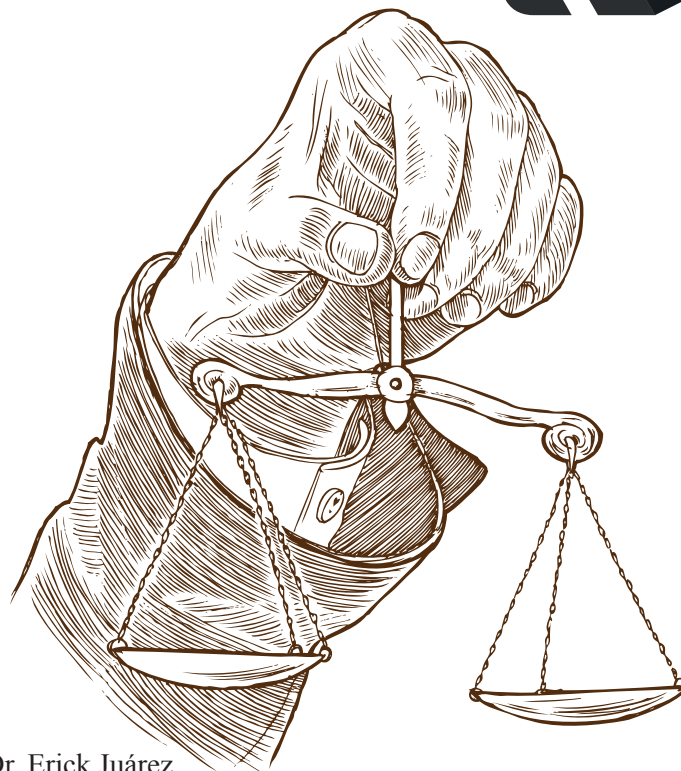
1. El artículo 65 del código penal, es determinante para la imposición de la pena; sin embargo, no establece un verdadero procedimiento y reglas claras, por lo que su imposición es discrecional y arbitraria.
2. El problema de la imposición de la pena no es solo de Guatemala, sino que también de otros países latinoamericanos, especialmente como el Salvador, Honduras y Costa Rica, porque no cuentan con procedimientos ni reglas claras.
3. Panamá, tiene avances respecto del procedimiento para la imposición de la pena, estableciendo la forma de aumentar o disminuir la pena entre una sexta a una tercera parte, por las circunstancias atenuantes o agravantes probadas.
4. España tiene regulada la imposición de la pena, con reglas claramente establecidas en los delitos dolosos, cumpliendo con el principio de proporcionalidad y un derecho de penal de acto; aunque es discrecional en los delitos leves e imprudentes.
5. El proyecto de código penal propuesto por el Abogado Erick Juárez se ajusta a las corrientes jurídicas penales y filosóficas del siglo XXI, estableciendo en el artículo 76, el método y reglas para la individualización de la pena.





BIBLIOGRAFIA

- Código Penal de Guatemala
- Código Penal de El Salvador
- Código Penal de Costa Rica
- Código Penal de Honduras
- Código Penal de Panamá
- Código Penal de España
- Código Penal- Parte General- Ante-proyecto



Proyecto de Código Penal, Parte General elaborado por el Dr. Erick Juárez.
Presentado por: Cámara Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia:

- La Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 16-03-2023, de los Expedientes Acumulados 3546-2021 Y 4972-2021, que declara Con Lugar las acciones de inconstitucionalidad general parcial contra el artículo 65 del Código Penal en la frase que dice: "... la mayor o menor peligrosidad del culpable..." en la frase que refiere: "... los antecedentes personales de este y de la víctima...".

Links:

- <https://www.monografias.com/docs113/historia-del-derecho-penal-guatemala/historia-del-derecho-penal-guatemala>



**COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE**