

CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

El 25 de mayo del 2017 fue presentada la propuesta de parte general del Código Penal, que ha sido impulsada por el diputado Cornelio García, Presidente de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales.

A continuación, se presenta una serie de consideraciones sobre la propuesta referida. El primer apartado hace referencia a los aspectos positivos generales del proyecto; el segundo alude a algunos temas de fondo que, se considera, es necesario discutir antes de continuar el proceso legislativo, puntualizando las preocupaciones del caso; el tercero alude a aspectos de forma que también se someten a examen del equipo técnico.

1. Aspectos positivos

La propuesta de parte general del Código Penal tiene un enfoque de respeto a los derechos humanos. Promueve un derecho penal de acto y no de autor. Le da la relevancia debida a la víctima y se incluye, como primer orden, la reparación digna derivada de los ingresos económicos que obtienen las personas condenadas dentro de los programas ocupacionales que debe establecer el Estado.

También es fundamental que se regule la valoración ecológica y la restauración ecológica como parte de la reparación digna. Es positiva la observancia del principio *in dubio pro natura* para interpretar y aplicar las disposiciones de la reparación digna, así como el reconocimiento de distintas medidas de reparación, especialmente las medidas de no repetición.

Enfatiza el carácter de *ultima ratio* de la prisión preventiva. Desglosa una serie de sanciones alternativas que pueden contribuir a primar la restitución de los derechos de la víctima, a la resocialización del delincuente y al equilibrio social. Añade el servicio comunitario como una sanción penal.

Excluye del delito continuado a los tipos cuyo bien jurídico tutelado es la vida, seguridad, integridad, libertad e indemnidad sexual de la persona, violencia intrafamiliar y violencia contra la mujer. Incorpora un sistema de cuartos para la aplicación de penas, lo cual contribuye a aplicar las penas bajo criterios objetivos y definidos, basados en atenuantes y agravantes, favoreciendo a la disminución de la discrecionalidad y promoviendo la fundamentación de las decisiones judiciales en cuanto al tiempo de la pena de prisión.

Cada artículo tiene una serie de elementos presentados ordenadamente. Incorpora consideraciones de la doctrina penal. Agrega definiciones a las instituciones y desarrolla la teoría del delito metodológicamente.

2. Aspectos que deben ser discutidos

A continuación, se presentan los puntos que resulta conveniente considerar para su discusión:

a) Desistimiento de la tentativa

Artículo 30

La primera parte de la disposición establece que “quedará exento de responsabilidad penal por la tentativa aquella persona que desista de continuar la ejecución o de consumir el delito por su propia voluntad. Sin embargo, responderá penalmente por los actos de ejecución que por sí mismos ya sean constitutivos de delito o falta (...)”.

Uno de los elementos positivos del delito es la acción o conducta humana. La doctrina define la acción como “todo comportamiento derivado de la voluntad, y la voluntad implica siempre una finalidad”¹. El *iter criminis* o camino del crimen, se realiza en dos fases: una interna y otra externa. La fase interna “ocurre siempre en la esfera del pensamiento del autor, en donde se propone la realización de un fin”² y la fase externa es la exteriorización de la actividad.

Acción y resultado son distintos según la doctrina penal, “la acción es simple manifestación de voluntad, resultado, es la consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad”³. Hay delitos que son categorizados como de resultado, mientras que, si este no sucede, no existe la imputación objetiva del resultado al autor, por lo que se da simplemente la tentativa, que también es una conducta típica, pero bajo otros elementos.

La naturaleza misma de la tentativa parte de la falta de un resultado por hechos ajenos al autor. Aunque el desistimiento está regulado en el Código Penal actual y vuelve a incluirse en esta propuesta, con ciertas modificaciones, es necesario que se legisle de tal manera, que no dé lugar al abuso de la norma. Ya que los autores de delito de tentativa pueden argüir que desistieron de la comisión del delito, aunque el resultado se haya entorpecido por medios ajenos y no por su voluntad. En todo caso, el desistimiento de la tentativa debe quedar plenamente probado.

¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Derecho penal guatemalteco -parte general y parte especial-. Décimo novena edición. Guatemala, Magna Terra editores, 2009. Pág. 135.

² *Loc. Cit.*

³ *Ibid.* Págs. 137 y 138.

b) Circunstancias atenuantes

Artículo 45

Si bien es cierto es excepcional, puede ocurrir que en ciertas figuras delictivas *“la culpabilidad no es homogénea, esto es totalmente dolosa o totalmente culposa, sino que estas formas de culpabilidad pueden combinarse entre sí”*⁴ dando lugar a los llamados delitos preterintencionales.

Por existir dolo en la conducta inicial y culpa en el resultado es que se considera oportuno mantener la preterintencionalidad como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, en caso no se pretenda regular el carácter de preterintencional en determinados delitos en la parte especial del Código Penal.

c) Error

Sección cuarta, artículos 39 - 41

La propuesta objeto de examen, define en su artículo 39 el error en los siguientes términos: “a. La ignorancia o conocimiento equivocado de alguno o, de todos los elementos que describen el delito, así como la ignorancia o conocimiento equivocado de alguna circunstancia agravante. b. La ignorancia sobre la existencia de la prohibición de la acción u omisión realizada (...)”. A la vez clasifica el error como de tipo o de prohibición.

Actualmente, en la legislación guatemalteca se regula la regla general contenida en el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial que comanda “contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario”. Si bien el conocimiento integral del marco normativo guatemalteco puede resultar una falacia, incluso entre los académicos, y en especial en los sectores de la población que tienen poco acceso a la educación, incluir esta causa de exclusión de la responsabilidad penal puede ser peligroso. Según la propuesta, el error de tipo puede causar dos efectos, si es invencible, excluye la responsabilidad penal, si es vencible, el delito será castigado como imprudente, si estuviera sancionado en esa modalidad. Mientras que los efectos del error de prohibición son: si es invencible se excluye la responsabilidad penal y si es vencible se aplicaría la pena inferior reducida en tres cuartas partes.

En el caso del error de tipo cuando sea vencible, la propuesta es confusa, ya que su efecto no está determinado correctamente. Dispone que el delito será castigado como imprudente, si está sancionado en esa modalidad, pero no indica qué hacer en caso esté sancionado como un delito doloso, por lo que los términos son ambiguos.

Sin embargo, la preocupación más importante en cuanto a la inclusión del error en la legislación penal, es la posibilidad de alegar ignorancia de la ley, en cualquiera de sus modalidades. La disposición citada de la Ley del Organismo Judicial, no se basa en la

⁴ Frias Caballero, Jorge; Codino Diego y Codino Rodrigo. Teoría del delito. Argentina. Editorial Hammurabi S.R.L. 1993. Pág. 365

presunción del conocimiento o desconocimiento de la ley, sino que más bien indica que no debe ni puede alegarse su ignorancia. Esta norma obedece a la exigencia de que la legislación vigente pueda ser eficaz y pueda aplicarse bajo el principio de generalidad. Ya que, de otro modo, podría caerse en la anarquía o ingobernabilidad.

Desde el enfoque iusnaturalista, y desde el sentido común, puede deducirse que no se necesita conocer la ley para saber que no se debe matar a otra persona, o robarle sus bienes, por ejemplo. La teoría clásica positivista también ha afirmado que este principio es una “necesidad política, social y procesal, cuya utilidad es fundamentar el poder de la coacción jurídica que tiene el Estado, sin lo cual el imperio de la ley quedaría seriamente vulnerado”⁵. Sin embargo, se advierte que este concepto se ha incluido recientemente en varios ordenamientos jurídicos, bajo ciertas premisas. No obstante, es cuestionable que constituya un excluyente de la responsabilidad penal. Es conveniente subrayar que el Código Penal guatemalteco ya contempla una atenuante relacionada con el tema; el numeral 9 del artículo 26 contempla como atenuante “la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución”. Por lo que, se sugiere que se estudie la posibilidad de mejorar y hacer más técnica la forma en que se regula, pero desde el enfoque de una atenuante.

En todo caso, se recomienda someter esta sección a una discusión rigurosa y si después de su agotamiento, se advierte que pueden regularse estos elementos en el Código Penal, es conveniente crear criterios más restringidos de aplicación, especificando los tipos penales en los que podría proceder, dado el caso.

d) Circunstancias agravantes

Artículo 42

Ante la traslación de un derecho penal de autor a un derecho penal de acto, en el que “*se es responsable por lo que se hace y no por lo que se es o por lo que se ha llegado a ser (peligrosidad criminal, por ej.)*”⁶, se entiende la eliminación de la figura de la habitualidad y la limitación de la figura de la reincidencia derivado del roce que se puede llegar a provocar con el principio *non bis in idem*.

Sin embargo, es innegable la preocupación que ante la infructuosidad de la anterior pena que no ha logrado cumplir con la finalidad preventiva, protectora y resocializadora, no se combata el incremento de la delincuencia y el Estado continúe siendo incapaz de enfrentar este fenómeno social desprotegiendo a la población de las amenazas contra su seguridad.

Claro que esto no se lograría reprimiendo con mayor severidad las conductas ilícitas de aquellos que no conocen otra actividad que la delincuencia, cayendo en un derecho penal

⁵ Jurado Vargas, Romel Gustavo. Derecho, ignorancia y diversidad cultural. Ecuador, Facultad latinoamericana de Ciencias Sociales, 1999. Tesina del diplomado superior en derechos humanos y seguridad democrática. Pág. 12.

⁶ Frias Caballero, Jorge; Codino Diego y Codino Rodrigo. *Op. Cit.* Pág. 394.

del enemigo, sino que paralelamente debe establecerse una política eficaz de reinserción y rehabilitación social del condenado, lo que como es sabido aún no existe en Guatemala.

Por ello, es que se considera prudente la traslación paulatina en la que se excluye de la legislación la figura de la habitualidad y limita la de reincidencia atendiendo a la realidad social, política y económica de Guatemala.

Asimismo, se considera oportuno mantener las circunstancias agravantes de preparación para la fuga, facilidades de prever y adecuar la agravante de auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad por ser manifiesta la ventaja que podría sumársele a la comisión del delito.

e) Responsabilidad de las personas jurídicas

Artículo 49

Resulta preocupante la limitación de responsabilidad penal a las personas jurídicas de derecho privado excluyendo a aquellas de derecho público como sujetos con derechos y obligaciones jurídicas, normativas y sociales.

Ante la capacidad que deben tener las personas jurídicas de organizarse para evitar vulneración de bienes jurídicos, se considera inoportuno excluir de responsabilidad penal a todas aquellas instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley (las iglesias, la Universidad de San Carlos de Guatemala, los partidos políticos) así como las creadas con capital mixto (Banco de los Trabajadores) porque pueden ser capaces de lesionar bienes jurídicos tutelados en el desarrollo de su actividad.

f) Derechos de las víctimas

Artículo 53

Los derechos de las víctimas incluyen participar en las decisiones que les afecten, a ser tratadas con dignidad y a obtener la tutela judicial efectiva en aras de perseguir la verdad, que se haga justicia en el caso concreto y a obtener la reparación del daño causado.

Por ello, ostentan la facultad de impugnar tanto las decisiones relacionadas con los presupuestos de la reparación del daño como la sentencia absolutoria, en plena garantía de derechos fundamentales como acceso a la justicia y el debido proceso. Es por esto que se recomienda incluir el derecho de impugnación de las víctimas dentro de la parte general del Código Penal, ya que no se ve reflejado en el proyecto.

Asimismo, si el condenado se ve en la imposibilidad de hacer efectiva la reparación digna mediante el trabajo en los términos establecidos en el artículo 65 del proyecto, ¿podrá considerarse entonces asegurada la reparación digna a la víctima? Ante esta incertidumbre, se recomienda que se incluyan medidas que tiendan a asegurar la reparación del daño mediante garantías reales o personales.

g) Pena de muerte

Artículo 68

El artículo 18 de la Constitución Política de la República, regula la pena de muerte e indica que dicha pena sólo se aplicará cuando se hayan agotado todos los recursos. La propuesta que se analiza, también regula la pena de muerte, en términos casi idénticos a los del Código Penal y respetando la Constitución.

En 1983 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió la opinión consultiva OC-3/83, en la que opinó que legislar sobre la aplicación de la pena de muerte a otros delitos, de los ya contemplados, es violatorio del texto del Pacto de San José.

El artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que Guatemala es parte, indica:

“(...) 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. (...) 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

No obstante, a través del decreto legislativo 14-95 el Congreso de la República amplió la aplicación de la pena de muerte al delito de secuestro o plagio⁷, creando supuestos fácticos de contravención con la Convención. Sin embargo, en el año 2000 durante el gobierno de Alfonso Portillo, se dejó de aplicar el indulto y por lo tanto la pena de muerte, al no existir la posibilidad de agotar todos los recursos y cumplir así con la Constitución, leyes e instrumentos internacionales.

Las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también son vinculantes para Guatemala, son congruentes con lo señalado en el Pacto de San José. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido varios pronunciamientos, en casos como Fermín Ramírez y Raxcaco Reyes, ha hecho pronunciamientos sobre incongruencias jurídicas en la aplicación de la pena de muerte. Tanto cortes internacionales, como en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad, se evidencia una tendencia abolicionista de la pena de muerte, en congruencia con los tratados internacionales. En marzo de 2016, la Corte declaró la improcedencia de la aplicación de la pena de muerte en casos de asesinato, ya

⁷ Gilardon, Lucas. Guía de prohibiciones para la aplicación de la pena de muerte en Guatemala. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, 2011. Disponibilidad y acceso: (<http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/43316.pdf>). Fecha de consulta: 07.06.2017.

que la ley hacía consideraciones respecto a la peligrosidad del imputado, constituyendo un derecho de autor y no de acto.

Aunque es evidente, que aún no se ha abolido la pena de muerte formalmente, esta puede ser una oportunidad jurídica y política, para eliminar la posibilidad de la aplicación de la pena en la ley, y hacer plenamente vigente su derogación, que opera tácitamente desde hace más de quince años. Por otro lado, la inclusión de la pena de muerte puede contrariar el espíritu de la propuesta, que tiende a promover la resocialización del delincuente y los derechos humanos en general.

h) Sustitutivos penales

Artículos 88 al 90

Atendiendo a la naturaleza de los sustitutivos penales como medios orientados a sustituir la pena, se considera acertado incluir la suspensión condicional de la pena de prisión y el perdón judicial dentro de la clasificación propuesta ya que la pena privativa de libertad no sería aplicada.

Sin embargo, es necesario recalcar que existen otros institutos regulados actualmente que se consideran oportunos como medidas alternativas a la pena de privación de libertad y por no estar plasmados en el proyecto los traemos a colación:

- La **conmutación de las penas privativas de libertad** regulada en el artículo 50 del Decreto 17-73, reemplaza la pena privativa de libertad impuesta en sentencia por otra sanción atendiendo a las circunstancias del hecho. Ante la incertidumbre de si la intención de la exclusión de esta figura radica en que no habrán delitos conmutables, nos aventuramos a recomendar que se mantenga la posibilidad de que el condenado pueda reemplazar la prisión mediante conmuta o mediante servicio comunitario.
- Aquellos beneficios otorgables después de cumplir con cierto tiempo en prisión que si bien no constituyen un sustitutivo penal *per se* es necesaria su regulación como la **rebaja de la pena**, normada en el artículo 44 del Decreto 17-73, porque permite al condenado a prisión optar a la libertad siempre que observe buena conducta durante las $\frac{3}{4}$ partes de la condena; y, la **libertad condicional**, normada en el artículo 78 del Decreto 17-73, ya que otorga al condenado la posibilidad de cumplir fuera de prisión la condena siempre que concurren las circunstancias legales.

i) Extinción de la responsabilidad penal

Artículo 91

Se considera más apropiado el indulto como causa de extinción de la pena tomando en consideración que *“lo único que elimina el indulto es la pena, pero no el delito que sólo puede ser eliminado por amnistía”*⁸.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ediar S.A. Editora. Argentina. 6ª edición. 2002. Pág. 642

Regular el indulto como causa de extinción de responsabilidad penal podría suponer la desaparición de todas las consecuencias del delito si no se es explícito al respecto, aunque es conocido que sus efectos deben dirigirse únicamente a la no imposición de la pena, a la no ejecución o a la interrupción de la ejecución de la ya impuesta.

j) Medidas de seguridad

Título VII, artículos 100-106

El derecho penal como medio de prevención y lucha contra la delincuencia aplica (junto a la pena, si es un derecho penal dualista) las llamadas medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito.

Es necesario considerar que las medidas de seguridad pueden contribuir con la readaptación social del condenado por adecuarse mejor a la personalidad de éste. Además, en los casos en que el condenado es inimputable, se convierte en uno de los pocos recursos que tiene el Estado para tratar el delito.

Con la finalidad de cumplir con el objeto de reeducar y corregir al condenado por la conducta criminal definida como tal, se recomienda mantener como medidas de seguridad, además de las ya incluidas en el proyecto, la de caución de buena conducta regulada en el artículo 100 del Código Penal vigente.

Asimismo, si lo que se busca es evitar la dispersión de normas penales podría resultar apropiado unificar las medidas de seguridad que se encuentren reguladas en leyes penales especiales (ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar).

3. Otros aspectos a considerar

- *Artículo 37, cuarto párrafo.* Considerar si, al aludir a los parientes dentro de los grados de ley, es necesario enlistarlos.
- *Artículo 38, numeral 4.* Sobre el estado de necesidad disculpante, que alude a “(...) que lo hiciere para apartar el peligro de su persona, de un pariente dentro de los grados de ley o, cualquier otra persona”, se sugiere eliminar “de un pariente dentro de los grados de ley”, ya que “cualquier persona” incluye a los parientes dentro de los grados de ley.
- *Artículo 52.* En el apartado de atención inmediata a la víctima, debe establecerse un porcentaje o rubro dentro del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado, para que pueda cumplir con su obligación.
- *Artículo 70.* Esta norma regula los programas ocupacionales durante prisión. Establece el orden en que se aplicará dicha remuneración (reparación digna, prestaciones alimenticias, gastos extraordinarios, etc.), sin embargo, no se

determina el porcentaje de cada rubro, por lo se recomienda agregarlo, para evitar problemas de operatividad de la disposición.

- *Artículo 73, numeral 2, literal f).* Sobre la prohibición de ejercer la patria potestad, tutela o representaciones de familia se considera oportuno analizar la aplicación de esta inhabilitación relativa a casos de delitos contra menores.
- *Artículo 95, numeral 5.* Se sugiere completar el título a “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”.
- *Artículo 95, numeral 7.* Es necesario aclarar la prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos, no se considera oportuno que la responsabilidad penal prescriba desde que cesan en el cargo o función pública, tomando en consideración lo establecido en el Artículo 155 de la Constitución Política de la República.
- Es propicio mantener lo regulado en el artículo 46 del Código Penal vigente sobre la privación de libertad de la mujer, salvo que se vaya a regular en otro cuerpo normativo.