

Universidad Rafael Landívar  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Campus de Quetzaltenango

**“LA PONDERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN  
RELACIÓN A LA PENA POR EL DELITO DE PORTACIÓN  
ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO”**

**TESIS**

Varinia Berenice Aguilar Girón

Carné 15063-08

Quetzaltenango, octubre de 2013  
Campus de Quetzaltenango

Universidad Rafael Landívar  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Campus de Quetzaltenango

**“LA PONDERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN  
RELACIÓN A LA PENA POR EL DELITO DE PORTACIÓN  
ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO”**

**TESIS**

Presentada a Coordinación de Facultad de  
**Ciencias Jurídicas y Sociales**

Por:

Varinia Berenice Aguilar Girón

Previo a conferirle en el grado académico de:

**Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales**

Los Títulos de

**Abogada y Notaria**

Quetzaltenango, octubre de 2013

**Autoridades de la Universidad Rafael Landívar  
del Campus Central**

<b>Rector</b>	Padre Rolando Enrique Alvarado S. J.
<b>Vicerrectora Académica</b>	Doctora Lucrecia Méndez de Penedo
<b>Vicerrector de Investigación y Proyección Social</b>	Padre Carlos Cabarrús Pellecer S. J.
<b>Vicerrector de Integración Universitaria</b>	Padre Eduardo Valdéz Barría S. J.
<b>Vicerrector Administrativo</b>	Licenciado Ariel Rivera Irias
<b>Secretaria General</b>	Licenciada Fabiola Padilla de Lorenzana

**Autoridades de la Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Sociales**

<b>Decano</b>	Dr. Rolando Escobar Menaldo
Vicedecano	M.A. Pablo Gerardo Hurtado García
Secretario	M.A. Alan Alfredo González de León
Director de Área Pública	Lic. Erick Mauricio Maldonado Ríos
Directora de Área Privada	M.A. Helena Carolina Machado
Director de Ejes Transversales	M.A. Enrique Sanchez Usera
Directora de Postgrados	M.A. Aida Del Rosario Franco Córdón
Director de Crimfor	Lic. José Eduardo Martí Guilló
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas	Dr. Larry Andrade Abularach
Directora del Bufete Popular	Licda. Claudia Abril Hernández
Directora de Proyectos y Servicios	Licda. Vania Carolina Soto Peralta
Coordinadora Facultativa de Campus de Quetzaltenango	Dra. Claudia Caballeros de Baquix
Representantes de Catedráticos	Lic. José Alejandro Vielmar G. Lic. Carlos Rene Micheo Fernández M.A. María Andrea Batres de León
Representantes Estudiantiles	Alejandro Rodolfo Pokus Álvarez José David Toledo Pineda

**Miembros del Consejo  
Campus de Quetzaltenango**

<b>Director de Campus</b>	Arquitecto Manrique Sáenz Calderón
<b>Subdirector de Integración Universitaria</b>	Msc. P. José María Ferrero Muñoz S. J.
<b>Subdirector de Gestión General</b>	Msc. P. Mynor Rodolfo Pinto Solís S. J.
<b>Subdirector Académico</b>	Ingeniero Jorge Derik Lima Par
<b>Subdirector Administrativo</b>	MBA. Alberto Axt Rodríguez

**Asesora**

Doctora Karol Desireé Vásquez de Kestler

**Revisora de Fondo**

Dra. María Eugenia Villaseñor Valverde

Quetzaltenango, 16 de agosto de 2013.

Doctora  
Claudia Eugenia Caballeros de Baquix  
Coordinadora de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Rafael Landívar Campus Quetzaltenango

**Respetable Doctora:**

Me dirijo a usted en relación al nombramiento como **Asesora de tesis** que oportunamente fuera comunicado a mi persona por esa Coordinación, en el que se dispuso nombrarme como asesora de la estudiante Varinia Aguilar Girón, con carné número 1506308, del trabajo de tesis denominado: “La Ponderación de Bienes Jurídicos Tutelados en Relación a la Pena por el Delito de Portación Ilegal de Arma de Fuego”, Al respecto vengo a presentar el siguiente:

**DICTAMEN**

El trabajo de investigación presentado se intituló “**La Ponderación de Bienes Jurídicos Tutelados en Relación a la Pena por el Delito de Portación Ilegal de Arma de Fuego**”

**Del tema de investigación en concreto y su importancia**

La investigación se centra en el estudio y análisis de la proporcionalidad de la pena en el delito de portación ilegal de arma de fuego en la legislación penal guatemalteca.

La importancia del tema resalta en las actuales circunstancias en las que, dentro de la realidad cotidiana guatemalteca el uso de las armas de fuego resulta bastante común, pero la reforma introducida con la nueva Ley de Armas y Municiones varió en forma significativa la consecuencia jurídica de portar un arma de fuego sin la autorización correspondiente. Ello ha conllevado a múltiples sentencias por el delito de Portación ilegal de arma de fuego en donde la sanción afecta directamente la libertad de los condenados sin prever el estado el alto índice de criminalidad que ello ha generado, ni tomar en cuenta que es un delito de peligro y asemeja su sanción a otros delitos de resultado, concluyéndose así la drasticidad de la pena, sin considerar el legislador penas alternativas que pudieran de mejor manera contribuir con la prevención de dichos delitos dentro del ámbito de la sociedad guatemalteca.

**De la metodología utilizada para el desarrollo de la tesis**

En la investigación se hace uso de las herramientas metodológicas pertinentes. Sobre esa base se delimita el problema de investigación y los objetivos generales y particulares que van a orientar la investigación y que conducirán a las conclusiones de la misma.

En el desarrollo de la investigación, se aprecia el uso de los métodos dogmático jurídico y comparativo, así como la técnica de análisis de contenido. Adicionalmente, existe la utilización de una extensa fuente bibliográfica que sin lugar a duda constituye parte importante de la metodología utilizada, mediante la comparación de legislación y doctrina, además de haber recurrido a fuentes primarias y secundarias de la propia realidad guatemalteca.

## **De lo relacionado al interés que genera el trabajo de tesis en los ámbitos nacional e internacional**

El interés que genera la investigación deriva de la importancia que esta observa en las actuales circunstancias que genera no solo en Guatemala si no en Latinoamérica en general la discusión sobre el tema de la portación ilegal de armas de fuego de uso civil en momentos en que dicha discusión se justifica por el crecimiento de la criminalidad. De consiguiente, el interés que genera la investigación puede considerarse muy grande, pues para el ámbito guatemalteco permitirá abordar con la seriedad que deriva de la investigación científica, sí es o no conveniente la supresión o disminución de la pena de prisión para esta clase de delitos y si es ésta la solución para disminuir la infracción de normas penales por parte de grupos de persona que encuadren su conducta en dicho tipo penal.

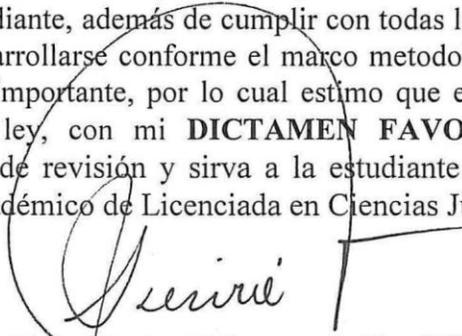
## **Del análisis y resolución de la problemática que se investiga con el desarrollo de la tesis**

La investigación que se ha dirigido, ha permitido entre otras cosas, establecer los verdaderos fundamentos de la proporcionalidad de la pena de prisión y la sanción específica, tomando en consideración la ponderación de los bienes jurídicos tutelados con esta clase de hechos delictivos, pero por sobre todo, su conveniencia o no, dentro de la ley penal guatemalteca. Ahora bien, lo más importante de esta investigación, ha sido y es, concluir que existen alternativas, distintas a las penas de prisión y que resultan más eficaces en la prevención del delito.

## **De la contribución social que significa el trabajo de tesis presentado por la sustentante en el entorno del tema y las instituciones abordadas con el mismo**

Derivado que los estudios sobre la situación de la pena dentro de la realidad jurídica guatemalteca poco ha sido tratado, existe la tendencia actual del aumento desproporcional de las penas de prisión en las figuras delictivas creadas por el legislador, lo que refleja niveles de desproporcionalidad en comparación con los bienes jurídicos que se tutelan, se puede apreciar que la contribución que significa la investigación de la estudiante Aguilar Girón es de enormes dimensiones, en relación a las alternativas que pueden ser apreciadas dentro de la legislación comparada.

Todo lo anteriormente expuesto, razonado y analizado, me conduce a considerar que el trabajo de tesis presentado por la estudiante, además de cumplir con todas las exigencias que impone la legislación universitaria y desarrollarse conforme el marco metodológico adecuado, constituye un esfuerzo de investigación importante, por lo cual estimo que el mismo debe continuar su trámite como lo ordena la ley, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**, para que dicha investigación pase a la fase de revisión y sirva a la estudiante para sustentar su examen público y obtener el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

  
**Doctora Karel Desiree Vásquez de Kestler**

Asesora de Tesis

*Acta. Karel Desiree Vásquez*  
**ABOCADA Y NOTARIA**



Universidad  
Rafael Landívar  
Tradición Jesuita en Guatemala

CAMPUS DE QUETZALTENANGO  
Subdirección Académica  
Teléfono (502)77229900 ext. 9863  
Fax: (502) 77229864  
14 Avenida 0-43 zona 3. Quetzaltenango  
dlima@url.edu.gt

**SUBDIRECCIÓN ACADÉMICA  
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR  
CAMPUS DE QUETZALTENANGO**

De acuerdo al dictamen rendido por la Doctora Karol Desireé Vásquez de Kestler, asesora de la tesis titulada: **"LA PONDERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN RELACIÓN A LA PENA POR EL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO"**, presentada por el (a) estudiante **Varinia Berenice Aguilar Girón**, y la Aprobación de la Defensa Privada de Tesis, según consta en el acta No. P.T. 214-13 de fecha dieciocho de septiembre del año dos mil trece, esta Subdirección autoriza la impresión, previo a su graduación profesional de Abogada y Notaria y el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Quetzaltenango, 05 de octubre del año 2013.



Ingeniero Jorge Derik Lima Par  
**SUBDIRECTOR ACADÉMICO**

**NOTA:** Únicamente el autor es responsable del contenido, doctrinas y criterios sustentados en su TESIS

## Agradecimiento

**A:**

**Universidad Rafael Landívar  
Campus Central y Campus  
Quetzaltenango.**

Personal administrativo, docente y servicios auxiliares, por ser una inspiración en la búsqueda de la excelencia académica.

**Coordinación de la Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Sociales.**

Por el apoyo brindado en la elaboración de este proyecto, especialmente a la Dra. Claudia Caballeros de Baquix y a la Licenciada Astrid Díaz de Reyes.

**Dra. Karol Desireé Vásquez de  
Kestler.**

Por su tiempo, dedicación y profesionalismo durante el asesoramiento del trabajo realizado.

**Dra. María Eugenia Villaseñor  
Valverde.**

Por su precisión y esmero durante la revisión de fondo de la presente investigación apoyándome en el perfeccionamiento de la misma.

**Dr. Sergio Madrazo Mazariegos.**

Por su sabio consejo y el apoyo brindado en este proyecto.

## **Dedicatoria**

### **A Dios**

Ser supremo que me ha guiado y protegido en todo momento, concediéndome alcanzar esta meta y recordándome que lo que él tiene preparado para mi vida, es mucho más de lo que yo he podido imaginar.

### **A mi Hija**

Jimena, motor de mi vida y fuente de mi inspiración, que me instó a no conformarme sino a querer más de la vida, el cumplimiento de esta meta es por ti y para ti.

### **A mi Madre**

Rosamalia Girón Maddaleno, que en su lucha insaciable por la vida, se convirtió no solo en mi apoyo incondicional, sino también en mi confidente y mejor amiga; alcanzando juntas esta meta.

### **A mi Padre**

Lic. Fernando Aguilar de la Rosa, héroe de mi infancia y ahora el de mi hija, por su apoyo y conducción en el camino de la excelencia.

### **A mi Hermana**

Andrea, por su amor y apoyo en tantos momentos de flaqueza, por ser un ejemplo a seguir.

### **A mis Sobrinos**

Fernando, Camila y Andrea, quienes son fuente de amor para vivir con aminor de superación, siendo cada uno un latido de mi corazón.

### **A mi Tío**

Lic. José Antonio Aguilar, por su instrucción mediante las asombrosas historias de su vida.

### **A mi Familia en General**

Porque cada uno ocupa un lugar especial en mi corazón.

**A las Autoridades y  
Coordinación de la  
Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales**

Especialmente al Dr. Rolando Escobar Menaldo, (Decano), Dra. Claudia Caballeros de Baquix (Coordinadora) y Licda. Astrid Díaz de Reyes (Subcoordinadora) por el apoyo brindado y por ser un ejemplo de rectitud, liderazgo y amabilidad, mi respeto y admiración para ustedes.

**A los Profesionales**

Licda. Martha Patricia Barrios Pellecer, Msc. Ingrid Santos Monterroso, Msc. Surama Santos Monterroso Msc. Ronald Recinos, por ser parte fundamental en mi formación, por su comprensión y apoyo, por compartir sus experiencias profesionales y sabias enseñanzas, y por haber traspasado la barrera académica y haberme brindado su amistad, mis más alta consideración para ustedes.

**A la Facultad de  
Ciencias Jurídicas y  
Sociales del Campus  
de Quetzaltenango**

Por haberme cobijado en sus aulas y por brindarme la oportunidad de forjarme como profesional, guiándome en la búsqueda de la excelencia académica.

**A mis compañeros y  
Amigos**

Los que culminaron la carrera y a los que abanderaron su sueño en el camino, por haber emprendido juntos esta etapa de nuestras vidas, por las risas y consejos compartidos, por su amistad y por sus enseñanzas. Sin ustedes no hubiera sido lo mismo esta experiencia, a todos los llevo en mi corazón.

El futuro tiene muchos nombres. Para los débiles es lo inalcanzable. Para los temerosos lo desconocido. Para los valientes es la oportunidad. (Víctor Hugo)

## Índice

<b>Contenido.</b>	<b>No. Pág.</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>I</b>
<b>Capítulo I.</b>	
<b>1. La Pena.</b>	
1.1 Etimología. ....	1
1.2 Definición. ....	1
1.3 Características de la Pena. ....	2
1.4 Teorías de la Pena. ....	4
1.4.1 Teorías Absolutas. ....	5
1.4.2 Teorías Relativas. ....	5
1.4.3 Teorías Mixtas. ....	7
1.5 Fines de la Pena. ....	8
1.6 El Principio de Humanidad de la Pena.....	9
1.7 El Principio de Utilidad de la Pena. ....	10
1.8 El Principio de Proporcionalidad de la Pena. ....	10
1.8.1 Significado y Alcance del Principio de Proporcionalidad. ....	11
1.8.2 El Principio de Proporcionalidad en la Constitución Política de la República de Guatemala. ....	13
1.8.3 El Balance entre Proporcionalidad y los Bienes Jurídicos Tutelados. ....	14
1.8.4 La Proporcionalidad Concreta. ....	16
1.8.5 Reflexiones Finales. ....	19
1.9 Clasificación Doctrinaria de las Penas. ....	20
a. Penas Corporales. ....	20
b. Penas Privativas de Derechos. ....	20
c. Penas Privativas de Libertad. ....	20
d. Penas Pecuniarias. ....	21
1.10 Clasificación Legal de las Penas. ....	21
a. Penas Principales. ....	21
b. Penas Accesorias. ....	22
1.11 Las Antinomias de la Pena. ....	23

## Capítulo II.

### 2. Los Sistemas de Determinación de la Pena.

2.1	Definición. ....	25
2.2	Proceso Actual de la Determinación de la Pena. ....	26
2.3	Proceso de Determinación de la Pena en el Derecho Comparado. ....	29
2.3.1	Alemania. ....	29
2.3.2	España. ....	31
2.3.3	Argentina. ....	32
2.3.4	Guatemala. ....	34
2.3.5	Reflexiones Comparativas. ....	35
2.4	La Pena Privativa de Libertad. ....	37
2.4.1	Definición. ....	37
2.4.2	Elementos de la Pena Privativa de Libertad. ....	38
a.	Perdida de la Libertad Ambulatoria. ....	38
b.	Legislación Previamente Establecida. ....	39
c.	Internamiento en un Establecimiento Penitenciario. ....	39
d.	Favorecimiento de la Resocialización. ....	40
2.4.3	La Función de la Pena Privativa de Libertad. ....	41
2.4.4	El Fracaso en la Aplicación de la Pena Privativa de Libertad. ....	41

## Capítulo III.

### 3. De las Armas de Fuego.

3.1	Concepto Doctrinario de Armas. ....	44
3.2	Concepto Legal de Armas. ....	44
3.3	Armas de Gases. ....	45
3.4	Armas de Blancas. ....	45
3.5	Armas de Fuego. ....	46
3.6	Clasificación de las Armas de Fuego. ....	47
3.7	Características de las Armas de Fuego. ....	49
3.8	El Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego. ....	51
3.8.1	Generalidades. ....	51
3.8.2	Diferencia entre Tenencia y Portación de Arma de Fuego. ....	51

a.	Tenencia de Arma de Fuego. ....	51
b.	Portación de Arma de Fuego. ....	53
3.8.3	Elementos del Delito de Portación Ilegal de Arma de Fuego. ....	56
a.	Elemento Personal. ....	56
b.	Elemento Normativo. ....	57
b.	Elemento Local o del Lugar. ....	57
c.	Elemento Real. ....	57
d.	Elemento Dinámico. ....	58
e.	Elemento Circunstancial. ....	58
3.8.4	La Circunstancia de Peligro y el Bien Jurídico Tutelado. ....	58
3.9	Regulación del Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego en el Derecho Comparado. ....	62
3.9.1	Argentina. ....	62
3.9.2	México. ....	62
3.9.3	Colombia. ....	63
3.9.4	Chile. ....	64
3.9.5	Reflexiones Comparativas. ....	64

#### **Capítulo IV.**

#### **4. La Ponderación de los Bienes Jurídicos Tutelados en Relación a la Pena por el Delito de Portación Ilegal de Arma de Fuego.**

4.1	Análisis de la Actual Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala. ....	65
4.2	Bienes Jurídicos Tutelados por el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego. ....	69
4.3	La Proporcionalidad de la Pena en el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego. ....	71
4.4	La Individualización Judicial de la Pena en el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego. ....	77
4.5	El Antagonismo de la Pena de Prisión Establecida para el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego. ....	78

4.5.1	Restricción Legislativa. ....	80
4.5.2	La Excesiva Pena de Prisión Establecida para el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego. ....	82
4.5.3	La Desintegración Familiar. ....	85
4.5.4	La Improductiva Vida y la Pérdida de Derechos en el Interior de las Prisiones. ....	86
4.5.5	Fomentación de Nuevos Delincuentes en la Sociedad. ....	92
4.5.7	La Segregación Social Posterior al Cumplimiento de una Condena Excesiva de Pena de Prisión. ....	94
4.6	Sanciones Aleatorias a la Pena de Prisión Establecida para el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego. ....	96
4.6.1	Las Penas Alternativas o Sustitutivas de Prisión. ....	96
4.6.2	Clases de Penas o Medidas Alternativas a la Pena de Prisión. ....	98
a.	La Substitución por otra Medida Privativa de Libertad. ....	98
b.	La Substitución por otras Penas no Privativas de Libertad. ....	100
4.7	Al Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto No. 6 – 2013 del Congreso de la República. ....	104

## **Capítulo V.**

### **5. Presentación y Discusión de Resultados.**

5.1	Entrevistas Realizadas a: Abogados litigantes, Magísters, Jueces y Doctores en Derecho Penal. ....	106
	<b>Conclusiones.</b> ....	<b>110</b>
	<b>Recomendaciones.</b> ....	<b>114</b>
	<b>Referencias Consultadas.</b> ....	<b>114</b>
	<b>Anexos</b> .....	<b>119</b>
	Análisis de Resultados (Entrevistas). ....	120
	Cuadro de Cotejo. ....	150

## **Resumen.**

La presente tesis se titula "La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego", se basa en la problemática que representan las penas desproporcionales a los hechos cometidos, pues las mismas tienen un elevado costo para el Estado de Guatemala y para la sociedad en general, considerando que el sistema penitenciario guatemalteco no cumple con los fines para los que fue creado.

La investigación se divide en cuatro capítulos iniciando con una explicación sobre la pena en general, sus características, sus principios y sus fines. El segundo capítulo abarca los sistemas de determinación de la pena tanto en Guatemala como en el derecho comparado, el tercer capítulo se refiere a las armas y su clasificación. El cuarto capítulo se titula la ponderación de los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego, en él se consideran aspectos concretos sobre la proporcionalidad de la pena en el delito indicado, así como las consecuencias negativas de la misma y las alternativas que podrían ser tomadas en cuenta para evitar este mal. El último capítulo es el análisis y discusión de resultados, en el cuál se realizaron una serie de entrevistas sobre el tema a abogados litigantes, magísters, jueces y doctores en derecho penal.

## **Introducción.**

El Derecho Penal, es el mecanismo que posee todo Estado de Derecho para resguardar el orden social dentro de sus instituciones. En este sentido el Estado de Guatemala tiene como herramienta el Decreto 17-73 del Congreso de la República (Código Penal), así como distintas leyes especiales que regulan una serie de delitos específicos, siendo una de ellas la Ley de Armas y Municiones contenida en el Decreto 15-2009 emanada del mismo órgano legislativo.

En la actualidad existe un número considerable de conductas típicas, cuya realización es sancionada con penas consideradas elevadas al hecho acaecido, es en estas situaciones en las cuáles se evidencia una desproporcionalidad total de la pena, incumpliendo ésta última con su fin supremo el cual es la protección de los bienes jurídicos tutelados por el Estado, la eliminación de la violencia y en términos generales el resguardo del orden social. El Estado de Guatemala al contemplar penas elevadas que desatienden su naturaleza misma, ha manifestado su incapacidad para resolver la conflictividad social que actualmente impera en el país.

Toda acción antijurídica tiene una razón de ser, en la que se basa la responsabilidad y culpabilidad del autor; estos dos aspectos deben ser altamente considerados al momento de dictaminar la sanción penal respectiva, pues si bien, la pena es un castigo, el mismo no debe causar un daño mayor al efectivamente producido. Dentro de las teorías de determinación de la pena la que más ha sobresalido en la época moderna, es la que adecúa la pena proporcional al hecho cometido, dotando así, de un mayor margen de maniobra a los órganos judiciales, evitando una manifestación abstracta y dictaminando de conformidad al caso concreto y todos los elementos concurrentes.

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad

concreta).<sup>1</sup> El legislador debe tener en cuenta un balance de valores en el momento de la determinación de las penas, ello con el ánimo de cumplir eficazmente la función de prevención general del delito. Se deben valorar los bienes jurídicos tutelados y los bienes y derechos con que cuenta la persona que infringió el ordenamiento jurídico penal, para que exista coherencia entre la pena que se impone y el daño causado.

En el Decreto 15-2009 Ley de Armas y Municiones; en el artículo 123, se encuentra tipificada la conducta de portación ilegal de arma de fuego, sancionándose la misma con una pena privativa de libertad que oscila entre los 8 a 10 años de prisión; siendo un claro ejemplo de la problemática planteada, pues se evidencia una pena no proporcional al hecho, considerando que no se trata de un delito de resultado en los que el daño ya se ha producido, sino por el contrario es un delito de peligro y de mera actividad en el que se tipifica la amenaza de alguna posible acción u omisión que provoque un riesgo real para los bienes jurídicos tutelados, en otras palabras, éste peligro se encuentra presunto, la acción es considerada un delito, sin importar que efectivamente se produzca algún daño a la sociedad. En muchas ocasiones las penas para este tipo de delitos han ido en aumento y se ha llegado a tipificar conductas que en realidad son consideradas como infracciones administrativas.

La Ley del Organismo Judicial de la República de Guatemala, en su artículo 3 contempla que *"Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia..."*; Sin embargo tomando en cuenta la realidad multilingüe y pluricultural del país, es un hecho que la mayoría de la población, desconoce las leyes principales, aún con más razón las leyes penales especiales; en este sentido una persona puede intuir que portar un arma de fuego sin tener la licencia respectiva puede considerarse como una conducta antijurídica, pero puede creer que por tal hecho se le impondrá una multa, la cual estará dispuesta a pagar a cambio de mantener su seguridad y la de su familia, pues se ve con la necesidad de portar un arma de fuego para brindarse una autoprotección que el Estado no le puede brindar, además lo hace en orden al derecho de portación

---

<sup>1</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. *Acto, resultado y proporcionalidad*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Chile. Editorial Algasa. 1982. página 381.

reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala, la ley lo reconoce por la realidad social y cultural de violencia que impera en el país. Es en estas situaciones en las cuáles surge la necesidad de la racionalización de las penas, pues no todos los casos son iguales, debiéndose establecer un catálogo de factores que permitan la imposición de penas proporcionales al hecho cometido.

La presente investigación pretende establecer que las altas tasas de criminalidad de un país, no se combaten por medio de una irracional penalización de algunos hechos antijurídicos, para lo cual se dará respuesta a la siguiente pregunta: ¿Existe violación al principio de proporcionalidad en la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego y qué argumentos jurídicos sostiene la ponderación de los bienes jurídicos tutelados?, para responder la interrogante se tienen como objetivos establecer si existe violación al principio de proporcionalidad de la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego, se analizarán los requisitos y características que debe cumplir una sanción o pena establecida en un tipo penal para alcanzar los fines para los que fue estipulada, se contrastarán doctrinariamente los distintos sistemas de determinación de la pena en el derecho comparado, y por último se establecerá la ponderación de los bienes jurídicos tutelados en el delito de portación ilegal de arma de fuego, sin dejar de considerar la última reforma realizada al Código Procesal Penal de Guatemala, contenida en el Decreto 6-2013 del Congreso de la República, en donde se prohíbe otorgar medidas sustitutivas a los reincidentes del delito en mención.

Resulta importante destacar que la mera portación de un arma de fuego, pone en peligro el bien jurídico tutelado de la seguridad y tranquilidad pública, además de la vida y la integridad de las personas, independientemente que se cuente o no con la autorización respectiva, es decir, con la licencia. Debido a que no es una autorización lo que garantiza la protección de los bienes jurídicos tutelados, sino, la personalidad de un individuo, su conducta y su estado emocional psicológico, pues en caso contrario, se debería reglamentar la exigencia de una autorización para portar distintos objetos, que aunque no constituyen armas de fuego pueden ser utilizados como armas y causar algún daño en un momento determinado, como por ejemplo, un cuchillo de cocina.

La doctrina es clara, de la sanción penal de este tipo de delitos, puede devenir inconstitucionales penas desproporcionadas, por consiguiente, efectos sociales irreversibles, pues la omisión administrativa, la omisión de un simple requisito, no refleja el daño concreto ocasionado con la portación de un arma de fuego. El fin buscado consiste en brindar un análisis sobre la proporcionalidad de la pena en el delito de portación ilegal de arma de fuego, considerando los bienes jurídicos tutelados por la misma y comprendiendo el sentido que debe tener la pena, como reacción del Estado, para sancionar a quiénes transgreden el ordenamiento jurídico penal, entendiendo que la proporción de la misma es complicada y va a depender de las concepciones penales ante el fenómeno delictivo.

## Capítulo I.

### 1. La Pena.

#### 1.1 Etimología.

El antecedente que mayor influencia etimológica ha tenido, es aquel que sitúa el origen de la palabra pena al latín "*poena*"; cuya significación tiene relación con los términos de castigo o suplicio. Manifestando dicha expresión en la antigüedad un mal, en definitiva.

En el período científico actual se observa a la pena como un tratamiento, en el cual, el fin de la misma no es castigar para afectar al sujeto, sino que rebasa ese límite y busca la readaptación del mismo; obteniendo así una efectiva protección de la sociedad.

#### 1.2 Definición.

Considerando que la pena es el mecanismo que tiene el Estado para resguardar el orden social se puede definir de la siguiente manera:

*"La pena es la coerción estatal que tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención especial resocializadora de futuras conductas delictivas de parte del autor".<sup>2</sup>*

De la definición precedente sobresale la prevención hacia el futuro como cumplimiento del fin de la pena; si se toma en cuenta el hecho concreto de que al autor de un delito se le priva de determinados bienes que le corresponden, se puede agregar la definición siguiente:

*"La pena es en definitiva, la privación de bienes jurídicos prevista en la ley e impuesta por los órganos judiciales al responsable de un delito".<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general I*, Pág. 64.

<sup>3</sup> Citado por Madrazo Mazariegos, Sergio y Danilo, *Teoría de la pena: Utopía o realidad*, Magna Terra Editores, Guatemala, 2008, Pág. 17.

Siendo de esta manera como la pena además de ser un mecanismo del Estado para resguardar el orden social dentro de su territorio, al aplicar la misma, se protege a la sociedad de que la persona que ha delinuido no vuelva a delinquir en el futuro, privándolo de ciertos bienes jurídicos y aplicando el tratamiento correspondiente para reinsertarlo en la sociedad.

Los coautores Sergio y Danilo Madrazo Mazariegos, en su libro *“Teoría de la pena: Utopía o realidad”*, destacan la importancia que radica dentro de la normativa penal guatemalteca, al mencionar el artículo uno del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, el cuál contiene la máxima *“nullum poena, sine lege”*, que significa que no se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad. Como también en el artículo 17 constitucional se expresa: *“... No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penados con ley anterior a su perpetración”*.

La aplicabilidad de la pena radica entonces, en la anterioridad de su establecimiento para las distintas conductas delictivas, pues no es punible de ninguna manera algo que aún no está contemplado dentro de la gama de la normativa penal, desechando la analogía desde todo punto de vista.

### **1.3 Características de la Pena.**

Los coautores Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, en su texto *“Consecuencias jurídicas del delito”*<sup>4</sup>, consideran que las características de la pena son las siguientes:

#### **a. Personal.**

La pena se impone al autor culpable y nunca puede extenderse a parientes próximos e incluso a sus siervos.

---

<sup>4</sup> *Ibid.* Pág. 22.

Es decir, que la pena la debe cumplir el autor y no el hermano o el tío del mismo; pues el tratamiento que conlleva la misma surtirá efectos sobre quién efectivamente transgredió el ordenamiento penal.

**b. Necesaria y suficiente.**

Dicho en palabras de Roxin: *"La pena, como el derecho penal, es un mal necesario, que cuando pierde su necesidad, queda únicamente el mal"*.<sup>5</sup>

El legislador guatemalteco estima que la pena para el delincuente habitual es insuficiente, pues en el artículo 27, inciso 24, en complemento con el artículo 33, ambos del Código Penal, en virtud de que la primera de las normas citadas establece que al delincuente habitual se le impondrá el doble de la pena; y la segunda norma relacionada establece que, además de aquella, el delincuente habitual quedará sujeto a medidas de seguridad. En síntesis, la pena más cruel no es la más grave sino la más inútil.<sup>6</sup>

Es en este sentido, en donde se manifiesta una vez más la necesidad de la proporcionalidad de las penas, pues el correspondiente tratamiento para el delincuente no puede producirle un daño mayor que el mismo daño causado por el sujeto.

**c. Pronta e ineludible.**

El autor Beccaria manifiesta al respecto que: *"lo más intimidante no es la gravedad de la pena, sino la certeza. Cuánto más segura, más pronta y más próxima al delito cometido sea la pena, tanto más justa y más útil será"*.<sup>7</sup>

A ningún Estado de Derecho le es funcional un catálogo drástico de distintas sanciones, si las mismas pueden ser evadidas e incumplidas o impuestas mucho tiempo después del delito cometido, la certeza de que el derecho penal es de incorruptible cumplimiento, es lo que hace eficaz dicha normativa.

---

<sup>5</sup> *Ibid.* Pág. 22.

<sup>6</sup> *Ibid.* Pág. 23.

<sup>7</sup> *Loc. cit.*

#### **d. Proporcional.**

*“La adecuación de la gravedad de la pena a la del delito es requisito de aceptación social y de aplicación funcional. De otro modo no se puede prevenir, ya que castigar más lo leve que lo grave es, como ha observado Gimbernat, una invitación a realizar esto”.*<sup>8</sup>

Existen conductas que se enmarcan como meras faltas administrativas, que pueden llegar a tener penas iguales o mayores que las establecidas para hechos graves que resguardan bienes jurídicos tutelados concretos dentro de la sociedad. Debe entonces existir equilibrio y coherencia entre el hecho cometido y la aplicabilidad de la sanción respectiva.

#### **e. Individualizada.**

*“Se refiere al proceso tendente a tomar la pena abstracta y adaptarla a las necesidades preventivas suscitadas por el caso en cuestión”.*<sup>9</sup>

Lo precedente significa, que no resulta adecuada la imposición de una pena, sin considerar cada uno de los elementos que presenta la plataforma fáctica del caso concreto, pues no todos los casos son iguales y cada uno merece un estudio profundo e individualizado.

### **1.4 Teorías de la Pena.**

Se han argumentado distintas teorías sobre la razón de ser y los fines que debe cumplir la pena, siendo las más destacadas: las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías mixtas, las cuáles se abordarán a continuación:

---

<sup>8</sup> *Ibid.* Pág. 24.

<sup>9</sup> *Loc. cit.*

### **1.4.1 Teorías Absolutas.**

El postulado principal de estas teorías radica en que *"el bien merece el bien, el mal merece el mal"*, careciendo la pena de una finalidad práctica, exigiendo la justicia absoluta.

Se clasifican en reparatorias y retribucionistas, según sea a título de reparación o de retribución la pena que debe sufrir el delincuente, considerándose como la justa consecuencia por el delito cometido.

### **1.4.2 Teorías Relativas.**

En estas teorías, la pena encuentra su fundamento en su propia finalidad, siendo un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Se dividen en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

#### **a. Teorías de la prevención general.**

La intimidación de la generalidad de los ciudadanos para que se aparten de la comisión de hechos delictivos, es el fin de la pena.

*"Esta teoría persigue el evitar la comisión de nuevos delitos por parte de todos los ciudadanos, y con independencia de que en algún momento anterior hayan o no delinquido. Se refiere al sentido y el fin de la pena, en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad".<sup>10</sup>*

Estas teorías a su vez se subdividen en positivas y negativas: *"La clasificación moderna divide a la prevención general en negativa y positiva. Mientras la negativa o intimidatoria parte de la relación estímulo-respuesta en la búsqueda de la intimidación en los eventuales delincuentes; la positiva o integradora, alude a la incidencia de la*

---

<sup>10</sup> *Ibid.* Pág. 47.

*pena en la conciencia jurídica, a la activación de los mecanismos de autocontrol valorativos, en búsqueda de la estabilidad en la confianza de la comunidad en el derecho”.*<sup>11</sup>

El fin de la pena que observan estas teorías es la abstención de delitos por medio de la amenaza de la pena dirigida a la colectividad.

#### **b. Teorías de la prevención especial.**

Apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, a través de su corrección y educación, es el fin de la pena para estas teorías.

*“Se refiere a la necesidad de justificar la pena, en el fin de prevenir nuevos delitos del autor, no se dirige a la colectividad, sino a una persona determinada, al sujeto que ya ha delinquido. Su pretensión, en definitiva, es evitar que aquel que delinquirió lo vuelva a hacer”.*<sup>12</sup>

Se hace referencia entonces al tratamiento específico para cada delincuente, para que en razón de la gravedad del hecho cometido, se haga conciencia de la consecuencia que la trasgresión del ordenamiento penal conlleva.

*“El autor Von Liszt, distingue tres clases de delincuentes: el delincuente ocasional, para el que la pena constituye un recordatorio que le inhiba de posteriores delitos; al delincuente no ocasional, pero corregible, en el que la pena debe producir un efecto de corrección y resocialización; y, por último, el delincuente habitual incorregible para el que la pena debe producir un efecto inocuizador”.*<sup>13</sup>

Del párrafo anterior se determina la existencia de ciertos sujetos cuya satisfacción radica en el mal o en el daño causado, restándole importancia a la consecuencia jurídica que se le impone por la realización del mismo; así como la existencia de

---

<sup>11</sup> *Ibid.* Pág. 48.

<sup>12</sup> *Ibid.* Pág. 57.

<sup>13</sup> *Ibid.* Pág. 58.

delincuentes que efectivamente cometieron un delito pero que con el tratamiento penitenciario brindado, al cumplir su condena pueden reinsertarse a la sociedad; sin embargo, existen disposiciones normativas en los que se consideran delitos a meras gestiones administrativas y que son sancionados con penas graves que en ningún momento cumplen con la función educadora y rehabilitadora de la persona.

En ese orden de ideas la subdivisión de estas teorías, se explica de la manera siguiente: *"Partiendo de esa clasificación, afirma Demetrio Crespo, se encuentra dentro de la prevención especial dos tipos o modalidades, la prevención especial positiva, mediante la cual se pretende que el autor del delito no delinca más en el futuro, logrando la resocialización del mismo a través de la pena; y la prevención especial negativa que pretende evitar la peligrosidad del autor en la sociedad, mediante la inocuización del mismo".*<sup>14</sup>

Es así como el autor consciente de sus actos, se beneficia a través del tratamiento que se le brinda con la pena correspondiente, mientras que el sujeto inconsciente de sus actos se ve apartado totalmente de la sociedad, pues sólo de esta manera se impide que siga haciendo daño.

### **1.4.3 Teorías Mixtas.**

Proponen teorías multidisciplinarias, combinando fines preventivos y retributivos, configurando un sistema que recoja los aspectos positivos de cada una de las teorías anteriores.

Según Castellanos, citando a Rossi, indica *"que éste autor toma como base el orden moral, externo o inmutable, preexistente a todas las cosas; junto a él existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y una relativa. Esta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda*

---

<sup>14</sup> *Ibid.* Pág. 59.

*su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad”.*<sup>15</sup>

Al respecto, la sociedad se protege, de la manera en que se tutelen los más elementales bienes jurídicos para su coexistencia.

### **1.5 Fines de la Pena.**

La razón de ser de la pena radica en su finalidad, constituyéndose como sus fines principales los siguientes:

#### **a. De corrección:**

La pena, antes que todo, debe lograr corregir al sujeto; es decir, debe cumplir con la readaptación social de la persona que delinquirió, esto se encuentra en el artículo 19 constitucional, el cual expresa: “... *El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos...*”.

No se pretende castigar y afectar al delincuente, sino que se busca brindarle un tratamiento apropiado, para que una vez cumplida su sentencia, el mismo se abstenga de volver a delinquir.

#### **b. De protección:**

La pena debe proteger a la sociedad, al mantener el orden social y jurídico. Si no existiera sociedad a la cual proteger la pena carecería de sentido; pero existiendo efectivamente una colectividad de personas habitando dentro de un ordenamiento

---

<sup>15</sup> Castellanos, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal, parte general*, 26ª. Ed. México, Ed. Porrúa S.A, 1988, Pág. 77.

jurídico determinado, se debe pretender que esa convivencia sea de manera pacífica y armoniosa.

### **c. De intimidación:**

La pena debe atemorizar y funcionar de modo que inhiba a las personas para no delinquir. La consecuencia jurídica del delito como tal, debe establecer claramente la sanción que sufrirá el autor de determinada conducta, para que de esta manera el sujeto a través de una operación lógica se abstenga de delinquir al colocar en una balanza los distintos bienes jurídicos que se ven amenazados en la norma.

## **1.6 El Principio de Humanidad de la Pena.**

En el capítulo XV de su tratado, César Beccaria hace referencia a la suavidad de las penas y sostiene que la pena debe ser proporcional al delito y debe desterrarse de ella, cualquier rastro de atrocidad, ya que de lo contrario, este hecho representa en primer lugar para el posible infractor, un estimulante que lo invita a desafiarla, obviamente con miras a jamás tener que probar su eficacia y en segundo una especie de escuela del delito, donde el legislador guía al delincuente, mostrándole todas las puertas que existen para violentar el estado de derecho. *“Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados y la severidad del juez inexorable, la cual, para que sea una provechosa virtud, deben ir acompañada de una legislación suave”*.<sup>16</sup>

El principio de humanidad de la pena, surge entonces, como consecuencia de la evolución en el transcurso del tiempo, de la severidad de los castigos aplicables a quién transgredía el ordenamiento penal, convirtiéndola precisamente en una pena humana con la cual se alcance el cumplimiento de sus fines.

---

<sup>16</sup> Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., 1994, Pág. 130.

## **1.7 El Principio de Utilidad de la Pena.**

La preservación de los derechos humanos, es el fundamento esencial de la justicia penal y de la justicia social; que sustentan la política criminal y el sistema penal de un país.

El costo social de la pena es alto, destructor e invasivo, y no justifica su efecto bienhechor en el delincuente ni su capacidad resolutoria de conflictos sociales.

La tutela de los bienes jurídicos ajenos es lo que respalda el sentido de utilidad de la pena, constituyéndose dicha tutela en la justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. Es decir, que el Estado debe tutelar la seguridad de la sociedad respetando el valor de la libertad de conciencia, la igualdad del tratamiento penal y la mínima intervención de la violencia punitiva, de lo contrario, el poder del Estado se aniquilaría así mismo y si dejare de tener poder coactivo, se manifestaría en una mera recomendación sólo éticamente vinculante.

## **1.8 El Principio de Proporcionalidad de la Pena.**

El componente retributivo se manifiesta como el alma de la pena, en otras palabras: *“Ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un arcano y profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia”*.<sup>17</sup>

El Organismo Legislativo, ha establecido distintos factores al momento de la determinación de la pena, ello como respuesta de la necesidad de proteger distintos bienes jurídicos fundamentales. Es así, como se han criminalizado nuevas conductas, llegando a anticipar la tutela jurídica de determinados bienes jurídicos que en sí mismos no han sido lesionados ni puestos en peligro de manera inmediata, existiendo una

---

<sup>17</sup> Genealogía de la moral. Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la moral*. Disponible en: [http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche, Friedrich](http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,%20Friedrich). Consultado el 05/06/2013.

incongruencia en la elevación significativa de las penas para algunas conductas determinadas.

Actualmente se promociona la inoquización de la persona que infringe el ordenamiento jurídico penal, en presupuestos que no guardan congruencia alguna con el hecho que se ha cometido, erosionando el principio de proporcionalidad de la pena, de esta manera no se cumple con los fines de la pena como lo son la readaptación y reeducación del delincuente.

El autor Kant ha defendido el imperativo de no instrumentalización humana, y en consideración a ello, no es casual que autores como Novoa,<sup>18</sup> entre otros, hayan constatado una nueva huida al retribucionismo como único modo de soslayar la excesiva intervención del derecho penal, ya que finalmente la retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía en favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido.<sup>19</sup> Así, la retribución explicaría la idea de que la culpabilidad es mensurable desde el prisma de la gravedad del hecho.<sup>20</sup>

### **1.8.1 Significado y Alcance del Principio de Proporcionalidad.**

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).<sup>21</sup>

La sanciones penales se establecen, como el medio para proteger a la sociedad de determinado peligro o daño, es decir, para prevenir comportamientos delictivos, pero en

---

<sup>18</sup> Novoa, Monreal. *Curso de Derecho Penal*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Pág. 272.

<sup>19</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, 7ma. Ed. Editorial Reppertor, 2005, Pág. 87.

<sup>20</sup> Choclán Montalvo, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. Madrid, Editorial Cole, 1997, Pág. 59.

<sup>21</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. *Acto, resultado y proporcionalidad*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1982. Pág. 381.

esta prevención no se puede prescindir del principio de proporcionalidad, pues mismo representa la garantía de que al autor del delito no se le castigará provocándole un mal mayor al que el efectivamente hubiere causado.

Para que se otorgue efectivamente el respeto al principio de proporcionalidad, el legislador debe considerar un equilibrio de valores y bienes jurídicos tutelados al momento de la determinación de la pena, colocando por un lado los bienes que debe proteger y por el otro, el aprecio que el eventual delincuente siente por los bienes de los cuáles se le amenaza con privarlo. Dicho balance debe operar a favor del individuo en obediencia a que como señala el autor Novoa Monreal *"el ideal jurídico es que la pena llene el más alto grado de su función y sus fines inherentes, con el mínimo del mal para el delincuente. Solamente así se logra un régimen sancionatorio que sea, al mismo tiempo, eficiente y respetuoso de la persona humana"*.<sup>22</sup>

Al respecto, el profesor Silva Sánchez señala: *"La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también y sobre todo, una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena."*<sup>23</sup>

Lo anterior se puede ejemplificar en el sentido de que los delitos de resultado deben ser castigados más severamente que los delitos de mera actividad, y que la existencia de dolo debe significar una pena mayor que la ausencia de él, o el tratamiento distinto para los infractores menores de edad. Es decir, la proporcionalidad va de la mano con las diferencias existentes en cada caso concreto, variando según circunstancias específicas que deben ser valoradas.

---

<sup>22</sup> Novoa Monreal. *Op. Cit.*, Pág. 274.

<sup>23</sup> La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo. Silva Sánchez, Jesús María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo*. En Indret, Revista para el Análisis del Derecho N°2, disponible en: <http://www.indret.com>, consultado el 15/06/2013.

### **1.8.2 El Principio de Proporcionalidad en la Constitución Política de la República de Guatemala.**

El principio de proporcionalidad de la pena no se encuentra expresamente establecido dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, sin embargo, dicho principio se encuentra inmerso en otras disposiciones que imponen el respeto a la justicia, a la dignidad y a la protección a la persona, por ejemplo. Es decir, la Constitución defiende y promulga la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena.

En España, por ejemplo, se establece el reconocimiento y rango constitucional del principio de proporcionalidad y para ello se han invocado diversos artículos como la prohibición de las penas o tratos inhumanos o degradantes, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el reconocimiento de la dignidad de las personas, entre otros.<sup>24</sup>

La Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala ha expuesto, sobre el entendimiento del artículo 2º. de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo siguiente:

*“... al referirse a los deberes del Estado respecto a los habitantes de la República, le impone la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, como son los de la justicia y el desarrollo integral de la persona, para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que pueden ser no solo individuales sino también sociales...”*<sup>25</sup>

La finalidad del sistema penitenciario guatemalteco, está contemplado en el artículo 19 constitucional, indicando que se proporcionará al condenado aquellas condiciones

---

<sup>24</sup> Luzón Peña, Diego, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Editorial Universitas, S.A., 1996, Pág. 86.

<sup>25</sup> Corte de Constitucionalidad. Sentencia del 17 de septiembre de 1986, expediente 12-86, gaceta número 1. Pág. 3.

necesarias para su rehabilitación y desarrollo personal, que le permitan reintegrarse a la sociedad una vez cumplida la sentencia. Circunstancias o finalidades que son imposibles de alcanzar cuando existe una pena desproporcional al hecho cometido.

Aplicando la hermenéutica constitucional, el profesor Humberto Nogueira Alcalá, sostiene que el principio en estudio se encuentra integrado constitucionalmente en la prohibición general de arbitrariedad, así como en las garantías establecidas en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos, además del valor justicia inherente al derecho, de este modo señala que:

*“... el principio de proporcionalidad opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio del Estado de Derecho, es en virtud del contenido esencial de los derechos que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos”.*<sup>26</sup>

De lo anteriormente manifestado se destaca el hecho de que el juzgador debe evaluar el efecto social que producen sus decisiones; determinando si el beneficio que recibe la sociedad, como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal, es mayor que el costo de restringir o limitar un derecho fundamental en conflicto. Resultando imposible negar que el principio de proporcionalidad de la pena emana desde el pilar fundamental del ordenamiento jurídico del Estado de Guatemala, vinculando la gravedad de la sanción con la intensidad del daño causado.

### **1.8.3 El Balance entre Proporcionalidad y Los Bienes Jurídicos Tutelados.**

Al momento de la aplicabilidad de la pena se debe tener en consideración la relación respecto a los bienes jurídicos que la misma tutela, pues el derecho penal no satisface su función por las penas sino por las prohibiciones de dañar determinados bienes jurídicos, es decir, como instrumento de prevención.

---

<sup>26</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática constitucional*, Chile, Editorial Universidad de Talca, 1997. Pág.184.

Para que ello sea efectivo se debe tener un balance o equilibrio entre los bienes jurídicos que merecen la tutela penal y la proporcionalidad de la pena a imponer si se transgrede uno de ellos, lo anterior se logra valorando de manera concreta si el sacrificio de un determinado interés permite la satisfacción de otro interés concurrente. En este sentido, se debe ponderar la existencia de penas alternativas como sanciones menores cuando la conducta castigada no sea gravemente lesiva para la sociedad, el organismo legislativo debe considerar opciones en donde se logre cumplir con los fines de la pena sin violentar el principio de proporcionalidad, para no afectar derechos fundamentales o bien restringirlos en menor medida.

Para obtener una adecuada proporcionalidad entre la pena y los bienes jurídicos tutelados por ella, se debe colocar en una balanza los intereses individuales en contraposición con el interés de la colectividad que se trata de cautelar, ello en relación con el principio constitucional de que el interés general prevalece sobre el interés particular y en base a ello establecer la pena adecuada para el delito cometido.

La pena para determinado delito, será desproporcional si en su determinación no se realiza la valoración entre los bienes jurídicos tutelados en interés de la colectividad y la restricción de los derechos individuales de la persona que será sancionada, pues debe existir coherencia entre uno y otro.

Ningún caso es igual a otro, existen presupuestos tan distintos que merecen ser valorados cada cual de modo diferente, en muchas ocasiones los motivos que llevan al sujeto al delinquir son considerados humanos o necesarios, aunque no justificables por supuesto, tal es el caso de un sujeto de situación no favorable socio económicamente y plenamente motivable por la norma, que comete el delito de hurto para dar de comer a sus hijos, en otras ocasiones el dolo es manifiesto y las motivaciones son específicas y la manera de delinquir denota peligrosidad social, como una violación por ejemplo; es estas circunstancias en donde opera el balance aludido entre los bienes jurídicos tutelados y la proporcionalidad de la pena a imponer.

Para que se respete el Estado de Derecho, se debe acudir a las teorías retributivas de la pena, ya abordadas anteriormente, las cuáles exigen que la sanción que se impone no se traduzca en un daño más grave, que el mal causado por el infractor. Se manifiesta la exigencia de que el castigo sea acorde al ataque efectivo de los bienes jurídicos tutelados en beneficio de la sociedad; es decir, se aboga por la proporcionalidad de la pena.

Desde todo punto de vista el Estado no debe desconocer el daño social provocado por el delito, pero siempre considerando las distintas valoraciones asignadas a los bienes jurídicos tutelados. Para hacer efectiva una prevención general positiva se debe respetar la regla de que los delitos más graves tengan asignada una pena más elevada que los delitos menos graves. Además ello significa hacer entender a la sociedad el balance existente entre las distintas valoraciones que se otorgan a determinados bienes jurídicos y los distintos grados de protección que se otorgan. Evitando que la persona que tiene el ánimo de delinquir realice tal o cual conducta si la misma tiene una pena elevada, pero dicha pena debe tener concordancia a la conducta que se tipifica, en este sentido, se dice que al delincuente no le resultaría agradable realizar algunos delitos cuando las penas son mayores respecto a los delitos de menor entidad.<sup>27</sup>

#### **1.8.4 La Proporcionalidad Concreta.**

Al hacer referencia a la proporcionalidad concreta, se dice que en este proceso le corresponde al juez determinar la exacta y definitiva medida de la pena que ha de imponerse al condenado, valorando todas y cada una de las circunstancias que rodearon al hecho, en otras palabras, *"esta actividad pertenece a una esfera de competencia exclusiva de la jurisdicción en tanto en cuanto se determina una cuantificación exacta de la reacción penal al caso concreto."*<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Etcheberry, *Op. Cit.* Pág. 35.

<sup>28</sup> De La Mata, Barranco, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal.* Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007. Pág. 271.

El autor Garrido Montt, sostiene que los límites operativos en el proceso de individualización de discrecionalidad relativa, estarían dados por el respeto a los principios jurídicos que orientan la pena y a los fines que esta persigue, refiriéndose a la prevención general, prevención especial, merecimiento y necesidad de la pena. Este autor señala que en este juicio de valoración debe incluirse como objeto la culpabilidad del sujeto en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar las eventuales consecuencias que le acarrearán la pena en su vida posterior; así mismo, debe apreciar bajo su propio criterio la entidad de la lesión o peligro que ha sufrido el bien jurídico respectivo, y luego los otros efectos perjudiciales que directamente emanen del delito, sin perjuicio de los que hayan sido ya considerados por el legislador al describir el tipo penal.<sup>29</sup>

Novoa, defiende en este punto la idea de que en la elección y magnitud de la pena impuesta, las características personales sean tomadas en cuenta junto a las circunstancias objetivas concurrentes de la violación jurídica, con el objeto de otorgar una mayor eficacia en el ámbito de los fines utilitarios que la sociedad busca con la pena.<sup>30</sup>

En un juicio de proporcionalidad están en juego y deben valorarse los aspectos contenidos en el artículo 65 del Código penal guatemalteco, factores subjetivos tales como la edad, estado psicológico, educación, salud, entorno social, económico y familiar, así como las consecuencias previsibles que podría tener la pena en su futura vida.<sup>31</sup> Excluyendo todos aquellos datos que no tengan vinculación directa con el hecho cometido sin considerar la personalidad individual.

La gravedad de la pena es determinada por el poder legislativo y materializada a través de las distintas leyes de la república, y se supone que se debe tener en cuenta la balanza de valores y bienes jurídicos tutelados en relación con el daño causado.

---

<sup>29</sup> Garrido Montt, M. *Valoración de la culpabilidad en la pena*. Argentina, editorial Leyer, 2007, Págs. 314 y 315.

<sup>30</sup> Novoa Monreal, *Op. Cit.* Págs. 348 y 349.

<sup>31</sup> De la Mata Barranco, Norberto J. *Op. Cit.* Pág. 271.

Los factores y circunstancias esenciales que se deben tomar en cuenta para establecer la proporcionalidad de la pena en relación con el hecho cometido se clasifican de la manera siguiente:

**a. Factores y circunstancias objetivas:**

Los factores y circunstancias objetivas, son aquellos criterios que no fueron abarcados previamente en la configuración de la pena, tales como: la lesión o el grado de peligro al cual fue expuesto el bien jurídico, la densidad del daño efectivamente causado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como las modalidades de comisión del hecho antijurídico.

**b. Factores y circunstancias subjetivas:**

Los factores y circunstancias subjetivas, consideran todos aquellos aspectos que determinen el criterio de si los hechos son expresión de una inclinación criminal o tan sólo se presentan como delitos ocasionales desconectados entre sí, tales como el valor o desvalor ético de los motivos de actuación, al momento de la comisión del hecho antijurídico. Para no obtener como resultado una violación al principio de proporcionalidad de la pena, el Juez debe considerar los factores y circunstancias tanto objetivas como las subjetivas de cada caso concreto; pues en su deber de hacer justicia no puede dejar de aplicar la ley e imponer una pena distinta que la que corresponde legalmente, pero surge la necesidad entonces de que el Organismo Legislativo establezca la posibilidad de que el juez pueda prescindir de la pena, cuando esta sea evidentemente desproporcionada o innecesaria, como resultado de la operación de valoración entre los bienes jurídicos tutelados y los factores y circunstancias ya aludidas. Esto es lo que ocurre en Alemania, donde varias disposiciones permiten al juez, a pesar de que ya se encuentre establecido el hecho materialmente punible, atenuar o bien prescindir de la pena por consideraciones de interés público, intereses de política criminal, e incluso, por la presencia de un efectivo arrepentimiento.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Wolter, Jürgen. *Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena.* Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004 Págs. 37 y 38.

### 1.8.5 Reflexiones Finales.

Actualmente existe un rígido legalismo respecto al sistema de individualización judicial de la pena, no se permite al juzgador con un margen de valoración amplio en donde pueda lograr un equilibrio entre los distintos factores y circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso concreto y los bienes jurídicos tutelados, pues, frente a una limitada y relativa discreción judicial, se determina para el sujeto que infringe el ordenamiento jurídico penal un margen operacional que oscila entre varios años de prisión.

Debe existir un correcto equilibrio en la selección como en la determinación de la pena, permitiendo al juez, una instancia en donde realice una actividad político criminal de primera magnitud.<sup>33</sup> Siendo responsable el juez de la prueba producida respecto de los hechos que a su criterio influyen en la mayor y menor medida de la pena exacta a imponer.

Cada delito y la forma en que se realiza en la realidad puede tomar una variedad de formas como la mente humana sea capaz de concebir, lo importante es que el juez explique cómo es que el resultado de esta actividad de individualización exacta de la pena ha observado una interpretación ponderada de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho y el modo en que ha procedido a ponderar retrospectivamente su gravedad, por un lado y la reacción penal por el otro, situándose en una posición que siempre otorgue favorecimiento a los derechos fundamentales del individuo, especialmente en la relación con su libertad personal.

---

<sup>33</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*, Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Edersa, 2007. Pág. 3.

## **1.9 Clasificación Doctrinaria de las Penas.**

### **a. Penas corporales:**

En sentido estricto, las penas corporales son las que afectan a la integridad física, siendo las siguientes:

1. Tortura: Se considera un trato inhumano o degradante y que va contra los derechos fundamentales, pero en muchos países se sigue usando, tales como: azotes, amputaciones, etc.
2. Pena de muerte: Es la pena más drástica, prohibida en muchos países. Se refiere a la pena privativa de la vida y está reconocida en la legislación de Guatemala en la ley fundamental.
3. Penas infames: Son aquellas penas que afectan el honor de la persona, son comunes en los delitos militares, tales como la degradación. El ejemplo más común es la publicación de la sentencia.

### **b. Penas privativas de derechos:**

Son aquellas penas que impiden el ejercicio de ciertos derechos, generalmente políticos, privan de ciertos cargos o profesiones e inhabilitan para su ejercicio. En la actualidad son muy comunes la privación del derecho de conducción de vehículos de motor y la privación del derecho al uso de armas.

### **c. Penas privativas de libertad:**

Se denomina de esta forma a la pena emitida por el juez competente, como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria, fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado queda recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin.

Las penas privativas de libertad son la prisión y el arresto, este último se impone solamente por faltas.

**d. Penas pecuniarias:**

La pena pecuniaria es aquella que afecta el patrimonio del penado, imponiendo al delincuente la obligación de pagar una suma de dinero a favor del Estado o en entregar los bienes u objetos materiales utilizados en la comisión del delito o los obtenidos como producto del mismo. Se refiere a la imposición de multas.

**1.10 Clasificación Legal de las Penas.**

Según los artículos 41 y 42 del Código Penal de Guatemala, se clasifican en:

**a. Penas principales:**

Estas penas se subdividen a su vez en: la pena de muerte, la prisión, el arresto y la multa.

**- Pena de muerte:**

La pena de muerte tiene carácter extraordinario y sólo podrá aplicarse en los casos expresamente consignados en la ley y no se ejecutará, sino después de agotarse todos los recursos legales. No podrá imponerse la pena de muerte:

- 1º. Delitos políticos;
- 2º. Cuando la condena se fundamente en presunciones;
- 3º. A mujeres;
- 4º. A varones mayores de sesenta años;
- 5º. A personas cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

En estos casos y siempre que la pena de muerte fuere conmutada por la de privación de libertad, se le aplicará prisión en su límite máximo.

**- Pena de prisión:**

La pena de prisión consiste en la privación de libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años.

**- Pena de arresto:**

La pena de arresto consiste en la privación de libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión.

**- Pena de multa:**

La pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará, dentro de los límites legales.

**b. Penas accesorias:**

Las penas accesorias contempladas en la ley son las siguientes: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales y publicación de la sentencia.

**- Inhabilitación absoluta:**

La pena accesoria de inhabilitación absoluta comprende:

- 1º. La suspensión de los derechos políticos. Según la Constitución Política de la República de Guatemala, entre los derechos políticos de los ciudadanos están, entre otros: elegir y ser electo, optar a cargos públicos, etc.;
- 2º. La pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque provinieren de elección popular;
- 3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos;
- 4º. La privación del derecho de elegir y ser electo.
- 5º. La incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.

### **- Inhabilitación especial:**

La inhabilitación especial consistirá según el caso:

- 1º. En la imposición de alguna o algunas de las inhabilidades establecidas en los distintos incisos del artículo que antecede;
- 2º. En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación.

En los delitos cuyo bien jurídico protegido sea la administración pública o la administración de justicia, la inhabilitación especial será la que corresponde a los incisos segundo y tercero del artículo que antecede. Cuando se trate de personas jurídicas la inhabilitación especial consistirá en la incapacidad para contratar con el Estado.

### **- Comiso:**

El comiso consiste, en la pérdida a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. Los objetos decomisados de lícito comercio se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial.

### **- Publicación de la sentencia:**

La publicación de la sentencia es pena accesoria a la principal que se imponga por los delitos contra el honor: la calumnia, la injuria y la difamación.

## **1.11 Las Antinomias de la Pena.**

En concordancia con la Real Academia Española, antinomia significa: contradicción entre dos preceptos o entre dos principios racionales.<sup>34</sup> Es decir, la incongruencia entre

---

<sup>34</sup> Madrazo Mazariegos, Sergio y Danilo, *Op. Cit.* Pág. 139

la función que debe perseguir la pena y los resultados que efectivamente ésta acarrea en la práctica penitenciaria.

Las antinomias son muy frecuentes en cualquier Derecho, y es comprensible que así suceda, pues si bien se suele operar con la ficción de la coherencia del orden jurídico, las antinomias son una consecuencia natural del dinamismo de los ordenamientos jurídicos, y también de un cierto déficit de racionalidad del legislador, pues muchas antinomias podrían evitarse, bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, bien eliminando del sistema a estas últimas.

La antinomia prevención culpabilidad, se basa de acuerdo a la idea de Bentham, al establecer que no es adecuado imponer una pena cuando los costes sociales que se derivan de la imposición de la misma son superiores a la utilidad que aporta.<sup>35</sup>

Podría, así mismo, distinguirse entre aquellos supuestos en que la imposición de una pena conforme a la culpabilidad, pondría en peligro la socialización del autor, y que, además, deterioraría la personalidad del reo; y aquellos en los cuáles, conforme a las prognosis correspondientes, sería necesaria una pena considerablemente más larga que la que se deriva de la pena conforme a la culpabilidad, para combatir la peligrosidad del reo.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> *Loc. Cit.*

<sup>36</sup> Madrazo Mazariegos, Sergio y Danilo, *Op. Cit.* Pág. 140.

## Capítulo II.

### 2. Los Sistemas de la Determinación de la Pena.

#### 2.1 Definición.

La determinación de la pena es el aspecto fundamental que rige el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico penal, dentro de un Estado de Derecho; se constituye como la serie de fases consecutivas o correlativas que tienen su inicio desde que el legislador a plasmado la sanción en la ley, se desarrollan plenamente al momento que el juez realiza el proceso de valoración considerando cada aspecto relevante del caso concreto siempre dentro de los márgenes máximos y mínimos ya preestablecidos y posteriormente se procede al cumplimiento efectivo de la condena impuesta, sin este último aspecto el proceso de determinación de la pena carecería de total sentido, pues de nada sirve determinar la clase y magnitud de una sanción si no se especifica la manera en que la misma se cumplirá.

En palabras del autor Emiro Sandoval Huertas, la determinación de la pena es *“el conjunto de procesos mediante los cuales se llega, en primer término, a la escogencia de la pena aplicable a una conducta determinada y posteriormente, a su precisión para ser impuesta a una cierta persona en un caso concreto”*.<sup>37</sup>

Se admite entonces que los distintos sistemas de determinación de la pena, están comprendidos por la serie de pasos a seguir y los distintos factores a considerar para que una pena abstracta pueda ser efectivamente aplicable en un caso concreto. Se habla en plural de sistemas de determinación de la pena, por el hecho de que no existe un patrón universal que se deba seguir, y la postura a adoptar va a depender del ordenamiento jurídico del Estado en que el proceso se esté desarrollando; pese a no existir un proceso universal, si existen factores comunes o similares que dan luz a las distintas organizaciones sobre los aspectos a ser tomados en cuenta y las autoridades competentes que pueden intervenir en cierto momento del proceso.

---

<sup>37</sup> Sandoval Huertas Emiro, La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal, Edit. Temis, 1988, Pág. 19.

Para comprender más a fondo esta temática, se analizará en las páginas siguientes el sistema actual de la determinación de la pena, así como las similitudes, diferencias y funcionalidad de los procesos seguidos en sistemas jurídicos de otros países.

## **2.2 Proceso Actual de la Determinación de la Pena.**

Las posturas más sobresalientes en la actualidad sobre la forma en que se debe regir el proceso de la determinación de la pena, fundamentan su existencia en la correcta y preestablecida división de poderes de la organización pública, interviniendo cada cual con la función específica y en el momento determinado que el ordenamiento jurídico del Estado de que se trate le ha asignado.

De esta manera en el estudio que ha este capítulo compete, se utilizarán dos variables para su total entendimiento, constituyéndose en las siguientes: la determinación de la pena considerando las diferentes etapas del proceso y las fases que comprende en sí misma esta actividad:

### **a. Las etapas en el proceso de la determinación de la pena:**

Estas etapas abarcan desde el período de previsión de la pena, es decir, desde su manifestación en la ley, hasta el momento de su aplicabilidad o imposición a una persona determinada, por medio de la autoridad competente. Su conformidad se fundamenta dependiendo del órgano interviniente, siendo ellas: la etapa legislativa, etapa judicial y por último la etapa administrativa; cuya intervención dependerá del Organismo Legislativo, Organismo Judicial y Organismo Ejecutivo respectivamente.

Para comprender el funcionamiento de estas etapas, se explicará cada una de manera específica, recordando que en ningún momento deben ser consideradas de manera aislada, sino que como forma integrante de un todo. Es así como la primera etapa está a cargo del poder legiferante del Estado, es decir, la etapa legislativa, consumando el momento primero dentro del proceso de la determinación de la pena, dentro del cual el legislador se encarga de la descripción exacta de las conductas punibles, asignándole

a cada una de ellas, la pena correspondiente dentro de marcos de referencia por medio de los cuáles se debe guiar el poder judicial correspondiente para la imposición real, eficaz, pronta y concreta de la sanción penal.

La segunda de estas etapas se refiere a la función judicial dentro del proceso de determinación de la pena, la cual como resulta lógico le corresponde desarrollarla a los funcionarios judiciales, es decir, a los jueces o magistrados en su caso. La importancia de esta etapa radica en que ocurre la imposición real y específica de la pena a un sujeto determinado, la pena deja de ser abstracta para convertirse en una condena concreta; dicha imposición se verá influenciada por aspectos objetivos y subjetivos que darán paso a las circunstancias atenuantes y agravantes que ayudarán al juez a determinar la pena dentro de los límites ya dados por el legislador.

La última de estas etapas, es la denominada administrativa, y ello es así porque en ella interviene el Organismo Ejecutivo del poder público, desarrollando su función en la etapa de ejecución de la pena, que como se ha manifestado en letras anteriores es la etapa en la cual culmina el sentido de todo el proceso de determinación de la pena, y en la cual la sanción correspondiente se hace efectiva.

Tanto el Organismo Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, se complementan cada uno con sus actividades específicas para lograr el correcto desarrollo del proceso de la determinación de la pena, es decir, que no trabajan de manera aislada, estableciendo una serie de pasos mediante funciones ordenadas y escalonadas.

El funcionamiento del proceso de la determinación de la pena se resume entonces de la manera siguiente: El Organismo Legislativo, establece las penas específicas para las distintas conductas punibles tipificadas dentro de las distintas leyes penales; el Organismo Judicial tiene a su cargo la individualización de la pena correspondiente considerando para su aplicación los marcos legales de referencia dados por el legislador y el Organismo Ejecutivo se subordina a lo que se haya dispuesto en las etapas anteriores y se encarga de que la pena concreta sea debidamente ejecutada,

aunque es una función subordinada por tratarse del cumplimiento específico de lo ordenado en los dos momentos anteriores, no deja de trascender su importancia, pues sin este último aspecto las fases anteriores del proceso, no tendrían razón de ser.

**b. Los aspectos en el proceso de la determinación de la pena:**

Los aspectos en el proceso de la determinación de la pena no se encuentran ya determinados por el órgano o poder público interviniente, sino que se enfocan a cualidades, cantidades y cumplimientos; es decir, a la clase de pena, la magnitud de la pena y la forma de cumplimiento de la condena respectiva. Se encuentra conformado fundamentalmente por el aspecto cualitativo, cuantitativo y el aspecto operacional.

Los factores antes enumerados, son de trascendental importancia debido a que deben ser considerados desde el momento en que se es consciente que en el derecho penal existen varias penas a tomar en cuenta, las cuales van desde una sanción económica hasta la pena privativa de la vida. Es por ello, que no existiendo una única pena a ser aplicada, entran en juego los distintos valores aplicables a cada factor.

Cada delito dependiendo de su gravedad y de la afectación o puesta en peligro en que coloque a los distintos bienes jurídicos tutelados, tiene como consecuencia de su realización un tipo de pena determinada. Así por ejemplo, no se podría castigar el delito de hurto con pena de muerte, mientras que el delito de asesinato con una pena de multa, es por ello importante la existencia de coherencia entre los delitos cometidos y las clases de pena a imponer.

Se puede concluir entonces, que el aspecto cualitativo dentro del proceso de la determinación de la pena, corresponde a la elección que se realiza entre las distintas clases de pena a imponer, sirviendo de guía a la autoridad competente para establecer la pena concreta correspondiente al caso en particular, la cual puede variar desde una multa hasta la pena más grave como lo es la pena de muerte.

El aspecto cuantitativo, hace alusión a la magnitud de la pena que debe sufrir el autor de un hecho delictivo. Por ejemplo, este aspecto influenciará en el número de años que debe permanecer en prisión el autor de un delito, cuando la pena impuesta ha sido la de privación de libertad; o bien, el factor cuantitativo también podrá indicar la cantidad total a que asciende la multa impuesta, que deberá pagar el sujeto como cumplimiento de su condena.

El último de los aspectos intervinientes, es el aspecto operacional el cual es el encargado de establecer la debida ejecución de la sanción penal, determinando factores como lo son el centro carcelario en donde se va a cumplir la pena de prisión, si fuere el caso de la pena privativa de libertad, o bien, la manera en que se cancelará la sanción económica si se tratare de la pena de multa.

### **2.3 El Proceso de Determinación de la Pena en el Derecho Comparado.**

Existen ciertas similitudes dentro de los distintos procesos de determinación de las penas contenidas en la variedad de legislaciones existentes, así como aspectos diferenciales entre uno y otro ordenamiento jurídico. Como consecuencia de esa diversidad legislativa, resulta interesante examinar los distintos sistemas punitivos de los países de Alemania, España y Argentina para encontrar sus rasgos sobresalientes contrastados con el proceso de la determinación de la pena en Guatemala.

#### **2.3.1 Alemania.**

En el sistema punitivo de Alemania, el proceso de la determinación de la pena le asigna al aspecto cualitativo, una función en la cual comparten funciones tanto el poder legislativo como el judicial, en el sentido que el primero de ellos establece y crea las penas; mientras al segundo le corresponde intervenir al momento de imponer la pena que más se adecue al caso concreto, ello por supuesto bajo ciertos presupuestos que el mismo legislador a permitido, dentro de dicho ordenamiento jurídico.

Es decir, que en ciertos presupuestos autorizados previamente por el propio legislador, el Juez penal de Alemania podría escoger si aplica una sanción económica o la pena privativa de libertad, al autor de un delito. Siendo ello así, porque en ese país son las penas existentes dentro de su ordenamiento jurídico.

El aspecto cuantitativo del proceso de determinación de la pena en Alemania, establece que corresponde al legislador manifestar los márgenes de referencia de las penas, es decir, lo mínimos y los máximos, correspondiéndole posteriormente al juez la tarea de asignar la pena al caso concreto una vez colocados en una balanza los valores y bienes jurídicos en juego. El artículo 38 del Código Penal de Alemania establece la duración de la pena privativa de libertad, manifestando que será temporal, si la ley no conmina con pena privativa de libertad perpetua y que el máximo de la pena privativa de libertad temporal es de quince años y el mínimo de un mes. El artículo 53 del Código Penal Alemán, establece lo concerniente a la pluralidad de hechos, manifestando que si alguien ha realizado varios hechos punibles que se juzguen al mismo tiempo y por los que se incurra en varias penas privativas de libertad o varias multas, entonces se impondrá una pena global. Si una de las penas únicas, es la pena privativa de libertad, entonces se impondrá como pena global la pena privativa de la libertad perpetua, la pena global no puede superar los quince años en los casos de pena privativa de libertad temporal, según el artículo 54 del cuerpo legal respectivo.

El artículo 46 del Código Penal Alemán, contiene los principios de la fijación de la pena considerando aspectos como la culpabilidad del autor, las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad, las circunstancias favorables y desfavorables del autor, sin considerar circunstancias que ya son características del tipo legal. Existen también situaciones en las cuales el legislador establece una pena única, incidiendo directamente sobre el autor de la infracción o transgresión del bien jurídico tutelado, por lo que el juez carece de libertad para realizar las valoraciones correspondientes y se limita únicamente a la aplicación de la pena concreta. En el aspecto operacional comparten funciones los tres poderes del Estado, el Organismo Legislativo que establece los parámetros generales para la imposición de

las penas, por medio del Reglamento de Ejecución Penal; mientras que al Organismo Judicial y al Ejecutivo, les corresponde concretar los mandatos legislativos emanados de la normativa en mención, dando cumplimiento efectivo a la condena que debe cumplir el autor de la conducta antijurídica.

### **2.3.2 España.**

En las leyes de España el aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena, se caracteriza por la abstracción establecida por el poder legislativo, en el sentido que enmarca las penas existentes para las distintas conductas delictivas dentro de las leyes penales correspondientes y a la vez denota la no incidencia del poder judicial ni del ejecutivo; pues estos últimos se sujetan precisamente a las normas establecidas por el primero.

El artículo 32 del Código Penal español indica, la clasificación de las penas en función de su naturaleza y el artículo 33 del mismo cuerpo legal, establece la clasificación de las penas en función de su gravedad. Un aspecto relevante es el hecho de que el artículo 35 de la legislación penal española considera como penas privativas de libertad la localización permanente y la responsabilidad penal subsidiaria.

Respecto a la magnitud de la pena a imponer, es decir, el aspecto cuantitativo, trabajan o intervienen tanto el poder legislativo como el poder judicial, pues el primero establece los marcos legales de observancia al momento de la determinación de la pena, los cuales se encuentran conformados por mínimos y máximos, que pueden variar desde temporales hasta económicos según se trate de penas de prisión o sanciones de carácter económico respectivamente; las penas de prisión según el artículo 36 del Código Penal de España oscilan entre un mínimo de 3 meses y un máximo de 20 años, y para la existencia de concurso de delitos según el artículo 76 del mencionado cuerpo legal, la pena puede llegar incluso a los 40 años de prisión; y el segundo de ellos, es decir, el poder judicial, es el encargado de realizar el proceso de valoración respecto a la conducta delictiva concreta determinando las consecuencias que determinada pena va a provocar al autor de la conducta delictiva.

En el aspecto operacional del sistema de la determinación de la pena en España, al igual que en el ordenamiento jurídico anterior, se conjugan las funciones de los tres poderes del poder público: el Poder Legislativo elabora y distribuye las competencias de la ejecución penitenciaria por medio de la normativa denominada Ley Orgánica General Penitenciaria; mientras que el Poder Judicial y el Ejecutivo desarrollan y cumplen dichas disposiciones de conformidad con sus competencias, desarrollando de la manera adecuado acatamiento de la pena impuesta.

### **2.3.3 Argentina.**

El país de Argentina se encuentra organizado bajo un sistema federal, pese a ello, por disposición constitucional, el Organismo Legislativo tiene la competencia para redactar el Código Penal Nacional, determinándose por este medio las distintas sanciones aplicables a quienes cometieren conductas delictivas en todo el territorio nacional, interviniendo únicamente dicho organismo en el aspecto cualitativo de determinación de la pena. Es decir, que a pesar de que cada Estado cuenta con su propia legislación interna, existe la normativa penal que establece las clases de penas que se deben cumplir en todo el sistema federal.

El artículo 5 del Código Penal Nacional, determina las distintas clases de penas existentes, siendo las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Sin embargo, sucede algo curioso en la legislación penal de Argentina, pues el propio legislador al establecer las distintas penas, hace referencia a la pena de prisión y a la de reclusión, sin enmarcan alguna diferencia entre una y otra, consagrándolas con la misma duración y para los mismo delitos. Dejando plena y libre intervención bajo estas circunstancias al Organismo Judicial, al ser precisamente al Juez al que le corresponde decidir sobre cuál de ellas aplicar.

Al respecto de esta curiosa eventualidad han surgido una variedad de interpretaciones, considerando una de ellas que el Juez queda fuera del aspecto cualitativo de determinación de la pena, pues siendo ambas de igual contenido, únicamente se limita

a aplicar o imponer cualquiera de las dos; otra interpretación considera que el Juez efectivamente interviene y forma parte del aspecto cualitativo, pues tiene la facultad de escoger entre ambas sanciones para el tipo penal correspondiente, no importando que el contenido sea el mismo, sino únicamente considerando que la legislación las enmarca como penas diversas.

A través del análisis de lo anteriormente manifestado, se concuerda con la interpretación que argumenta la exclusión del juez argentino en el aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena, pues la libertad de decisión en este aspecto debe ser eficiente y real, factores que no se cumplen al existir únicamente la posibilidad de elegir entre la pena de prisión y la pena de reclusión siendo ambas de igual contenido, no se manifiesta la libre elección por terminar cumpliéndose igual sanción en la práctica y en la realidad punitiva.

En lo que a la etapa cuantitativa se refiere, es función del Organismo Legislativo la fijación de los márgenes máximos y mínimos que corresponden a las penas, los cuáles bajo la denominación de agravante y atenuantes ayudan a determinar la extensión concreta de la pena para un caso específico. Siendo la pena mayor la de reclusión o prisión perpetua. El artículo 54 del Código Penal Nacional de Argentina, establece lo referente al concurso de delitos, manifestando que cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor. Como consecuencia de ello el Organismo Judicial basándose en esos márgenes previamente establecidos tiene la decisión final sobre la extensión y magnitud de la pena a imponer, excluyéndose la actividad judicial, en aquellos eventos en los que proceden las penas de prisión o de encarcelamiento perpetuo, pues en estos casos ya se encuentra prevista la totalidad de la sanción sobre la persona condenada.

En confrontación con las dos legislaciones ya abordadas, el ordenamiento jurídico argentino posee mayor participación judicial en la etapa cuantitativa, pues el margen de actuación encuentra mayor laxitud valorativa sobre la conducta punible.

Por último, el aspecto operacional no le compete al Organismo Legislativo Nacional, como ocurre en el aspecto cualitativo, sino que es competencia de cada uno de los territorios que forman parte de la federación de Argentina, conjugándose diversos regímenes cada uno con sus propias disposiciones y normas para desarrollar los procesos respecto a la ejecución de la sanción penal respectiva.

#### **2.3.4 Guatemala.**

Como se ha podido establecer, el aspecto cualitativo de la determinación de la pena, consiste en la elección de la clase concreta de pena, dentro del catálogo de penas existentes, que le corresponde a un hecho enjuiciado. Existiendo penas de naturaleza distinta, como el caso de las penas alternativas o la sustitución de unas por otras, el aspecto cualitativo resulta de gran importancia.

En Guatemala, una vez cumplido el aspecto cualitativo de la pena, se procede a establecer la magnitud concreta de la pena a cumplir, dentro de los límites establecidos en la ley. El Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República, en su artículo 65 determina los límites indicados que el juzgador debe observar para fijar entre el máximo y el mínimo de la pena señalada para cada delito, considerando para la toma de decisiones distintas características tales como: la mayor o menor peligrosidad que presenta el autor del hecho delictivo, los antecedentes personales del culpable y de la víctima, el móvil del delito, la intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes, apreciadas por su cantidad, entidad e importancia.

Dentro de la mencionada normativa jurídica se establecen causas que modifican la responsabilidad penal, es decir, circunstancias que contienen las cuestiones generales sobre la estimación de los aspectos modificativos de la pena, entre ellos, las formas de atenuación y de agravación, lo que no determina es el grado en que las penas pueden ser rebajadas o aumentadas ante la aparición de cualquiera de estas causas, omitiendo

ello el legislador, le otorga libertad al juzgador para asignarle la rebaja o aumento que la interpretación de su leal saber y entender le otorgue.

Situación distinta sucede dentro del ordenamiento jurídico español, en el cual si se establece el grado o la cantidad de la pena que puede ser rebajada o aumentada según sea el grado de concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, situación que no se manifiesta en la legislación guatemalteca en donde únicamente se establece que la concurrencia de estas circunstancias, servirá para que el juez las pueda apreciar al momento de determinar la pena a imponer, dejándose guiar por su leal saber y entender, ya sea tanto en favor como en contra de la persona condenada.

En cuanto al aspecto operacional, se cuenta con una Ley del Sistema Penitenciario, para el correcto cumplimiento de la sanción penal, lo que denota la intervención del poder legislativo y la autoridad administrativa, en su ejecución.

### **2.3.5 Reflexiones Comparativas.**

Como se ha podido analizar de la información precedente, las competencias de los diversos poderes alrededor del tema de la determinación de la pena se establecen cada uno en su función respectiva, conservando algunos puntos en común que permiten deducir el desarrollo análogo, pero a la vez particular en el interior de cada uno de los ordenamientos jurídicos estudiados.

En ese orden de ideas se debe resaltar que, en una mayor o menor medida, o con un mayor o menor recelo, las diferentes legislaciones se caracterizan por la implantación y protección del principio de legalidad. En efecto, en todos los ordenamientos jurídicos estudiados, el legislador es el que establece las penas aplicables a las conductas punibles.

Lo anterior en concordancia con lo que establecen los postulados esenciales del principio de legalidad, la ley es la que previamente establece las conductas

sancionables en el campo penal y las penas aplicables a cada una de esas descripciones fácticas o, por lo menos, las penas aplicables en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en la legislación de Alemania se evidencia que el juez, en las ocasiones expresamente señaladas por la ley, puede aplicar sanciones penales que no se encuentran expresamente consagradas para un determinado tipo penal pero sí, se encuentran, previamente establecidas y reguladas por el legislador en el respectivo ordenamiento jurídico.

En contraposición a esta participación judicial, en la etapa cualitativa del proceso de determinación de la pena, se encuentra, el ordenamiento jurídico de España, existiendo especial cuidado legislativo por el establecimiento de las clases de sanciones imponibles dentro del ordenamiento jurídico y para cada uno de los tipos penales.

Las legislaciones estudiadas no son idénticas, pero contienen parámetros similares en cuanto a la división e intervención de los distintos poderes públicos dentro del proceso de determinación de la pena. De igual manera, los diferentes ordenamientos jurídicos marcan los márgenes de confianza que el poder legislativo otorga al poder judicial, ilustrando de alguna manera el funcionamiento que en la práctica ha tenido cada una de estas funciones.

Se puede establecer entonces, que dentro del proceso de la determinación de la pena existen dos tipos de tendencias legislativas: la primera, no admite la participación del poder judicial en el aspecto cualitativo, únicamente participa el Organismo Legislativo, por medio de la emisión de las leyes que contienen las clases de pena a imponer por determinadas conductas antijurídicas; y, la segunda, que admite en cierto grado la participación tanto del poder legislativo como del judicial, existiendo concurrencia de funciones entre una y otra, siendo esta última tendencia la que ha generado dos tipos de interpretaciones: la primera, considera la participación judicial en el aspecto cualitativo, como una intervención violatoria a los requisitos de la igualdad, interpretándola como contraria a la seguridad que en todo ordenamiento jurídico debe existir contra la arbitrariedad; y, la segunda que, apoya la participación judicial en este aspecto, priorizando la individualidad de cada caso punitivo.

En cuanto se refiere al aspecto cuantitativo del proceso de determinación de la pena, los ordenamientos jurídicos coinciden en el establecimiento de una participación concurrente y complementaria entre las ramas legislativa y judicial. En efecto, el legislativo, establece la pena sobre el condenado y los márgenes para su graduación y determinación específica. La libertad judicial en el aspecto cuantitativo de la pena dependerá de las limitaciones que establezca la rama legislativa del poder público. En la legislación española el margen de la actuación judicial es menor en relación con la legislación alemana y en Guatemala el juez únicamente se puede desenvolver dentro de los límites fijados por el legislador los cuáles en algunos delitos son flexibles y presentan diferencias de ocho años y en otros son drásticos y la diferencia es únicamente de dos años, en cuanto a la pena de prisión de refiere.

Las circunstancias atenuantes y agravantes se ponen de manifiesto en cada una de las legislaciones estudiadas, y son precisamente éstas, las que delimitan la actuación del poder judicial en el aspecto cuantitativo de determinación de la pena.

En cuanto al aspecto operacional, en las legislaciones abordadas, es el poder legislativo el que ostenta la mayor intervención, pues se coloca a la ley como la máxima reguladora de la ejecución de la sanción penal, en la cual se distribuyen las funciones que son desarrolladas por las otras dos ramas del poder público, el Organismo Judicial y el Organismo Ejecutivo.

## **2.4 La Pena Privativa de Libertad.**

### **2.4.1 Definición.**

Guillermo Cabanellas de Torres establece: *"Las penas privativas de libertad son aquellas que recluyen al condenado en un establecimiento especial, para someterlo en un régimen determinado"*.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico universitario*, 2da. Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2004, Pág. 262.

Con la descripción anterior se comparte el criterio de que la pena privativa de libertad es el internamiento en un centro destinado para el efecto, del autor de un delito, para que viva ahí el tiempo que dure su condena; sin embargo se debe esclarecer la existencia de ciertas normas o parámetros por las que se ven amparados sus derechos fundamentales y que el fin de dicho encarcelamiento es brindar un tratamiento adecuado a la persona que ha delinquido, al respecto se citaran las palabras de los autores de Borja Mappelli y Juan Terradillos, quienes sostienen que la pena privativa de libertad es:

*“La pérdida de libertad ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutado conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización”.*<sup>39</sup>

La anterior es una definición magistral de lo que debería ser la pena privativa de libertad, pero como se analizará a continuación dichos fines no se han alcanzado en la práctica punitiva.

#### **2.4.2 Elementos de la Pena Privativa de Libertad.**

Los elementos de la pena privativa de libertad son: la pérdida de la libertad ambulatoria, la legislación previamente establecida, el internamiento en un establecimiento penitenciario y el favorecimiento de la resocialización, estudiando cada uno de estos elementos de manera profunda a continuación:

##### **a. Pérdida de la libertad ambulatoria.**

Este elemento manifiesta la imposibilidad del desplazamiento físico del condenado a la pena privativa de libertad, pues éste debe permanecer dentro del centro carcelario destinado para el efecto.

---

<sup>39</sup> Borja Mappelli, Caffarena y Juan Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Civitas, Madrid, 1994, Pág. 63.

Lamentablemente dentro de la práctica penal, no se pierde únicamente el derecho a la libertad ambulatoria, sino que también se ven transgredidos otros tipos de derechos como atributos naturales del recluso. A lo largo de la historia se han evidenciado los padecimientos y torturas tanto físicas y mentales que sufren aquellas personas que han sido privadas de su libertad, llegando al extremo en que surge la necesidad de regular a nivel internacional los derechos y las condiciones mínimas de higiene y de alimentación que deben suministrárseles durante el tiempo de cumplimiento de condena.

Se debe tener en cuenta, que los distintos ordenamientos jurídicos en el derecho comparado, no se circunscriben únicamente a la imposición de las penas privativas de libertad, sino que las mismas van de la mano con penas accesorias como por ejemplo la inhabilitación absoluta.

#### **b. Legislación previamente establecida.**

Este elemento va de la mano con el principio de legalidad de la pena, pues como se ha dejado claro en páginas anteriores, no se pueden crear penas posteriormente de ocurrido el hecho que se pretende sea penalmente castigado. El elemento que se trata es conocido como el principio "*Nullum crimen nulla poena sine lege*"; que significa que nadie puede ser sancionado penalmente, sin que exista una previa consagración legal que califique como delito a la conducta que se reprueba y que, además, establezca expresamente el tipo y magnitud de la sanción estatal que se piensa aplicar".<sup>40</sup>

#### **c. Internamiento en un establecimiento penitenciario.**

La privación de la libertad ambulatoria supra identificada, no se podría realizar sino existiesen lugares específicos para su cumplimiento, por lo que el ámbito espacial determinado lo constituyen las prisiones, circunscribiendo al recluso dentro de ellas, sin libertad de salir o rebasar sus límites.

Dependiendo del régimen penitenciario de que se trate, el recluso contará con una mayor o menor libertad ambulatoria.

---

<sup>40</sup> Gaitán Mahecha, Bernardo. *Derecho penal general*. Santa Fé de Bogotá, Colombia, Ed. Pontificia Universidad Javeriana. 1995.

El artículo 10 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece al respecto, lo siguiente: *“Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto...”*.

Existe una manifestación clara respecto a que la pena de prisión debe cumplirse explícitamente en los lugares que el ordenamiento jurídico a destinado para el cumplimiento específico de tales condenas, en caso contrario de estaría ante una detención totalmente ilegal.

#### **d. Favorecimiento de la resocialización.**

La resocialización es un elemento importante, porque en ella se ve reflejada el fin esencial que el Estado busca obtener con la pena privativa de libertad, el cual consiste en que una vez cumplida la condena respectiva se logre la reincorporación del sujeto a la sociedad, con el ánimo de no volver a trasgredir el ordenamiento penal.

España, establece los fines del tratamiento penitenciario de conformidad con los siguientes términos: *“El conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados... El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal...”*.<sup>41</sup>

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 19, manifiesta: *“El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos...”*.

Si bien, la pena privativa de libertad es la consecuencia para el autor que transgredió la ley penal, de determinado ordenamiento jurídico, la misma no cumple únicamente la función de ser un castigo, sino que pretende que al cumplir el sujeto a condena respectiva, no vuelva a delinquir.

---

<sup>41</sup> Ley orgánica 1/79, artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española, 1979, disponible en <http://www.oocities.org/webprisiones/Bibliografia.htm> consultado el 20 de junio de 2013.

### **2.4.3 La Función de la Pena Privativa de Libertad.**

Al respecto se han argumentado diversas ideologías, y como intento de encontrar un consenso entre las mismas la Organización de Naciones Unidas, emitió las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1995), el 31 de julio de 1957, y en su artículo 58, afirma lo siguiente: *“El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”*. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, dispone en su artículo 5 lo siguiente: *“Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”*.

La institución de la pena privativa de libertad considera al delincuente como una persona que requiere un tratamiento especial para que se logre su resocialización una vez cumplida la condena, contrario a los fines que dicha institución perseguía en un inicio, cuáles eran castigar y someter al autor del delito.

### **2.4.4 El Fracaso en la Aplicación de la Pena Privativa de Libertad.**

La aplicación de la pena privativa de libertad no ha logrado alcanzar su fin supremo cual es la readaptación social del sujeto que delinquirió, como una persona educada y sin la intención de volver a transgredir el ordenamiento jurídico.

Alrededor de este fracaso, se han formulado distintas teorías que pretenden brindar la solución adecuada para una correcta aplicación de la pena privativa de libertad, entre las teorías de solución principales se encuentran: las de la abolición del sistema penal y la reducción sustancial en el ámbito aplicativo de la pena privativa de libertad.

### **a) La abolición del sistema penal.**

La teoría de la abolición del sistema penal, como una posible solución a la ineficacia de la pena privativa de libertad, basa su argumentación en considerar que la pena privativa de la libertad no ha podido cumplir su fin supremo como consecuencia de la existencia de un sistema penal opresor y fabricante de innecesarios sufrimientos para la sociedad.

Es decir, que la solución que se propone es la eliminación de la pena privativa de libertad, no encontrando allí su límite, sino que pretendiendo la eliminación de todo el sistema de justicia penal, considerándolo un obstáculo para el funcionamiento normal y civilizado de la sociedad, siendo el único responsable de las violaciones de derechos que se producen dentro de los centros carcelarios.

De lo anterior se arguye la incapacidad de la pena privativa de libertad, para prevenir y para desincentivar la actividad criminal, que no es nada distinto a señalar el fracaso de la función resocializadora y a demostrar su correlativo efecto sobre el fenómeno de la reincidencia criminal.

### **b) La reducción en el ámbito aplicativo de la pena privativa de libertad.**

Otra teoría que pretende solucionar el fracaso de la pena privativa de libertad es la reducción en el ámbito aplicativo de la pena privativa de libertad, reaccionando ante la ineficacia de los fines de la institución carcelaria, argumentando que dicha sanción pese a estar en una etapa de crisis, no debe desaparecer de la sociedad, debiendo cambiar su orientación, estableciendo vigente dicha sanción para determinados autores de delitos graves e incorregibles y proponen sustituir la prisión por otra clase de pena, en la generalidad de los supuestos.

Esta teoría defiende la utilización mínima de la pena privativa de libertad, lo cual en un inicio constituía la filosofía misma de la institución carcelaria, logrando así obtener de ella sus mejores aportes para la sociedad.

### **c) Reflexiones.**

Por medio del estudio de las distintas teorías que pretenden solucionar el problema del fracaso en la aplicación de la pena privativa de libertad, se evidencia el unánime descontento que existe sobre dicha institución, pues, sin excepción, se orientan a plantear la necesidad de realizar profundos cambios alrededor de esta institución.

No se comparte la idea de que la pena privativa de libertad y el sistema penal desaparezcan de la sociedad, pues ambos, con un correcto funcionamiento y una eficaz aplicación son necesarios para el correcto desenvolvimiento de la comunidad.

No es la institución de la pena privativa de libertad, la que ha causado las desgracias penitenciarias en la sociedad, es una institución que no ha funcionado porque no cuenta con los elementos adecuados para ello, pues sin los instrumentos ni la seria voluntad estatal y social que se requiere para hacer de la pena privativa de libertad una institución útil a la sociedad, el fracaso es más que inevitable.

## Capítulo III.

### 3. De las Armas de Fuego.

#### 3.1 Concepto Doctrinario de Armas.

La etimología de la palabra arma, se origina del latín armus, armi, que expresaban originalmente brazo y arma a la vez. En el idioma inglés se denominaba al brazo "arm", debido a que las armas de lucha las maneja el hombre con el brazo.

No obstante esa coincidencia, algunos la derivan del hebreo "Haram", lo que quiere decir matar, por constituir ese el fin de las armas ofensivas.

El Diccionario de la Real Academia Española, define que arma es: *"El instrumento, medio o máquina, destinados a ofender o defenderse"*.<sup>42</sup>

Dentro del concepto general de arma no se hace referencia exclusivamente a las armas de fuego, sino que este se entiende incluidos todo género de instrumentos destinados a ofender o a defenderse, es decir, a causar daño.

#### 3.2 Concepto Legal de Armas.

Según el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en sus disposiciones generales artículo 1, numeral 3º.: *"Para los objetos penales se entiende por arma, todo objeto, todo instrumento destinado a ofender o defenderse, las sustancias explosivas o corrosivas y los gases asfixiantes o corrosivos y todo instrumento apto para dañar cuando se lleve en forma de infundir temor"*.

La definición de la normativa mencionada, en acorde a las definiciones doctrinarias anteriormente expuestas en la presente investigación, teniendo características comunes tales como: la amplitud en cuanto a los diversos tipos de objetos que comprende, la

---

<sup>42</sup> Real academia española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª. Edición, Tomo I, Madrid 1992, Pág. 189.

finalidad de ofender o defenderse como motivo de su utilización, la consecuencia lógica de provocar un daño y la lógica manipulación de la fuerza, entre los aspectos comunes más destacados.

### **3.3 Armas de Gases.**

Se entiende por arma de gas toda aquella que utiliza elementos empleados ofensiva o defensivamente en la guerra y que producen efectos por expansión, no por persecución. De manera estricta los vapores que se utilizan intencional y artificialmente para poner fuera de combate al enemigo. Entre estas podemos mencionar como ejemplo, las pistolas de gas y las bombas de mano lacrimógenas.

Es decir, que estas armas utilizan el aire comprimido para tener su fuerza y causar el daño, este funcionamiento se diferencia de las armas de fuego como se podrá analizar más adelante, por el hecho que éstas últimas utilizan una serie de reacciones químicas para quemar la pólvora y expulsar el proyectil.

### **3.4 Armas Blancas.**

Se entienden por armas blancas todos aquellos instrumentos que tienen hojas de acero, utilizable en las luchas cuerpo a cuerpo, utilizando la fuerza de manipulación de algún sujeto y que son capaces de provocar daños en forma punzante, cortante, cortopunzante, cortocontundente o acciones derivadas de ellas, obrando por corte, punzada o golpe. Entre estas podemos citar: la espada, el sable, el machete, estilete, estoque y la maza.

Las diferencias esenciales entre las armas blancas y las armas de fuego se reflejan en las heridas provocadas por unas y otras, pues las primeras, producen heridas extendidas tanto en superficie como en profundidad, producidos por los instrumentos que actúan por su propio filo y peso como por su presión y deslizamiento; mientras que las segundas, es decir las armas de fuego, causan el daño por la presión del proyectil

sobre el cuerpo, venciendo su elasticidad, dando una impresión de boca de fuego sobre la piel como producto de su recalentamiento.

### **3.5 Armas de Fuego.**

La necesidad del ser humano de garantizar su protección y el resguardo de su propia existencia han sido a lo largo de la historia el argumento básico para la creación, posesión y utilización de las armas de fuego; argumento que aún subsiste en la actualidad. Así las armas han evolucionado de conformidad con el avance de la tecnología descubriendo nuevas fórmulas químicas de reacción de la pólvora o propelantes, hasta la adaptación de los proyectiles modernos.

En la legislación penal guatemalteca, no se encuentra un concepto expreso de lo que se debe considerar como un arma de fuego propiamente dicha, es por ello que se hará alusión únicamente a los conceptos doctrinarios que se tienen al respecto.

Las armas de fuego son todos aquellos *"Instrumentos de dimensiones y formas diversas fabricadas para lanzar violentamente sus proyectiles aprovechando para ello la fuerza expansiva de los gases que se producen al momento de la deflagración de la pólvora en el interior del casquillo"*.<sup>43</sup>

De acuerdo con el diccionario de Guillermo Cabanellas de Torres: *"Arma de fuego es la que se carga con pólvora a este género pertenece la ametralladora, el arcabuz, la bomba, la carabina, el cañón, el caracol, la escopeta, el fusil, el fusil ametrallador, la granada de mano, el mortero, el mosquete, el mosquetón, el obús, el órgano, la pistola, el revólver, el rifle, la tercerola y el trabuco"*.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Martínez Solórzano, Edna Rossana, *Apuntes de criminología y criminalística*, Editorial Mayte, Guatemala, 1998, Pág. 110.

<sup>44</sup> Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 1980. Pág. 36.

Es decir, que arma de fuego son todas aquellas que funcionan mediante el empleo de pólvora ya sea negra o piroxilada inflamada o combustionada por un fulminante que ha sido accionado por un percutor.

Según la Dirección General de Armas y Municiones "DIGECAM", las armas de fuego más comunes en Guatemala son:

- El arma de fuego tipo pistola.
- El arma de fuego tipo revólver.
- El arma de fuego tipo fusil.
- El arma de fuego tipo rifle.
- El arma de fuego tipo carabina.
- El arma de fuego tipo escopeta.

Cada una en sus respectivas y sobresalientes marcas.<sup>45</sup>

### **3.6 Clasificación de las Armas de Fuego.**

Existen teorías proclives a establecer la tendencia de que las armas de fuego se clasifican de conformidad con la finalidad de su utilización, consistiendo en: a) armas de fuego deportivas, b) armas de fuego defensivas, y c) armas de fuego ofensivas.

#### **a) Armas de fuego deportivas.**

El artículo 11, de la Ley de Armas y Municiones de Guatemala, manifiesta que: *"son armas de fuego deportivas aquellas que han sido diseñadas para la práctica de deportes, tanto de competencia como de cacería y que están reconocidas y reguladas internacionalmente. Son permitidas para hacer deporte, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en la ley"*.

---

<sup>45</sup> Dirección General de Control de Armas y Municiones, *Tipos de armas de fuego más comunes en Guatemala*, disponible en: <http://www.digecam.mil.gt/e-govermen/IDENTIFICACION-DE-ARMAS-DE-FUEGO.pdf>, consultado el 15 de julio de 2013.

Es decir, sus fines son meramente competitivos.

**b) Armas de fuego defensivas.**

La diferencia entre el deportista y la persona que adquiere un arma de fuego para defenderse, radica en el hecho que para el primero el arma es una herramienta de uso constante y competitivo, mientras que para el segundo poseer un arma de fuego nace de la necesidad de protegerse del clima de inseguridad existente, no sólo por el hecho de estar expuesto a la delincuencia sino por la certeza de que la delincuencia es un hecho.

La Ley de Armas y Municiones de Guatemala, en el artículo 9, señala que: *"Para los efectos de la presente ley, se consideran armas de fuego de uso civil, los revólveres y pistolas semiautomáticas, de cualquier calibre, así como las escopetas de bombeo, semiautomáticas, de retrocarga y avancarga, con cañón de hasta veinticuatro (24) pulgadas, y rifles de acción mecánica o semiautomática".*

Las armas de fuego defensivas son las que la legislación guatemalteca denomina armas de fuego de uso civil.

**c) Armas de fuego ofensivas.**

Se entiende por armas de fuego ofensivas, todas aquellas que han sido fabricadas para uso bélico o bien, las que han sufrido modificaciones para lograr tal propósito, ya sea de uso individual o de manejo colectivo.

En el Estado de Guatemala, según el artículo 10 de la Ley de Armas y Municiones, únicamente el Ejército es el autorizado para utilizar las armas de fuego bélicas, sancionando a las personas individuales y jurídicas que incumplan tal prohibición al importar, fabricar, exportar, enajenar, portar, traficar, comercializar, entre otras acciones, con tipos de armas creados para los fines indicados.

En otro orden de ideas, la doctrina y la práctica en forma unánime clasifican las armas de fuego en dos grandes grupos: a) armas de fuego cortas y b) armas de fuego largas.

#### **a) Armas de fuego cortas.**

Dentro de este grupo se encuentran clasificados: a) revólveres y b) pistolas semiautomáticas; los primeros se subdividen en cuanto al cañón que utilizan en corto, mediano y largo y en cuanto al calibre que utilizan de uso permitido y de uso exclusivo de las fuerzas de seguridad del Estado; las pistolas semiautomáticas únicamente se clasifican según el calibre en: uso permitido y en uso exclusivo del ejército de Guatemala. Las armas de fuego cortas son las más comúnmente utilizadas para la comisión de los delitos por su facilidad para transportarlas sin ser vistas.

#### **b) Armas de fuego largas.**

Se encuentran incluidas en este grupo: a) la escopeta o fusil de caza, que a su vez puede dividirse en cuanto al proyectil utilizado, en de perdigones y de bala; y b) las carabinas.

### **3.7 Características de las Armas de Fuego.**

A continuación se detallarán las características de las diferentes armas de fuego, enfocándose en lo referente a las armas de fuego cortas ya que las mismas son más comúnmente utilizadas en la comisión del delito objeto del presente trabajo de tesis, por su facilidad de portación en forma no ostensible.

#### **a. Revólveres.**

Las armas de fuego denominadas revólveres, funcionan mediante un cilindro que gira sobre un eje, presenta sucesivamente en la prolongación del cañón unas cámaras en cada una de las cuáles se aloja un cartucho dispuesto para ser percutado, este cilindro sirve al mismo tiempo de almacén y de cámara de tiro. Es un arma de repetición, pero no automática puesto que después de cada tiro, no expulsa las vainas percutadas, esta expulsión se produce posteriormente, ya sea en una sola vez, basculando el cañón o el

cilindro, ya sucesivamente, utilizando un extractor manual. En lo relativo a los calibres que se utilizan en revólveres la legislación guatemalteca hace distinción entre permitidos para particulares y de uso exclusivo para las fuerzas de seguridad del Estado, pero en el mercado de armamento únicamente se encuentran hasta calibre 38, armas que por su alcance o impacto no causan mayores estragos, ahora bien, en la actualidad no se encuentran en el comercio revólveres tipo mágnium con excepción del calibre 22, pero ante la proliferación de tales armas en manos de particulares, el Estado se encuentra obligado, en previsión a la proliferación de dichas armas y en resguardo de la seguridad colectiva, a prohibir su importación, venta y portación por su gran poder de destrucción.

#### **b. Pistolas automáticas.**

Las pistolas automáticas, constituyen el arma de fuego más extendida. Pese a ser de repetición, es sólo semiautomática. Su automatismo cubre las preparaciones de montaje, carga, extracción y proyección de las vainas, pero el tiro debe realizarse de uno en uno, presionando el gatillo con el dedo. En las armas realmente automáticas, como las ametralladoras, todas estas operaciones se encadenan por sí mismas; el tiro por presión continua del dedo sobre el gatillo permite vaciar el cargador sin ninguna interrupción con un promedio de treinta disparos. Su aceptación se debe principalmente a la precisión y velocidad del disparo, así como también al número de cartuchos que pueden alojarse en el cargador; a pesar de que la creencia común se inclina a considerar como más seguro el revólver.

#### **c. Fusil.**

El fusil es un arma de fuego portátil, capaz de disparar varios cartuchos sin cargar en cada ocasión. Se compone de cañón y elementos de puntería, cajón de mecanismos, mecanismos de: cierre, de percusión, de disparo, de extracción, de expulsión, de seguridad y accesorios varios como miras, telescopios, etc.

### **3.8 El Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.**

#### **3.8.1 Generalidades.**

La Constitución Política de la República de Guatemala, expresa en el artículo 2º. Que el Estado de Guatemala, garantiza a los habitantes de la República, la paz, la justicia, la seguridad y el desarrollo integral de la persona (principio del bien común); sin dejar de mencionar el artículo 12 que se refiere al derecho de defensa, y en donde podemos entender que es un derecho inherente a la persona, el poder defenderse, usando instrumentos de defensa acordes a la agresión para poder repeler ésta; el artículo 38 reconoce el derecho de portar armas, regulado por la ley.

El derecho a la portación de un arma de fuego, es una garantía constitucional guatemalteca, que faculta al titular de la licencia respectiva a llevar consigo un arma de fuego específica de uso personal, es decir, de las permitidas por la ley, sea ésta defensiva o inclusive deportiva. El derecho a portar un arma de fuego, no es fundamental, por el hecho de que el no tener un arma o una autorización para su portación, no provocan una vulneración contra la vida, aún en el caso de que una persona pudiese salvar su vida en legítima defensa por la utilización de un arma de fuego. Se considera un derecho enunciado, por estar expresamente contemplado en la ley como una garantía constitucional. Estableciendo entonces que el derecho de portación de arma de fuego origina su naturaleza jurídica, en ser un derecho humano individual, no fundamental, constitucionalmente enunciado, cuya finalidad es la protección a la integridad de la persona.

#### **3.8.2 Diferencia entre Tenencia y Portación de Arma de Fuego.**

##### **a. Tenencia de arma de fuego.**

El Diccionario de la Real Academia Española manifiesta: *“La tenencia de una cosa, implica su ocupación y posesión actual y corporal”*.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Diccionario de la Real Academia Española, *Op. Cit.* Pág. 1959.

El derecho de tenencia de arma de fuego consiste en que toda persona una vez cumplidos los requisitos que exige la ley, tiene derecho a convertirse en tenedor de un arma de fuego, confiriéndole la calidad de propietario, adquiriendo la posesión, ocupación y disfrute de la misma. Por la naturaleza del bien, el derecho a disfrutar del arma de fuego, se presume al uso correcto de ella dentro de los límites y con el respeto a la ley.

Es necesario diferenciar la tenencia de la portación; ambos son derechos de todos los ciudadanos, pero el derecho a portar un arma de fuego es más amplio que el de la simple tenencia, toda vez que el derecho a portar un arma permite el desplazamiento de la misma. En cambio la tenencia es para uso exclusivo del lugar de habitación de la persona, configurándose la tenencia como un medio más para la auto-protección de la persona. De igual forma resulta más seguro para la sociedad el hecho de que existan armas de fuego que no tienen la autorización para ser desplazadas fuera del lugar de habitación.

El Artículo 62 de la Ley de Armas y Municiones de Guatemala, regula acerca de la tenencia, estableciendo en su parte conducente lo siguiente: *"Todos los ciudadanos tienen el derecho de tenencia de armas de fuego en su lugar de habitación"*.

Para obtener el permiso de tenencia de arma de fuego es necesario cumplir con el procedimiento de registro de tenencia que la Ley de Armas y Municiones regula en su artículo 63, estableciendo lo siguiente:

*"El registro de la tenencia de armas de fuego lo hará personalmente el interesado en la DIGECAM, presentando el o las armas que pretenda registrar con la factura que ampare su propiedad o testimonio de la escritura de compraventa.*

*El interesado deberá proporcionar dos (2) municiones, con el objeto de tomar las huellas balísticas del arma, lo que hará en el mismo acto. Los proyectiles y las vainas o casquillos pasarán a formar parte del archivo de datos balísticos de la DIGECAM. Acto seguido, la DIGECAM procederá a extender al interesado la tarjeta de tenencia..."*

La finalidad de la tenencia de armas de fuego es controlar el registro de todas las armas y legitimar la correspondiente titularidad ante terceros, impidiendo que cualquier tercera persona ostente la oportunidad de arrogarse tener derecho sobre la misma. Únicamente la licencia de tenencia de arma de fuego autorizada por el DIGECAM, presume erga omnes el derecho al titular, de posteriormente obtener la licencia de portación de arma de fuego.

La persona que tenga el derecho de tenencia de arma de fuego, no tiene el derecho de portar la misma fuera del lugar de su habitación, por lo que si incurriere en esta conducta, la misma se encuadraría en el tipo delictivo de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, regulado en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones de Guatemala, y se le podría imponer una pena que oscila entre un mínimo de ocho años hasta un máximo de diez años incommutables en caso de que se le haya encontrado responsable de dicho delito; por lo cual es de suma importancia tener en cuenta la diferencia existente entre el derecho de portación y el de tenencia de arma de fuego.

#### **b. Portación de arma de fuego.**

El artículo 70 de la Ley de Armas y Municiones de Guatemala, establece: *“Con autorización de la DIGECAM, los ciudadanos guatemaltecos y extranjeros con residencia temporal o permanente legalmente autorizada, podrán portar armas de fuego de las permitidas por la presente Ley, salvo las prohibiciones contenidas en este cuerpo legal”*.

De lo anterior se comprende que la autorización de la portación de un arma de fuego, no es exclusiva para las personas de nacionalidad guatemalteca, sino que ésta se extiende a los extranjeros con los requisitos que establece la ley.

Como se expuso anteriormente el derecho a portar un arma de fuego lleva consigo la posibilidad de desplazar el arma de fuego fuera del lugar de habitación de la persona autorizada.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala respecto al derecho de portación de arma de fuego, ha manifestado lo siguiente:

*“El artículo 38 de la Constitución Política de la República de Guatemala que reconoce a los particulares la portación de armas, remite la regulación de ese derecho a normas de jerarquía de ley, es decir, la portación de cualquier tipo de armas debe estar sujeta a las condiciones que para el efecto imponga la ley respectiva. Esta garantía de legalidad obliga a que solamente el Congreso de la República puede determinar esas condiciones para el ejercicio de tal derecho, que, como todos los demás, no tiene carácter de absoluto e ilimitado sino que se relativiza en orden a valores superiores del ordenamiento constitucional, que consisten en el respeto a la libertad y seguridad ajenas y cuya protección se encuentra en el artículo 44, que dispone que el interés social prevalece sobre el interés particular”...“El derecho de portación de armas que se concede a los individuos por la Constitución únicamente se entiende en razón directa del interés social para que el uso de tales instrumentos se concrete a la defensa personal, que es parte de la seguridad del sujeto, por lo que lógicamente se debe permitir la autorización únicamente al tipo de armas que no tengan una potencialidad ofensiva o excesiva para los fines de la propia seguridad de los individuos. Además es justo limitar respecto de las personas, para preservar a la sociedad misma de eventuales motivos de inseguridad e intranquilidad, peligro al que quedaría expuesta al existir una licencia generalizada, indiscriminada y absoluta para la portación de armas en cualquier parte en que se desarrolla normalmente la vida social...”“El derecho a portar armas se debe considerar dentro de un contexto social como un hecho que la ley reconoce por estrictas causas de necesidad de la persona individual, obligada por razones de peso a sentirse autoprotegida y no como una universalidad, ya que el supuesto normal es que los particulares no necesitan de armas para su desenvolvimiento social”.*<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Corte de Constitucionalidad, *Opinión consultiva, expediente número 682-96*, 21 de junio de 1996, Gaceta jurisprudencial No. 40, Pág. 27 y Gaceta jurisprudencial No. 50, expediente número 185-98, sentencia del 06 de octubre de 98, Pág. 20

Para portar un arma de fuego es indispensable contar con la licencia que extiende la DIGECAM, dicha licencia puede amparar hasta tres armas distintas que deben ser previamente registradas en dicho ente. La licencia para portar arma de fuego tiene una vigencia de uno a tres años, pudiendo ser renovada.

El artículo 72 de la Ley de Armas y Municiones de Guatemala, regula los requisitos que se deben cumplir para la obtención de la licencia para portar armas de fuego. A continuación se resumen de la siguiente forma:

- Solicitud en formulario de la DIGECAM que contendrá: nombre y apellidos del solicitante, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, residencia, número de identificación personal y lugar para recibir notificaciones. Marca, modelo, calibre, largo del cañón, número de serie del arma. Declaración jurada que el solicitante no padece ni ha padecido de enfermedades mentales, ni es desertor del Ejército de Guatemala y/o abandonó su empleo en la Policía Nacional Civil.
- Fotocopia legalizada del documento personal de identificación.
- Certificación de carencia de antecedentes penales y policíacos.
- Certificación de haber superado las evaluaciones correspondientes.
- Pago de la tarifa especial respectiva.

Los anteriores requisitos se consideran acertados; toda vez que el legislador busca un perfil tanto psicológico como de experiencia en el conocimiento y manejo de armas de fuego, limitando su uso y tenencia a personas que no están mentalmente aptas para portar un arma e impidiendo que cuenten con la autorización respectiva.

Para la renovación de la licencia de arma de fuego, la Ley mencionada exige en el artículo 76 la presentación de las armas; cuestión sumamente acertada, debido a que se busca comprobar que esta no haya sido modificada.

El artículo 80 de la mencionada ley, establece una serie de prohibiciones en situaciones en las que no podrá concederse la respectiva licencia para portar un arma de fuego, estableciendo lo siguiente:

*“No podrá concederse licencia de portación de arma de fuego a las personas siguientes:*

- a. Menores de veinticinco años de edad.*
- b. Personas declaradas en estado de interdicción.*
- c. Los contemplados en el artículo 73 de la presente Ley.*

*Se exceptúa del inciso a) del presente artículo, a los miembros de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado o las personas que se incorporen a dichas fuerzas como miembros activos, luego del proceso de capacitación correspondiente”.*

El artículo transcrito hace entender que si se permite la portación de armas de fuego a personas con edad menor de los veinticinco años, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos establecidos, que en este caso sería el hecho de pertenecer a las fuerzas de seguridad y orden público del Estado.

El derecho de portación de un arma de fuego, es entonces, la autorización que una persona tiene por parte de la institución competente del Estado, en este caso la DIGECAM, para portar una o más armas con estas características, que le admite desplazarse con ellas y utilizarlas de conformidad con la ley.

### **3.8.3 Elementos del Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.**

#### **a. Elemento personal.**

El elemento personal del delito de portación ilegal de arma de fuego, se encuentra constituido por el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, siendo el sujeto activo el causante de la acción u omisión y el sujeto pasivo la víctima o la persona que sufre las consecuencias de la conducta antijurídica del autor del delito. En ese sentido se entienden los conceptos siguientes:

**- Sujeto activo.**

Pueden ser sujetos activos todas aquellas personas que porten un arma de fuego sin la licencia o autorización respectiva.

**- Sujeto pasivo.**

El bien jurídico tutelado en el delito analizado es la vida, la integridad física y la libertad de las personas, además de la seguridad y la tranquilidad social, consecuentemente en un sentido lato, aparece como sujeto pasivo la sociedad y en un sentido más restringido pudiera aparecer como sujeto pasivo una persona determinada que padeciera concretamente la intranquilidad y zozobra de que determinada persona porte un arma de fuego sin tener la licencia respectiva.

**b. Elemento normativo.**

Constituido por la prohibición de portar armas de fuego que no sean de uso exclusivo del ejército, sin la licencia correspondiente. Por supuesto el requisito de la no tenencia de la licencia se refiere específicamente a las armas de fuego, autorizadas a los particulares, toda vez que no se puede extender licencia para portar un arma exclusiva del ejército a un particular; por lo que la simple portación de un arma de las autorizadas a los particulares sin la licencia correspondiente constituye el delito de portación ilegal de arma de fuego, contenido en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

**c. Elemento local o del lugar.**

Este elemento se refiere al lugar en donde es punible la portación, siendo cualquier lugar fuera del domicilio del sujeto activo, incluyéndose cualquier otra morada o habitación que no sea la suya.

**d. Elemento real.**

Este elemento está configurado por la portación del arma y propiamente por el arma en sí, en vista de la intranquilidad o conmoción social que provoca que una persona lleve consigo un arma que puede utilizar en cualquier momento en contra de cualquier sujeto.

La pena establecida para este delito es de ocho a diez años, sin tomar en cuenta el presupuesto que dicha portación viniera o no acompañada de un elemento subjetivo constituido por el ánimo de infundir temor.

**e. Elemento dinámico.**

Este elemento es la acción que realiza el autor del delito, en el caso de la portación ilegal de un arma de fuego, se refiere a la actividad de llevar consigo o la disponibilidad del arma.

**f. Elemento circunstancial.**

Constituido por las circunstancias agravantes o atenuantes, elemento que puede o no concurrir en el delito y que van a servir de margen para la imposición de la pena mínima o la máxima establecida, consistiendo en este caso específico la pena mínima de ocho años de prisión y la pena máxima de diez años de prisión.

### **3.8.4 La Circunstancia de Peligro y el Bien Jurídico Tutelado.**

En la actualidad como consecuencia del constante desarrollo habitual de conductas consideradas riesgosas que son propias de la interacción en la sociedad, se han elevado los índices de consideración de los deberes de cuidado en el actuar humano, dando como resultado la transformación de múltiples tareas cotidianas en actividades regladas. El resultado de todo ello, incide en el aumento de los riesgos a los que los miembros de esa sociedad se encuentran expuestos, como el que experimenta la sensación de inseguridad latente, parecieran constituir caracteres propios y definitorios de la época contemporánea.

El bien jurídico tutelado, es un bien protegido por el Estado por medio de su ordenamiento jurídico penal. En palabras del autor Von Liszt, el bien jurídico puede ser definido como: *“un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”*.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Citado por Cuello Contreras, Joaquín, *Derecho penal parte general*, 2da. Edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág. 54.

De la definición anterior destacan las siguientes características:

1. El bien jurídico tutelado es un interés preexistente al ordenamiento jurídico.
2. El bien jurídico tutelado no es creación del derecho, sino que es reconocido por el derecho.
3. El bien jurídico tutelado es un interés fundamental en un determinado grupo y contexto social.

Un aspecto importante a distinguir es que el interés vital al que se hace referencia como bien jurídico tutelado, no obtiene su reconocimiento del derecho penal, pues éste únicamente se limita a establecer las sanciones respectivas a las distintas acciones u omisiones que colocan en peligro o lesionan los bienes jurídicos tutelados, que si son efectivamente reconocidos por el derecho constitucional y el derecho internacional.

La existencia del bien jurídico tutelado, es lo que da efectividad al derecho penal, pues sólo es legítima aquella norma cuyo destino es la protección de bienes jurídicos, descartando por completo toda posibilidad de sancionar los pensamientos o comportamientos que no dañen a otra persona.

Al respecto, Bacigalupo se expresa de la siguiente forma: *"El derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el ius puniendi, es decir, para el derecho de dictar leyes penales..."*<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2da. Edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999, Pág. 43 y 44.

En ese orden de ideas, los bienes jurídicos tutelados por el delito de portación ilegal de arma de fuego son la tranquilidad y la seguridad social, además de la vida, la libertad e integridad de las personas, considerados como intereses vitales reconocidos por el ordenamiento jurídico; la razón de ser de el delito aludido surge en el sentido que el legislador busca prevenir que una persona lleve consigo un arma de fuego que puede utilizar en cualquier momento en contra de cualquier sujeto, sin embargo una persona que efectivamente cuente con la licencia respectiva para movilizar el arma de fuego a los lugares que frecuenta, es igualmente peligroso para la sociedad.

Al portar un arma de fuego sin tener la autorización para hacerlo, no se produce un daño concreto a la sociedad, configurándose como un delito de peligro, para los cuales su existencia radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico. Presumiendo el legislador, en ocasiones que dicha consecuencia de riesgo puede llegar efectivamente a realizarse, por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dichos riesgos, dando con ello lugar a los delitos de peligro abstracto; en el cual encaja el delito de portación ilegal de arma de fuego, siendo descrito con una fórmula de mera actividad y no de resultado en tanto el peligro ha sido el motivo del legislador.

*“Los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión, en aquellos ámbitos en donde la experiencia ha permitido tipificar suficientemente los límites de la norma de cuidado”.*<sup>50</sup>

El delito de portación ilegal de arma de fuego, al configurarse como un delito de peligro abstracto, presenta falencias que se manifiestan en el sentido que carece de contenido material, lo cual provoca la producción de intervenciones en las que se prioriza al extremo el cumplimiento de una función meramente simbólica en la que termina por sancionarse la mera desobediencia administrativa.

---

<sup>50</sup> Mendoza Buergo, Blanca, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2001, Pág. 1.

De lo que se ha analizado en este apartado de la investigación, se puede manifestar que con relación a la función protectora de bienes jurídicos atribuida al sistema penal, el objetivo principal es regular las conductas precisas y determinadas de las cuales deriva necesariamente una forma de afectación o lesión de bienes jurídicos penales. Es decir que, desincentiva conductas en este caso la portación ilegal de un arma de fuego, que importan un grave riesgo de afectación de intereses como la seguridad y tranquilidad social, ya sea asociando a las conductas que generan dichos riesgos la imputación de la responsabilidad para el evento de la lesión del bien jurídico, o proscribiéndolas directamente en cuanto tales, por constituir por sí mismas un riesgo relevante para el bien jurídico-penal, con independencia de que en definitiva se produzca su lesión, tal es el caso de la portación de un arma de fuego sin la debida autorización.

Se constituye entonces a la portación ilegal de un arma de fuego, como una conducta que genera un peligro socialmente no tolerado respecto de intereses considerados básicos dentro de la sociedad, aún así el daño no llegue a concretarse. En este delito el peligro de lesión del bien jurídico se estima concurrente sobre la base de la sola realización de la conducta, siendo ya afirmado o presumido por el legislador y sin que para ello se requiera de una valoración o acreditación.<sup>51</sup> De ahí que el peligro para el bien jurídico como tal, en estos casos, sea un elemento irrelevante en la formulación, toda vez que es posible afirmar que resulta totalmente indiferente su concurrencia o ausencia. Es esa alta probabilidad de peligro la que le otorga una validez general a la norma, aunque no se refiera al propio peligro en sí mismo. Se penaliza entonces por ejecutar una conducta que puede generar peligro para el bien jurídico y no una conducta que pone en peligro un bien jurídico.

En la conducta de portar de manera ilegal un arma de fuego, no se sanciona por lo que ocurrió, ni siquiera por lo que va a ocurrir, sino por lo que podría, bajo determinadas circunstancias, llegar a ocurrir.

---

<sup>51</sup> *Ibid.* Pág. 314.

### **3.8 Regulación del Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego en el Derecho Comparado.**

#### **3.8.1 Argentina.**

Dentro de los tipos penales que contiene el artículo 189 bis del Código Penal Argentino, se contempla la portación ilegal de arma de fuego de uso civil, de la siguiente manera:

*“La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de uno a cuatro años”.*

*“La pena prevista para el portador de las armas se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo, cuando por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente, la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos”.*

La pena para dicho delito se ha aumentado, ya que anteriormente consistía en una pena de prisión de seis meses a tres años.

#### **3.9.2 México.**

En la Ley Federal de México, en su artículo 81, regula lo referente a la portación ilegal de arma de fuego, de la manera siguiente:

*“Se sancionará con penas de dos a siete años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa, a quien porte un arma de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de esta ley sin tener expedida la autorización correspondiente.*

*En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes”.*

Así mismo, el artículo 88 estipula: *"Las armas materia de los delitos señalados en este capítulo, serán decomisadas para ser destruidas..."*.

Se puede establecer el amplio margen de apreciación con que cuenta el juzgador al momento de imponer la pena respectiva, que va desde dos años hasta siete años de prisión, para lo cual se consideraran varios aspectos del caso concreto de que se trate.

### **3.9.3 Colombia.**

El artículo trescientos sesenta y cinco del Código Penal colombiano, ley 599 tipifica el delito de portación ilegal de arma de fuego, de la manera siguiente:

*"Art. 365. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en pena de prisión de nueve a doce años.*

*La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:*

- 1. Utilizando medios motorizados.*
- 2. Cuando el arma provenga de un delito.*
- 3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.*
- 4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares, que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten".*

Se puede observar que en la tipificación de este delito, se incluyen varias acciones en común que por sus características propias pueden acoplarse de manera perfecta para la realización de una serie de delitos continuos, resalta también el hecho de que le proporciona al juzgador los aspectos específicos que habrá de tener en cuenta como circunstancias agravantes para la imposición de la pena en el caso concreto que se trate.

#### **3.9.4 Chile.**

La Ley de Control de Armas y su reglamento complementario en Chile, regulan el delito de portación ilegal de arma de fuego de la manera siguiente:

*“Las personas que porten armas de fuego sin permiso, serán condenadas a presidio entre quinientos cuarenta y un días y diez años”.*

En la legislación chilena, el delito de portación ilegal de arma de fuego, tiene un contenido aislado de cualquier otra actividad que pusiera resultar complementaria en consideración al resultado del daño causado, y se denota de igual forma un amplio margen de apreciación entre la pena mínima y la pena máxima a imponer.

#### **3.9.5 Reflexiones Comparativas.**

En las normas que se ha hecho referencia de cuatro países distintos, se puede establecer que la pena mayor para el delito de portación ilegal de arma de fuego es la regulada por Colombia, en donde se castiga dicho delito hasta con doce años de prisión, sin embargo se debe considerar el margen de aplicación de la pena, pues se cuenta con una valoración de cuatro años, en los cuales se observarán los distintos aspectos subjetivos del infractor, en este sentido se tendrán en cuenta varias circunstancias y factores de peligrosidad al momento de imponer la pena en el caso concreto, situación distinta sucede en Guatemala en donde el margen de apreciación de la pena varía únicamente en dos años, pues la pena menor es de ocho años y la mayor de diez años de prisión, por el delito de portación ilegal de armas de fuego.

Siendo el país que regula la pena más baja para este tipo de delito Argentina, estipulando la pena de uno a cuatro años de prisión para el caso de una persona que porte un arma de fuego sin la debida autorización.

## Capítulo IV.

### 4. La ponderación de Bienes Jurídicos Tutelados en Relación a la Pena por el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.

#### 4.1 Análisis de la Actual Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Hasta el año 2009, el ordenamiento jurídico interno en materia de armas y municiones del Estado de Guatemala se mantuvo sin alteración alguna, antes de la vigencia de la actual Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República, dicha materia se regía por el Decreto 39-89, cuya emisión se realizó en la época en que el país se encontraba sufriendo de un conflicto armado interno, dicha normativa estuvo vigente por 20 años, y para tener una idea general de la misma, se hará referencia al hecho de que constituían acciones lícitas las siguientes:

- Adquirir hasta 500 municiones diarias por calibre registrado.
- Legalizar por medio de una declaración jurada, las armas cuya adquisición se realizara fuera de los límites de una transacción legal.

Se denota manifiestamente una legislación anterior, bastante permisiva en cuanto a la adquisición y transacción de las armas y municiones, cuyo objetivo lo establecía la propia ley en su tercer considerando:

*“La ley debe estructurarse apegada a la realidad, la cual demuestra que a mayores restricciones en la tenencia y portación de armas de fuego, mayor en el índice delincencial y viceversa”.*

De lo anterior se puede establecer que si existía la necesidad de realizar ciertas reformas sobre el control respectivo de las armas y municiones, pues se considera que la acreditación de la propiedad de las armas fue el estímulo más significativo para el comercio ilegal de las mismas, pues significaba que una vez realizada la declaración jurada era totalmente indiferente averiguar el origen del arma. Sin embargo, cabe

destacar que algunas de estas modificaciones imponen sanciones drásticas afectando los derechos de los individuos al imponer penas de larga duración, por conductas que en sí mismas no atentan de manera concreta en contra de ningún bien jurídico tutelado.

Dentro del territorio que comprende el Estado de Guatemala, la regulación de la tenencia y la portación de armas y municiones, se rige por la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República, aprobado en el mes de marzo del año 2009, entrando en vigencia el 29 de abril del mismo año, en dicha normativa se especifica una clasificación y descripción de las distintas clases de armas que son admisibles dentro del territorio nacional, así como los requisitos para su tenencia y portación. Considerando también, la descripción de los distintos tipos delictivos en que se puede incurrir por el incumplimiento de las disposiciones normativas reguladas en la ley; designando a la Dirección General de Control de Armas y Municiones "DIGECAM", como el órgano competente ante el cual se realizan todos los trámites para la obtención de la licencia para portar armas, su tenencia y demás aspectos concernientes al tema.

La existencia de esta ley es de suma importancia, debido a que el derecho a portar armas se reconoce en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 38, al establecer lo siguiente:

*"Se reconoce el derecho de tenencia de armas de uso personal, no prohibidas en la ley, en el lugar de habitación. No habrá obligación de entregarlas, salvo en los casos que fuera ordenado por juez competente. Se reconoce el derecho de portación de armas regulado por la ley".*

El artículo transcrito reconoce el derecho de los particulares a portar armas, pero también remite la regulación de ese derecho a normas con jerarquía de ley, es decir, a la actual Ley de Armas y Municiones de Guatemala, pues la portación de cualquier tipo de arma debe estar sujeta a las condiciones y reglamentaciones que para el efecto imponga la ley respectiva.

Del artículo constitucional surge entonces una garantía de legalidad por medio de la cual se obliga al Congreso de la República para que sea éste quien con exclusividad pueda determinar las condiciones para el ejercicio de tal derecho, que, como todos los demás, no tiene carácter de absoluto e ilimitado, sino que se relativiza en orden a valores superiores del ordenamiento constitucional, que consisten en el respeto a la libertad y seguridad ajena y cuya protección se encuentra en el artículo 44 de la Carta Magna, que regula en su parte conducente: *“El interés social prevalece sobre el interés particular”*.

Como consecuencia de lo anterior se debe establecer que el derecho de portación de armas que se concede a las personas en la Constitución, se debe entender únicamente en razón directa del interés social, ello es necesario para que el uso de las mismas sea eminentemente para la defensa personal, pues este derecho es parte de la seguridad del sujeto; sin embargo, las armas que se admiten ya sea para su tenencia o portación lógicamente no deben poseer una magnitud tal, que exceda de la defensa personal del individuo y pueda provocar daños alarmantes en la sociedad.

Es por ello que el derecho a portar armas se debe de considerar dentro del contexto social como un hecho admisible, que la ley reconoce por estrictas causas de necesidad de la persona, la cual en situaciones diversas se ve obligada por razones de peso a sentirse protegida y darse por ende esa auto-protección que el Estado en su inmensidad e imperfección no puede abarcar.

El objeto de la Ley de Armas y Municiones, en forma sintetizada, se enmarca en su artículo segundo, en el cual se indica que el mismo consiste en regular la tenencia, portación, importación; exportación, fabricación, comercialización, donación, traslado, compraventa, almacenaje, transporte, tráfico y todos los servicios relativos a las armas y municiones.

Como se estableció anteriormente la actual Ley de Armas y Municiones, realiza una clasificación de las armas existentes, ello con el fin de lograr una mejor aplicación de

sus normas, estableciendo los parámetros para el correcto ejercicio del derecho de portar armas, el cual es reconocido por la ley fundamental. En la clasificación aludida se establece de una manera determinada las armas que pueden ser de uso de los particulares o personas civiles así como la especificación de cuáles son de uso exclusivo del Ejército de Guatemala.

Dicha clasificación se encuentra contenida dentro del artículo cuatro de la ley, en donde de una forma resumida se manifiesta la existencia de armas de fuego, armas de acción por gases comprimidos, armas blancas, explosivas, armas químicas, armas biológicas, atómicas, misiles, trampas bélicas, armas experimentales, armas hechizas y/o artesanales. A su vez, se establece que las armas de fuego se subdividen en: bélicas o de uso exclusivo del Ejército de Guatemala, de uso de las fuerzas de seguridad y orden público del Estado, de uso y manejo individual, de uso civil, deportivas y de colección o de museo.

En el artículo nueve de la ley se regula cuáles son las armas de fuego de uso civil, considerando en síntesis que son las siguientes: revólveres y pistolas semiautomáticas, de cualquier calibre, escopetas de bombeo, semiautomáticas, de retrocarga con cañón de hasta 24 pulgadas y a los rifles de acción mecánica o semiautomáticas.

Las armas de fuego deportivas se encuentran reguladas en el artículo 11 de la ley y son las que han sido diseñadas para la práctica de deportes, tanto de competencia como de cacería y que están reconocidas y reguladas internacionalmente. Clasificación sobre la cual ya se abordó en el capítulo anterior destacando los aspectos más sobresalientes de las mismas.

Para incurrir en el tipo delictivo motivo de la presente investigación, cuya conducta se encuentra regulada en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones, será únicamente con la portación de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, de acuerdo con la clasificación antes expuesta, pues si se tratará de un arma diversa a éstas se incurriría en otro tipo de delitos cuya gravedad se ve aumentada.

## **4.2 Bienes Jurídicos Tutelados por el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.**

Como se ha expuesto en letras anteriores, un bien jurídico tutelado puede ser tanto una persona, como un objeto, como una relación entre personas y una relación entre personas y objetos; entre los diversos bienes jurídicos tutelados, existen algunos que, se consideran vitales para la colectividad y el individuo, por lo tanto reciben protección jurídica por su significación social y a los cuales el derecho acuerda su especial tutela estableciendo distintos tipos delictivos para algunas formas especialmente criminosas de atentar contra ellos, por tanto, como objetos de interés jurídicos vienen a constituir el bien jurídico tutelado que es la razón de ser que se halla tras cada delito.

La verdadera esencia del delito se enfoca en la idea del bien jurídico tutelado cuya existencia es considerada, una de las piedras angulares del derecho penal, indicando el objeto efectivo sobre el que recae la correspondiente tutela penal. El daño penal entonces, se produce cuando la conducta de algún sujeto provoca una ofensa al bien jurídico que se trata de proteger. Convirtiéndose dicha ofensa en el contenido sustancial del delito, comprendiendo el denominado daño penal.

En fin, por bien jurídico tutelado dentro del ordenamiento penal, se debe comprender, el aspecto central de la conducta regulada por la norma, atendiendo a su finalidad, y no únicamente una realidad natural, social o económica, protegida por el derecho, sino trascender ese límite y encontrar la razón de ser de la disposición incluida en el sistema de los valores jurídicos.

Para lograr lo anterior se debe dar relieve a la interpretación adecuada que formule de una manera correcta la individualización del bien jurídico tutelado como el resultado de la aplicación de dicha interpretación. En esto consiste efectivamente la actividad interpretativa, en aplicar el método deductivo para individualizar el contenido de la norma, si se prescindiere de ello, se estaría admitiendo que las disposiciones normativas de índole penal son un acto de fé que pretende proteger determinado bien jurídico dentro de la sociedad.

De la interpretación anterior se deduce que la mera portación de un arma de fuego, ya sea que se cuente o no con la licencia respectiva que autoriza dicha portación, coloca en peligro los bienes jurídicos tutelados consistentes en la seguridad y el orden públicos, además de la vida y la integridad de las personas. Se hace referencia indistinta a la obtención de la licencia de portación de arma de fuego, en virtud que, no es una autorización lo que garantiza la seguridad ciudadana y el orden público, sino, la personalidad de un individuo, su conducta, estado emocional psicológico, y otros aspectos determinantes de su peligrosidad. De lo contrario, también habría que crear una legislación que exija la licencia de portación de objetos, que aunque no constituyen armas de fuego pueden ser utilizados como armas, por ejemplo: un cuchillo de cocina.

Los autores Núñez y Soler, coinciden en que el bien jurídico protegido por el delito de portación ilegal de arma de fuego es un estado colectivo exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o personas en general, siendo el sujeto pasivo siempre indeterminado.<sup>52</sup> Así también tomando de base la doctrina de Raúl Zaffaroni y Ferrajoli, se manifiesta lo siguiente:

*Zaffaroni indica que: "ninguno de los criterios para justificar la punibilidad de los delitos de peligro en abstracto, a los cuales pertenece la portación ilegal de armas de fuego, es constitucionalmente admisible, unos insisten en que el peligro se presume iure et de iure y otros en que se trata de la existencia de un peligro del peligro. En el primer caso estaríamos ante simples infracciones administrativas – delitos de desobediencia como los llamó Binding – y en el segundo se presentarían consecuencias inusitadas con la tentativa – triplicación de peligros: riesgo, de riesgo, de riesgo".<sup>53</sup>*

Respecto a Ferrajoli, considera que: *"los delitos de peligro abstracto presumen un peligro in abstracto y supone una mera desobediencia formal con una acción inocua en sí misma. Y alegando que estos tipos deberían de ser reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión o al menos peligro concreto, según*

---

<sup>52</sup> *Tenencia y portación de armas.* Bailone, Matías. Disponible en: <http://www.terragnjurist.com.ar/doctrina/tenencia.htm>, consultado el día 17/06/2013.

<sup>53</sup> Zaffaroni, Op. Cit. Pág. 491.

*merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro concreto*".<sup>54</sup> Tal explicación de Ferrajoli, se relaciona con la conclusión de Zaffaroni: *"solo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real"*.<sup>55</sup>

Considerando las ideas anteriores, acudiendo a un punto de vista axiológico, puede afirmarse que este tipo de conductas delictivas debería sancionarse en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, considerando los factores de peligro ocasionados con la portación ilegal de un arma de fuego para cada caso específico, pues siempre serán distintos los factores personales de quien porta dicha arma, aspectos que deben ser tomados en cuenta en cumplimiento con los fines que persigue el Estado con la sanción establecida.

En el tipo de sanciones como la establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego, los estudios doctrinarios son claros y concuerdan en que de las mismas se pueden devenir inconstitucionales penas desproporcionadas, dando como consecuencia, efectos sociales irreversibles, pues la omisión administrativa de no contar con la licencia de portación, la omisión de un simple requisito, no refleja de manera precisa el daño concreto ocasionado con la portación de un arma de fuego.

#### **4.3 La Proporcionalidad de la Pena en el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.**

El aspecto relacionado con la proporcionalidad de las penas en general ya ha sido abordado en apartados anteriores, por consiguiente lo que a continuación se desarrollará será la singularidad del principio de proporcionalidad específicamente en la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego.

---

<sup>54</sup> Ferrajoli, Luigui. *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*, en *Revista de Ciencias Penales No.5*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1992, disponible en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>, consultado el día 17/06/2013.

<sup>55</sup> Zaffaroni, Op, Cit., Pág. 492.

Es importante destacar el hecho innegable de que la proporcionalidad de la pena es de evidente importancia en países en los que el poder judicial goza de un amplio margen de decisión con respecto a la concreción de la pena a imponer, los sistemas como el guatemalteco se caracterizan por una mayor desconfianza del legislador hacia el órgano jurisdiccional a la hora de determinar la pena concreta, sin embargo, se evidencia la necesidad de dotar un margen abierto o amplio de discrecionalidad judicial; pues la realidad muestra que las reglas de dosimetría penal establecidas por el legislador no resuelven toda la compleja cuestión de la determinación de la pena ni la criminalidad de un país.

Una práctica judicial orientada a la prevención especial, podría ser la solución a los problemas supra planteados, ello debido a que no es posible entender la teoría de la pena proporcional al hecho si no se analiza el contexto de su oposición teórica a los efectos perniciosos de un sistema legislativo drástico que impida la imposición de penas individualizadas.

La justificación social de la existencia de la pena no puede alejarse de los criterios que sirven de guía para distribuir las penas en los casos concretos. Es por ello, que esta teoría sobre la determinación de la pena pretende desarrollar criterios de proporción con el hecho, en el marco de una teoría de la prevención general intimidatoria.

Para comprender de una mejor manera lo anterior, se acudirá a un ejemplo práctico: dos personas están siendo sindicadas del delito de portación ilegal de arma de fuego, sin tomar en cuenta cual sea el tipo de arma. Una de estas personas es trabajadora, con una familia integrada que depende económicamente de él, constituyéndose sus características personales como positivas; el segundo de estos sujetos, es una persona cuyas características personales son manifiestamente negativas, en el sentido de que de él, no depende económicamente ninguna persona y proviene de un hogar desintegrado. Ambos sujetos deben ser tratados de la misma forma durante el proceso, pues tienen los dos las mismas garantías procesales y constitucionales como lo son: la presunción de inocencia, el derecho de defensa, etc. El problema surge entonces por la

violación al principio constitucional de igualdad que se origina al tener lugar la imposición de una pena que va de un mínimo de ocho a un máximo de diez años de prisión, considerada de índole excesiva, pero que es efectivamente la establecida en el decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, para este tipo de delito. Ambas personas, cometieron el mismo hecho delictivo, convirtiéndose en merecedoras de las sanción correspondiente, sin embargo, en atención a los fines de la pena, el problema es que si bien ambas infringieron la norma, la pena de prisión no tendrá los mismos efectos para ambas personas, pues una resultará más afectada que la otra, y los daños que se ocasionen no sólo repercutirán en la persona sancionada sino que también en terceras personas, como en la familia que depende económicamente del sindicado.

En el ejemplo anterior se debe indicar que no se trata de realizar una discriminación entre ambos sujetos procesados, pues la diferenciación es opuesta a una discriminación; sería manifiesta una discriminación, si se tratara del hecho de que a una de estas personas se le niegue la posibilidad de imponérsele una sanción alternativa a la pena de prisión, por el simple hecho de tratarse de una persona de raza negra, o si fuere un sujeto extranjero, o se tratara de una mujer, etc.; ahora bien, sí se considera diferenciación y no discriminación, la circunstancia de que a una persona se le niega tal posibilidad, porque sus características personales son totalmente negativas, además que los informes técnicos, científicos y sociales, reflejan la personalidad de un ser incapaz de ser adaptado nuevamente a la sociedad.

El ejemplo anteriormente expuesto se refleja día a día en relación con las penas excesivas de prisión establecidas para muchos delitos contemplados en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, dichas penas pese a ser desproporcionadas deben ser impuestas a todas las personas que sean condenadas por la comisión de un delito, en este caso la portación ilegal de arma de fuego; resulta entonces ser una sanción contradictoria, pues si bien todas las personas tienen derechos y garantías, aun sean condenados a un delito, existe un sector de la sociedad al que no se le facilita su

desarrollo personal o integración en la sociedad, ni tampoco las penas impuestas son proporcionales conforme a su responsabilidad.

En ese orden de ideas, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, emitió una sentencia en la que indica: *“el principio de igualdad, plasmado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme a sus diferencias. Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge...”*<sup>56</sup>

La pena establecida por el legislador para el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas radica en un lapso mínimo de ocho y un lapso máximo de diez años de prisión inconvertibles, en dicha pena se verifica una violación al principio de proporcionalidad, pues con su imposición se impide considerar supuestos de hecho que se hacen necesarios valorar dentro del margen de imposición de la sanción, que al ser tenidos en cuenta podrían enmarcar una diferencia considerable de varios años de prisión.

Lo anterior se explica mejor tomando como base el siguiente ejemplo: Las personas X y Z, fueron ambas condenadas por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas. La persona X es alguien cuya conducta se considera como socialmente aceptable, por aspectos como la carencia de antecedentes penales y policíacos, así como por contar con un trabajo seguro y digno; en fin es una persona sin

---

<sup>56</sup> Corte de Constitucionalidad. Constitución Política de la República de Guatemala y su Interpretación. Gaceta número 24. Expediente número 141-92, página número 14, sentencia de fecha 16-06-92.

tacha alguna, pero cometió el error de portar un arma de fuego sin tener la licencia respectiva, sumado a ello se opuso a los agentes captores reclamando que no realizaba nada malo y consecuentemente fue condenado por dicho delito con una pena de diez años de prisión; por haberse opuesto. Mientras que la persona Z, es un sujeto que no ha tenido una conducta considerada socialmente aceptable, pues en años anteriores alguna vez su conducta riñó con el orden jurídico penal, es decir tiene algún tipo de tacha su personalidad, y fue capturado portando un arma de fuego de manera ilegal, es decir, sin la autorización respectiva, pero este último sujeto no se opuso a su aprehensión, por consiguiente se le impone la pena mínima que es de ocho años de prisión incommutables.

En el ejemplo analizado, se hace notar la ineficacia de la dosimetría penal establecida por los legisladores guatemaltecos, pues ésta no se adecua a la realidad del país, ni considera la importancia que tienen las consecuencias negativas que una pena excesiva de prisión puede causar no sólo al condenado, sino también a la familia, cuya protección, paradójicamente se encuentra regulada por la Constitución. Se debe analizar entonces, la necesidad y efectividad que tendría la pena de prisión impuesta para la persona X, y si dicha imposición cumple con el fin que el Estado persigue con esa sanción, en el caso del tipo de personas con las características del sujeto X. En contraposición con el caso concreto del sujeto X y la persona Z, es manifiesta la evidente violación al principio de proporcionalidad en las penas que se imponen.

Se puede concluir entonces que ocurre una violación al principio de proporcionalidad de la pena, en la sanción establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego, toda vez que se está criminalizando a todo individuo que carezca de licencia para portar arma de fuego, sin tener la oportunidad de tomar en cuenta ciertos aspectos que ayudarían a la imposición de una pena más justa para cada caso concreto; claro que pueden haber casos de excepción en el que dicha pena sea necesaria para impedir un mayor resultado, pero para llegar a dicha determinación también deberán ser tomados en cuenta factores relevantes de la plataforma fáctica del caso específico. Tal razonamiento se realiza en base a lo escrito por el jurista guatemalteco José Francisco

De Mata Vela, quién manifiesta que el ámbito de la realidad del derecho penal, es mayor que el simple conocimiento normativo, es decir que, los fines del derecho penal no se cumplen solo con imponer una pena previamente establecida por los legisladores, que como ya se indicó, la dosimetría penal establecida en las normas, no han resuelto nada, la criminalidad de Guatemala. La permisividad de un mayor margen de acción de los juzgadores, para determinar si es o no necesaria la imposición de una pena de prisión, o la imposición de una o varias sanciones penales alternativas a la pena de prisión, contribuye a que las personas gocen efectivamente de las garantías contempladas en la Constitución Política de la República de Guatemala; ya que serán tratados conforme a sus diferencias.<sup>57</sup>

En atención a ello, la magnitud de la pena de prisión establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego, no es garantía de la reducción de la criminalidad en el país, realidad que puede ser demostrada estadísticamente, tampoco garantizan que la persona condenada a tales penas de prisión logre su rehabilitación, por el contrario, en la mayoría de los casos las personas condenadas son parte de una familia bien integrada, cuyo sostenimiento muchas veces recae sobre sus hombros; la consecuencia del cumplimiento de dicha pena solo causa el rompimiento de los lazos entre los miembros de la familia, aparejado al deterioro de su economía, pues quién fue confinado a vivir en una cárcel sostenía al hogar, dando lugar a sufrimientos de toda clase, principalmente emocionales y psicológicos, ocasionando que el Estado incremente en sus datos numéricos el porcentaje de familias que diariamente afrontan dificultades para su subsistencia.

Las penas desproporcionadas, como la contemplada para el delito de portación ilegal de arma de fuego, no se deben considerar como una panacea a los grandes problemas del Estado, específicamente a la delincuencia, pues tal y como es la realidad de Guatemala, las cárceles son escuelas del crimen y quienes son criminales, allí aprenden más sobre como delinquir mejor y a no verse tan fácilmente sorprendidos en la persecución penal que emprendería el Estado.

---

<sup>57</sup> De León Velazco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. *Derecho penal guatemalteco*. Guatemala. Ed. Magna Terra, séptima edición. 1995, Pág. 118.

#### **4.4 La Individualización Judicial de la Pena en el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.**

*“La pena debe individualizarse siguiendo para ello, criterio de prevención especial positivas favorables al reo que persigan por encima de todo, la maximización del fin de no desocializar al reo, así como la consecución de las máximas cuotas de resocialización siempre que ello sea posible”.*<sup>58</sup>

La definición anterior resalta el aspecto de que la individualización judicial de la pena es el acto jurisdiccional por medio del cual el juez determina las consecuencias jurídicas de un delito según la clase, gravedad y forma de ejecución del ilícito cometido, es decir, que no determina la pena adecuada al injusto culpable sino sus posibilidades de suspensión o sustitución, evitando la desocialización.

En el Código Penal y leyes penales especiales guatemaltecas, se encuentran diferentes tipos penales, cuyas penas se establecen entre un mínimo y un máximo, penas que en abstracto fueron individualizadas legislativamente. En el artículo 65 del Código Penal guatemalteco, se establecen los presupuestos que han de considerarse en cuanto a la fijación de la pena, siendo: la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, 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 e importancia. Sin embargo, dicha individualización, en nada ha contribuido a la reducción de la criminalidad del país, por el contrario la desocialización del condenado es el único resultado previsible, tras el cumplimiento de una pena excesiva de prisión.

El delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, establece una pena mínima de ocho años y una pena máxima de diez años de prisión, anterior a la vigencia de dicho decreto la pena establecida para ese mismo delito era de seis meses a un año. Conocido es que en Guatemala no sólo se portan armas ilegalmente, es decir

---

<sup>58</sup> Feijoo Sánchez, Bernardo. *Op. Cit.* Pág. 14.

sin la licencia respectiva, sino que también se conducen vehículos; mas no por ello tales individuos son criminales, por haber omitido el cumplimiento de un acto meramente administrativo. Una licencia no garantiza la honorabilidad de alguien, menos su no peligrosidad social o su no conducta criminal. El Estado de Guatemala de ninguna manera se beneficia al condenar a una persona cuyo único error en su vida fue no tener licencia para portar arma de fuego, imponiéndole una pena de prisión, aún en su mínimo de ocho años e imposibilitando tomar en cuenta diversos factores del caso concreto que podrían llevar a la imposición de una sanción alternativa a la pena de prisión.

No existe intención alguna de hacer una apología de una portación ilegal de arma de fuego, sino únicamente resaltar el hecho que en Guatemala no existe medio alguno que permita una individualización judicial de la pena en sentido estricto y amplio; cometiéndose por ello constantes agravios no sólo a los derechos individuales, sino también, agravios contra el desarrollo y la modernización del derecho penal guatemalteco, provocando como consecuencia de ello la completa desocialización de un individuo condenado, que no obstante el hecho de tener buenos antecedentes personales, que su conducta diaria no hacía presumir peligrosidad social o personalidad criminal y que quizás también tenía un hogar integrado y que dependía económicamente de él, dichos factores no pudieron ser tomados en cuenta al momento de imponerse la pena respectiva. Consecuentemente una correcta y efectiva individualización judicial de la pena, es la herramienta jurídica que se propone, para cumplir con la imposición de penas más justas, ponderándose tanto a las circunstancias de cada hecho, como a la personalidad del sujeto.

#### **4.5 El Antagonismo de la Pena de Prisión Establecida para el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.**

La creación de normas jurídicas para el ordenamiento de una sociedad, son efecto de los hechos que a diariamente acontecen en un territorio determinado. Sin embargo, en Guatemala los momentos importantes que han quedado grabados en la historia, en

lugar de contribuir al rescate de la sociedad que está al borde del abismo, contribuyen a su deterioro. En lo que al tema respecta, las conductas tipificadas en la ley como delitos y sus respectivas sanciones no reflejan resultados positivos, marcando de forma cada vez más evidente las consecuencias negativas de diversas disposiciones, y el aspecto negativo no se refiere a la sanción de una acción antijurídica, sino a la forma de sancionar dicha conducta, pues algunas de las penas de prisión son exageradas, exorbitantes, desproporcionales, irracionales e infructuosas, tanto para la sociedad como para el sentenciado.

Desde un punto puramente legalista *"la pena es una restricción de bienes que impone el Estado a través de un órgano jurisdiccional"*.<sup>59</sup> Se incluye esta definición por la relación vinculante entre ella y las teorías que se refieren a los fines de la pena. Tales teorías son: de la retribución, de la prevención especial y de la prevención general.<sup>60</sup> Conforme a la primera teoría mencionada, la pena tiene como fin, ser un castigo para quien realizó un hecho con el cual causo un mal, por lo que debe ocasionársele un sufrimiento. En cuanto a la segunda teoría, la pena tiene como fin el de intimidar a la persona que haya delinquido para que no lo vuelva a hacer, es decir, para que no cometa más delitos, por lo que puede darse la modalidad de privar permanentemente a determinado individuo que se considere incorregible. Para la última de las teorías mencionadas, la pena tiene como fin intimidar a todos los hombres, por medio del castigo que se imponga a una persona en particular, enviando el mensaje de que si se actúa de tal o cual manera, se tendrá conocimiento sobre las consecuencias.

Las teorías tradicionales que se han explicado supra, han sido inobservadas en algunos países, en Guatemala, por ejemplo, ni siquiera se cumple con los fines de estas teorías en las penas establecidas en el ordenamiento jurídico guatemalteco. A excepción de la primera de las teorías quien junto a la definición puramente legalista de la pena, si se establece una relación estrecha; pues las penas de prisión no son más que castigos impuestos por el Estado, y si son muy aflictivos como en el caso de la pena de prisión establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego.

---

<sup>59</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal; de Mata Vela, José Francisco, *Op. Cit.*, pág. 265.

<sup>60</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal; de Mata Vela, José Francisco, *Op. Cit.*, pág. 270.

Las penas excesivas, sin embargo, no producen como resultado una intimidación individual, a priori, esto se comprueba por la circunstancia de que muchos individuos tienen un largo listado de hechos delictivos cometidos, impidiendo de igual forma la verificación efectiva de una intimidación a las demás personas, pues la delincuencia día con día aumenta en el país. El delito de portación ilegal de armas de fuego, refleja lo anteriormente expuesto, pues siempre existirán personas que porten ilegalmente armas de fuego.

#### **4.5.1 Restricción Legislativa.**

El término restricción puede utilizarse en diferentes ámbitos, pero cualquier aspecto en que se utilice, siempre implicará lo mismo, una limitación de índole natural o impuesta según corresponda. Al hacer referencia a una restricción legislativa, se deduce, se trata de una limitación o serie de limitaciones establecidas por la ley.

La existente restricción legislativa en el ordenamiento jurídico guatemalteco, y más específicamente en la normativa penal, se aduce no es intencional, considerando su radicalidad en el poco conocimiento y el muy bajo interés por las corrientes y doctrinas modernas referentes a los fines de la pena, así mismo, un desconocimiento del derecho penal en su totalidad. Situándose el derecho penal guatemalteco, junto con las distintas ciencias que lo integran como la criminología, en una situación, en la que lejos están de fusionarse en una herramienta efectiva para la reducción de las consecuencias negativas que causan las penas excesivas de prisión, como la desintegración familiar y la segregación social posterior de la cual son objeto quienes cumplen penas excesivas de prisión, incumpliendo desde cualquier punto de vista con la finalidad de rehabilitación social de la persona que delinquiró.

Para que el problema de la criminalidad y la violencia en el país, sean tratados adecuadamente, la solución se debe enfocar en el cumplimiento de los fines de la pena, ya que la imposición de penas excesivas de prisión, no son la solución a tales flagelos de la sociedad guatemalteca, ni de ninguna otra sociedad.

Es importante indicar que el Estado de Guatemala, ha fomentado un pensamiento erróneo, respecto a la forma de brindar una solución a los problemas de inseguridad, originados por la violencia y la criminalidad, pues, a lo largo de la historia se ha mantenido la ilusión de que la pena de prisión y las excesivas penas de prisión, son la solución a tales males; cuando la realidad es que por el contrario éstas contribuyen aún más a que la sociedad cada vez se deteriore en todo aspecto.

En la pena establecida por el legislador en el delito de portación ilegal de arma de fuego, fue obviado el principio de proporcionalidad, pues en primer lugar se debe necesariamente manifestar que no todas las personas se hacen merecedoras a una pena de prisión de entre ocho y diez años, ello como consecuencia de que no se puede determinar la peligrosidad de una persona por la circunstancia de tener o no, una licencia para portar armas.

La restricción legislativa en este sentido, se verifica entonces por la inexistencia de un instrumento legal que establezca alguna sanción alternativa a la pena de prisión establecida para este tipo de delito, lo que consecuentemente produce una restricción a la individualización judicial de la pena, impidiendo al juez contar con un campo de acción más amplio para decidir la pena adecuada a imponer a cada persona en un caso concreto, sea que se trate de la pena de prisión establecida o bien de otro tipo de sanción penal.

Con tal restricción legislativa no se produce desde ningún punto de vista una efectiva individualización judicial de la pena, imposibilitando al juzgador la libertad de tomar en cuenta las diferencias entre todas las personas, ni de los hechos antijurídicos verificados por determinada persona, lo que consecuentemente produce una violación al principio de proporcionalidad de la pena.

#### **4.5.2 La Excesiva Pena de Prisión Establecida para el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.**

Desde el año 2008 se inició el debate para el incremento de la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego, que anteriormente era de seis meses a un año de prisión; este incremento fue producto de la idea errónea de que solucionaría la necesidad de un ordenamiento jurídico que respondiera efectivamente a la situación actual de criminalidad en el país, homicidios, asesinatos, secuestros, etc.; sin embargo, a la fecha ningún efecto positivo tuvo el incremento de la pena de prisión para dicho delito, ni el cambio de nombre al departamento encargado del supuesto control de las armas que proliferan en el país; pues los robos a mano armada, secuestros, atentados contra autobuses y muchos otros flagelos, que para los gobiernos es imposible controlar, día a día aumentan.

El Estado de Guatemala, por medio del procedimiento establecido para el efecto, incrementó la pena de prisión para el delito de portación ilegal de arma de fuego, a una pena mínima de ocho y una pena máxima de diez años de prisión inconvertibles, es decir, ese tiempo en prisión deberá cumplir quien porte un arma de fuego sin la licencia respectiva, como si esa licencia fuese el factor esencial de la criminalidad en el país, o dicho de otra forma, sancionar a una persona que carezca de licencia para portar arma, va a reducir los índices de violencia que día a día aumentan en Guatemala.

Es una realidad que no se puede ignorar, el hecho de que algunas personas utilizan las armas de fuego para delinquir, así como muchas otras personas las poseen y las portan simplemente por costumbre y para defenderse de los ataques de los cuáles podrían ser objeto.

Es importante indicar que no es estimable de manera exacta, el resultado causado con la comisión de este delito, pues como ya ha quedado plasmado, es un tipo penal considerado un delito de peligro abstracto, con lo cual, no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo, es precisamente por esa circunstancia que

se origina la razón que para imponer una pena, deben tomarse en consideración las características personales del individuo y establecer de esa manera la relación de peligrosidad del individuo, con el peligro que efectivamente se cause a la sociedad.

Al incrementar más allá de los límites razonables, la pena establecida para este delito, se marca el retroceso del sistema penal guatemalteco.

Respecto a la desproporcionalidad de las penas establecidas para los tipos penales existentes en Guatemala, se realiza la siguiente comparación: En un caso concreto, por el delito de portación ilegal de arma de fuego, un individuo es condenado a 10 años de prisión inconvertibles, y por otro lado existe el caso de un individuo que se encuentra cumpliendo una condena de 12 años de prisión, porque cometió el delito de violación cuya víctima fue una niña de 11 años de edad, causándole lesiones en sus genitales. En el primer caso, no puede tomarse como peligro a quien simplemente porta un arma de fuego sin la respectiva licencia. En el segundo caso, dicha persona, por el acto cometido, hace deducir su peligrosidad y la necesidad de tal pena de prisión, aunque cabe mencionarse que se puede tratar de un enajenado mental, quien luego del cumplimiento de dicha pena, podría cometer nuevamente una acción igual o de similar naturaleza. Ello también se refleja en la pena señalada para el delito de homicidio, pues si el grado de ejecución es un tentativa, la pena mínima es de diez años, equiparándose un delito contra la vida a un simple delito de peligro, como lo es la portación ilegal de arma de fuego.

Este es solo un sencillo ejemplo con el cual se logra demostrar la desproporcionalidad de las penas en Guatemala. Se manifiesta entonces una dosimetría penal, en la que a algunos hechos a pesar de no causarse una lesión concreta, les es establecida una pena similar o igual a hechos en los que existe dolo y la lesión concreta se verifica respecto a un bien jurídico tutelado, como la integridad física.

Dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco, se han establecido penas no razonables a hechos que son considerados delitos únicamente por no cumplir con

algunos determinados requerimientos administrativos, o bien, se establecen penas de prisión a hechos que deben ser tratados de una forma especial, pues deben tomarse en cuenta las características personales del condenado y las consecuencias que determinada sanción va a tener sobre el mismo y sobre terceros, para contrastar si efectivamente se cumplen con los fines que le han sido asignados a toda pena de prisión. Así mismo, muchas penas son similares en su mínimo y su máximo, como en el caso de la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego, en donde el margen entre uno y otro es de tan solo dos años de diferencia, siendo los hechos diferentes, no en cuanto al bien jurídico que se protege, sino en cuanto a la lesión que se verifica; no es igual portar ilegalmente alguna clase de arma de fuego, que violar, como se ha comparado anteriormente.

El ordenamiento jurídico guatemalteco establece que las personas todas son iguales en derechos y obligaciones, contravengan o no una norma jurídica, y aun en la circunstancia de que efectivamente se verifique una acción antijurídica, no por ello debe confinársele a vivir aislado, sin posibilidad alguna de rehabilitación, o peor aún, negar oportunidades o alternativas para resarcir el daño causado con formas diferentes a la pena de prisión.

La violación al principio de proporcionalidad contenido en el tipo penal de portación ilegal de arma de fuego, es excesiva, innecesaria e infructuosa, porque se trata a todos los individuos condenados a dichas penas de igual forma, como si todos tuviesen las mismas características personales, y si cada hecho fuese igual.

Las penas contempladas en el ordenamiento jurídico penal, deben ser proporcionadas al daño causado, y tomar en cuenta factores como la responsabilidad de la persona y su culpabilidad, así como deben determinar la proporcionalidad de la pena de prisión o su innecesaria aplicación, pero ello únicamente podría realizarse si existen los instrumentos jurídicos que permitan la individualización judicial de la pena, es decir, que amplíen el margen de actuación de los juzgadores, no limitando su desenvolvimiento a la dosimetría penal establecida por los legisladores.

Realizando una comparación con la Ley de Armas ya derogada, resulta evidentemente excesiva la pena de prisión establecida para el delito de portación ilegal de armas de fuego. Una sanción excesiva es sinónimo de exagerada, y a su vez dichas palabras son un adjetivo cuyo significado es: que se excede de los límites razonables. De manera que la pena establecida para el delito respectivo, no es razonable, tomando en consideración el hecho de que ningún resultado positivo se ha producido desde la entrada en vigencia del decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala; por el contrario, se han visto afectadas personas que mantuvieron relaciones sociales y familiares estables, con las penas que les fueron impuestas, pues se destruyó su vida social y familiar.

#### **4.5.3 La Desintegración Familiar.**

La desintegración familiar significa el rompimiento de los vínculos con los integrantes de la familia, incumpliendo con los roles que se deben a cada miembro o por su incapacidad para efectivamente llevarlos a cabo.

Existen diversas causas de desintegración familiar, entre las que destacan las siguientes: la migración de la ciudad, los divorcios, las adicciones, los problemas económicos, entre muchos otros factores.

La desintegración familiar es un problema social que afecta a cada una de sus víctimas, impidiendo el normal desempeño de la persona, creando un desequilibrio en sus interrelaciones con las demás estructuras sociales.

Resulta preocupante el hecho de que la imposición de penas excesivas de prisión, también colaboren al aumento de este gravísimo problema, siendo una de las principales bases sociales, lo cual conlleva a la necesidad de plantear una propuesta, para la eliminación de penas exorbitantes. La desintegración familiar, si bien es cierto, también es efecto de otro tipo de causas, en lo que concierne a lo que aquí se está tratando preocupa que los legisladores guatemaltecos provoquen este flagelo con su

labor, ya sea por ignorancia, por desinterés o por imprudencia, pues está más que comprobado que ello no ha dado resultado.

En la realidad social guatemalteca, es normal que específicamente las personas que porten un arma sin contar con la licencia respectiva, constituyan en su mayoría casos en los cuáles se trate de personas cuyas características personales no reflejen peligrosidad, y que tengan hijos, esposa y un empleo seguro y estable; y a las que condenarlos a vivir extensos períodos de tiempo en una cárcel, traería como consecuencia la destrucción de su vida en lugar de rehabilitarlos o reinsertarlos a la sociedad. Resulta manifiestamente innecesaria la pena de prisión para rehabilitar o resocializar o para resarcir el daño; sería mejor una pena alternativa a la prisión. Por ello es importante y urgente legislar para reducir los efectos de tales penas de prisión, de lo contrario, la sociedad guatemalteca irá deteriorándose cada vez más.

#### **4.5.4 La Improductiva Vida y la Pérdida de Derechos en el Interior de las Prisiones.**

Atendiendo a la historia de las prisiones, se establece que las primeras existentes fueron utilizadas para internar a personas que tenían deudas con el Estado o con sujetos particulares, así como a enfermos leprosos o enfermos de viruela. Estas prisiones eran muy sucias, carecían de toda medida de higiene y las personas ahí internadas generalmente morían dentro.

Conforme al avance del tiempo se fueron estableciendo ciertas garantías que debían cumplir los centros carcelarios; como producto de ello, el Estado de Guatemala cuenta con el Decreto 33-2006 del Congreso de la República, el cual contiene la Ley del Régimen Penitenciario, la cual manifiesta en su artículo 3, los fines del sistema de la siguiente manera:

*“Proporcionar a las personas privadas de libertad las condiciones favorables para su reeducación y readaptación, que les permitan alcanzar su desarrollo personal durante el cumplimiento de la pena y, posteriormente integrarse a la sociedad”.*

Se puede observar que en teoría, ha quedado atrás la idea de centros de castigos, de carencia de medidas de higiene y se ha establecido inclusive los fines de reeducación y readaptación a la sociedad de las personas que se encuentran cumpliendo su condena. Lamentablemente en la práctica no se ha logrado lo anteriormente descrito y ello como consecuencia de distintos factores como son la mala administración, la falta de presupuesto y la sobrepoblación existen dentro de las prisiones.

Dentro del Estado de Guatemala se cuenta con una población reclusa que sobrepasa los límites de los centros carcelarios establecidos en el país, para el cumplimiento de las condenas de penas privativas de libertad, dentro de los centros presidarios se mencionan los siguientes:

- La granja modelo de rehabilitación Pavón, que se encuentra ubicada en el departamento de Guatemala.
- La granja modelo de rehabilitación Canadá, ubicada en el departamento de Escuintla.
- La granja modelo de rehabilitación Cantel, ubicada en el departamento de Quetzaltenango.
- El Centro de Orientación Femenino, ubicado en el departamento de Guatemala.
- El Centro de Rehabilitación, ubicado en el departamento de Izabal.

Bajo la denominación de cárceles públicas se encuentran los siguientes centros:

- La cárcel de Santa Elena, ubicada en el departamento de Petén.
- La cárcel de Cobán, ubicada en el departamento de Alta Verapaz.
- La cárcel de Mazatenango, ubicada en el departamento de Suchitepéquez.
- La cárcel de Escuintla, ubicada en el departamento del mismo nombre.

Como centros de máxima seguridad funcionan:

- La cárcel de máxima seguridad denominada El Infierno, ubicada en el departamento de Escuintla.
- El centro de máxima seguridad denominado El Boquerón, ubicado en el departamento de Santa Rosa.

Estos centros carcelarios son pocos, comparados con el porcentaje de reclusos existentes, sumado al hecho de que cuentan con una infraestructura inadecuada y falta de servicios básicos, como por ejemplo el agua potable, no todos cuentan con camas y los servicios médicos son casi inexistentes. Es imposible en tales condiciones cumplir con un adecuado sistema penitenciario.

Recordando que se denomina sistema penitenciario: *"al conjunto de normas legislativas o administrativas, encaminadas a determinar los diferentes sistemas adoptados, para que los reclusos cumplan sus sentencias. Se encamina a obtener la mayor eficacia, en la custodia o en la readaptación social de los delincuentes. Esos regímenes son múltiples, varían a través de los tiempos y van desde el aislamiento absoluto y de tratamiento rígido hasta el sistema de puerta abierta con libertad vigilada. Entre ambos extremos una amplia gradación".*<sup>61</sup>

Al concluir sobre la ineficacia del sistema penitenciario, se manifiesta el hecho de que la pena de prisión no cumple con los fines existentes dentro de todo ordenamiento penal, la preeminencia actual de las penas privativas de libertad, repercuten dando como consecuencia el resultado de que en Guatemala se cuenta con una población carcelaria que ha sobrepasado la capacidad de los centros de prisión.

Es importante hacer referencia en el presente apartado, al análisis del sistema carcelario guatemalteco, pues respecto al cumplimiento de las penas excesivas de prisión puede afirmarse lo improductiva que se torna la vida de una persona en un centro carcelario de Guatemala, sumado a la sobrepoblación existente dentro de las prisiones.

---

<sup>61</sup> Osorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Pág. 852.

Constituye entonces, la realidad penitenciaria guatemalteca un fracaso, en el sentido de que no reinserta sino reproduce más consecuencias criminales, incumpliendo con los estándares nacionales e internacionales exigidos a todo sistema penitenciario.

El mantenimiento de la prisión dentro del Estado de Guatemala, representa una serie de gastos que resultan onerosos no sólo para el propio Estado sino también para la sociedad en general, quienes por medio del pago de sus impuestos contribuyen a costear la alimentación, la seguridad, los servicios médicos y otras atenciones que deben brindárseles a las personas ahí recluidas.

Las principales características de las prisiones en Guatemala son las siguientes:

- a. El sistema penitenciario guatemalteco se rige por el Decreto 33-2006 del Congreso de la República.
- b. El sistema penitenciario guatemalteco depende del Ministerio de Gobernación, quién asigna recursos que resultan insuficientes para lograr una mejor administración y disponibilidad de espacios en los centros penales.
- c. La división de los centros penales genera hacinamiento y permite que reclusos reincidentes con alto grado de peligrosidad, compartan el sector con delincuentes primarios.

Se ha demostrado que las prisiones no cumplen con los objetivos que les han sido asignados por la Constitución Política de la República y la Ley del Sistema Penitenciario guatemalteco, incumpliendo con la reeducación y reinserción social del recluso.

Resulta importante tener en consideración que es competencia del Organismo Judicial comprobar el estado de las cárceles y de los centros de detención, según la literal c) del artículo 95 de la Ley del Organismo Judicial, en el cual se establece que los jueces de primera instancia que tienen competencia en materia penal están obligados a visitar por lo menos una vez al mes los centros de detención y las cárceles de su distrito. En igual sentido el artículo 498 del Código Procesal Penal, establece lo siguiente: *“Control general sobre la pena privativa de libertad: El Juez de ejecución controlará el*

*cumplimiento adecuado del régimen penitenciario; entre otras medidas, dispondrá las inspecciones de establecimientos penitenciarios que fueren necesarias y podrá hacer comparecer ante sí a los penados con fines de vigilancia y control...".*

En la práctica judicial estas disposiciones son obviadas, y el Estado de Guatemala se mantiene en una constante omisión de brindarle mantenimiento continuo a los centros carcelarios, los cuales presentan un cuadro de abandono.

La normativa constitucional establece que el Estado debe vigilar porque las personas que se encuentran privadas de su libertad cuenten con las condiciones mínimas para el cumplimiento del artículo dos de la normativa aludida, pues si bien es cierto, la circunstancia de una persona que se encuentra recluida en una prisión se debe a que ha cometido un hecho delictivo, sin embargo, eso no le priva de las garantías mínimas con que debe contar cada ciudadano.

La improductiva vida en los centros carcelarios guatemaltecos, así como la pérdida de otros tipos de derechos, no únicamente la pérdida de la libertad de locomoción, se coloca de manifiesto en el sentido de que los reclusos, no solamente están condenados a sufrir las sanciones que por ley se les debe imponer, sino también, están condenados a otro tipo de sanciones de las que la misma ley les protege, lo cual resulta dentro de un Estado de derecho, como una flagrante y descarada violación y desbordamiento de las facultades y obligaciones estatales, pues las autoridades en ningún momento permiten y aceptan la realidad penitenciaria, ocultando lo que en el interior sucede, aspectos tales como que en las prisiones se tortura mental y físicamente al delincuente, o se les destina a condiciones tan inhumanas como las de encontrarse en constante peligro de contraer enfermedades tan mortales como el sida o de padecer graves niveles de desnutrición por la insuficiente alimentación.

Al lado de las enfermedades físicas surgen en alto índice las enfermedades psicológicas que son consecuencia de las situaciones específicas que vive cada

recluso. La falta de control de las autoridades administrativas impide dar una adecuada alimentación a la población reclusa.

*Al respecto Michel Foucault, refiriéndose a la pena privativa de libertad señala que: "su utilización como pena sancionadora de la delincuencia, es un fenómeno reciente que fue instituido durante el siglo XIX. Anteriormente, la cárcel, solo se utilizaba para retener a los prisioneros que estaban a la espera de ser condenados (o no), de una manera efectiva (castigo, ejecución o desestimación). Los prisioneros, permanecerían retenidos en un mismo espacio, sin consideración a su delito y tenían que pagar su manutención. La desorganización era de tal magnitud, que los sospechosos de un mismo delito podían, con toda facilidad, cambiar la versión de los hechos antes de su proceso. La aplicación de la justicia de la época era de dominio público. Se mostraban los suplicios a los que eran sometidos los acusados así como las ejecuciones de los mismos".<sup>62</sup>*

La idea anterior indica que las penas de prisión no eran relativas a la falta cometida, en donde toda clase de personas eran reunidas sin ningún orden ni acierto, situación que se asemeja bastante a lo que ocurre en la actualidad, en donde dentro de un centro carcelario conviven violadores y asesinos hasta las personas condenadas por portar un arma sin la licencia respectiva.

No obstante, el ordenamiento jurídico penal ordena la reeducación y reincorporación social de los reclusos; los programas adecuados para este fin, son inexistentes dentro de los centros penitenciarios guatemaltecos.

En la actualidad, la condición de vida de las personas privadas de libertad es degradante, al no contar con los servicios mínimos adecuados, ni con programas de reeducación ni rehabilitación, el gobierno y la administración la ejercen los mismos prisioneros, permitiendo que dentro de ella se siga delinquiriendo, convirtiendo al sistema penitenciario guatemalteco en algo ineficaz.

---

<sup>62</sup> Osorio, Manuel, *Op. Cit.* Pág. 40.

#### 4.5.5 Fomentación de Nuevos Delincuentes en la Sociedad.

El presidente Nelson Mandela, hablando al personal penitenciario de Sudáfrica en 1998, se refirió a lo siguiente:

*“Las prisiones seguras son esenciales para que nuestro sistema judicial sea un arma efectiva contra el delito. Cuando los reclusos – condenados o preventivos- se ponen en manos de ustedes, tienen que saber y el público tiene que saber que seguirán allí hasta que sean puestos en libertad legalmente... La plena aportación que nuestras prisiones pueden hacer para la reducción permanente de la tasa de delincuencia en el país depende también del trato que den a los reclusos. No podemos subrayar lo suficiente la importancia de tanto la profesionalidad como el respeto por los derechos humanos”.*<sup>63</sup>

Considerando como base el discurso anterior, es manifiesto el incumplimiento de las funciones de los centros carcelarios guatemaltecos, incumpliendo en primer lugar con el establecimiento de prisiones seguras, pues en la realidad los presidios guatemaltecos se vuelven universidades del crimen, no alcanzando la meta de la reducción del crimen en el país y violando los derechos humanos al no existir una división de reclusos, pues en ese sentido se aprende todo lo contrario a la educación y el intento de reforma del sujeto, pues es una realidad que en las cárceles se fomentan vicios, surgen las pandillas, en las cárceles se fomentan formas de vivir que la sociedad externa no imagina.

La fomentación de nuevos delincuentes en la sociedad se ve reflejada cuando ocurren las reincidencias, porque si el tratamiento penitenciario fuera eficaz y cumpliera sus fines, no existiría el delincuente reincidente.

---

<sup>63</sup> Citado por Benito Durá, Mauricio, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*. Disponible en <http://viasalternas.dnicostarica.org/v2/documentos/633948383705282500.pdf> consultado el 18 de julio de 2013.

En palabras del autor Florentín Meléndez, *“Estamos observando sistemas penitenciarios y carcelarios en abandono; sobre todo en América Latina estamos encontrando ejemplos típicos de altos niveles de sobrepoblación y hacinamiento; altos niveles y contenidos de violencia carcelaria y abandono de la seguridad interna de las prisiones; ausencia de servicios básicos; falta de capacidad del personal penitenciario y malas condiciones para ese personal; así como ausencia de programas de resocialización y rehabilitación”*.<sup>64</sup>

No se puede pensar en algo distinto al olvido social del reo mediante la pena privativa de libertad, pues, el hacinamiento, el hambre, la droga, la violencia y las enfermedades son la regla general en las condiciones de vida que a ellos les acompañan en el interior de las prisiones. Precisamente es el olvido social, lo que origina la consecuencia de que se derive un aumento en la tasa de reincidencia en la comisión de los delitos.

El recluso una vez cumplida su condena, se encuentra dentro de una sociedad que precisamente le rechaza o le teme, porque no cree en la efectividad del tratamiento penitenciario, pues considera imposible su resocialización en esas degradantes circunstancias vividas durante su encierro, en donde el sujeto posiblemente cumpliendo una pena menor, le tocó aprender a robar, a pelear e inclusive se vio obligado a matar para defenderse durante el tiempo de su reclusión dentro de ese ambiente de violencia, inclusive pudo llegar a consumir drogas para hacer menos dolorosa su soledad o su frío, su hambre o las torturas que hubo de padecer.

Legalmente los objetivos de las prisiones deben ser los siguientes:

1. Proteger a la sociedad de los sujetos peligrosos.
2. Disuadir a quienes pretenden transgredir el ordenamiento jurídico penal.
3. Reeducar al recluso para su reinserción en la sociedad.

Con la información anterior se ha podido constatar que las prisiones no cumplen con brindar un adecuado tratamiento penitenciario, sino que al contrario, forman nuevos

---

<sup>64</sup> *Ibid.* Pág. 193.

criminales que se dejan educar por el ambiente de violencia y degradación existente. Así, en la gran mayoría de los casos, recuperar la libertad no le reporta ningún beneficio a quien por alguna vez la haya perdido en la cárcel, aunque fuere por delito leve, pues el haber cumplido esta condena equivale a llevar una tacha social que impide la aceptación de la comunidad, que resulta tan necesaria para el sustento de esas personas, al encontrarse marginados se ven obligados por lo tanto, a poner en práctica lo que el sistema penitenciario les enseñó, es decir, el círculo vicioso que les condena a regresar sucesivamente a los centros carcelarios: el crimen.

#### **4.5.6 La Segregación Social Posterior al Cumplimiento de una Condena Excesiva de Pena de Prisión.**

El artículo 22 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la garantía de la no restricción del ejercicio de los derechos de quién haya sido condenado por algún delito o falta. La realidad es otra, la segregación social es un efecto posterior al cumplimiento de la pena de prisión, ello se manifiesta en el sentido de que si a una persona que no se le ha procesado penalmente, se le dificulta conseguir un empleo digno, más difícil le es a alguien que ya fue condenado a una pena de prisión y más cuando éstas son excesivas en consideración al daño causado.

La sociedad margina a todas las personas que en su certificación de antecedentes penales les aparezca una anotación al respecto, no es tomado en cuenta para la oportunidad de obtener un empleo, la sociedad actual ha aumentado considerablemente sus prejuicios respecto a las personas que cumplieron una condena de prisión, y es que esto se hace notar como producto de la serie de factores influyentes, pues si el sistema penitenciario cumpliera efectivamente con sus fines, la sociedad no tendría por qué aislar a la persona que ha salido de prisión, pues podría confiar en que efectivamente esa persona se encuentra preparada y educada para reinsertarse en la sociedad.

Como producto de la falla del sistema penitenciario, se torna difícil la reinserción de la persona a la sociedad. Dando como consecuencia la improductividad de la pena de prisión, volviéndose más improductivo aún el incremento de las penas.

El reconocimiento de la persona que ha cumplido una condena de privación de libertad de que pertenece a la sociedad a la que una vez daño o puso en peligro, y el hecho de que debe volver a esa misma sociedad, es un paso difícil de dar, en el cual tanto él sujeto como la misma sociedad deben estar conscientes de la realidad carcelaria del país, para asumir la eficaz reeducación y reinserción de la persona en la comunidad.

La solución primera sería que el sistema penitenciario cumpliera de manera efectiva con los fines que persigue y partiendo de ahí se podría establecer que el propio interno no sea alguien excluido totalmente de la sociedad, sino que se permita la interacción en ambas direcciones, es decir, que personas del exterior de las prisiones puedan ingresar a los centros carcelarios para conocer y considerar el trabajo que realiza tanto el personal administrativo como los propios reclusos que buscan su reinserción; ello para de alguna manera quitar las ideas de que la persona que se ha encontrado recluida en prisión es un monstruo o una persona anormal que debe ser apartada de todo ámbito social.

Colaboraciones de ONG, actividades culturales y deportivas de los reclusos con personas del exterior evitarían el proceso de marginación social. Claro está para que ello sea posible se debe reestructurar todo el sistema penal, buscar nuevos espacios, nuevas políticas y reforzar la seguridad y vigilancia. Los centros carcelarios no deben ser considerados como depósitos humanos, porque al final de cuentas se trata de una institución pública con una específica finalidad social cual es la reeducación y reinserción del delincuente en la sociedad.

## **4.6 Sanciones Aleatorias a la Pena de Prisión Establecida para el Delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego.**

### **4.6.1 Las Penas Alternativas o Sustitutivas de la Prisión.**

*“Déjenme contarles algo que sucedió en Irán en una visita que realice en el transcurso del presente año. Teníamos una sesión sobre drogas y de cómo manejar los crímenes relacionados con ellas. Un joven de una Universidad se puso de pie – un joven con mucho coraje ya que hablar públicamente en Irán no siempre es un quehacer seguro – y dijo: en los últimos años en Irán hemos ejecutado 8,000 traficantes de drogas, pero la gente sigue traficando. ¿ No es hora de que intentemos algo diferente ?.”<sup>65</sup>*

Las penas alternativas o sustitutivas de prisión se encuentran muy escuetamente dentro de las legislaciones, el ordenamiento jurídico del Estado de Guatemala, promulga el principio de la presunción de inocencia; sin embargo en la práctica judicial parece ser general la manifestación de un principio de culpabilidad como guía dentro del proceso, prescindiendo de las sanciones alternativas que simplificarían en gran medida los procesos, imposibilitan el objetivo de que el derecho penal sea de mínima intervención y que el castigo sea la última de las alternativas dentro de una sociedad.

Las penas alternativas o sustitutivas a la prisión, son un medio eficaz de tratamiento en el que se ven beneficiados no solo el condenado sino también la sociedad, en el sentido de que la sobrepoblación de las cárceles impide que la pena de prisión cumpla con sus fines; y ante una falta de presupuesto y de voluntad del Estado por reformar la infraestructura de la prisión para el adecuado cumplimiento de sus fines, se debe optar por la sustitución de su utilización mediante la imposición de penas de contenido distinto.

---

<sup>65</sup> Vivien Stern, *¿Por qué penas alternativas?*, en conferencia latinoamericana sobre reforma penal y penas alternativas a la prisión, memoria 2002, Reforma Penal Internacional y Ministerio de Justicia de Costa Rica. Pág. 2006.

En el país de Uruguay por ejemplo, la ley amplió el régimen de prisión domiciliaria facultando al Juez penal a otorgarla a reclusos o reclusas portadores de enfermedades graves como el cáncer o el sida, a mujeres en el último trimestre de embarazo y primer trimestre de lactancia y a personas mayores de 70 años, salvo que hubieren cometido delitos de homicidio, violación o lesa humanidad.<sup>66</sup> Entre las propuestas más novedosas que incluyó la ley de humanización se encuentra el régimen de redención de la pena por trabajo y estudio, el que fue reglamentado por el Decreto 225 de julio de 2006, con activa participación de operadores del sistema penitenciario y del sistema nacional de enseñanza. La creación de dicho instituto es fundamental en la búsqueda de mecanismos que estimulen la actitud para el trabajo, eliminen el ocio carcelario y otorguen herramientas para una posterior reinserción social, permitiendo descomprimir eventuales conflictos productos del hacinamiento.<sup>67</sup>

La redención de la pena es un instrumento jurídico que permite a todas las personas privadas de libertad, procesadas o penadas, reducir la condena impuesta, considerándose un día de condena por cada dos jornadas de seis horas de estudio o trabajo.

La Organización de Naciones Unidas (ONU), ha establecido al respecto las reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad, las cuáles en su artículo 2 establecen su razón de ser de la siguiente manera:

*“A fin de prever una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles debe estar determinado de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”.*

---

<sup>66</sup> Benito Durá, Mauricio, *Op. Cit.* Pág. 184.

<sup>67</sup> *Ibid*, Pág. 185.

En lo anteriormente transcrito, destaca el hecho de que imponer una sanción ante la comisión de un hecho delictivo, como una ecuación matemática, no es suficiente. Debido a que las sanciones requieren tanto de un juicio de culpabilidad como de responsabilidad de la persona sindicada de la comisión de un delito o falta y por lo tanto merece una sanción; como lo indicado en el derecho penal de autor, en el cual la pena es indeterminada y es al juez al que le corresponde determinarla conforme a su responsabilidad, o dicho de otra forma, al juez le corresponde determinar la pena, la cual debe ser proporcional al hecho.

El establecimiento de penas alternativas o sustitutivas de la prisión, es un pensamiento que no radica en contra de la existencia misma de la prisión, pero que efectivamente aboga por su mínima utilización al interior de la sociedad, pretendiendo la correcta elaboración y proposición de nuevas formas de sanciones penales.

#### **4.6.2 Clases de Penas o Medidas Alternativas a la Pena de Prisión.**

Las posibilidades de medidas o penas alternativas o sustitutivas de prisión son varias y se encuentran en un constante proceso de innovación y comprobación; esencialmente se conforman por dos categorías: a) la sustitución por otra medida privativa de libertad y b) La sustitución por otras penas no privativas de libertad. La diferencia entre una y otra categoría, radica en el hecho de que la primera mantiene el principio de la privación de libertad de una manera atenuada, mientras la segunda, opta por una sanción de distinta naturaleza.

##### **a) La sustitución por otra medida privativa de libertad.**

Estas medidas atenúan la pena de prisión mediante la incomparecencia en los centros penales, y entre ellas se pueden mencionar:

- El arresto de fin de semana.
- El arresto domiciliario.

### **a.1 El arresto de fin de semana.**

El arresto de fin de semana se refiere a la privación de libertad de una manera discontinua, es decir, el condenado debe permanecer dentro de un centro carcelario únicamente los fines de semana. La efectividad de su aplicación se atribuye a la corta duración de la condena.

Esta pena sustitutiva podría ser aplicada en delitos menores en los que el daño no se ha producido efectivamente como los que atentan contra la seguridad del tránsito o la conducta de portar un arma sin la autorización correspondiente. Esta pena no rompe los lazos de unión con la familia ni con la sociedad, además que permitiría conservar un empleo digno los días en que no deba permanecer en encierro.

### **a.2 El arresto domiciliario.**

El arresto domiciliario consiste en la obligación del condenado de permanecer durante todo el tiempo que dure su condena, dentro de su domicilio. Su aplicación es ventajosa en el sentido de que se evita que el autor de un delito cuya pena estipulada es leve, pueda desistir de permanecer encerrado en un centro carcelario cuyas condiciones de vida son indignantes.

Para lograr su aplicación el autor del delito no debe reflejar un alto grado de peligrosidad, mayoritariamente se aplica en los delitos de carácter culposos. Normalmente para gozar de este beneficio, se hace necesario que una persona de arraigo y de reconocida honorabilidad se constituya como fiador del condenado. Esta medida puede ser revocada en determinados supuestos exigidos por la ley, como por ejemplo, el hecho de comparecer al Tribunal una vez citado.

El ordenamiento jurídico guatemalteco regula esta figura dentro del artículo 264 del Código Procesal Penal, de la manera siguiente: *"Sustitución. 1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio, residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga"*.

## **b) La substitución por otras penas no privativas de libertad.**

Estas medidas no suponen la privación de la libertad, imponiendo otras medidas que resultan más acordes a la realidad de los hechos concretos. Entre las principales se encuentran:

- La pena de multa.
- El servicio a la comunidad.
- El trabajo obligatorio.
- Las penas privativas de derechos.
- La reparación de la víctima.

### **b.1 La pena de multa.**

La multa como pena sustitutiva o alternativa a la pena de prisión, constituye el pago de cierta cantidad de dinero, que el autor de un delito realiza en favor del Estado, como medio de reparación del daño causado.

El cómputo de la sanción se fijará por días multa, cada uno de los cuáles equivaldrá a un día de prisión. Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir una parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación de trabajo a favor de la comunidad.

En la circunstancia anterior, cada jornada de trabajo se contará como un día multa. En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado.

### **b.2 El servicio a la comunidad.**

La pena alternativa a la prisión consistente en el servicio a la comunidad, se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) no son remunerados;
- b) se efectúan fuera del horario de trabajo normal;

- c) son prestados en una institución de beneficencia, pública o privada, o bien en instituciones educativas;
- d) las características del cumplimiento las marca el juez.

Entre los países que cuentan con disposiciones relativas al servicio a la comunidad como un sustitutivo de prisión se encuentran: Brasil dentro de su Código Penal, específicamente en el artículo 46; Colombia en su Código Penal, en el artículo 48, y se dispone únicamente para el caso de contravenciones, Costa Rica en el artículo 55 de su Código Penal y México en el artículo 27 del Código Penal, por hacer referencia a algunas legislaciones.

En Brasil el servicio a la comunidad se puede aplicar en penas de prisión menores de un año o en delitos culposos, pero no ha reincidentes que tengan antecedentes sociales insatisfactorios. Dicha pena comprende una jornada que es de ocho horas semanales y la institución beneficiada respectiva, debe hacer reportes mensuales, sobre el cumplimiento de la sanción.

En Costa Rica, la sustitución de la pena de prisión por el servicio a la comunidad, la autoriza el Instituto de Criminología; dentro de este ordenamiento jurídico el trabajo realizado o el servicio prestado es remunerado, pero el salario se usa para pagar total o parcialmente la multa, en los casos específicos.

En México para que se permita la aplicación del sustitutivo de prisión, la sentencia de de cárcel no debe superar un año. La regulación del servicio a la comunidad comprende una jornada que no puede ser mayor de tres horas ni tratarse de más de tres días a la semana, el cómputo se realiza en base a que cada día de servicio a la comunidad remite un día de prisión. Las labores comprendidas en dicho servicio no pueden ser degradantes o humillantes.

En Guatemala no existe regulación alguna sobre el servicio a la comunidad como medida sustitutiva de la pena de prisión, pero sería interesante que de esta manera se

manifestara el interés del Estado de mejorar su política criminal. Tal medida sería de efectiva aplicación en aquellos delitos en los que el daño causado es un hecho antijurídico indeterminado, como el caso de la portación ilegal de un arma de fuego, sería una forma adecuada de establecer una pena proporcional al hecho, tomando en consideración la culpabilidad del individuo y demás aspectos referentes a su personalidad, la cual luego de una valoración, debe ser positiva.

Resultaría entonces de mayor provecho para el Estado de Guatemala, que alguien encontrado culpable por portar un arma de fuego sin la licencia respectiva, fuese sancionado empleando su fuerza de trabajo en el servicio a la comunidad, pues, aunque pareciera que este tipo de sanción es simple y sin ningún efecto relacionado a los fines de prevención general de la pena, es importante recordar que las penas exageradas y desproporcionadas a los hechos, no han sido la solución a la delincuencia en ningún país.

### **b.3 El trabajo obligatorio.**

El trabajo obligatorio como pena alternativa, presenta las siguientes ventajas: el reo no pierde la continuidad de su vida familiar y social, es una sanción productiva y no se generan grandes costos como ocurre con la pena privativa de libertad.

La alternativa del trabajo obligatorio fue recomendada por el Congreso Internacional Penitenciario de Londres y los países socialistas la han aplicado en su mayoría, existiendo bastante conveniencia y logrando su efectividad, contando con el apoyo en control estatal de las industrias del Estado de que se trate.

En el Estado de Guatemala, no se regula el trabajo obligatorio, una de las razones puede ser la existente desconfianza en las instituciones del país, pese a ello, se debe vencer el miedo a lo desconocido y seguir la carrera por procurar un cambio y con algo debe iniciarse.

No en todos los delitos ni en todas las circunstancias es viable su aplicación, pero sería más eficaz que las personas sancionadas a penas de prisión por delitos menores, como por ejemplo el portar un arma de fuego sin la autorización respectiva, se emplearan en actividades de beneficio social, en lugar de hacinarlos en centros carcelarios cuya infraestructura no es suficiente, y que a la vez promueven la holgazanería.

#### **b.4 Las penas privativas de derechos.**

Estas penas recaen sobre derechos que no consisten en la privación de libertad de la persona, tales como:

- La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
- La pérdida del empleo o cargo público.
- La inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio.
- La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o tutela.
- La privación del derecho de conducir vehículo automotores o motocicletas.
- La privación al derecho de tenencia o porte de arma.
- La privación del derecho de residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
- La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes.
- La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

Se puede notar de esta larga lista de derechos, que su naturaleza es distinta a la de recluir a una persona dentro de un centro carcelario y su imposición dependerá de la gravedad del delito y de las circunstancias específicas que presente la plataforma fáctica del caso concreto.

#### **b.5 La reparación a la víctima.**

La reparación a la víctima es una alternativa a la pena privativa de libertad, que funciona de manera coactivo o bien mediante la voluntad del autor del delito, es denominado también como el sistema de tercera vía, y al respecto se dice lo siguiente:

*"El sistema de la tercera vía, vislumbra exclusivamente a la reparación como el medio o vehículo más substancioso de resolver el conflicto social cimentado por el delito, con el*

*objeto de restaurar la paz jurídica, tomando en consideración y dándole una verdadera importancia a la víctima. Lo que se persigue es evitar el anonimato que la víctima siempre ha padecido desde la moderna evolución jurídico penal que ha convertido al derecho penal en una disciplina del derecho público que se ocupa de la relación del Estado con el delincuente, de modo que la víctima aparece en el proceso penal, como testigo; por lo contrario, las relaciones entre delincuente y víctima se someten al derecho civil, único al que incumben las pretensiones indemnizatorias. Lo que se persigue es que la víctima en el moderno derecho penal juegue un rol muy importante en la toma de decisiones político-criminales que lleven consigo su plena satisfacción.*<sup>68</sup>

La reparación tiene evidentemente su ámbito de aplicación en los delitos menores, en donde no ocurre la violencia, mayoritariamente en los delitos contra el derecho de propiedad o el patrimonio, exigiendo por su propia naturaleza el reconocimiento y la aceptación de la víctima.

Conjuga esta pena, una sanción de tipo civil y una sanción de tipo penal, en el sentido de que se busca el pago de los daños y perjuicios causados con ocasión del delito y en el segundo aspecto, porque brinda simbólicamente una reparación a la propia víctima y a la sociedad.

#### **4.7 Reforma al Código Procesal Penal de Guatemala, Decreto No. 6-2013 del Congreso de la República.**

Artículo 1. Se reforma el cuarto párrafo del artículo 264 el cual queda así:

*“No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje,*

---

<sup>68</sup> Roig Torres, Manuel, *La reparación del daño causado por el delito*. Madrid, España, editorial Reus, 2000, Pág. 46.

*robo agravado, al reincidente de los delitos de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas, tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado, borrado o no legalmente marcada por la DIGECAM.”*

La reforma transcrita, hace efectiva la eliminación de las medidas sustitutivas a quienes lleven un proceso penal por la reincidencia en la portación ilegal de armas de fuego, previo a tal modificación se permitía que siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pudieren ser razonablemente evitados por aplicación de otra medida distinta y menos grave para el imputado, en lugar de la prisión preventiva, el Juez o Tribunal competente, de oficio, podía imponer al procesado alguna o varias medidas sustitutivas. El considerando segundo del Decreto analizado hace relación al hecho de que la erradicación de la portación ilegal de armas de fuego conllevará necesariamente a la reducción de los hechos de violencia en Guatemala; sin embargo se ignora el hecho de que la aplicación de la prisión preventiva debe imponerse excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, violando de esta manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 9, inciso 3, literalmente establece: *“La prisión preventiva no debe ser la regla general.”* El Ministerio Público es la entidad que debe fortalecerse, pues la aplicación de las medidas sustitutivas en determinados procesos se debe a su falta de agilidad en la investigación, de nada sirve llenar las prisiones sin fortalecer los controles penitenciarios. A través de la prisión preventiva, se priva de la libertad a una persona que según el derecho, debe ser considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario, es decir, anticipa el efecto intimidatorio de la pena.

## Capítulo V.

### 5. Presentación y Discusión de Resultados.

#### 5.1 Entrevistas Realizadas a: Abogados Litigantes, Magísters, Jueces y Doctores en Derecho Penal.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

- La mayoría de los entrevistados consideran el principio de proporcionalidad de la pena como visión retributiva del derecho penal, reflejado en la actualidad como un castigo hacia el infractor del orden jurídico establecido.

Del resultado anterior se puede establecer el hecho de que para que el derecho penal pueda cumplir con su fin retributivo, deben establecerse sanciones que sean acordes a los hechos antijurídicos cometidos, ello con la finalidad de cumplir con el principio constitucional contenido en el artículo 19 de la Carta Magna, el cual propugna por la readaptación y reeducación de los reclusos, como fines del sistema penitenciario guatemalteco. Imponer penas desproporcionales a los hechos cometidos resulta incongruente, inhumano, inútil y degradante para el infractor.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

- Por unanimidad los entrevistados consideran que las penas desproporcionales a los hechos cometidos, tienen un elevado costo para la sociedad y para el Estado de Guatemala, considerando que la prisión no aporta ningún beneficio a la persona condenada al no cumplir con un adecuado tratamiento penitenciario.

Con el resultado anterior se ve reflejada la necesidad de una reforma legislativa que impida la imposición de penas altas a los autores de delitos que no son considerados

de tanta gravedad, pues para el Estado y para la sociedad tiene un costo elevado mantener en prisión durante varios años a una persona, cuya sanción se podría cambiar por una conmuta o bien por un trabajo comunitario, en donde inclusive la sociedad y el Estado se verían beneficiados por su realización.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

- Las opiniones estuvieron divididas entre quienes no consideran necesaria la inclusión de métodos técnicos para la predeterminación de las penas, en base a que ya existen los principios de la prevención especial y la prevención general del delito; sin embargo, la mayoría de los entrevistados consideran que sí es necesario que el poder legislativo estudie y aplique métodos técnicos para la predeterminación de las penas.

Efectivamente existen los principios de la prevención general y la prevención especial para la predeterminación de las penas, lo que sucede es que el legislador desconoce cómo es que se deben aplicar dichos principios. Se debe fomentar un estudio profundo de parte del poder legislativo sobre los principios indicados, además de estudios criminológicos al respecto y el análisis de los distintos sistemas de predeterminación de las penas en el derecho comparado, para que sean utilizados como guías para el establecimiento de sanciones más justas y coherentes con los hechos cometidos.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

- La mayoría de los entrevistados consideran que el aumento de la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala no ha tenido eficacia ni efectividad en la práctica penal, pues el delito se sigue cometiendo a pesar de la pena establecida.

Lo que sucede es que a pesar de que no se puede alegar ignorancia de la ley, la realidad social demuestra que la persona que porta un arma de manera ilegal, en la mayoría, desconoce la pena establecida por dicha conducta, es precisamente bajo esas circunstancias en que el aumento de los años de prisión por el incumplimiento de un requisito administrativo, no tiene eficacia ni efectividad en la práctica penal.

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

- La mayoría de los entrevistados son del criterio que el legislador realizó una inadecuada ponderación de los bienes jurídicos tutelados por el delito de portación ilegal de arma de fuego, al establecer una pena alta, sin tomar en consideración que se trata de un delito de peligro y de mera actividad.

La seguridad y la tranquilidad social, la vida, la libertad e integridad de las personas, son los bienes jurídicos que se colocan en peligro en el delito de portación ilegal de arma de fuego, sin embargo, dicho peligro continúa existiendo con la portación de un arma de fuego con la licencia respectiva, pues no es dicha autorización la que delimita la intención de causar un daño a la sociedad o a persona determinada. Es una ponderación incorrecta, porque se sanciona como un delito en el cual efectivamente el daño ya ha sido causado.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

- La mayoría de los entrevistados sugieren que la pena para el delito de portación ilegal de arma de fuego disminuya, en el sentido que pueda ser conmutable, o bien, que se sancione con otras penas o medidas alternativas como el servicio comunitario.

En este sentido debe analizarse el cambio tan drástico entre la pena anterior y la pena actual establecida para este delito, pues se pretende que una persona al olvidar o incumplir con un requisito administrativo, pase 8 o 10 años de su vida en prisión, provocando la desintegración de su familia, la pérdida de su empleo y la marginación social posterior al cumplimiento de una excesiva pena de prisión. Debe ampliarse el margen de valoración para que el juez pueda apreciar las circunstancias concretas de cada caso en particular. El servicio comunitario sería una forma en la cual el infractor de la norma jurídica estaría resarcando la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados, pues estaría sirviendo a la sociedad y al Estado a los cuáles coloco en situación de ser víctimas de un posible daño.

7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?

- La mayoría de los entrevistados consideran manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego, pues el mismo es sancionado drásticamente como un delito de resultado y no como un delito de peligro y de mera actividad.

No se puede castigar el hecho de no contar con una licencia de portación de arma de fuego, del mismo modo como se castigan delitos en los cuales se causa un verdadero daño a la sociedad o a persona determinada. Se debe analizar las distintas circunstancias del caso concreto para descubrir la intención de esa portación, no se puede imponer una sanción de 8 o 10 años de prisión a quien portaba un arma de fuego con la intención de defenderse, a quién conducía un auto sin saber que había en su interior un arma de fuego en contraposición con quién en un concurso de delitos se le encontró además la portación ilegal del arma de fuego.

## Conclusiones.

1. En el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, se encuentran establecidas penas exorbitantes, que en apariencia, persiguen el resguardo de los bienes jurídicos tutelados por el Estado, considerándose necesario señalar que tales penas no han constituido la solución a la problemática de criminalidad y delincuencia social del país, ello se debe a que la antijuridicidad de los hechos, la tipicidad, la culpabilidad, la imputabilidad y demás factores concernientes a la teoría del delito, continúan su tratamiento mediante la búsqueda de una solución en el campo dogmático del derecho, circunstancia tal que es manifiestamente ineficaz al no producir los resultados positivos esperados en cuanto a la seguridad ciudadana.
2. El ordenamiento jurídico penal guatemalteco vigente no responde a las necesidades de la sociedad actual, en razón de que las penas de prisión fijadas no han tenido la reacción apropiada frente al delito, provocando la degradación social del individuo condenado, confinándolo a un aislamiento total de cualquier posibilidad de rehacer su vida, de una forma productiva.
3. Al defender el principio de la proporcionalidad de la pena y aplicar su correcta individualización judicial, no solo se cumplen los fines del derecho penal y obviamente de la pena, sino también se estarían salvaguardando las garantías constitucionales de la persona.
4. Con la pena de prisión establecida para el delito de portación ilegal de armas de fuego, el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, sustenta la errónea idea de que la pena se ve como un medio de expiación del mal causado, situando dicho sistema en la época de la venganza pública del derecho penal. Ignorando los estudios modernos sobre la pena, el derecho penal y la criminología en el derecho comparado, así como la creación de instrumentos jurídicos en otros países, en los que contemplan formas de sancionar, distintas a las penas de prisión.

5. La reforma al Código Procesal Penal, contenida en el Decreto No. 6-2013 del Congreso de la República de Guatemala, viola la excepcionalidad de la prisión preventiva y la convierte en la regla general en los casos de reincidencia en el delito de portación ilegal de arma de fuego.
  
6. En el transcurso de la ejecución penal, el condenado asume situaciones y formas de comportamiento, que hacen necesaria la existencia de un sistema de valores que favorezcan la implementación de las penas alternativas o sustitutivas a la pena de prisión, en radical contraposición con los fines de la ejecución de la pena. La limitación de la libertad del ser humano debe aplicarse exclusivamente como ultima ratio, justificándose únicamente frente a delitos que conformen una significativa lesión al bien jurídico tutelado.

## Recomendaciones.

1. El Organismo Legislativo del Estado de Guatemala, debe implementar y renovar el derecho penal guatemalteco, y consecuentemente dar cabida a una individualización judicial de la pena en sentido amplio, es decir, otorgar la posibilidad de que los jueces penales impongan penas proporcionales al hecho cometido tomando en consideración distintos aspectos relativos al caso concreto.
2. El peligro de portar un arma de fuego no se mide con la tenencia o no de una licencia, sino con evaluaciones que determinen la peligrosidad de la persona que porta el arma de fuego, tenga o no autorización. El juez deberá determinar si es o no necesaria la imposición de otra pena alternativa a la pena de prisión, o bien la ejecución de la pena impuesta y que luego de transcurrido cierto tiempo ejecutando el sentenciado la pena, sea revisada y se transfiera el estado jurídico de dicho individuo a otra más favorable, siempre y cuando exista tal posibilidad.
3. Se debe legislar con la finalidad de lograr que el ius puniendi del Estado de Guatemala, adquiera un carácter político criminal, que le otorgue a la pena una función preponderante en la reducción de la violencia, la delincuencia y principalmente la reducción de los efectos jurídicos y sociales negativos que ocasiona la pena de prisión excesiva a individuos cuyas características personales no presumen peligrosidad social.
4. En un país como Guatemala, en el que día con día, ante la criminalidad que impera, se busca crear nuevos tipos penales y aumentar las penas a los ya regulados, como por ejemplo la pena fijada para el delito de portación ilegal de arma de fuego; resulta necesario actualizar los conocimientos en cuánto al derecho penal, para tener una mejor visualización respecto al fin que se persigue con la creación de los tipos penales y su consecuente penalización, así como los resultados que efectivamente se tienen con tales acciones.

5. La reforma al Código Procesal Penal guatemalteco, contenida en el Decreto No. 6-2013 del Congreso de la República, debe cambiarse en el sentido de no hacer un uso excesivo de la prisión preventiva, sino exigir el fortalecimiento de la investigación de parte del Ministerio Público, para prescindir de las medidas sustitutivas únicamente en los casos en que las mismas no puedan aplicarse.
  
6. Se debe apreciar en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, una abundante inclusión de penas sustitutivas o alternativas a la pena de prisión, proponiéndose desde una óptica humanitaria para mitigar o evitar la dureza del castigo.

## Referencias Consultadas

- **Referencias Bibliográficas:**

1. Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en materia penal*. Editorial Edersa. Madrid. 1999.
2. Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, 2da. Edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1999.
3. Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia. 1994.
4. Borja Mappelli, Caffarena y Juan Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Civitas. Madrid. 1994.
5. Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1980.
6. Castellanos, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal, parte general*, 26ª. Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1988.
7. Choclán Montalvo, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. Editorial Cole. Madrid. 1997.
8. Cuello Contreras, Joaquín. *Derecho penal parte general*, 2da. Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1997.
9. De La Mata, Barranco, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2007.
10. De León Velazco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. *Derecho penal guatemalteco*, 7ª. Edición. Editorial Magna Terra, séptima edición. Guatemala. 1995.

11. Etcheberry, Alfredo. *Derecho penal, Parte general*. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997.
12. Gaitán Mahecha, Bernardo. *Derecho penal general*. Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana. Santa Fé de Bogotá, Colombia. 1995.
13. Garrido Montt, M. *Valoración de la culpabilidad en la pena*. Editorial Leyer, Argentina. 2007.
14. Hormazábal Melarée, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. 2da. Edición. Editorial LexisNexis. Santiago de Chile. 2007.
15. Luzón Peña, Diego. *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Editorial Universitas, S.A. Madrid, España. 1996.
16. Madrazo Mazariegos, Sergio y Danilo. *Teoría de la pena utopía y realidad*. Magna Terra Editores. Guatemala. 2008.
17. Martínez Solórzano, Edna Rossana. *Apuntes de criminología y criminalística*. Editorial Mayte. Guatemala. 1998.
18. Mendoza Buergo, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares. España. 2002.
19. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 7ma. Edición. Editorial Reppertor. Barcelona, España. 2005.
20. Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática constitucional*. Editorial Universidad de Talca. Chile. 1997.
21. Novoa, Monreal. *Curso de Derecho Penal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2004.
22. Osorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Trotta Madrid. Buenos Aires, Argentina. 1980.

23. Politoff, Sergio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006.
24. Quintero Olivares, Gonzalo. *Acto, resultado y proporcionalidad*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982.
25. Real Academia Española. *Diccionario de la Real Academia Española*. 21ª. Edición. Editorial Espasa Galpe S.A. Tomo I y II. España. 1999.
26. Rivacoba y Rivacoba, Manuel. *La retribución penal*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile. 1995.
27. Roig Torres, Manuel. *La reparación del daño causado por el delito*. Editorial Reus. Madrid, España. 2000.
28. Sandoval Huertas Emiro. *La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal*. Editorial Temis. 1988.
29. Vivien Stern, *¿Por qué penas alternativas?*, en conferencia latinoamericana sobre reforma penal y penas alternativas a la prisión, memoria 2002, Reforma Penal Internacional y Ministerio de Justicia de Costa Rica. Costa Rica. 2006.
30. Wolter, Jürgen. *Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena*. Editorial Marcial Pons, Barcelona, España. 2004.
31. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general I*. Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina. 1999.

- **Referencias normativas:**

32. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*.1985.
33. Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73 y sus reformas.
34. Congreso de la República de Guatemala. *Código Procesal Penal. Decreto 51-92 y sus reformas*.
35. Congreso de la República de Guatemala. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Decreto 6-86*.
36. Congreso de la República de Guatemala. *Ley de Armas y Municiones. Decreto 15-2009*.

- **Referencias electrónicas:**

37. Benito Durá, Mauricio, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*. Disponible en <http://viasalternas.dnicostarica.org/v2/documentos/633948383705282500.pdf>.
38. Dirección General de Control de Armas y Municiones, *Tipos de armas de fuego más comunes en Guatemala*, disponible en: <http://www.digecam.mil.gt/e-govermen/IDENTIFICACION-DE-ARMAS-DE-FUEGO.pdf>.
39. Ferrajoli, Luigi. *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*, en *Revista de Ciencias Penales No.5*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1992, disponible en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>.
40. Genealogía de la moral. Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la moral*. Disponible en: <http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich>.
41. La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo. Silva Sánchez, Jesús María. *La teoría de la determinación de la pena*

*como sistema dogmático: un primer esbozo.* En Indret, Revista para el Análisis del Derecho N°2, disponible en: <http://www.indret.com>.

42. Ley orgánica 1/79, artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española, 1979, disponible en <http://www.oocities.org/webprisiones/Bibliografia.htm>.
43. *Tenencia y portación de armas.* Bailone, Matías. Disponible en: <http://www.terragnjurist.com.ar/doctrina/tenencia.htm>.
44. Tribunal Constitucional. El fundamento 5 de la Sentencia 48/1999 del Tribunal Constitucional, disponible en: [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0049](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0049).

- **Otras Referencias:**

45. Corte de Constitucionalidad. Sentencia del 17 de septiembre de 1986, expediente 12-86, gaceta número 1.
46. Corte de Constitucionalidad. Constitución Política de la República de Guatemala y su Interpretación. Gaceta número 24. Expediente número 141-92, página número 14, sentencia de fecha 16-06-92.
47. Corte de Constitucionalidad, *Opinión consultiva, expediente número 682-96*, 21 de junio de 1996, Gaceta jurisprudencial No. 40, Pág. 27 y Gaceta jurisprudencial No. 50, expediente número 185-98, sentencia del 06 de octubre de 98.
48. Feijoo Sánchez, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho.* Indret, Revista para el análisis del derecho. Editorial Edersa. Barcelona, España. 2007.

# **ANEXOS.**

**Universidad Rafael Landívar**  
**Campus de Quetzaltenango**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



**Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.**

**Varinia Aguilar Girón.**

**Entrevistado:**

**Magister Danilo Madrazo Mazariegos.**

**Abogado y Notario.**

### **Entrevista.**

**Instrucciones:** A continuación se presentan una serie de preguntas abiertas, con la finalidad de conocer su opinión y consideraciones profesionales sobre el tema de investigación.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

R. No, no se trata de una visión retributiva del derecho penal, lo que se manifiesta es el legítimo ejercicio del ius puniendi del Estado a los infractores de su ordenamiento jurídico, sin perseguir propiamente la finalidad retributiva. Es el ejercicio natural del derecho penal que es sancionador, sin calificarlo de retributivo.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

R. Las penas desproporcionales a los hechos cometidos significan demasiado costo para el Estado y para la sociedad; tomando en consideración que muchas veces el reo no necesita rehabilitación pues es una persona habilitada y educada para vivir en sociedad. Al Estado no le es rentable invertir en un reo durante 8 o 10 años, por un delito de mera actividad, por ejemplo.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

R. Sí, para que ello se logre, la sociedad debe elegir diputados con perfiles académicos adecuados y como líderes si no tienen profesionalismo, que cuenten con buenos asesores que les guíen para la adecuada legislación.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

R. No, en la actualidad existe un nivel bajo de sentencias condenatorias, es decir, que el aumento de la pena no ha influenciado en que las personas dejen de portar un arma de fuego ni menos se ha logrado una justicia eficaz que permita una sanción adecuada para cada caso concreto.

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. El legislador no ponderó adecuadamente los bienes jurídicos tutelados por este delito. Lo que sucede es que está respondiendo de manera incorrecta a los altos índices de criminalidad del país, sin realizar la correcta valoración e ignorando la existencia de muchos ejemplos en donde las penas altas no bajan los delitos, sumado al hecho de que el delincuente muchas veces no conoce la pena, por la conducta que realiza.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Que se analice una pena mínima de cuatro años de prisión para que sea conmutable y una pena máxima de ocho años de prisión. Para que se permita analizar si el que porta el arma por las circunstancias del caso tiene la intención de

causar un daño específico a un bien jurídico concreto se imponga una pena de seis años de prisión para que sean inconvertibles. Es decir que se analice en que actividad estaba la persona al momento de la detención.

7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Se manifiesta la desproporcionalidad que infringe los principios básicos del derecho penal en cuanto a la finalidad de la pena. En el sentido de que el daño no se ha producido aún y pese a ello la conducta de la simple portación es sancionada de manera drástica.

**Universidad Rafael Landívar**  
**Campus de Quetzaltenango**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



**Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.**

**Varinia Aguilar Girón.**

**Entrevistado:**

**Lic. Nester Mauricio Vásquez Pimentel.**

**Magistrado Presidente de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de Quetzaltenango.**

### **Entrevista.**

**Instrucciones:** A continuación se presentan una serie de preguntas abiertas, con la finalidad de conocer su opinión y consideraciones profesionales sobre el tema de investigación.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

R. Sí, lo que persigue la pena es eminentemente de tipo retributivo.

En el caso del delito de portación ilegal de arma de fuego, la característica retributiva se manifiesta toda vez que por el hecho que una es persona procesada por representar una amenaza para la sociedad, es entonces cuando es necesario que se le imponga el castigo adecuado.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

R. Se entiende en el principio de proporcionalidad que se debe guardar relación entre el bien jurídico tutelado, el delito y la pena que se impone al culpable. Las penas altas en comparación con el daño causado, no deberían corresponder a todos por igual. En el caso del delito de portación ilegal de arma de fuego, se castiga por igual

a quien no porte la licencia de autorización, sin considerar las finalidades de la utilización del arma de fuego, pues son distintas, pudiere ser con el ánimo de protección o con el ánimo de delinquir.

No pena igual a situaciones distintas, es decir, para los sicarios estaría bien las penas altas, pero para las personas que utilizan un arma por trabajo sería correcto una pena más leve, como consecuencia de la distinta motivación.

Las penas desproporcionadas con el delito cometido, resultan onerosas para el Estado pues hay personas que no deberían estar en prisión y sin embargo están cumpliendo una condena costosa que al final de cuentas no va a brindar un correcto tratamiento penitenciario en la persona.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

R. Sí, es necesario, pero es lo que menos aplican. Lo que buscan los integrantes del poder legislativo de Guatemala, es quedar bien con la población con el aumento de las penas, lo que desde ningún punto ayuda a la prevención.

En la predeterminación de las penas se pretende lograr su efectividad tomándose medidas aisladas, siendo el derecho penal algo integrado, no sólo castigo, no se usan métodos técnicos, que son necesarios y fundamentales para una correcta predeterminación de las penas.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

R. No, no sólo se debe al aumento de la pena, pues no implica la prevención general respecto a las motivaciones de cada caso; pues si la actividad es delincencial no se registran las armas o pueden registrarlas a otro nombre. La persona que desee delinquir lo hará con o sin la licencia respectiva, por lo que se deben analizar las circunstancias de cada caso concreto.

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Con este delito de mera actividad se coloca en riesgo a la sociedad en general. Nuevamente no aplica para todos en general depende de cada caso y de los motivos de la portación.

Hay desconocimiento de la sanción que representa portar un arma de fuego. En la realidad social guatemalteca, los jóvenes portan un arma de fuego sin intención de dañar sin medir las consecuencias, por inmadurez o por presunción.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Sí, la pena es alta, debería de partirse de una pena en donde se podría conmutar, la máxima podría ser inclusive de quince años de prisión pero con un margen amplio de valoración para cada caso concreto graduándose según las circunstancias de cada caso concreto.

7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. La misma situación manifiesta la desproporcionalidad para la mayoría de los casos. Como mera actividad el daño no ha sido producido si bien se coloca en riesgo, el daño no se concretiza por el solo hecho de carecer de la licencia adecuada. Existen delitos en los cuales hay daños considerables a la sociedad en donde los daños son mayores, como por ejemplo el delito de peculado, en el cual sí se puede gozar de otros beneficios a diferencia de la portación ilegal de arma de fuego.

**Universidad Rafael Landívar**  
**Campus de Quetzaltenango**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



**Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.**

**Varinia Aguilar Girón.**

**Entrevistada:**  
**Magíster María Monroy Montes.**  
**Abogada y Notaria.**

### **Entrevista.**

**Instrucciones:** A continuación se presentan una serie de preguntas abiertas, con la finalidad de conocer su opinión y consideraciones profesionales sobre el tema de investigación.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

R. El principio de proporcionalidad no existe en Guatemala, ya que este va en consideración al delito, el daño y la reincorporación en la sociedad al delincuente. En nuestro país se ve más un derecho de castigo y no la obligación del sindicado de reintegrarse a la sociedad por medio de la correcta resocialización; es decir, que no existe un sistema en el cual el condenado pueda resocializarse, con programas que fomenten el trabajo, que brinden apoyo psicológico ni psiquiátrico, los condenados sólo están encerrados; si bien es cierto si existe un psicólogo este no cumple su función de manera adecuada en virtud de la cantidad de reos que se encuentran en las prisiones.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

R. En Guatemala no existe la resocialización, no hay programas de rehabilitación, sobre todo en las cárceles de máxima seguridad. Entre el delito y la pena no puede existir un balance toda vez de que la pena alta no garantiza en nuestro país una reinserción del condenado en la sociedad y en un balance global los costos son altísimos y los beneficios son bajos para la sociedad, toda vez que no cumplen con los fines de la pena.

En la actualidad existen 1685 reos, por los cuáles el Estado cobra a la sociedad Q. 17.00 por cada tiempo de comida, pero la realidad es otra, a los reos les brindan una alimentación precaria que se encuentra sobrevalorada, por consiguiente, la sociedad de Guatemala, contribuimos no sólo con el pago de esta alimentación sino que también con los actos de corrupción que se materializan en el aprovechamiento de las personas que se encuentran cumpliendo la condena de una pena de prisión.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

R. En Guatemala se cuenta con la existencia del principio lógico de la prevención general y la prevención especial para la predeterminación de las penas, sin embargo estos no se cumplen, muchas veces por el desconocimiento de los integrantes de poder legislativo del Estado. La predeterminación de las penas sería razonable si existiera una resocialización del reo. Se den establecer nuevos métodos técnicos para predeterminar las penas.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

R. No, ninguna efectividad en la práctica penal toda vez de que según la pena impuesta y las medidas desjudicializadoras tienen convergencia por la poca repercusión social.

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. El legislador lo que determino fue la pena de prisión por seguridad, ante el peligro que representa que una persona porte un arma de fuego de manera ilegal.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Que se otorguen medidas desjudicializadoras siempre y cuando se investigue la peligrosidad social del procesado. Buscar la razón social para que la pena afecte a quien delinque por predeterminación.

7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. No hay proporcionalidad, no hay predeterminación desde el momento que no se ha meditado causar daño a una persona determinada, por lo tanto la pena es exorbitante para este delito.

**Universidad Rafael Landívar**  
**Campus de Quetzaltenango**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



**Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.**

**Varinia Aguilar Girón.**

**Entrevistado:**

**Magister Jorge Eduardo Tucux.**

**Abogado y Notario.**

### **Entrevista.**

**Instrucciones:** A continuación se presentan una serie de preguntas abiertas, con la finalidad de conocer su opinión y consideraciones profesionales sobre el tema de investigación.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

R. Actualmente se maneja el concepto de la pena como un medio retributivo, es decir, como un castigo, desvinculando la proporcionalidad al tema que sería la situación acorde al daño causado y al bien jurídico lesionado.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

R. La respuesta la otorga la teoría económica del derecho penal, de la que se desprende el análisis del costo de la prisión para el delincuente. En este sentido, se debería aplicar una sanción graduando la intensidad de la pena según el daño.

Es un costo elevado, el legislador debería buscar penas alternativas, como tratamientos rehabilitadores y educadores a determinadas personas para que aprendan que deben legitimar la portación de un arma de fuego.

Se puede considerar como ejemplo la concurrencia de delitos para la gravedad de la pena, ya que el asesinato en grado de tentativa con la portación ilegal de un arma de fuego, se le impondría una pena de prisión grave, y al simple peligro que representa la portación ilegal podría aplicarse medidas desjudicializadoras. Específicamente en el delito de portación ilegal de arma de fuego, la prisión preventiva y la posterior condena de prisión, representan un costo elevado para el Estado de Guatemala.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

R. Sí, no me he acercado directamente al proceso legislativo pero es manifiesto que no cumplen objetiva y científicamente con la determinación de la pena. Dando como resultado la prevalencia de la tendencia de la agravación y la coacción psicológica de las penas.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

R. Lo que se pretendía era evitar la comisión de este delito, sin embargo, el mismo se sigue realizando día a día; por lo tanto, el aumento de la pena, no ha tenido ni eficacia ni efectividad en la práctica penal.

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. En este caso, la pena es desproporcional al peligro que se causa al bien jurídico tutelado. Considerando que igual riesgo corre la sociedad con una portación de arma de fuego con licencia que sin licencia, el peligro en sí, es el hecho de la

portación. Lo que se regula es el cumplimiento de la gestión administrativa y no la seguridad ciudadana.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. La sanción anterior era bastante acertada, se debería de considerar también las penas alternativas como el arresto de fin de semana y el trabajo comunitario, para evitar el hacinamiento de la prisión y lograr la mejor retribución del bien que se tutela.

7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Es evidente la desproporcionalidad en consideración a lo que se pretendía tutelar que era la puesta en peligro y no el daño concreto causado.

**Universidad Rafael Landívar**  
**Campus de Quetzaltenango**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



**Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.**

**Varinia Aguilar Girón.**

**Entrevistado:**

**Doctor Carlos Abraham Calderón Paz.**

**Abogado y Notario.**

### **Entrevista.**

**Instrucciones:** A continuación se presentan una serie de preguntas abiertas, con la finalidad de conocer su opinión y consideraciones profesionales sobre el tema de investigación.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

R. Sí, la retribución del hecho antijurídico no debe ser nunca un castigo sin parámetros para su imposición, debe ser acorde al hecho cometido.

En cuanto al delito de portación ilegal de arma de fuego, se configura como un delito de peligro abstracto, en el que al final de cuentas la ponderación de los bienes jurídicos tutelados no se encuentra en concreto; es decir que al no existir bienes concretos deja de existir la proporcionalidad en la pena respectiva. Se deben considerar factores tales como la defensa o el ataque, que se realice con el arma de fuego, sin licencia y en igualdad de condiciones.

Se necesita una definición radical de procedimientos desjudicializadores, pues la pena no ha sido disuasiva al agravarla de una manera exagerada a los delitos.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

R. Se supone que la pena debe ser proporcional valorando el injusto real con la afectación concreta, en este sentido, Guatemala carece de coherencia entre la proporcionalidad de la pena y el hecho cometido. Se menciona a manera de ejemplo el Estatuto de Roma que regula una pena máxima de 30 años para el delito de genocidio, mientras que en Guatemala se contemplan penas de hasta 50 años de prisión, así como la pena de muerte que aún se aplica, pese a que actualmente existen 34 casos suspendidos.

Todo ello como resultado de la incumbencia de una política criminal irracional, significando un costo elevado para el Estado y la sociedad en general, un gasto que carece de todo sentido.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

R. Sí, en la actualidad se cuenta con parámetros para la predeterminación de las penas, pero estos se deben hacer específicos, para lograr una correcta individualización de la pena, obteniendo un derecho penal de acto que se adecue a la realidad del sistema penitenciario guatemalteco.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

R. Ninguna. No obstante es un problema serio y más aún cuando la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, lo toma en consideración dentro de la Ley de Fortalecimiento de Medidas Sustitutivas.

El fracaso del aumento de la pena, se refleja cuando día a día se encuentran personas que portan armas de fuego, estas penas altas pueden inclusive incentivar a los delincuentes en la realización de estas conductas.

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. No hay bien jurídico concreto. El legislador ha sido deficiente en la definición de los delitos y penas, ignorando estudios criminológicos, su actuación se ha definido por la conveniencia político criminal. Por lo tanto, en este delito no puede existir ninguna ponderación al no contar con bienes jurídicos concretos.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. No sólo para el delito de portación ilegal de arma de fuego, sino, para todos los delitos, se debe tomar como ejemplo lo que sucede en España, la existencia de un catálogo de medidas sustitutivas, ello con el fin de hacer más racional e individualizada la aplicación de las penas.

Con la pena específica para este delito, se promociona el uso de armas pues las armas hechizas que son de bajo costo y accesibles a las personas de bajos recursos económicos quedan descartadas, como la pena es mayor la persona que necesita defenderse compra un arma en las armerías pues la pena es menor.

7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. El daño no está producido aún, la pena no se encamina a la coherencia entre daño y resultado, por lo tanto, la proporcionalidad no es comparable por ser un delito leve.

Se sanciona por el intercriminis y no por el daño objetivo ni considerando una igualdad objetiva.

Debe considerarse aspectos determinados de caso concreto y en ese sentido podría establecerse que cuando el caso lo exija ocho años de prisión serían muy pocos, la legislación alemana por ejemplo, ataca la tentativa severamente cuando la intención es manifiesta. Es decir, tiene que analizarse el sentido que tiene para el sujeto la portación del arma de fuego.

**Universidad Rafael Landívar**  
**Campus de Quetzaltenango**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



**Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.**

**Varinia Aguilar Girón.**

**Entrevistado:**

**Lic. Francisco Enrique Monroy Montes.**

**Abogado y Notario.**

### **Entrevista.**

**Instrucciones:** A continuación se presentan una serie de preguntas abiertas, con la finalidad de conocer su opinión y consideraciones profesionales sobre el tema de investigación.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

R. Sí, en el sentido que la pena debe ser retributiva al tipo de delito, al incumplir esto es que surge la proliferación de los delitos y la reincidencia de los delincuentes.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

R. Es un costo elevado porque somos los guatemaltecos los que de una u otra manera cubrimos el costo del funcionamiento del sistema penitenciario.

Es un beneficio para la sociedad porque es un delincuente armado menos, con excepción de quién compra un arma sin licencia y no es delincuente.

En cuanto al hecho del cumplimiento de los fines de la pena, no, porque el sistema penitenciario no llena los requisitos establecidos en los penales de cumplimiento de la pena.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

R. No, porque el juzgador debe cumplir con el análisis de la prueba conforme a la sana crítica razonada, los que deben ser su guía para la aplicación de la pena en un caso concreto.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

R. Eficacia estadísticamente sí, efectividad a nivel social, no. Estadísticamente existen menos personas que portan un arma de fuego de manera ilegal, pero socialmente el daño que se causa con penas tan drásticas como la determinada para este delito específico, es irremediable.

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. La ponderación que se realiza va a depender del caso concreto. Por ejemplo, una persona que porta un arma de fuego de manera ilegal en la vía pública, significa un riesgo para la paz social y la seguridad de las personas.

Una persona que realiza un robo agravado, utilizando un arma de fuego de manera ilegal, la ponderación recae sobre los bienes jurídicos del patrimonio.

El sujeto que incurre en un homicidio en grado de tentativa, utilizando un arma de fuego de manera ilegal, coloca en riesgo la vida y la seguridad de las personas.

Dependiendo del tipo de delito variará el bien jurídico tutelado.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

- R. Ninguna modificación en cuanto a la pena de prisión, pero aparte de la pena de privación de libertad debe haber una multa que deberá otorgársele inmediatamente a la víctima cuando se trate de delitos contra el patrimonio y en los delitos de orden y seguridad al Estado, para cumplir con una reparación digna.
7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?
- R. Sí hay proporción, por la razón que nadie puede alegar ignorar ante la ley y la Constitución estipula que se puede hacer todo aquello que la ley no prohíbe, por consiguiente toda persona que porta un arma de fuego sabe que existen requisitos y que se debe tramitar la licencia respectiva ante la DIGECAM.

**Universidad Rafael Landívar**  
**Campus de Quetzaltenango**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



**Universidad**  
**Rafael Landívar**  
Tradición Jesuita en Guatemala

**Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.**

**Varinia Aguilar Girón.**

**Entrevistado:**

**Magister Ramón Montalvo.**

**Abogado.**

### **Entrevista.**

**Instrucciones:** A continuación se presentan una serie de preguntas abiertas, con la finalidad de conocer su opinión y consideraciones profesionales sobre el tema de investigación.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

R. Considero que sí, porque el castigo penal es la retribución por el hecho antijurídico que se ha cometido en proporción al daño causado.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

R. Es obvio que la sociedad es la que corre con los gastos del mantenimientos de estas personas en prisión, se debería de excarcelar a las personas cuyos hechos no sean tan dañinos para la sociedad y no mantenerlos en un estado de ocio dentro de las prisión, pues cumplir una pena de prisión por delitos menores, no cumple desde ninguna perspectiva con un tratamiento penitenciario adecuado al sujeto.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

R. El legislador debe utilizar de manera adecuada los métodos ya existentes, tales como la prevención general y la prevención especial, pero para ello debe estudiarse para lograr su correcta aplicación.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

R. Considero que no, en Colombia también recientemente en el año 2011 se ha aumentado significativamente la pena para este delito y no se ha obtenido ningún resultado positivo, es más lo que se ha obtenido es más personas cumpliendo una larga condena dentro de las prisiones.

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Es una ponderación incorrecta, pues no se trata de un delito de resultado sino de mera actividad.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Debería de establecerse una pena mínima que fuera conmutable y una máxima podría ser alta, pero con un margen amplio de valoración para que fueran tomados en cuenta distintas circunstancias de cada caso. En Colombia la pena que se establece va de 9 a 12 años de prisión, tomando en consideración medidas sustitutivas o penas alternativas, todo hace parte del juicio, dependerá de la parte subjetiva del procesado y del criterio del Juez.

7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Sí, la pena es bastante alta y no se considera el hecho de que en esta conducta el daño no se ha producido.

**Universidad Rafael Landívar**  
**Campus de Quetzaltenango**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**



**Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.**

**Varinia Aguilar Girón.**

**Entrevistado:**

**Magister Sergio Madrazo Mazariegos.**

**Abogado y Notario.**

### **Entrevista.**

**Instrucciones:** A continuación se presentan una serie de preguntas abiertas, con la finalidad de conocer su opinión y consideraciones profesionales sobre el tema de investigación.

1. ¿Considera el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad de la pena una visión retributiva del derecho penal?

R. Desde mi punto de vista sí, porque el concepto de proporcionalidad siempre se ha tomado en relación al hecho y debería tomarse en cuenta en relación a la aplicación de la pena con miras a la resocialización independientemente del hecho.

Es decir que la proporcionalidad puede ser en relación al hecho (daño causado). O proporcional al plan de resocialización (pena a futuro) y no siempre coincide.

2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?

R. En la comisión del delito y en la ejecución de la pena, siempre la sociedad sale perdiendo. Pero de los males el menor. Es un mal necesario.

3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?

R. No.

4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?

R. No, de ninguna manera. El número de criminalidad en ese delito no ha disminuido. Solo ha aumentado el número de detenidos, pero sin prevención general positiva. Como dice Jeremy, "más delitos, más delincuentes, no implica necesariamente menos criminalidad".

5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Los sobrevalora. Aunque es necesario, creo que el legislador responde a la necesidad socio-penal con "patadas de ahogado". Con un derecho penal autoritario.

6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de arma de fuego?

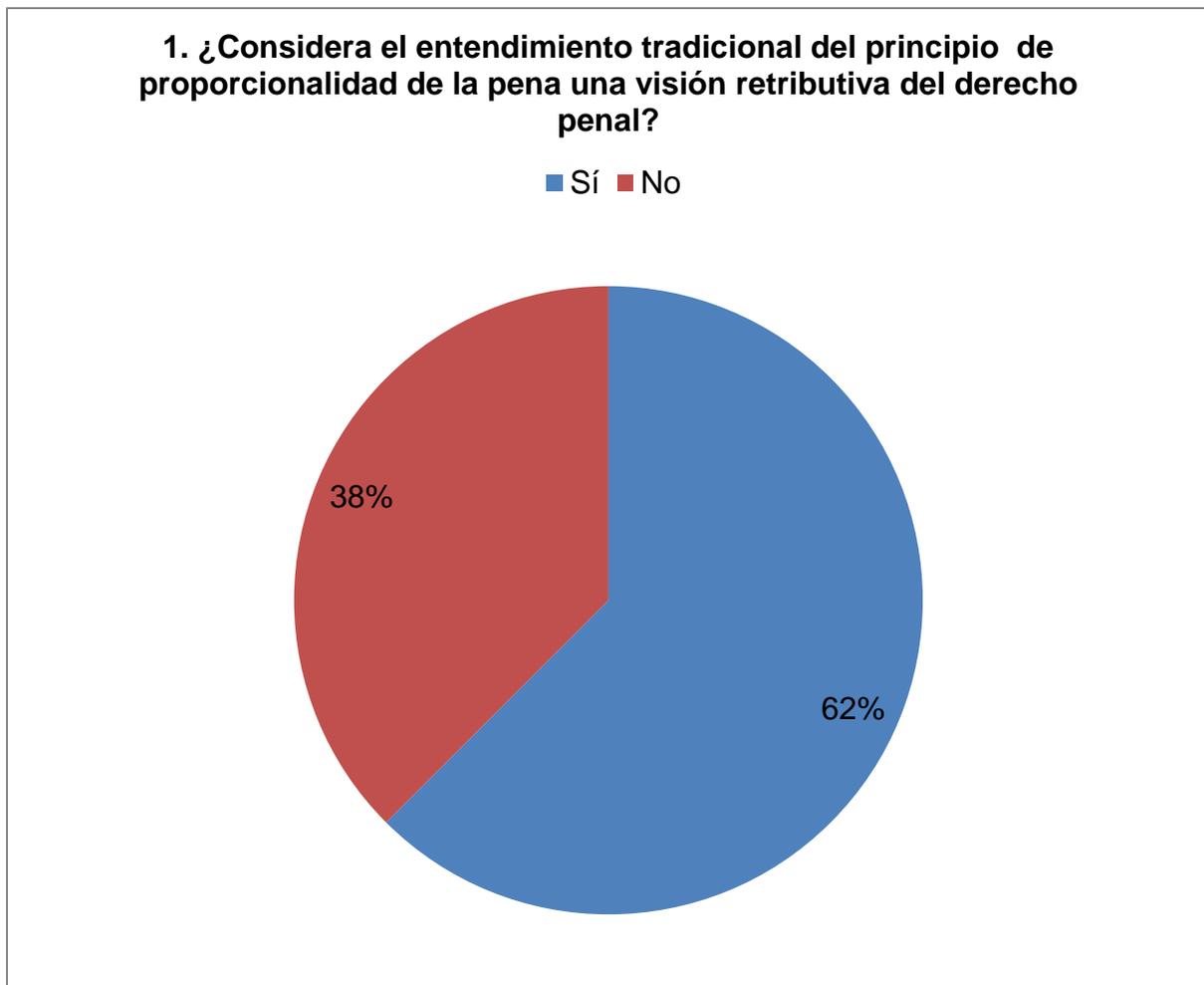
R. Definitivamente, una reforma con una pena mínima y máxima que respeten el principio constitucional de resocialización.

7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego?

R. Manifiesta y evidente. Tomando en cuenta número 1 que es un delito de peligro y de mera actividad y la pena al compararla con otros tipos penales se equipara a los delitos de resultado.

## Análisis de Resultados.

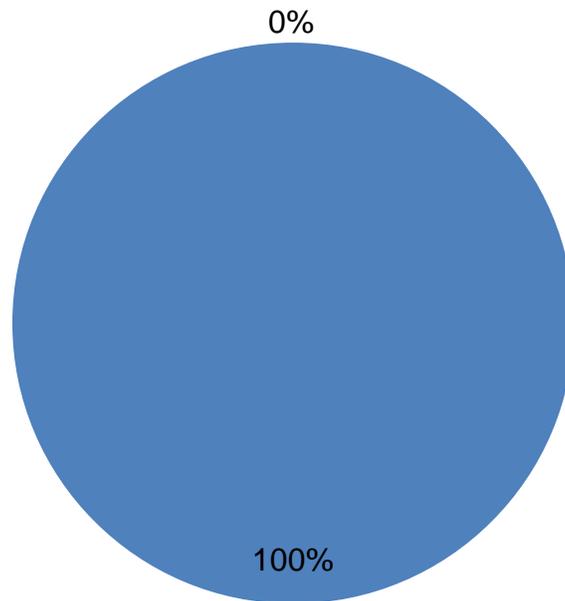
De las respuestas dadas por las personas que fueron entrevistadas, se obtienen los resultados siguientes:



El 62% de los entrevistados consideran el principio de proporcionalidad de la pena como visión retributiva del derecho penal, reflejado en la actualidad como un castigo hacia el infractor del orden jurídico establecido.

**2. ¿Cuál es su opinión sobre el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena en consideración con el balance global de costos y beneficios para la sociedad y para el cumplimiento de los fines de la pena?**

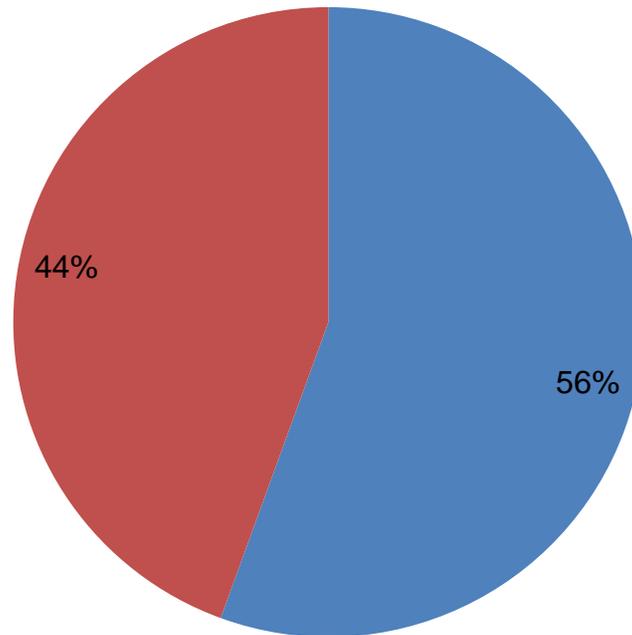
- Costo elevado para el Estado y la sociedad.
- Bajo costo en consideración a los beneficios que se obtienen



Por unanimidad los entrevistados consideran que las penas desproporcionales a los hechos cometidos, tienen un elevado costo para la sociedad y para el Estado de Guatemala, considerando que la prisión no aporta ningún beneficio a la persona condenada al no cumplir con un adecuado tratamiento penitenciario.

**3. ¿Considera necesaria la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas?**

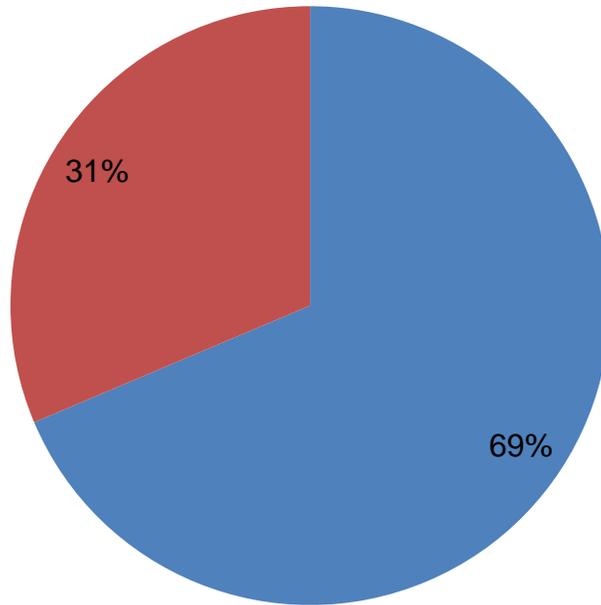
■ Si ■ No



Las opiniones estuvieron divididas entre quienes no consideran necesaria su inclusión en base a que ya existen los principios de la prevención especial y la prevención general del delito; sin embargo, el 56% de los entrevistados consideran que sí es necesario que el poder legislativo estudie y aplique métodos técnicos para la predeterminación de las penas.

**4. ¿Considera usted que el aumento en la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala ha tenido eficacia y efectividad en la práctica penal?**

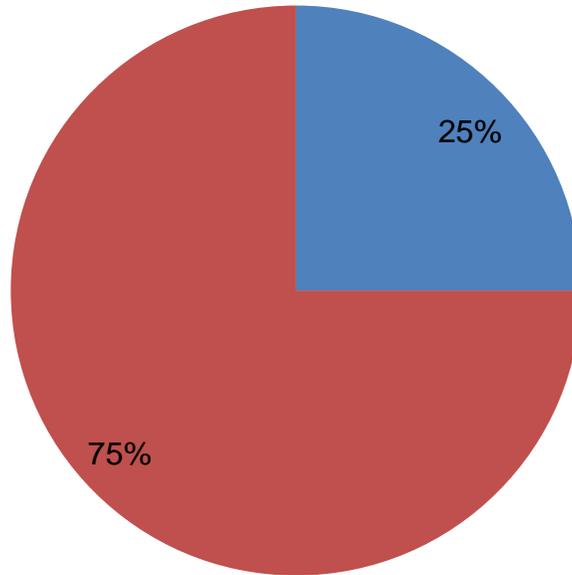
■ El delito no ha disminuído. ■ El delito ha disminuido



El 69% de los entrevistados consideran que el aumento de la pena por el delito de portación ilegal de arma de fuego en el Decreto 15- 2009 del Congreso de la República de Guatemala no ha tenido eficacia ni efectividad en la práctica penal, pues el delito se sigue cometiendo a pesar de la pena establecida.

**5. Desde su punto de vista, ¿Cuál es la ponderación que el legislador otorga a los bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego?**

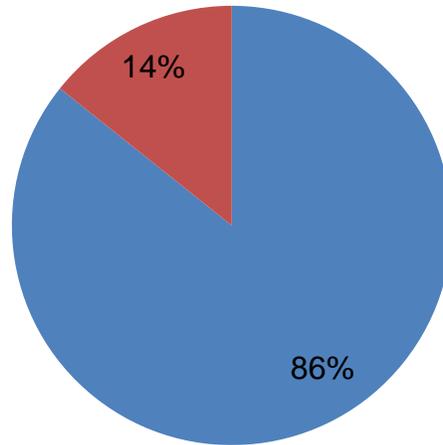
■ Ponderación adecuada ■ Ponderación inadecuada



El 75% de los entrevistados son del criterio que el legislador realizó una inadecuada ponderación de los bienes jurídicos tutelados por el delito de portación ilegal de arma de fuego, al establecer una pena alta, sin tomar en consideración que se trata de un delito de peligro y de mera actividad.

**6. Desde su punto de vista, ¿Sugiere alguna modificación o pena alternativa respecto a la pena establecida para el delito de portación ilegal de armas de fuego?**

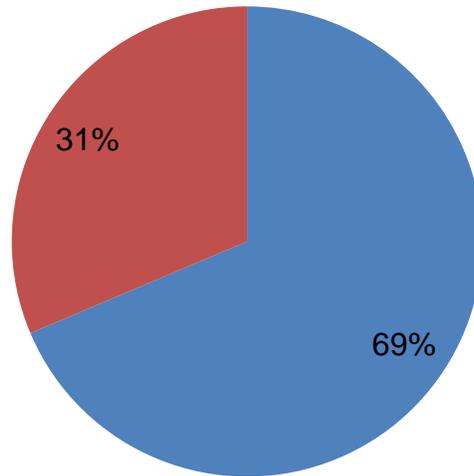
■ Sanciones alternativas a la pena de prisión ■ Ninguna modificación



El 86% de los entrevistados sugieren que la pena para el delito de portación ilegal de arma de fuego disminuya, en el sentido que pueda ser conmutable, o bien, que se sancione con otras penas o medidas alternativas a la prisión como el servicio comunitario.

**7. En su opinión, ¿Es manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de armas de fuego?**

■ Sí ■ No



La mayoría de los entrevistados consideran manifiesta la desproporcionalidad existente entre el daño producido y la pena establecida en el delito de portación ilegal de arma de fuego, pues el mismo es sancionado drásticamente como un delito de resultado y no como un delito de peligro y de mera actividad.

## **CUADRO DE COTEJO.**



Tesis: “La ponderación de bienes jurídicos tutelados en relación a la pena por el delito de portación ilegal de armas de fuego”.

Varinia Aguilar Girón.

### Cuadro de cotejo.

**Instrucciones:** A continuación se presenta un cuadro de cotejo, con la finalidad de realizar un análisis respecto a las sentencias que se han emitido en el delito de portación ilegal de arma de fuego, considerando las distintas circunstancias de cada caso concreto que deberían incidir en un mayor margen de apreciación para la valoración de distintos aspectos al momento de la imposición de la pena respectiva.

Número de expediente.	Órgano que resuelve.	Delito o delitos cometidos.	Circunstancias del caso concreto.	Argumentos de la defensa.	Argumentos del Tribunal.	Pena impuesta.
171-2010	Sala Segunda Corte de Apelaciones del ramo penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente. Guatemala.	Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo.	El sindicado se encontraba en frente de un negocio, portando un arma de fuego tipo escopeta, sin la licencia correspondiente.	El acusado se encontraba dentro de una tienda, donde laboraba como agente de policía privado, la persona que contrató al sindicado no registro el arma, estando obligado a tramitar dicha documentación.	El arma de fuego no se encontraba portada por el propietario de la misma. Por lo que le correspondía al portador contar con la licencia respectiva, haciéndose responsable de dicho trámite.	Ocho años de prisión.
272-2010	Sala Quinta de la Corte de	Portación ilegal de arma	El día de la aprehensión, los	Ocurre una errónea aplicación de parte	La conducta del sindicato se	Ocho años de prisión

	Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente. Quetzaltenango .	de fuego de uso civil y/o deportivo.	agentes de la PNC, habían recibido varias denuncias que indicaban que en dicho lugar estaban asaltando. El sindicato al ver a los agentes de la PNC intentó darse a la fuga, sin lograr su propósito. En el maletín que portaba se encontró un arma de fuego sin la licencia de portación correspondiente.	del Tribunal al calificar como "arma de fuego" a un arma inservible, por lo tanto no tenía la capacidad de causar daños o perjuicios a los bienes jurídicos vida o integridad personal.	encuentra en el Art. 123 del Dto. 15-2009, toda vez que al momento de ser aprehendido, los agentes de la PNC, le incautan un arma tipo revólver adentro de un maletín, sin portar la correspondiente licencia. Se presenta informe pericial que establece ser un arma de fuego y no un juguete o algo similar.	
100-2011	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo.	El sindicato se encontraba caminando por el caserío Terreno, cuando un agente de la PNC, procedió a registrarlo e identificarlo, incautando un arma de fuego, no contando con la autorización correspondiente para dicha portación.	Contradicción en las declaraciones de los testigos, referido al lugar en que fue capturado el sindicato.	El lugar señalado en el hecho por las declaraciones testimoniales no dejó dudas, pues ambos declararon que capturaron al acusado en el lugar conocido como Caserío Terreno en la carretera que conduce de Jalapa a El Progreso. La conducta del sindicato de portar un arma de fuego sin la licencia respectiva que haga válida dicha portación, encuadra	Ocho años de prisión.

					en el tipo penal de portación ilegal de arma de fuego.	
370-2011.	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo.	En la Comisaría de la PNC de Quetzaltenango se recibieron varias llamadas denunciando que en una calle determinada se estaban realizando varios asaltos, estableciendo que se trataba de dos individuos a bordo de una motocicleta de color rojo. Los agentes de la PNC llegaron al lugar y pudieron aprehender a las personas con las descripciones manifestadas en las llamadas, realizando un registro y encontrándole un arma de fuego para la cual carecía de licencia de portación.	La defensa argumento que durante el debate no se comprobó que le fuera incautada arma de fuego alguna, existiendo contradicción en las declaraciones de los testigos, no obstante el tribunal sentenciador les otorgó valor probatorio.	El tribunal considero la existencia de certeza jurídica para acreditar al sindicado la autoría del ilícito imputado, pues fue detenido portando un arma de fuego sin la licencia que ampara la portación de la misma.	Ocho años de prisión.
402-2011	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Portación ilegal de arma de fuego de	El sindicado se conducía en una motocicleta	No existió congruencia entre las declaraciones	El informe de la DIGECAM indico que el arma de fuego	En un inicio se condenó a ocho años

		uso civil y/o deportivo.	supuestamente robada, la PNC intento que se detuviera, pero éste acelero e intento darse a la fuga, realizando varios disparos de arma de fuego a los agentes que lo perseguían. Al ser finalmente aprehendido se le incauto el arma de fuego, para la cual no contaba con la licencia de portación.	testimoniales, pues, los agentes de la PNC indicaron que no les consta el hecho, indicando que eran otros los agentes que realizaron la aprehensión y que no fueron llamados a declarar. Irrespetado los sistemas de valoración de la prueba.	incautada no se encuentra registrada y que al acusado no contaba con la licencia de portación. La casación prosperó, porque se acreditaron hechos que no se desprenden de ningún órgano de prueba, pues los testigos no reconocen al sindicado, no vieron el arma y no saben quién disparó contra ellos.	de prisión por la portación ilegal de arma de fuego y un año de prisión inconmutabl e por el delito de atentado. En el recurso de casación se ordenó el reenvío del caso.
550-2011	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo.	El sindicado fue capturado por agentes de la PNC, encontrándole un arma de fuego, al cuestionarle sobre la licencia respectiva, presentó una licencia de portación que se encontraba vencida.	La defensa argumentó que el sindicado fue condenado sin que el hecho fuera delito. Que se creó un tipo penal inexistente al inferir: Quien con licencia del DIGECAM vencida porte arma de fuego..., contraviniendo el principio de taxatividad de la ley penal.	El sindicado portaba un arma de fuego, cuya licencia tenía 1 año, 1 mes y 17 días de encontrarse vencida. Encuadrando dicha conducta en el supuesto jurídico de portación ilegal de arma de fuego, pues realizaba dicha portación sin la autorización debida, excediéndose del plazo permitido para llevar consigo el arma de fuego.	Ocho años de prisión.

941-2011	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo.	El sindicado fue aprehendido, cuando se conducía en el interior de un bus extra urbano, éste llevaba un arma de fuego, en su bota derecha, careciendo de la licencia que autorizaba dicha portación.	El Tribunal tiene acreditados hechos que constituyen conjeturas, existen contradicciones testimoniales las cuáles no constituyen fundamento sólido para acreditar su responsabilidad.	El acusado fue sorprendido portando un arma de fuego de uso civil y/o deportivo sin la licencia respectiva. El delito se realizó cuando el agente de la PNC, le solicitó la autorización respectiva para la portación y el sindicado indico carecer de ella.	Ocho años de prisión.
1156-2011	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas.	El procesado fue detenido por agentes de la PNC, mientras transitaba en la calles de Jalapa, en su aprehensión se le encontró portando ilegalmente un arma de fuego, pues carecía de la licencia respectiva.	Existencia de contradicción entre las declaraciones testimoniales y los informes, respecto al arma incautada. Imposibilitando la identificación del arma incautada.	La Sala de Apelaciones absolvió al acusado. El MP en casación argumento el principio de libertad de la prueba regulado en el Art. 182 del CPP. En casación se consideró que la conducta delictiva era el hecho de la portación de arma de fuego de las enumeradas en el Art. 9 de la ley respectiva, indiferentemente del tipo exacto de arma que fuere.	Ocho años de prisión.
1372-2011	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Portación ilegal de arma de fuego de	El procesado fue detenido en frente de una casa de	El tribunal de sentencia modifico la calificación	Cuando se analiza el verbo rector "portar", se puede afirmar que	Ocho años de prisión.

		uso civil y/o deportivo.	habitación por agentes de la PNC, cuando se encontraba en el interior de un vehículo portando un arma de fuego tipo pistola con la licencia respectiva y sobre el sillón del copiloto se localizó otra arma de fuego tipo pistola sin estar autorizado para portar esta última por carecer de la licencia de portación respectiva.	jurídica de los hechos, pues se acusaba por el delito de transporte y/o traslado de armas de fuego. Se argumentó la inobservancia de los Arts. 388, 374 y 373 del CPP, siendo acreditados otros hechos y otras circunstancias que los descritos en la acusación.	se refiere al hecho de llevar o traer consigo, por lo tanto, se estima que la conducta del sindicado de llevar consigo un arma de fuego sin la licencia de portación respectiva encuadra en el tipo penal contenido en el Art. 123 de la Ley de Armas y Municiones. De conformidad con las facultades concedidas al tribunal por el Art. 388 del CPP se le da calificación jurídica distinta al hecho.	
1460-2011	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo.	El sindicado fue aprehendido por agentes de la PNC, mientras transitaba por las calles de Chiquimula, dicha persona portaba un arma de fuego sin la licencia respectiva.	Se argumentó que la sentencia de 1er. Grado adolece de fundamentación, en virtud que se confiere valor probatorio a todos los medios de prueba sin indicar la regla de la lógica, psicología y la experiencia y la razón de su aplicación.	Se condenó al sindicado por el delito de portación ilegal de arma de fuego, como consecuencia de la valoración de las pruebas aportadas y la relación causal entre los hechos y el tipo penal aplicado. La CC establece que hay error jurídico al exigir que el Tribunal de Sentencia deba describir los elementos de la sana crítica razonada.	Ocho años de prisión.

2096-2011	Corte Suprema de Justicia. Cámara Penal.	Homicidio en grado de tentativa, portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo y encubrimiento propio.	El acusado junto con tres menores de edad, se transportaban en el vehículo robado, cuando descendió del vehículo portando el arma de fuego, disparando contra dos personas que se encontraban caminando, quienes al verse atacados corrieron para ponerse a salvo, el sindicado los siguió y continuó disparando hasta que hirió a las dos personas. Luego abordó el vehículo, junto a sus acompañantes y se dio a la fuga. Siendo aprehendido instantes después por elementos de la PNC.	Se manifiesta ausencia de elementos de juicio vinculantes con la persona del sindicado, que brinden plena certeza jurídica que sirvan de sustento a la decisión de condena. Incurriendo en una inequívoca relación de causalidad como elemento indispensable en la imputación del hecho criminoso.	Al sindicado le fue incautada un arma de fuego robada, sin licencia y cuyos casquillos corresponden a los encontrados en la escena de una tentativa de homicidio, y se transportaba en un vehículo robado al momento de su detención.	Diez años de prisión por el homicidio en grado de tentativa. Ocho años de prisión por el delito de portación ilegal de arma de fuego. Un año de prisión por el delito de encubrimiento propio.
-----------	--	---	---	--	---	--

Al realizar el análisis de la comparación anterior se puede establecer que para todos los casos de portación ilegal de arma de fuego, se estableció la pena mínima contemplada en la disposición normativa, es decir, ocho años de prisión, y no se consideraron circunstancias específicas de cada caso concreto como el concurso de delitos o testimonios que hicieran manifestar que la portación del arma era una amenaza eminente de producir un daño, así como el hecho de ser

un guardia de seguridad privada que no había tramitado aún la licencia de portación, pero que el ánimo de la portación era eminentemente de defensa.

Resalta entonces la incorrecta predeterminación de la pena realizada por el legislador en el delito de portación ilegal de arma de fuego, pues imposibilita que el juzgador tenga un margen amplio de valoración para imponer una pena justa en la cual se puedan considerar distintos factores que enmarquen la plataforma fáctica del caso concreto.

**Fuente:** [http://www.oj.gob.gt/camarapenal\\_juris/](http://www.oj.gob.gt/camarapenal_juris/)