UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL TIPO PENAL DE ABORTO PROCURADO.

TESIS DE GRADO

DALILA YANNETH PUAC Y PUAC
CARNET 20749-07

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL TIPO PENAL DE ABORTO PROCURADO.

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
DALILA YANNETH PUAC Y PUAC

PREVIO A CONFERÍRSELE

EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR:	P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA:	DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN:	ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO:	LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL:	LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO:	DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA:	MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO:	MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. ISRAEL BENITO AJUCUM LOPEZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. MAGDALY SIOMARA DE LEÓN ULIN

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango, 30 de junio de 2015.

Señora Directora Académica,
Facultades de Quetzaltenango,
Universidad Rafael Landívar.

Distinguida licenciada:

Por este medio tengo el agrado de dirigirme a usted con el debido respeto, con el objeto de informarle que en base al nombramiento recaído como Asesor de Tesis titulada: ¨PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL TIPO PENAL DE ABORTO PROCURADO¨. Elaborada por la estudiante de la facultad de Ciencias Jurídicas y sociales: DALILA YANNETH PUAC Y PUAC, con número de carné 2074907, previo a optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, así como a los títulos de Abogado y Notario, procedí a evaluar el trabajo efectuado.

La estudiante Puac y Puac, efectuó una investigación bibliográfica y de campo extensa, lo que le da validez científica al trabajo, cuyo objetivo es establecer la desproporcionalidad de la pena en el delito del aborto procurado, el cual está regulado entre el rubro de los delitos que protegen la vida.

Por lo antes expuesto emito DICTAMEN FAVORABLE para el trabajo de tesis antes relacionado y como consecuencia estimo el procedente nombramiento de revisor de fondo.

Atentamente:

Israel Benito Ajucum López
Abogado y Notario

Lic. ISRAEL BENITO AJUCÚM LÓPEZ.
ABOGADO Y NOTARIO.
Colegiado 5928

Universidad Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071374-2016

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante DALILA YANNETH PUAC Y PUAC, Carnet 20749-07 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07966-2016 de fecha 21 de noviembre de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL TIPO PENAL DE ABORTO PROCURADO.

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 20 días del mes de enero del año 2017.

MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Índice

		Pág.
INTRODUCCIÓN……		**1**
CAPÍTULO I……..		**4**
CONSECUENCIAS JURIDICAS……...		**4**
1.1	Etimología de la Pena……..	5
1.2	Definición……	5
1.3	Historia de la Pena……	7
1.4	Calcificación de las Penas……..	9
1.5	Teoría Abolicionista……..	10
1.5.1	Desde el punto de vista Jurídico……	11
1.6	Teoría Abolicionista……..	12
1.6.1	Atendiendo a su Magnitud……..	14
1.6.2	Atendiendo a su importancia y al modo de Imponerlas…….	15
1.7	Justificación Sujeto y Fin…….	18
1.7.1	Teorías Absolutas…….	19
1.7.2	Teorías Relativas…….	20
1.8	Prevención General…….	24
1.8.1	Prevención General Positiva……..	24
1.8.2	Prevención General Negativa…….	26
1.8.3	Prevención Especial…….	28
1.9	Características de las Penas…….	33
CAPÍTULO II……		**36**
PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS PENAS…….		**36**
2.1	Principio de Legalidad…….	37
2.2	Principio de la Retribución Penal……..	38
2.3	Principio de Necesidad o Economía de derecho……	39
2.4	Principio de Respeto a la Persona Humana……	40
2.5	Principio de Proporcionalidad……	40
2.6	Principio de Resocialización……...	42

2.7 Principio de culpabilidad…… 43

CAPÍTULO III…… 45
EL DELITO DE ABORTO…….. 45
3.1 Historia…… 45
3.2 Definiciones…… 47
3.2.1 Doctrinaria…… 47
3.2.2 Legal…….. 48
3.2.3 Medica…… 49
3.2.4 Medico Legal…… 49
3.3 Clases de Aborto…….. 50
3.3.1 Aborto Procurado…… 50
3.3.2 Aborto con o sin consentimiento…… 51
3.3.3 Aborto Calificado…….. 52
3.3.4 Aborto Terapéutico…….. 53
3.3.5 Aborto Preterintencional…….. 54
3.3.6 Tentativa y Aborto Culposo…… 55
3.3.6.1 Otros tipos de Aborto según la doctrina…… 57
3.3.6.2 El caso de la Mujer Idiota o demente…… 57
3.3.6.3 El caso de la Mujer sana que es violada o el Aborto sentimental…… 57
3.4 En el derecho Comparado…… 58
3.4.1 La legislación de Uruguay……... 59
3.4.2 La legislación de España…… 59
3.4.3 La legislación de México…… 60

CAPÍTULO IV…… 61
FUNDAMENTOS TEÓRICO-DOCTRINARIOS QUE JUSTIFICAN EL AUMENTO DE LA PENA PARA EL DELITO DE ABORTO PROCURADO CON BASE EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD…….. 61
4.1 Valoración de la vida desde su concepción en la Constitución Política de la República de Guatemala…….. 61

4.2 Desde la Ponderación Constitucional…… 63
4.2.1 Definición y estructura de la ponderación…… 63
4.2.2 Limites de la Ponderación…….. 65
4.2.3 Estructura de la Ponderación…… 66
4.2.4 La ley de la Ponderación…… 67
4.2.5 La fórmula del Peso…… 67
4.3 Desde el punto de vista de los Principios de la pena…… 68
4.3.1 Principio de proporcionalidad…… 68
4.3.2 Principio de necesidad…… 69
4.3.3 Principio de respeto a la persona humana o de Dignidad…… 69
4.3.4 Principio de Culpabilidad…… 69

CONCLUSIONES…… 70
RECOMENDACIONES…… 72
ANEXO UNICO…… 73
BIBLIOGRAFÍA…… 75

Resumen

La presente investigación titulada “Principio de Proporcionalidad de la Pena según el tipo penal de Aborto Procurado” tiene como finalidad presentar desde varios puntos de vista no solo nacionales sino internacionales, legales, morales y religiosos, todo lo relativo a el Derecho a la vida y la pena aplicable al delito de aborto procurado, partiendo desde la conducta antijurídica de la persona que lo practica hasta el derecho vulnerado de la víctima.

En una sociedad como la nuestra, el aborto es una práctica común que ha sobre pasado los límites legales y morales, es decir que se ha abusado de la incapacidad de la víctima en este caso hablamos de un ser que aunque no ha nacido pero que cuenta con una serie de garantías inherentes a él.

Después de confrontar la información obtenida en la investigación bibliográfica, y de otras fuentes, fue posible concluir, que el derecho a la vida esta vulnerado ante los más débiles, en la legislación guatemalteca se encuentra tipificado el delito del aborto procurado ya que en la mayoría de los casos la pena no se impone los delitos de aborto quedan sin castigo o en su defecto la pena es demasiado baja, totalmente desproporcionada.

Se ha planteado que según el bien jurídico tutelado que en este caso es la vida, debe ser protegido correctamente y en el caso de ser vulnerado debe ser castigado con una pena proporcional a la acción cometida, esto no solo protege a la vida humana sino también sana nuestro entorno social y moral.

INTRODUCCION

La presente investigación tiene como finalidad determinar si; ¿es acaso Proporcional la pena que impone el Estado a las personas que han cometido el delito de Aborto procurado?, siendo este un delito que afecta directamente la vida humana. Para ello se hará una investigación basada en legislación y doctrina tanto guatemalteca como de derecho comparado según otros países y en base a Monografías.

Desde los tiempos antiguos se ha hablado de los diferentes delitos y las formas de castigarlos, en el pasado el castigo era sumamente brutal, sin embargo estos castigos les creaban una conciencia a las personas para evitar cometer delitos que afectaran la vida humana. En la actualidad el aborto procurado ha sobrepasado edad, posición social, posición económica y religiones, la misma legislación guatemalteca a pesar de reconocer el aborto procurado como un delito que va en contra de la vida de un ser humano la desmerece imponiendo una pena desproporcionada.

En la legislación guatemalteca el aborto procurado se tipifica en el artículo 134 del Código Penal Guatemalteco, de la siguiente manera "Aborto es la *muerte* del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, en este caso el código penal tutela la vida humana, en base a ello se establece, que el bien jurídico tutelado es este precepto legal es la vida, capitulo dentro del cual se encuentran tipificados delitos como el homicidio y es parricidio que claramente señala como "dar muerte" y la pena es mucho más alta que la del aborto procurado.

A lo largo del desarrollo de la investigación se establecieron distintos puntos de vista de diferentes estudiosos del derecho los cuales critican este acto y sugieren con fundamento doctrinario una pena proporcional o merecida a el autor de este delito, para que así se cumpla con el principio de proporcionalidad de la pena.

Se ha planteado el debate desde el punto de vista tanto legal como ético en relación al inicio de la vida desde la concepción, ya que La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo tres indica que: El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción.

El presente aporte académico responde a una inquietud ampliamente analizada la cual según los datos la proporcionalidad en el aborto procurado se ha ignorado y en vez de buscar la proporcionalidad, la misma sociedad y legislación guatemalteca ha procurado no solo que se disminuya la pena impuesta por el delito de aborto procurado sino también que dicho castigo desaparezca aprobando plenamente el hecho de privar de la vida a un ser humano.

El aborto procurado no solo termina con una vida, la de la víctima, también vulnera una serie de derechos y garantías que desde des la concepción goza, también ponen en riesgo la vida y el estado emocional y sicológico de la madre aunque la misma causante sea ella.

Diferentes legislaciones han sugerido penas proporcionales al delito del aborto procurado, en este estudio se utilizó el derecho comparado para sustentar la falta de la aplicación del principio de proporcionalidad según este tipo penal.

El trabajo de tesis está contenido en cuatro capítulos, de los cuales el primero está dirigido a los antecedentes históricos y todo lo relativo a la pena, tanto en la actualidad como en los tiempos antiguos, como se clasifican las penas, las diferentes teorías en relaciona la pena y las formas de prevención del delito. En el segundo capítulo se establece cada uno de los principios que rigen la aplicación de las penas.
El tercer capítulo, establece lo relativo al delito de aborto, historia, definición así como también las diferentes modalidades de aborto que regula, no solo la legislación guatemalteca sino también la doctrina, así como los diferentes puntos de vista partiendo del derecho comparado, con países como Uruguay, España y México.

Por último el cuarto capítulo, hace un fundamento teorico-dosctrinario que justifica el aumento de la pena para el delito de Aborto Procurado basándose específicamente en el principio de Proporcionalidad, estableciendo la valoración de la vida basándose en algunos principios fundamentales de la pena. Para lograr el objetivo de la presente investigación se hiso uso del método analítico así como el inductivo y deductivo así como en las conclusiones y recomendaciones.

El objetivo general: es analizar si la pena del tipo penal de aborto procurado, responde al principio de proporcionalidad.

El objetivo específico: es determinar en qué consiste la proporcionalidad en los tipos penales y analizar Jurídicamente el tipo penal de aborto procurado, tanto en la legislación guatemalteca como analizar en el derecho comparado.

CAPITULO I

Toda acción del ser humano traerá consigo un resultado. Es por ello que un delito cometido va a traer una consecuencia jurídica y esta consiste en la potestad con la que cuenta el Estado para castigar tal acción, este ” castigo correctivo “ llamado por la doctrina y la legislación como una “pena” no es más que el resultado del acto punitivo antijurídico y típico de la persona, las penas van desde las más severas como lo es la pena de muerte hasta las más leves como son las medidas sustitutivas y las multas, estas van determinadas según haya sido la gravedad de la conducta, algunos autores sugieren la pena como acción necesaria de corrección al individuo para lograr de alguna forma una convivencia pacífica y una tranquilidad “garantizada” a la sociedad.

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO

El ejercicio legítimo de la potestad punitiva del Estado está vinculado a principios, que conforman garantías jurídicas para la atribución de la pena. La ausencia de las mismas prohíbe o no permite castigar, de modo que cada constituye una condición sine qua non para declarar la responsabilidad penal.

Del modelo de Estado definido en la Constitución Política de la República de Guatemala se derivan principios importantes en materia de sanciones penales, así: Del Estado de Derecho se deriva el principio de legalidad, que postula el sometimiento de la potestad punitiva al Derecho; como Estado Social, se legitima la prevención en la medida necesaria para proteger a la sociedad; y de la idea del Estado Democrático, el Derecho penal es puesto al servicio del ciudadano, que asocian el respeto a la dignidad humana, la igualdad y la participación del ciudadano.

Ante la comisión de una acción penalmente relevante, la reacción estatal puede traducirse en una pena o una medida de seguridad, generalmente ambos se designan bajo la denominación común de sanción o consecuencia jurídica del delito: “la diferencia radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y

en cierta forma, la retribución, las medidas de seguridad, sin carácter afectivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos".

Particularmente respecto a la pena son de los mismos tópicos importantes los siguientes:

1.1 Etimología de la pena

Etimológicamente el término "pena" se le han atribuidos varios significados en la historia del derecho penal, así, se dice que la misma se deriva del vocablo pondus, que quiere decir peso, otros consideran que se deriva del sanscrito punya, que significa pureza o virtud (valores espirituales que debía alcanzar el delincuente a través del sufrimiento por el delito cometido.

"Se considera que proviene de la palabra latina Poena, que significa castigo o suplico". En otro concepto "pena" es la palabra española que significa sanción traducida en prisión y otras circunstancias coercitivas para el privado de libertad.

1.2 Definición

En relación a las consecuencias jurídicas del delito, Gerardo Landrove Díaz refiere: "Bajo el epígrafe genérico Las consecuencias jurídicas del delito tienen acogida las cuestiones fundamentales de un sector –el último- de los tradicionalmente ubicados en los programas de la parte General del Derecho Penal. Se trata de algo más que una teoría de la pena (se alude a las medidas de seguridad a la responsabilidad civil nacida del delito) pero no es una contemplación de toda la teoría de la pena."[1]

La pena es la consecuencia jurídica del delito más antigua, y desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo es también la más importante.

La pena es la primera y más importante consecuencia jurídica de una acción típica, antijurídica y culpable. Existen sin embargos otras consecuencias jurídicas, como la

[1] Landrove Díaz, Gerardo. Las consecuencias Jurídicas del Delito. Madrid: Editorial Tecnos, Tercera Edición, 1,991. Pág. 15.

responsabilidad civil o pago de costas procesales, que son, además de las penas principales, otras privaciones o restricciones de derecho.

Aún hoy es vigente la definición de pena dada por Eugenio Cuello Callón, quien lo definió como "la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal."[2] Efectivamente la pena priva o restringe bienes jurídicos o derechos y siempre representa un mal para el delincuente.

Para la sistematización de ello, surge la Teoría del Sistema de Penas, cuyo objeto es la determinación de los instrumentos prácticos mediante los cuales pueda y sea admisible la realización práctica de los fines de la pena de acuerdo con su fundamentación y principios legitimadores. Según Luis Gracia Martín, la teoría del sistema de penas "comprende tres sectores: el Derecho de los tipos de pena, el Derecho de la aplicación y determinación de la pena y el Derecho de la ejecución de la pena."[3]

Comúnmente se ha concebido la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. Desde esta prospectiva se considera como una reacción en contra de aquellas personas que de alguna manea atacan a la sociedad.

Para Ulpiano la pena es la vergüenza que produce un delito. Desde otro punto de vista se entiende por pena la ejecución real y concreta de la punición que el Estado impone a través de los distintos órganos jurisdiccionales.

Las penas son todas aquellas medidas que establece el Estado en la legislación, que se aplican para castigar, rehabilitar o resarcir una conducta antijurídica.
También se considera que la pena es el elemento esencial, la razón de ser del derecho penal, un derecho penal sin la aplicación de la pena o de un castigo perdería el sentido o escancia del porque ha sido creado. Las teorías que exponen las penas

[2] Cuello Callón, Raúl Eugenio. La moderna penología. Barcelona: Editorial Bosch, 1,973. Pág. 16.
[3] Gracia Martin, Luis. Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005. Pág. 28.

son distintas o variables, éstas se han desarrollado a medida del correr del tiempo y por diferentes autores; entre las teorías más importantes existen la teoría de la retribución (de la justicia o de la expiación), la teoría de la prevención, ya sea de la prevención especial o general, las teorías unificadoras retributivas y la teoría unificadora preventiva.

En otro concepto la pena es un castigo impuesto por una autoridad legítima especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. En otro concepto la pena es, la imposición de un mal proporcionado al hecho, es decir una retribución por el mal que se ha cometido. (Nota al pie 5).

El Doctor Francisco de Mata Vela, en su libro de derecho penal guatemalteco parte general, cita a Santiago Mir Puig; quien define la pena como una consecuencia jurídica del delito, la cual consiste en la privación o restricción de ciertos Bienes Jurídicos estos impuestos por un órgano jurisdiccional, basándose primordialmente en la culpabilidad del agente teniendo como objetivo principal la resocialización del mismo.

Por su parte los Doctore José Fráncico de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco, definen la pena como: “una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de Bienes Jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal”. [4]

1.3 Historia de la Pena

En los tiempos remotos se ha hablado sobre la pena y lo que la misma tiene como característica, se ha hecho mucho énfasis de la pena en relación al hecho de cometer un delito, en este caso es preciso cometer como introducción como introducción de la justicia pues de esta parten varios factores que, se encaminan a una pena o castigo como modo de administración de justicia.

[4] De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal De León Velasco, Derecho Penal Guatemalteco, Guatemala, Magna Terra Editores, 2003 Página 257.

Justicia, es dar a cada persona como corresponde o merece, según sus actos y según su intención.

Cabe mencionar entonces, que la pena: es aquella retribución que el Estado le proporciona a una persona, según sus hechos como forma de castigo cuando comete un hecho ilícito.

Desde la antigüedad se ha conocido que toda la acción punible se ha castigado de diferentes maneras según su gravedad o el bien jurídico tutelado que vulnera, partiendo esto desde el Derecho Romano, con la conocida y hasta en un sentido birraza "ley del talio", el termino ley del talión (latín: lex talionis) se refiere a un principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido. El término "talión" deriva de la palabra latina "talis" o "tale" que significa idéntica o semejante, de modo que no se refiere a una pena equivalente sino a una pena idéntica. La expresión mas conocida de la ley del talión es "ojo por ojo, diente por diente" haciendo alusión a los hechos cometidos por las personas que debían ser castigados con la misma intensidad del daño cometido. Históricamente, constituye el primer intento por establecer una proporcionalidad entre el daño recibido en un crimen y daño producido en el castigo, siendo así el primer limite a la venganza.

En el código de Hammurabi (1760 a.c.), "el principio de reciprocidad exacta se utiliza con gran claridad, por ejemplo la ley 229 establecía que si un arquitecto diseñaba una casa y dicha casa se había derrumbado matando al hijo del propietario de la casa, se mataría al hijo del arquitecto".[5]

Otro tipo de penas, clasificadas en nivele, consistían en la mutilación de una parte del cuerpo en proporción al daño causado. Por ejemplo la Ley 195 establecida que si un hijo había golpeado al padre, se le cortarían las manos: la ley 197 tarificaba que si quebraban un hueso de un hombre, se quebraría el hueso del agresor.

[5] Ruiz Castillo, Crista. Historia del Derecho, décima primera edición, ediciones Maite, 2007, página 13.

Las penas menores consistían en la reparación del daño devolviendo materias primas tales como plata, trigo, vino, etc. En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física.

Desde entonces se puede apreciar, que el derecho y la justicia han sido parte importante en el actuar del ser humano en la sociedad, pues este delimita la misma entre normas de conducta adecuándolas así, todas aquellas que de una u otra no solo van en contra de la persona a quien se le hace el daño directo, sino al entorno de las normativas establecidas.

Partiendo de esto, se establece que desde los tiempos pasados se ha contado con un Estado de derecho, esto le proporciona a los habitantes del mismo una serie de derechos y obligaciones tomando en cuenta que este Estado está regido por un conjunto de ordenamientos jurídicos que de cierta forma, regulan la conducta del hombre y por ende, juzga y castiga la conducta contraria a este ordenamiento.

Habiendo hecho una pequeña reseña histórica, se concluye, que la pena es una forma de retribución o sanción ante he hecho de un delito que constituye su condición necesaria, el contrae una consecuencia jurídica.

1.4 Clasificación de las Penas

Desde un horizonte teórico, las penas se clasifican así:

Atendiendo a lo que se propone alcanzar: Las penas pueden ser:

Intimidatorias. Son aquellas que tienen por objeto la prevención individual, influyendo de forma directa sobre el ánimo del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir. A decir de Puig Peña, estas son las más acertadas para aplicar es los individuos que aun no están corrompidos, en los que aun un reflejo de moralidad la cual se reforzar con el miedo a la misma.

Correccionales o reformatorias. Son aquellas que tienen por objeto la rehabilitación, la reforma y la reeducación del reo y así poder reincorporarse a la sociedad de forma

útil y desintoxicado de toda conducta antisocial, se dice que tiende a corregir aquel carácter del delincuente te que ha sido corrompido pero aun corregible. y, Eliminatorias: estas tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligroso. Se entiende que su eliminación tiene por objeto separarlo de la sociedad considerando su grado elevado de peligrosidad. Debe entenderse que el objeto de su eliminación es separarlo de la sociedad tomando en consideración su alto grado de peligrosidad criminal de tal manera que se puede lograr imponiendo la pena capital para privarlo se du existencia o bien confinándolo de por vida a una prisión a través de la cadena perpetua.

Atendiendo a la materia sobre la que recae y el Bien Jurídico que privan o que restringen.

La pena capital. Llamada de una manera equivocada pena de muerte, ya que en realidad es una condena a muerte por lo que en realidad, lo que priva del delincuente condenado a ella es la vida: la pena capital o pena de muerte consiste, en la eliminación física del delincuente, en atención a la gravedad de delito cometido y a la peligrosidad criminal del mismo; ha sido desde la antigüedad y hasta la actualidad muy discutible en la doctrina clínica de Derecho Penal, dando lugar a debates plenamente discutibles empleado las siguientes teorías: Abolicionista y Antiabolicionista.

1.5 Teoría Abolicionista:

Esta teoría inicia a perfilarse a fines del siglo XVII con la obra del penalista milanés Cesar Beccaria, quien sostenía la ausencia de efectos intimidatorios en la pena de muerte.

Desde el punto de vista moral: la pena de muerte es un acto impío, por cuanto la justicia humana, al imponerla, se arroga atribuciones y pronuncia juicios que están reservados a la omnipotencia divina.

La pena de muerte es un acto contrario a los principios de la socialización humana, por cuanto rompe el lazo de solidaridad que nos une con los demás hombres.

La pena de muerte ataca la inviolabilidad de la vida humana, algunos autores sostienen que el derecho a la vida “es una conquista de la edad moderna” el Estado no puede privar de derechos que él no ha concedido y la vida es un derecho que no lo concede el Estado, sino la naturaleza.

La pena de muerte va en contra de la conciencien colectiva, como demuestra el desprecio universal por el verdugo.

1.5.1 Desde el punto de vista Jurídico

En un marco jurídico la pena de muerte carece de eficacia puesto que en los países que la suprimen no aumentan los delitos y en los países que la aplican no disminuyen los delitos.

Particularmente en algunos casos no existe eficacia alguna ya que en los delincuentes caracterizados por si insensibilidad y aquellos llamados profesionales la pena capital no les espanta y constituye solamente un riesgo profesional.

Para la mayoría de las personas la ejecución no es más que un espectáculo y no una impresión de escarmiento, para el criminal, muchas veces sirve para su exaltación ya que este sube orgulloso al cadalso, lo cual ocasiona el contagio por la imitación. Es importante mencionar que la mayoría de personas condenadas a la pena capital con anterioridad habían presenciado ejecuciones capitales.

La pena de muerte es irreparable, todas las demás penas, aun las más duras y severas permiten una reparación en caso de erro judicial, pero la pena de muerte no.
La pena de muerte carece de divisibilidad y proporcionalidad condiciones con las cueles no puede darse una pena justa, la pena de muerte efectivamente, no es proporcional al delito, es siempre un mal igual, ya que no se puede morir más o

menos, si no que se muere, falta, pues la proporcionalidad, que es uno de los requisitos fundamentales de la justicia de las penas.

La pena de muerte no es correccional, el cual constituye el fin primario de la pena. Se ha alegado en contra que le número proporcional de los condenados a muerte que se arrepienten es mucho mayor que el de los condenados a cualquier otra pena.

1.6 Teoría Antiabolicionista:

Desde la antigüedad no se había puesto en tela de juicio le legitimidad de la pena de muerte, eso debido a la autoridad de Santo Tomas de Aquino.

De la misma manera que un particular tiene el derecho de quietar la vida a un agresor injusto para defenderse, asimismo como para defender a un tercero la legitima defensa.

El Estado debe tener también el derecho de quitar la vida a aquel que ataca al Estado mismo y a sus miembros respecto de los que tienen una obligación de defensa.

Se considera un procedimiento excelente, único y de selección que asegura a la sociedad contra el condenado y a un saludable mejoramiento de la especie humana. Ahorra a la sociedad el mantenimiento de un ser que le es enemigo, pues al día de hoy gasta el Estado considerables cantidades de dinero en alimentación, vestido y alojamiento de estos criminales, este argumento no puede sostenerse de manera real pues tal como lo establece un autor, no es correcto alegar razones económicas frente a lo sagrado del derecho a la vida.

Definitivamente esta es una justa retribución para los Delitos contra la vida. Los que esgrimen este argumento ponen en manifiesto las conocidas palabras de Alfonso

Karr que contestaba las proposiciones de abolición de la pena capital diciendo: "tumba de los hombres vivos".[6]

Concluyendo con un punto de vista sentimental, se sostienen la tesis afirmativa pensando, como algunos tratadistas que, en definitiva, la pena de muerte es menos cruel que las privativas de libertad con que suele ser sustituida, a este respecto se cita la famosa pena de ergástulo italiano que Manzini denomino "tumba de los hombres vivos".[7]

La pena privativa de libertad. Consiste en la llamada pena de prisión o de arresto, esta consiste en privar al reo de su libertad de movimiento, es decir, restringe el derecho de locomoción y movilidad del condenado, de esta forma lo obliga a permanecer en un lugar determinado, esta con la finalidad de retribuir la comisión de un delito influyéndolo positivamente y con la finalidad de rehabilitarlo, reformarlo y prepararlo para su nuevo encuentro con la sociedad.

La pena restrictiva de libertad. Estas consisten en la limitación o restricción de libertad del condenado al indicarle específicamente un lugar determinado de residencia.

La pena restrictiva de derechos. Esta consiste en delimitar o restringir ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley, como las inhabilitaciones y suspensiones, estas establecidas en el Código Penal Guatemalteco, en los artículos números, 56, 57, 58 y 59.

La pena pecuniaria. Estas son penas de tipo patrimonial que recaen sobre los bienes del condenado, tal es el caso de la multa (consistente en el pago de una determinada cantidad de dinero) y el comiso (consistente en la perdida al favor del Estado de los objetos o instrumentos del delito), así como la confiscación de bienes que consistentes en la pérdida del patrimonio o parte del mimo a favor de Estado.

---

[6] *Ibid., Pág. 272.*
[7] Loc. Cit.

Penas infamantes y penas aflictivas. Las penas infamantes privan o lesionan el honor o la dignidad del condenado, estas tenían por objeto humillar al condenado, tal es el caso de la picota (poste donde exhibían la cabeza de los reos), y la obligación de vestir de una forma determinada.

Las penas aflictivas, consisten en una pena corporal la cual pretendía causar el sufrimiento físico del condenado sin llegar a privarlo de la vida, en este caso los azotes y las cadenas (llamadas aflictivas delebles por que no dejaban huella permanente en el cuerpo) también la mutilación y la marca con hierro candente (llamadas aflictivas indelebles por que dejaban señales permanentes en el cuerpo de quien recibía dicho castigo) fortuitamente este tipo de penas ha desaparecido de las legislaciones penales modernas de los países cultos y tan solo han quedado como una reseña histórica en la evolución de las ideas penales.

1.6.1 Atendiendo a su magnitud

Penas fijas o rígidas. Sol las que se encuentran muy bien determinadas en forma precisa e invariable por la ley penal, de esa manera el juzgador penal no tiene ninguna opción de graduar la pena en atención al delito. El código penal guatemalteco de 1936 contenía este tipo de penas.

Penas variables, flexibles o indivisibles. Estas se encuentran determinadas en la ley penal dentro de un máximo y un mínimo, de la manera que puede ser graduada por el juzgador en el momento de emitir un fallo atendiendo a las circunstancias que influyeron en comisión del delito y la personalidad del delincuente.

La pena máxima. Se llama a la aplicación combinada de dos clases de penas, pena de prisión y pena de multa, estas reguladas en la legislación penal guatemalteca, por ejemplo; (calumnia, trata de personas, estafa, tráfico ilegal de fármacos, drogas o estupefacientes. Etc.)

1.6.2 Atendiendo a su importancia y al modo de imponerlas

Penas principales. Estas no las que gozan de autonomía en su imposición, de esta manera, pueden imponerse solas, prescindiendo de la imposición de otra u otras, por cuanto tienen dependencia propia.

Penas accesorias. Son aquellas que por lo contrario de las anteriores no gozan de autonomía en su imposición, y para ser impuestas deben anexarse a una principal, es decir, que su aplicación depende de que se imponga una pena principal, de lo contrario por si solas no pueden imponerse.

Desde el punto de vista legal, las penas las clasifica el Código Penal guatemalteco en sus artículos 41 y 42, en penas principales y penas accesorias, las primeras consistentes en: la pena de muerte, la pena de prisión, el arresto y la multa y; las segundas: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y perdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de las sentencias y todas aquellas que otras leyes señalen.

Las penas principales consisten en:

Pena de muerte. “Esta pena tiene carácter extraordinario en Guatemala, y solo se aplica en los caso expresamente consignados en la ley, es decir, solo a los delitos señalados en la ley cometidas en las circunstancias señaladas en la por la misma y después de agotados todos los recursos legales.

No se podrá imponerse la pena de muerte:

Por delitos políticos.

Cuando la condena se fundamente en presunciones.

A varones mayores de setenta años.

A personas cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición”.

Los delitos que tienes señalada la pena capital como sanción en nuestra legislación penal son: el parricidio, el asesinato, la violación calificada, el plagio o secuestro, y el

magnicidio, todos estos contemplados en los artículos: 131, 132, 132 bis 175, 201 y 383 del Código Penal Guatemalteco, así como el caso de muerte en la ley contra la narcoactividad.

La pena de prisión. Esta consiste en la privación de la libertad personal, y su duración en nuestro país puede ser de un mes hasta cincuenta años, impuesta específicamente en delitos o crímenes y con seguridad es la más importante en el sistema punitivo guatemalteco, en este caso el sistema original de prisiones o penitenciarias ha sido suplantado por un sistema de granjas penales de rehabilitación para el reo, sistemas que hasta estos tiempos no ha logrado avance o resultado pasivos en la rehabilitación y resocialización y reforma del delincuente específicamente en el sentido psicológico el cual influye y sobresalta en la reincidencia y habitualidad en muchos delincuentes.

La pena de arresto. “Consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para su efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años. A los condenados a prisión que observen buena conducta durante las tres cuartas partes de la condena se les pondrá en libertad, en el entendido que si cometiere un nuevo delito durante el tiempo que este gozando de dicho privilegio, deberá cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito cometido” La pena de multa. “La pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijara, dentro de los límites legales”. (nota al pie art 52). Esta es una pecuniaria y cuando no se encuentre estipulada la cantidad, la Ley de Organismo Judicial establece que debe fijarse dentro de un mínimo de cinco quetzales y un máximo de cien quetzales, esto en los casos de las multas que ponen los tribunales por infracción a sus disposiciones. La multa penales encuentra establecida en cada tipo y, salvo lo que establecen las leyes penales especiales, no pueden ser superior de doscientos mil quetzales (Artículo 69 inciso 2 del código Penal Guatemalteco)

La pena de multa ha incrementado su importancia en el mundo del derecho penal moderno, especialmente porque sigue ganando terreno en cuanto su disputa contra otras penas de prisión señalándose doctrinariamente que aun que aunque causen aflicción, no degrada, no deshonra, no segrega al penado de su núcleo social.

Cuando se habla de multa se especifica que esta tiene carácter personal y será determinada de acuerdo a la capacidad económica del reo, su salario, su sueldo o su renta a percibir; la capacidad que tenga para el trabajo o capacidad de producción, las cargas familiares las cuales deberán estar específicamente y debidamente comprobadas y todas aquellas circunstancias que indiquen su solvencia económica.

Las penas accesorias se clasifican en:

Las penas privativas de derechos, las establece el Código Penal guatemalteco, como penas accesorias, en el Artículo 42; "son penas accesorias; inhabilitación absoluta; inhabilitación especial; comisión y perdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen".

Inhabilitación absoluta. Esta pena está regulada en la legislación penal guatemalteca, "Comprende; la pérdida o suspensión de los derechos políticos, la pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniere de elección popular, incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas, la privación de elegir o ser electo y la capacidad de ejercer patria potestad y de ser tutor o protutor".

Inhabilitación especial. la inhabilitación especial consistirá según el caso.
En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del artículo que antecede.
En la prohibición de ejercer alguna profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilita.

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"

El comiso. "El comiso consiste en la perdida, 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 licito comercio, se acordara el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad de imputado. Los objetos decomisados de lícito comercio, se venderán y el producto de la venta incrementara los fondos privativos del Organismo Judicial.

El comiso procederá únicamente en caso de que el juez o tribunal competente no declarare la extinción de dominio, conforme a la ley de la materia".

La suspensión de derechos políticos. "La pena de prisión lleva consigo la suspensión de los derechos políticos, durante el tiempo de la condena, aunque esta se conmute, salvo que obtenga su rehabilitación".

Publicación de la sentencia. La publicación de la sentencia es pena accesoria a la principal que se imponga por los delitos contra el honor de este código. A petición del ofendido o de sus derechos, el juez, a su prudente arbitrio, ordenara la sentencia del arbitrio en unos o dos periódicos de mayor circulación en la Republica, a costa del condenando o de los solicitantes subsidiariamente, cuando estime que la publicidad pueda contribuir a reparar el daño moral causado por el delito. En ningún caso podrá ordenarse la publicación de la sentencia cuando afecte a menores o a terceros.

1.7 Justificación, sentido y fin

Existe cierta unanimidad para afirmar que la justificación de la pena se encuentra en que es necesaria para la estabilidad social. De igual manera es vista como una marga necesidad, algo de última ratio con fines de preservar la convivencia social.

Quinteros Olivares estima la pena como "un torpe remedio, porque no se ha sabido inventar otro mejor, al que se acude para reforzar una serie de prohibiciones cuya observancia se considera absolutamente necesaria para mantener el orden establecido."[8] En conclusión la pena se justifica en su necesidad.

Lorenzo Morillas Cueva distingue en este principio de necesidad, dos niveles: "el de la conminación abstracta (estática) y el de la conminación concreta (dinámica). Desde el punto de vista estático, la justificación de la pena coincide totalmente con la que se viene diciendo: se justifica por su necesidad como medio social indispensable para mantener las condiciones de vida mínima para la convivencia de las personas en comunicad, a través de la prevención –general-, y enlaza, además de exigirlos, con el carácter fragmentario y de última ratio del derecho penal. Desde el punto de vista dinámico, se justifica asimismo en la necesidad para los fines de la prevención –general y especial-, pero también converge como fundamento con la culpabilidad. En resumen, la pena se justifica en su necesidad para la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención antes indicada y se fundamenta en la culpabilidad y en la necesidad."[9]

En cuanto a la función y fines de la pena, se distinguen las teorías absolutas, teorías relativas y teorías de la unión o eclécticas.

1.8 TEORÍAS ABSOLUTAS

Estas atienden solo al sentido de la pena, sin asociarla a ninguna finalidad concreta. "La pena es retribución o, lo que es lo mismo, compensación del mal causado por el delito, por el mal que supone la pena, malum passionis quod infligitu ob malum actionis, según la conocida frase de Grozio. El punto de vista retributivo gira, entonces, sobre la idea de que es justo que el malvado sea castigado, porque el hombre responsable de su acción ha de recibir lo que se merece."[10]

[8] Quintero Olivares, Gonzalo. Introducción al derecho Penal, parte General. Barcelona 1,981. Pág. 14.
[9] Morillas Cuevas, Lorenzo. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del delito. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1,991. Pág. 17.
[10] Ibid. Pág. 18.)

Dentro de esta, sobresalen dos versiones: a) Teoría de la venganza; y, b) Teoría de la expiación. La primera fundada en la ley del Talión, en la cual se permitía a la víctima el llamado desahogo, privándole a su agresor de algún miembro de igual entidad al daño sufrido; la segunda de las teorías, explica que mediante el sufrimiento, el delincuente puede expiar su pecado. La expiación ha sido un tema del pensamiento religioso. Históricamente ha habido retribución divina, moral y jurídica. La tendencia actual es negar la misma.

1.7.2 TEORÍAS RELATIVAS

Esencialmente las teorías relativas descansan sobre la idea de que la pena es un medio para la obtención de fines útiles, y por surgir en las ideas utilitaristas de la Ilustración, se acompañan de una inclinación a dar una explicación científica causal al comportamiento humano, y la posibilidad de hacer intervenciones psicopedagógicas. Se subdividen en prevención general y prevención especial.

1.8 Prevención general

La prevención general como fin del Derecho Penal, constituye una respuesta que legitima al derecho penal para privar de bienes jurídicos a los ciudadanos por la realización de determinadas acciones prohibidas, con el fin de proporcionar protección a la sociedad mediante la protección de los bienes jurídicos esenciales. Consiste en la actuación del Derecho Penal frente a la colectividad.

Puede ser definida como la prevención de los comportamientos socialmente indeseables a través de la amenaza de una sanción legal como consecuencia. Concretamente, es la incidencia sobre la comunidad que, a través de la amenaza y la ejecución de la pena, aprende a respectar las prohibiciones legales y es intimidada para que se abstenga de infringirlas, y constituye como lo afirma Mir Puig, un “medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad.”[11]

[11] Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1,992. pag. 40.

La Prevención General “Es una advertencia que se formula a la sociedad instando a que no se delinca. Al procurar evitar el delito se refuerza la idea de un derecho penal dirigido a la protección más que a la represión.”[12]

La prevención general busca lograr fines que estén fuera de la propia pena; en concreto evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. Se pretende imponer la pena para que se abstengan de delinquir, bien los miembros de una determinada comunidad, -prevención general- bien aquel que cometió el hecho delictivo, -prevención especial-. En ambos casos la actuación del Derecho Penal está orientada hacia el futuro, pretendiendo prevenir determinadas conductas, y de este modo mantener la convivencia social protegiendo determinados intereses, es decir que es básicamente utilitarista, que no se basa en postulados religiosos morales, o en cualquier caso, idealistas, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales.

Jesús María Silva Sánchez defiende una consideración utilitarista de la prevención general y escribe “que lo único que puede legitimar la intervención punitiva del Estado es la evitación o, mejor dicho, el mantenimiento en unos niveles razonables, de los delitos y de las reacciones (informales) desencadenadas frente a los mismos en el seno de la sociedad."[13] Esta tesis pretende reducir la violencia social con el fin asimismo de reducir la violencia que implica el ius puniendi, mediante dos vías: basándose en el principio utilitarista de la intervención mínima y sobre los principios garantísticos individuales.

Sus funciones básicas se desarrollan a través de la intimidación, la advertencia a los sujetos y el prevalecimiento del orden jurídico, con el fin de dar amplia protección a los bienes jurídicos, pretendiendo lograr así, que la generalidad de ciudadanos se inhiban de realizar las conductas tipificadas por la ley como delitos, de tal forma que

[12]Riquert, Marcelo Eduardo y Jiménez, Eduardo Pablo. Teoría de la Pena y Derechos Humanos. Argentina: Editorial Helista. Pág. 243.
[13] Silva Sánchez, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1,992. Pag. 210.

la población se abstiene de cometer delitos por el temor a sufrir personalmente la aplicación y ejecución de una pena.

Roxín, le asigna dos ventajas a la prevención general: “En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación. Y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posible exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta.”[14] Por su parte, Luigi Ferrajoli, señala como ventajas: Asegurar un fundamento racional a los principios de estricta legalidad, materialidad, y de culpabilidad y responsabilidad personal, el primero porque la ley debe indicar preventiva y exactamente los supuestos típicos, el de materialidad, debido a que solo se puede prevenir las acciones que consisten en comportamientos exteriores, y finalmente, fundamentan la culpabilidad y responsabilidad personal, porque se pretende prevenir las acciones consientes y voluntaria; en relación a la prevención general negativa resulta ser la única que no confunde el derecho con la moral o la naturaleza. Como desventajas destacan: que la prevención general positiva confunden derecho y moral, promoviendo la promoción del conformismo de las conductas y fidelidad al Estado, y en cuando a la prevención general negativa, la consecuencia más grave consiste en que no establece frenos a su tendencia de derecho penal máximo, y porque no se sustrae a la objeción de tratar a la persona como un medio para un fin colectivo. Finalmente, explica Luigi Ferrajoli, la prevención general “al estar trazado a partir de la sugerente idea de la prevención de los delitos, puede caer fácilmente en el de prevención especial y avalar por consiguiente medidas y tratamientos penales extra o ultra delictum”[15], por ejemplo las cautelares, de prevención, seguridad, etc volviendo

[14] Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas S.A., 1,997 pág 92.
[15] Ferajoli, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta S.A, 1,995. Pág 279.

a la corrección, la neutralización y tratamientos individualizados. Por tanto junto a la prevención del delito debe procurarse la prevención de castigos excesivos e incontrolados.

La prevención general aunque ocupe el lugar central en cuanto a legitimar el ius puniendi no está exenta de objeciones. Entre éstas destaca que utiliza al individuo como instrumento de fines a él trascendentes, y el menosprecio de su dignidad al concebirlo como un simple medio para la consecución de un fin útil.

Por su parte Claus Roxín expone como deficiencias teóricas y prácticas de la prevención general, "en primer lugar, que no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena. Asimismo objeta que un castigo con fines preventivos atenta contra la dignidad humana, la cual adquiere mayor peso en la prevención general que en la prevención especial. Finalmente la prevención general comparte el defecto de la teoría de la retribución de no poder dar impulso alguno a la ejecución de la pena."[16] La prevención general no logra asimismo superar la objeción de considerar a la persona como un fin en sí mismo para obtener propósitos colectivos.

Juan Córdoba Roda refiriéndose a los límites de la prevención general explica que: "a) Hay que tener en cuenta que según estudios actuales, el efecto real de prevención general de la Ley Penal no depende tanto de la entidad de la pena conminada, como de otros factores. b) El efecto de prevención general no parece estar subordinado a la gravedad de la pena establecida por La Ley, sino al grado de realización de ésta en la vida práctica; c) Para muchas personas, las consecuencias o efectos sociales del juicio penal pueden desplegar una mayor eficacia para la evitación del delito, que la propia imposición de la pena."[17]

El fin de la prevención general debe ser cuidadosamente atendido, porque con el afán de prevenir los delitos, puede conducir a la prevención especial imponiendo

[16] Roxin, Claus. Op. Cit. Pág. 93.
[17] Córdoba Roda, Juan. Culpabilidad y pena. Madrid: Editorial Trotta, 1,993. Pág. 64.

tratamientos inadmisibles en un modelo de Estado como el configurado en la Constitución Política de Guatemala. Si bien es cierto que la prevención general resulta necesaria, hay que valorar su funcionalidad, para evitar los castigos excesivos e incontrolados que desemboquen en el terror hacia el Estado.

1.8.1 La prevención general positiva

Denominada también estabilizadora o integradora; es sostenida principalmente por Jakobs. Consiste en la "afirmación positiva del Derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho"[18]

Se le asigna a ésta prevención una función pedagógica, para reafirmar la moral colectiva y para un actuar ejemplar conforme a los principios de la misma. Pretende, como lo indica Luigi Ferrajoli, "reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido".[19]

La función principal del Derecho Penal desde el punto de vista de la prevención general positiva sería restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social. Busca la conservación y el esfuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Tiende a demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y reforzar la confianza jurídica del pueblo.

Mir Puig considera que, esta prevención puede entenderse como una forma de limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en el terror penal, por vía de agravación de la pena, y así, exigir que la prevención general no sólo intente por la vía del miedo a la pena, sino por la razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, lo cual conlleva a tener en

[18] Mir Puig, Santiago. Op. Cit. Pág. 40.
[19] Ferrajoli, Luigi. Op cit.. Pág. 263.

cuenta las exigencias de la proporcionalidad entre delito y pena y a la razonabilidad de las conminaciones penales.

Roxín le asigna a la prevención general positiva tres finalidades y efectos diversos: a) Un efecto didáctico o de aprendizaje (de motivación, socio-pedagógico) en cuanto ejercitamiento de la fidelidad al Derecho; b) Un efecto de confianza, si el ciudadano ve que el Derecho prevalece; y, c) Uno de pacificación, si con la sanción por el quebramiento del Derecho se considera apaciguada la conciencia jurídica general y concluido el conflicto con el autor (prevención de integración). Armin Kaufmann atribuye los tres cometidos siguientes a la prevención general positiva, como vía que contribuye a acuñar la vida social: "en primer lugar, una función informativa de los que esta prohibido y de lo que hay que deber de hacer; en segundo lugar, la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; por último, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho -no una actitud moral".[20]

Dentro de la prevención general positiva, existen corrientes, fundamentadoras y limitadoras, según las primeras se permite ir más allá de lo preciso para la intimidación por razones de integración social, y según las limitadoras, se busca limitar excesos de pena exigiendo sólo aquellas que correspondan a la conciencia social. La concepción limitadora de la prevención general positiva, admite la versión integradora en la medida en que ésta pueda aportar límites a la mera intimidación, para no ingerir en la esfera interna del ciudadano, ya que esto sería rechazable; debe recordarse que el Estado social y democrático supone limitar la prevención general mediante una serie de principios que restringen el Derecho penal apoyándose en el consenso de los ciudadanos, y que asimismo junto a la prevención el Derecho penal tiene la misión de reducir al mínimo la propia violencia estatal para evitar dimensiones de crueldad y arbitrariedad.

[20] Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Valencia: Editorial Tiran lo Blanch, 1,992. Pág. 41.

La prevención general positiva no está exenta de objeciones, entre éstas destaca que permite ampliar la injerencia del Derecho penal a la esfera de la actitud interna del ciudadano. Se cuestiona en este sentido su actitud moralista de reforzar los valores éticos sociales de la colectividad. Debe cuidarse que no es admisible en una sociedad democrática intentar fines pedagógicos en el derecho penal, esto supondría un intento de interiorización y aceptación acrítica del sistema penal. Correctamente puede entenderse como una forma de limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en un terror penal, por la vía de una progresiva agravación de la amenaza penal. De esa forma como lo afirma Mir Puig, "se exige que la prevención general no solo se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación de las convicciones jurídicas de la comunidad, supondrá tener que limitar la prevención general por la idea de proporcionalidad".[21]

En suma, la prevención general positiva pretende reforzar la conciencia jurídica colectiva y disponer la colectividad a cumplir la norma penal, mostrando que el delito es lo incorrecto y que la norma penal prevalece marcando las pautas de conductas. Despliega su función en el fuero interno de los ciudadanos y a partir de una actitud de convencimiento pretende la fidelidad al derecho, constituyéndose en un proceso de internalización de las normas y valores culturales.

1.8.2 La prevención general negativa

Esta prevención llamada también intimidatoria, sitúa los fines del Derecho penal en el momento de la conminación penal típica, tratando de disuadir de la realización de comportamientos antijurídicos a los ciudadanos. La imposición de la pena y su ejecución constituyen una muestra de la seriedad que representa la conminación penal. Se le puede describir como la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes.

Para Feuerbach, en efecto, "la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como coacción psicológica en el

[21] Ibid. Pág. 43

momento abstracto de la incriminación legal. La ejecución de la pena solo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal."[22]

Procura eliminar el impulso sensual a delinquir, cuando repara que el mal correspondiente al hecho es mayor que haber evitado. La coacción psicológica opera en abstracto o disuasión, opera en el momento de la incriminalización y la imposición de ejecución de la pena es solo un reforzamiento. La teoría de la coacción psicológica, explica que para disuadir a las personas de la comisión de un delito se hace necesario amenazarles con inflingirle un mal superior al que tendría de abstenerse a delinquir. Se basa en un modelo antropológico racionalista basado en que la persona discierne acerca de las ventajas y desventajas que para él reporta su actuación, objetándose que la misma constituye una visión idealista de la forma en que responde el delincuente la cual no corresponde a la realidad.

Pero, como indica Ignacio Berduo Gómez de la Torre debe tenerse en cuenta que "Un primer criterio de limitación de la intimidación es que la pena ha de ser proporcional a la gravedad del delito cometido, ha de guardar esta relación con el desvalor de la acción que quiere ser evitado".[23] No se puede olvidar que la prevención de la pena se encuentra unida a la protección de bienes jurídicos fundamentales para la participación de los individuos en la sociedad.

Hassemer objeta ésta teoría señalando que se "desprecia soberanamente la irracionalidad fáctica de las personas".[24] Es decir, que muchas veces el delincuente no razona acerca de las ventajas y desventajas de su conducta al delinquir o se muestra decidido a realizar las acciones previstas por él no obstante la existencia de la pena.

Se le cuestiona su falta de límites, y su tendencia a caer al terror penal agravando el castigo. Luigi Ferrajoli distingue dos grupos: "a) Las doctrinas de la intimidación

[22] Ibid. Pág. 40
[23] Gómez de la Torre, Ignacio Berduo. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1,997. Pág. 26.
[24] Silva Sánchez, Jesús María. Op. Cit. Pág. 213.

ejercida sobre la generalidad de los asociados por medio del ejemplo ofrecido por la imposición de la pena llevada a cabo con las condenas; y b) Las de la intimidación dirigida a la generalidad, pero por medio de la amenaza de la pena contenida en la ley."[25]

Las dudas más serias acerca de ésta teoría se centra en que puede conducir al castigo de un sujeto no responsable del hecho, si tan sólo esto fuera necesario para evitar un mal social de mayor trascendencia, ello equivale a considerar al individuo como un medio y no como un fin, pudiendo conducir al terror penal incrementando las sanciones penales. "Político socialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general"[26] como lo expone Claus Roxín. No puede ser posible que el hombre sea utilizado como medio para ejemplarizar o educar a la colectividad. La dignidad inherente al ser humano se violentaría si el hombre fuera castigado para prevenir al resto de la comunidad. Kant afirma que el hombre no puede ser utilizado nunca como simple medio para la realización de los propósitos de otro y ser incluido entre los objetos del derecho de cosas, de lo cual le protege su personalidad innata.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que la prevención general no puede ser considerada de modo unilateral y absoluta, sino que, necesita de límites y complementos que puede ser la prevención especial, el principio de culpabilidad o de proporcionalidad, ya que por sí sola causaría mayores perjuicios.

1.8.3 La prevención especial

El Derecho Penal tiene la finalidad de la prevención especial, es decir prevención dirigida al penado en forma particular, porque le advierte e intima, lo corrige y enmienda, evita que vuelva a delinquir y tiene como fin la readaptación social y

[25] Ferajoli, Luigi.Op. Cit. Pág 276.
[26] Roxin, Claus. Op. Cit. pág. 91.

reeducación del penado; se justifica en que se dirige hacia la prevención de la comisión de nuevos delitos por parte de autor.

La prevención especial "es una finalidad adecuada para la función a desarrollar por la pena en un estado social y democrático de Derecho, pero ha de estar limitada por las exigencias y garantías del propio modelo de Estado y por la finalidad última de protección de bienes jurídicos que debe desempeñar el Derecho penal".[27]

Su portavoz fue Franz Von Liszt, según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas: "asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección".[28]

Liszt, en su Programa de Marburgo, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciado según el tipo de autor: "la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. La corrección se le denomina resocialización."[29]

En un sentido abstracto, como dice Beloff, "la prevención especial se puede concretar por dos vías distintas, así se habla de prevención especial positiva y negativa. La primera se materializa procurando remover la disposición psíquica que conduce al individuo a delinquir mediante un tratamiento resocializante y la segunda por la coacción física (encarcelamiento o medida de seguridad) que impedirá que el sujeto cometa nuevos delitos."[30]

En el planteo preventivo especial, el objetivo perseguido es que el que delinquió y sufrió la pena no vuelva a cometer delitos. La pena actúa sobre el delincuente

[27] Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo. Op. Cit. Pág. 28.
[28] Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas S.A., 1,997. Pág. 85.
[29] Ibid.
[30] Riquert, Marcelo Eduardo y Jiménez, Eduardo Pablo. Teoría de la Pena y Derechos Humanos. Argentina: Editorial Helista. Pág. 255.

concreto, individual, procurando su corrección o enmienda para que en lo sucesivo no recaiga en la comisión de hechos delictuosos. La prevención especial opera en el momento de la ejecución de la pena, sobre el individuo ya penado por lo cual se le denomina también prevención individual.

Se critica a la prevención especial porque la idea de “peligroso social” permitió la intervención desmedida del derecho penal y desvinculó al Estado de limites formal y material en la aplicación de consecuencias del delito, admitiéndose inclusive antes de la comisión del delito mediante la medida de seguridad violentando la legalidad y creando un derecho penal de autor el cual es del todo inadmisible actualmente. La pena la graduaban no en proporción a la lesión sino del tiempo necesario para la efectiva resocialización del delincuente. Así el concepto de peligroso daba lugar a que delitos de escasa gravedad constituyera el origen de penas desproporcionadas o indefinidas; y por el contrario, en delitos graves, en donde no se apreciaba la peligrosidad criminal podían resultar no necesitados de un tratamiento correctivo de prevención especial dejándolos impunes, por ejemplo, el delincuente nazi a que se refiere Roxín, a quien se indica que estando integrado a la sociedad no debe ser castigado, ya que no volverá a delinquir.

Roxín expone los problemas que afronta la prevención especial, así: a) Que su defecto más grave es no proporcionar un baremo para la pena. Debido a ello se puede retener al condenado hasta resocializarlo conduciendo a la pena indeterminada, o a que, por un delito de poca importancia se apliquen penas desproporcionadas alterando la personalidad del penado. Llega inclusive a imponerse pena con base en la peligrosidad. b) Se enfrente con la cuestión de que, con qué derecho deben dejarse educar los adultos por el Estado?, ello implicaría violación de la dignidad humana. Constituye por tanto una intromisión inadmisible sobre la conciencia. Constituye así un defecto junto a la duración indeterminada de las penas el tratamiento forzoso, situaciones que a menudo provocan el abandono de la resocialización volviendo a la prevención general y la retribución. c) Por último, la prevención especial no explica qué hacer con los autores no necesitados de

resocialización. d) No se ha desarrollado un concepto acerca de la socialización de reincidente, pues respecto a este ha fracaso la misma. La fijación de una meta preventivo especial carece de sentido cuando fracasa."[31]

La prevención especial existe con arreglo a dos finalidades: reeducar al reo, ó, en eliminarlo o neutralizarlo, según la personalidad del condenado. Así, se distinguen dos clases de prevención especial, la positiva o de la corrección y la negativa o de la incapacitación. Para Silva Sánchez, "de ambas, únicamente la resocialización permanece en pié, afirmando que la otra al menos en el plano teórico ha desaparecido."[32]

A la prevención especial positiva o de la corrección se le asigna la función de corregir al reo o resocializarlo. Socializar significa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos. La resocialización no debe entenderse como la imposición de valores asumidos por el Estado, sino como la creación de condiciones que permitan un autodesarrollo libre al condenado. En todo caso si éste no opta por tales condiciones deben estar a su alcance, constituyendo una obligación del sistema penitenciario proporcionárselo al haberlo asumido el Estado como una finalidad suya en la Constitución Política de la República, para permitir el desarrollo de su personalidad y no entorpecerla con medidas ejemplificantes. Se debe recordar que el condenado es portador de derechos fundamentales resultantes de la dignidad humana y que garantizan su protección, debe tener por tanto la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena.

Desde la perspectiva del autor del delito, la resocialización constituye un derecho fundamental para él, y desde la perspectiva de la sociedad, el modelo de Estado social reclama previsiones y acciones sociales estatales a favor de los individuos. La resocialización cumple con las exigencias del Estado Social porque asigna al Derecho Penal el cometido de proteger al individuo y a la sociedad, ayudando al autor para no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo.

[31] Roxin, Claus. Op. cit. pág. 88.
[32] Silva Sánchez, Jesús María. Op. Cit. pág. 198.

El defecto más grave señalado a la resocialización es no precisar la duración de la pena, sino que retiene al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto conduce a pena de duración indeterminada, y a que un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Esto limitaría la libertad del individuo en forma más radical de lo deseable y permitido por el Estado de Derecho.

La función de la prevención especial negativa o de la incapacitación consiste en eliminar o de algún modo neutralizar al reo, función que no subsiste dado el modelo de Estado adoptado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

A pesar de las objeciones no se ha renunciado a la resocialización, porque ello implicaría indudablemente un paso atrás, una deshumanización de la ejecución que dejaría sin posibilidades al recluso para que retorne a la sociedad. Empero no puede ser en un Estado social y democrático la asunción coactiva de un orden moral por parte del reo, lo cual choca con el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad valor básico de un Estado de Derecho. La Constitución Política de la República de Guatemala establece que la resocialización es un derecho fundamental de la persona humana, y no un mandato que faculta al Estado actividades de intromisión en su personalidad, por tanto, éste debe proveerle al condenado de todas las posibilidades encaminadas a potenciar sus conocimientos, habilidades para el desarrollo de su personalidad y reincorporación a la sociedad a una vida sin delitos, ya que se puede prescindir aún de la pena cuando únicamente depara consecuencias negativas para el individuo y la sociedad.

La prevención especial no puede, por si sola, justificar el recurso a la pena: “en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial -delincuentes primarios y ocasionales, o que actuaron bajo situaciones políticas-, en otros no será posible -no puede ser resocializado y, finalmente, en ocasiones no será lícita –en un

Estado democrático la resocialización, pues nunca debe ser obtenida contra la voluntad del penado-, y, sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto".[33]

La prevención general y la especial tienden al mismo objetivo último: la evitación de delitos. "La necesidad de la prevención general junto a la especial puede fundarse en la imagen del Estado social y democrático de Derecho. En el momento de la conminación legal se busca la prevención general que tiende a evitar ataques a bienes jurídicos en la medida de su gravedad y de su peligrosidad. La prevención general se confirma en la aplicación judicial y en la ejecución de la pena, sin embargo en la fase judicial interviene la prevención especial junto a la idea de proporcionalidad. Por último en la ejecución de la pena la prevención especial impera la prevención especial como resocialización."[34] Sin embargo "el derecho penal asume una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas".[35] Esta última recuerda que el derecho penal pretende remediar y prevenir manifestaciones de venganza y que en ocasiones, paradójicamente lo hace mediante la imposición de la pena. En esta prevención la figura del juez como tercero imparcial es determinante. La doble finalidad preventiva pretende directamente "impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano, o más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad."[36]

El esfuerzo de la doctrina por configurar los fines del Derecho penal continúa con la finalidad de proteger a la persona humana y de hacer posible una máxima eficacia de la prevención general y especial, haciéndola más justa, racional y controlable posible, con el mínimo sacrificio de la libertad individual, al servicio de los intereses legitimados por un Estado de derecho, social y democrático, y personalista.

1.9 Características de las Penas

Las penas se caracterizan por ser:

[33] Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1,992 . Pág. 44.
[34] Ibid. pág. 57.
[35] Ferajoli. Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1,995. Pág. 334.
[36] Ibid. Pág. 335.

Es un castigo. De una u otra manera resulta ser un castigo al sentir la privación de sus bienes jurídicos, los cuales no son más que su vida, su libertad y su patrimonio, filosóficamente se entiende por pena un bien para el que ha cometido un delito y para la sociedad.

Es de naturaleza pública. Esto porque solamente al Estado corresponde la imposición de la ejecución de la pena, por lo tanto nadie puede arrogarse este derecho.

Es de consecuencia jurídica. Debe estar previamente determinada en una ley penal para ser legal y solo un órgano jurisdiccional competente puede imponerla, a través de un debido proceso al responsable de uno o más ilícitos penales.

Es de carácter personal. Es decir que solamente debe recaer sobre el condenado, atendiendo a que nadie puede ser condenado por hechos delictivos de otros, tomando en cuenta que estos castigos penales en su mayoría causa desintegración de hogares y destrucción de familias es decir que aunque se encuadre como personal termina afectando al entorno social.

Debe ser determinada. Debe considerarse que toda pena debe estar determinada en la ley penal y el condenado no debe sufrir más de la pena que debe ser limitada.

Debe ser proporcionada. Se entiende que la pena constituye la reprobación de una conducta antijurídica, esta debe ser impuesta de acuerdo a la gravedad naturaleza del delito, atendiendo indiscutiblemente a los caracteres de la personalidad del delincuente, los cuales deben ser valorados subjetivamente y objetivamente por el juzgador en el momento de dictar la sentencia condenatoria.

Debe ser flexible. En el entendido que debe ser proporcionada y poder guardarse entre un mínimo y un máximo como lo establece el articulo 65 del código Penal.

Debe ser ética y moral. Esto significa que la pena debe ser impuesta con la intención de producir bien al delincuente, aunque la pena debe tener el sentido de retribución no significa que se aplique como una mera venganza del Estado en nombre de la sociedad, porque no es conservable que la antijuridicidad de un delito, el Estado responda con la inmoralidad de la pena; debe tener el sentido de la reeducación, reformación y rehabilitación del delincuente.

Otras características:

Intimidatoria. Debe causar temor o preocupación en la conciencia de la persona para que evite cometer un delito.

Aflictiva. Debe causar al delincuente cierta afectación o aflicción para evitar futuros delitos.

Ejemplar o preventiva. Debe ser un ejemplo para la sociedad en el plano tanto individual como general para evitar delitos.

CAPITULO II

Las penas se rigen por ciertos principios que rigen su aplicación, es decir, justifican el sentido de la misma, estableciendo siendo uno de los principales y más importantes, el principio de legalidad, el cual obliga al Estado a imponer penas acordes a la legislación guatemalteca, otro de los principios es el de retribución penal y es que no puede haber castigo si no se ha cometido una acción punible. Es importante mencionar que si bien es cierto la persona que ha cometido un delito merece una pena o castigo debe tomarse en cuenta que esta no puede vulnerar sus derechos o su dignidad de ser humano y que el objetivo de la misma debe ser la resocialización del individuo buscando de manera prioritaria la proporcionalidad de la misma para que se imponga una pena justa y equitativa como lo establecen los respectivos ordenamientos jurídicos.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

El ejercicio legítimo de la potestad punitiva del Estado está vinculado a principios, que conforman garantías jurídicas para la atribución de la pena. La ausencia de las mismas prohíbe o no permite castigar, de modo que cada una constituye una condición sine qua non para declarar la responsabilidad penal.

Del modelo de Estado definido en la Constitución Política de la República de Guatemala se derivan principios importantes en materia de sanciones penales, así: "Del Estado de Derecho se deriva el principio de Legalidad, que postula el sometimiento de la potestad punitiva al Derecho; como Estado Social, se legitima la función, la prevención en la medida necesaria para proteger a la sociedad; y de la idea del Estado Democrático, el Derecho penal es puesto al servicio del ciudadano, que asocian el respeto a la dignidad humana, la igualdad y la participación del ciudadano".[37]

[37] Mir Puig, Santiago. Op. Cit. Pág. 61.

De los diez axiomas del garantismo penal a que se refiere Luigi Ferrajoli, constituyen principios relativos a las sanciones penales los siguientes: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal. Indica que estos principios "fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII Y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho."[38]

2.1 Principio de Legalidad

El principio de legalidad es consecuencia inmediata de un modelo de Estado de Derecho y se refleja como una conquista de la Revolución Francesa contenida en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789. Este principio no solamente corresponde a una existencia de seguridad jurídica para el ciudadano, quien puede conocer de antemano cuales conductas se estiman delictivas y cuales son consecuencias de ella, sino que impide que sea sometido a penas no admitidos por el pueblo a través de los legisladores. Se deriva del mismo, las garantías criminal, penal y de ejecución, de las que el segundo requiere el señalamiento por al ley de la pena que corresponde a cada delito. Por otra parte exige que la ley sea previa, escrita y estricta, excluyendo así la retroactividad y analogía de sanciones penales.

El principio de legalidad de las penas, se halla regulado primeramente en el Código Penal guatemalteco, en el artículo 1. bajo el principio Nullum poena sine lege; y en el Código Procesal Penal en el artículo 1. La Constitución Política de la República de Guatemala se refiere al principio de legalidad en el articulo 17 así: "No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por

[38] Ferajoli,Luigi. Op. Cit. Pág. 93.

ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deudas.".La Honorable Corte de Constitucionalidad interpretando éste principio explica que "la trayectoria histórica de éste principio condujo a la proclamación de la máxima Nullum crimen, nulla poena sine lege, y que opera como opuesto al ius incertum, por lo que su significación en el orden jurídico penal principalmente consiste en dar certeza o seguridad jurídica."[39]

2.2 Principio de la Retribución Penal

El principio de la retribución penal se expresa en la máxima nulla poena sine crimine, y responde a la interrogante de ¿Cuándo castigar?. Conforme a este principio, la pena "es aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica".[40]
Con fundamento en el principio de retribución penal, la pena viene a ser una consecuencia del delito, esto es, una sanción post delictum, y como criterio de aplicación de la pena, niega su imposición preventiva o predelictual. Por cuanto el delito constituye una condición necesaria para la imposición de la pena, aunque este nexo consecuencial no resulte suficiente porque deben observarse las demás garantías penales y procesales pertinentes.

El Código Penal guatemalteco respecto a la aplicación de las penas establece en el artículo 62, que "toda pena señalada en la ley para un delito, se entenderá que debe imponerse al autor del delito consumado", siendo así, debe probarse primeramente la comisión del delito y declararse la responsabilidad penal como antecedente, a efecto de tener como consecuencia la imposición de la pena, acogiendo de esta manera el principio de retribución penal.

Este principio debe ser cuidadosamente analizado, ya que en relación a la sanción existe también el Principio de Humanidad de las Penas, mediante el cual deben protegerse los derechos inherentes al ser humano y el derecho humano a la resocialización que el Estado tiene el deber de favorecer. Aparte de ello los

[39] Corte de Constitucionalidad, Gaceta 1, expediente 12-86. Pág 9-10.
[40] Ferajoli, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995. Pag. 368.

mecanismos alternativos a la prisión constituyen la negación del carácter retributivo de la pena.

2.3 Principio de Necesidad o de Economía del Derecho Penal

En un Estado Social el Derecho Penal se legitima en cuanto protege a la sociedad; su justificación entra en crisis cuando resulta inútil, es decir incapaz de evitar delitos aunque no en términos absolutos. Esta existencia de utilidad se concreta en el principio de necesidad o de utilidad de la intervención penal. Mediante este principio, se sostiene que "la pena debe ser necesaria y la mínima de las posibles respecto al fin de la prevención de nuevos delitos".[41]

César Beccaria señala que "Todo acto de autoridad ejercido por un hombre sobre otro hombre es tiránico si ello no es absolutamente necesario". [42] En este sentido es necesaria aquella pena respecto a la cual el legislador no puede optar a otro medio efectivo para la protección del bien jurídico, de modo que el derecho penal efectivamente sea de última ratio.

Surge este principio como límite a las penas excesivas, y Bentham la denomina pena económica así: "Llamaremos pues una pena económica cuando produce el efecto deseado con el menor sufrimiento posible; y diremos que es demasiado costosa cuando causa un mal mayor que el correspondiente al bien, o cuando se podría obtener éste con una pena inferior, y por eso es un acto de prodigalidad."[43] Teniéndose presente que "cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve."[44] La valoración de esta necesidad es atribuida al juez al momento de la determinación judicial de la consecuencia jurídica del delito, aunque de antemano el legislador haya determinado su necesidad al establecerla para determinado hecho.

---

[41] Ibid.. Pág 394.
[42] Beccaria, César. Tratado de los delitos y de las penas. Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L., 1,993. Pág. 18.
[43] Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Pág. 449.
[44] Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006. Pág. 73.

2.4 Principio de Respeto a la Persona Humana:

Como tal, también estimado como Principio de Respeto a la Dignidad o de Humanidad. Tanto este principio como el de Igualdad se derivan del Estado Democrático.

Históricamente se ha demostrado que las penas han podido ser más horrendas para la humanidad que los delitos per sé cometidos, basta con recordar la diversidad de atrocidades cometidas por distintas sociedades, especialmente a las formas de ejecutar la pena de muerte incluso por infracciones leves. Actualmente, la pena de muerte que se ejecuta en varios países no deja de representar la ferocidad con que se ejerce el ius puniendi, aparte de las violencias extralegales que implica el procesamiento, especialmente en fases policiales de la investigación. Ahora bien, no solamente la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito resultan por sí solas vergonzosas, sino también el pensamiento jurídico filosófico: "por omisión, por no haber levantado seriamente su voz nunca, hasta el siglo de las luces, contra la inhumanidad de las penas; y por acción, por haber expresado casi siempre adhesión y apoyo a la pena de muerte."[45] Resulta conveniente reclamar la inviolabilidad incondicional de la vida humana para combatir la inhumanidad con que aún se ejecutan las penas, fundamentado en el beneficio de las mismas, sus efectos disuasorios, y el efecto deseducativo que se deriva de la desvalorización que el Estado hace de la vida humana. El respeto a la persona humana como fin y no como medio presenta un argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas. El valor de la persona por sí mismo impone una limitación fundamental a la calidad y cantidad de la pena. El Estado únicamente se legitima cuando respeta la persona humana, y no puede causarle al ciudadano los males que a éste le producen los delincuentes, por el contrario su actuar debe respetar la dignidad humana.

2.5 Principio de Proporcionalidad

Respecto a la pregunta de ¿qué y cuánta pena es legalmente admisible?, cualquiera que sea la gravedad del delito, el principio del talión constituye una primera

[45] Ferajoli,Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1,995. Pág., 387.

respuesta basada en una relación natural entre delito y pena desde la perspectiva retributiva; así la pena "es un mal de la misma naturaleza e intensidad"[46] del delito, es decir la contraprestación de éste. De su propia concepción Luigi Ferrajoli destaca dos efectos negativos: primero "sirve para acreditar con el principio del Talión, las penas corporales y capitales correspondientes a la naturaleza del delito…y en segundo lugar, tal visión de la pena obstaculiza el proceso de formalización y de tipificación: si las penas deben tener la misma calidad que los delitos, de ello se sigue que tendencialmente deben ser tantos tipos como lo sean los delitos".[47] Esta equiparación legitima la multiplicidad, variedad y atipicidad de las penas de la época premoderna, y se constituyen en aflicciones arbitrarias, desiguales y no graduables según la gravedad.

César Beccaria refiriéndose a la proporcionalidad expone que "La verdadera medida del crimen es el daño causado a la nación y no la intención del culpable. Si se toma en consideración a la intención se abre la puerta a la arbitrariedad del juez y se rompe la igualdad de los ciudadanos frente a la ley penal."[48]

El Estado moderno para proteger la vida, la libertad ambulatoria y el patrimonio, configura una pena abstracta e igual determinada en sus límites por el legislador y graduable judicialmente, abandonando a la vez el carácter aflictivo de la misma, constituyéndose en privaciones de derechos. Las consecuencias jurídicas del delito se llegan a caracterizar por su proporcionalidad a la gravedad de éstos; consecuentemente puede ajustarse la gravedad de los delitos a los límites de las penas establecidas por el legislador. El principio de proporcionalidad consiste esencialmente en buscar un acercamiento a la igualdad entre el bien jurídico tutelado que ha sido lesionado y aquél que resulte privado al imponerse la pena, tomando como base la jerarquía de bienes y el catálogo de intereses tutelados en la Constitución Política de la República valorándolos comparativamente. Dicha proporcionalidad se deriva del respeto a la dignidad humana que compele a buscar

[46] Ibid. Pág. 388**.**
[47] Ibid. Págs. 388 y 389
[48] Beccaria, César. Op. Cit.Pág. 18.

correlación entre el bien jurídico lesionado y el que va privarse o limitarse mediante la sanción, haciendo una valoración de ambas en búsqueda siempre de la eficacia penal, de modo que no sería legítimo tutelar un bien jurídico mediante la privación de otro de mayor jerarquía. En caso de sobrepasar los límites de la eficacia penal, se constituye una pena cruel, inhumana o degradante vulnerando el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prácticamente prohíbe el exceso.

En primera instancia, es el legislador quien predetermina las penas con base a dos orientaciones: "objetivista, que mide la gravedad del delito y por consiguiente la de la pena por la entidad del daño; otra subjetivista, que la mide por el grado de la culpabilidad."[49] Ambos puntos de vista deben considerarse en un sistema garantista.
El problema fundamental en todo caso es que, si bien puede cuantificarse la pena, no puede cuantificarse el delito. A juicio de Luigi Ferrajoli, el criterio pertinente es que "la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas".[50] Ofrece este criterio tres ventajas: Primero, permite la comparación entre dos males homogéneos respecto a la misma persona del reo; segundo, porque la persona del reo viene a constituirse en fin en sí misma y no la degrada a cosa; y tercero, porque permite una compensación entre males infligidos y males prevenidos. Este criterio constituye para el legislador un indicador de valoración al determinar la pena.

Escapan de la proporcionalidad como límite para aplicar la pena, la cadena perpetua y la pena pecuniaria, la primera por ser inhumana y no graduable, y la segunda porque la aflictividad depende de la riqueza del reo.

2.6 Principio de Resocialización

El Estado Social pretende promocionar a la persona para su desarrollo. Sin embargo una persona privada de libertad difícilmente puede promoverse su desarrollo. El Comité Preparatorio del Congreso de la Organización de las Naciones Unidas, sobre

[49] Ferajoli,Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid; Editorial Trotta S.A., 1995. Pág. 399.
[50] Ibid. Pág. 401.

prevención de la delincuencia reunido en Bellagio, septiembre de 1975, señaló que "la pena privativa de libertad no debe ser aplicada nunca bajo el fundamento de que ella debe servir para beneficio del condenado, sino que debe limitársela para los casos en que, a causa de la gravedad del hecho y en razón de la prevención general no pueda desistirse de la sanción más grave".[51]

El principio de resocialización no debe estimarse como único y principal fundamento de la pena privativa de libertad, porque el examen de la realidad parece demostrar el fracaso de la ideología del tratamiento, teniendo baja eficacia al evitar la reincidencia, y, porque debe mantenerse el respeto a los derechos humanos en la etapa de ejecución de la pena, de modo que resulta impenetrable la personalidad del condenado pretendiendo la modificación de su comportamiento mediante la resocialización, por tanto el principio de culpabilidad debe continuar siendo el parámetro de la dosimetría sancionatoria.

No obstante ello, en Guatemala se constituye en un derecho fundamental expresado en la Constitución Política de la República de Guatemala, asi: "Artículo 19.- Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas: a) Deben ser tratados como seres humanos; …".Es por ello que al momento de emitirse sentencia no puede dejar el justiciante de tener en cuenta aquel fin que constituye un derecho humano fundamental.

2,7 Principio de Culpabilidad

La culpabilidad en la forma expuesta en el Capítulo I, es un desvalor de autor, tras la comprobación de la antijuridicidad; la culpabilidad viene a constituirse en el elemento sujeto a análisis. Por otro lado, puede ser considerada la culpabilidad como elemento para determinar la dosimetría sancionatoria, ejerciendo una función limitadora, en el sentido de que quien juzga puede imponer las penas sujetándose a las

[51] Hans Heinrich, Jeschek. La Crisis de la Política Criminal en Doctrina Penal. enero-marzo 1980, Número 9. pág. 49.

circunstancias establecidas claramente en el articulo 65 del Còdigo Penal guatemalteco, así: “Artículo 65. El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta 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 o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.”. Es, en cierta forma, la medida de la culpabilidad la medida de la pena.

CAPITULO III

La legislación guatemalteca regula varios tipos de aborto, en este caso el aborto procurado es aquel cometido o consentido por la madre. Moralmente y religiosamente, el aborto es una práctica que va en contra de los precios normalmente establecidos en la sociedad, ya que atenta directamente contra un ser que si bien es cierto no ha nacido, desde el momento de su concepción es portador de derechos inherentes. Claro está que él va en contra de la vida del ser humano, la doctrina menciona la práctica del aborto a causa de los posibles trastornos sicológicos que pueda sufrir la madre que haya sido víctima de violación o que el estado en el que se encuentra influya de manera incontrolable en su estado mental y emocional.

EL DELITO DE ABORTO

3.1 Historia

El aborto como hecho en sí, ha sido practicado desde tiempos muy antiguos, los hechos más remotos que se conocen de casos de abortos se encuentran 3,000 años antes de Cristo, en los archivos reales de china. Un papiro egipcio conteniendo datos de medicina del año 1,550 antes de Cristo, menciona otros métodos de abortivos que semejan tanto un contraceptivo como un abortivo, aunque en el código de Hamurabí, el Rey de Babilonia de 1,728 antes de Cristo, y los judíos durante su éxodo de Egipto, establecieron penas contra el aborto, y estas fueron estrictamente limitadas a pagos compensatorios cuando ocurría un asalto a una esposa embarazada que a consecuencia de ello abortaba.

En este caso no había ningún tipo de intención de la mujer en estado de gestación de abortar o expulsar el producto de su estado, sino que el hecho era ocasionado de forma involuntaria.

En el código de Manú, la ley de la antigua India, cuando la mujer de casta muy elevada caía en falta con un hombre de casta muy baja se daba muerte al hijo, ya sea provocando el aborto de la madre o por el suicidio de ella, en este caso el aborto era obligatorio y tenía una finalidad eugenésica.

En Roma; hasta la época de Severo no se sanciono penalmente a una mujer que cometiera o provocara su aborto y entonces así ocurrió de hecho de modo extraordinario invocando para el hecho la ley de envenenamiento y la pena a imponer era la de confiscación y destierro.

Los antiguos Romanos no consideraban el aborto como un delito lo veían como una ofensa contra la mujer, cuando era provocado por un tercero cuando la mujer no lo sabía o se oponía al mismo, por otro lado, el aborto provocado por la propia mujer lo consideraban como un acto libre de ella y de esa manera no había castigo alguno, solo era penado el aborto provocado intencionalmente por la mujer casada.

En el derecho canónico, diferenciaba la muerte del feto con el alma o si ella, de seis a diez semanas después de la concepción, según el sexto tenia alma. Cuando el aborto provocaba la muerte del feto con alma, se castigaba con la pena de muerte. En los demás casos las penas eran mínimas, pecuniarias o destierro.

El aborto comenzó a verse como un verdadero delito hasta los tiempos del advenimiento del cristianismo merced a las concepciones de Derecho Canónico.

Refiriéndose al Derecho Español antiguo, en lo que es el procedente más antiguo, tenemos el llamado Fuero Juzgo, se castigaba con la muerte o la ceguera a los que mataban a sus hijos antes o después del nacimiento, así como a los que proporcionaban hierbas abortivas.

En el siglo XVIII César Beccaria con el movimiento humanizador del Derecho Penal introdujo su protesta contra las penas en el infanticidio y el aborto.

De esta manera se hace una breve reseña histórica, indicando que el aborto provocado y su consecuencia ordinaria, la muerte del feto, ha sufrido una serie de modificaciones jurídicas en el tiempo. En los primeros tiempos gozo de inimputabilidad absoluta y posteriormente se le doto de penalidad exagerada y seguidamente con la intervención de Beccaria se logró una atenuación de la sanción. Las posturas doctrinales y soluciones legislativas son variadas, pudiendo en estas últimas, a efectos sistemáticos hacer tres grupos "1. Posición minoritaria de países, en los que podemos citar algunos de América, que no admiten el aborto que es sancionado en todo caso; 2. Posición muy extendida, de países mayoritariamente americanos, en que se sigue el llamado sistema de las indicaciones, despenalizando el aborto consensual con determinados requisitos formales, por razones terapéuticas (grave peligro para la vida o salud de la embarazada), éticas, (embarazo consecuencia de violación), eugenésicas, (probables trastornos físicos o psíquicos del feto), e incluso socioeconómico (número de hijos o penuria de la madre)3. Por último el llamado sistema de los plazos, supone la autorización del aborto consensual, con más o menos requisitos formales, dentro de las primeras semanas del embarazo, siguiéndose en numerosos países, en su mayoría europeos. Así en Francia, por la ley de 1,975 se autorizó el aborto dentro de las diez primeras semanas, si bien para evitar el turismo abortivo, se prohibió a las extranjeras no residentes, limitación inexistente en Inglaterra, considerada como paraíso de dicho turismo, donde la Abortion Ac de 1,976, autorizo la interrupción del embarazo dentro de las primeras veintiocho primeras semanas del embarazo, con indicaciones entre las que figuran que se vea amenazado el bienestar de los hijos ya nacidos.[52]

3.2 Definiciones.

3.2.1 Doctrinaria

El aborto es la acción de parir antes que el feto pueda vivir. Ese hecho tiene dos significados cada uno muy diferente al otro, por un lado el aborto cuando no media intención alguna de que se lleve a cabo el hecho no tiene interés jurídico alguno ya

[52] Escobar Cárdenas, Fredy Enrique, Compilaciones de Derecho Penal Parte Especial, Magna Terra Editores, Página 48.

que ocurre la expulsión temprana del feto pero de manera natural es decir, de manera espontánea y en este caso lo que sucede es que los derechos que le hubieran podido corresponder al ser que pudo haber nacido desaparecen.

En otro caso, refiriéndose a el aborto que ha sido provocado o se ha llevado a cabo de manera intencional mediante ingestión de drogas o ejecución de manipulaciones productoras de este resultado o que lleva la intención de producirlo, tomando en cuenta el último supuesto se puede constituir o no un delito dependiendo cueles son las razones que motivan el hecho, tomando en cuenta lo anterior, se considerara un hecho delictivo cuando la práctica del aborto no este motivada por ninguna razón suficientemente justificable.

3.2.2 Legal

Inicialmente, el concepto legal de aborto, como delito contra la vida, atiende, en su materialidad, "a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto".[53]

La legislación divide el aborto en dos variantes.
En primer lugar se definen o reglamenta atendiendo por tal, la maniobra abortiva (aborto propio), sin atender a que tenga o no por resultado la muerte del feto.

En segundo lugar existen otras legislaciones como la mexicana y la guatemalteca, definen el delito por su consecuencia final, o sea, la muerte del feto (aborto propio o feticidio).

El aborto en la legislación de Guatemala, está regulado en el artículo 133 del código Penal "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez"

[53] Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, Página 63.

Algunos autores indican que se utilizó el léxico erróneo para definir esta acción, ya que en su contenido jurídico es aplicable de forma puntual el delito de feticidio.

El hecho material es la acción de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, en este caso los bienes jurídicos protegidos son; la vida del ser en formación, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico en la colectividad, la acción antijurídica reconoce posibles sujetos pasivos, aparte del embrión o feto, la madre en el caso de no haber prestado su consentimiento el padre y la sociedad.

3.2.3 Medica

Médicamente, desde el punto de vista puramente ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente.

"El aborto es la expulsión del producto de la concepción cuando no es viable, o sea, hasta el final del sexto mes del embarazo y llaman la expulsión en los últimos tres meses, parto prematuro".[54]

3.2.4 Médico legal

La medicina legal limita la noción del aborto a esos casos que por su naturaleza pueden ser constitutivos de delito, o sea, solamente los abortos provocados independientemente de la edad cronológica del feto o su aptitud por la vida extrauterina.

También se refiere a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno con lo cual el aborto no es otra cosa que la muerte del producto de la concepción humana, privándole de vida intrauterinamente, o bien cuando se llega al mismo fin por medios que provocan la expulsión prematura, consiguiendo que muera en el exterior.

[54] De Mata Vela, José francisco, Héctor Aníbal de León Velasco. Ibid. Pág. 356

3.3 Clases de aborto:

3.3.1 Aborto Procurado:

Esta clase de aborto está regulada en el artículo 134 del Código Penal Guatemalteco, y cita así; “la mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será sancionada con prisión de uno a tres años. Si lo hiciere impulsada por motivos, que, ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración síquica, la sanción será de seis meses a dos años de prisión”.

En este caso la mujer obra como autora del aborto realizando sobre el fruto de su embarazo las maniobras abortivas, aunque no es indispensable que la mujer opere sola, cuando la ejecución de los actos típicos principales has estado a cargo de un tercero, pero no se descarta la posibilidad de que la mujer cuente con algún cómplice que obren de manera necesaria o secundaria. El otorgamiento del consentimiento de la mujer para que se realicen maniobras abortivas sobre el feto de la que está embarazada, no es punible en si mismo, esta recae en el tercero cuando ha consumado o tentado el delito, el simple consentimiento sin que se realice el delito no es punible.

La referencia legal de este tipo de actividad como se puntualizó anteriormente está regulada en el artículo 134 del Código Penal Guatemalteco; que se refiere, en el primer párrafo a la mujer que provoca o consiente su aborto, dejando establecido el hecho como tal y así mismo la participación de la madre con o sin participación de otra persona.

Este delito conlleva en forma independiente cualquiera de los siguientes supuestos:
Que la mujer cause su propio aborto, que la mujer permita que otra persona le cause el aborto, que ella lo haga impulsada por una indudable alteración psíquica, derivada de su estado.

Elementos:
Verbo rector: causar, consentir, hacer.
Sujeto Activo: la madre o cualquier persona.
Sujeto Pasivo: la madre y el feto.
Bien Jurídico Tutelado: la vida intrauterina (dependiente).
Elemento Interno: dolo o culpa de provocar la muerte del feto.
Elemento Material: aborto causado por la mujer, o bien que consienta que otra persona lo cause.
Conducta: de acción. El agente efectúa el delito a través de movimientos corporales o materiales.

3.3.2 Aborto con o sin consentimiento:

El Código Penal en el artículo 135 establece; “quien de propósito causare un aborto, será sancionado, con prisión de uno a tres años, si la mujer lo consintiere o con prisión de tres a seis años, si obrare sin consentimiento. Si hubiere empleado violencia, amenaza o engaño, la pena será de cuatro a ocho años de prisión.

Se supone un atentado doble, contra la vida del “nasciturus” y contra la voluntad de la madre, esto se refiere a la falta de consentimiento de la mujer al practicar el aborto ya sea por engaño o por estar de alguna forma privada de sus facultades mentales o corporales, cuando media violencia o intimidación solamente se castiga a quien practica el aborto bajo estas condiciones.

Esta acción consiste bajo cualquiera de estos presupuestos en forma independiente,
Que el aborto se cause con el consentimiento de la mujer, que el aborto se cause sin el consentimiento de la mujer o/y se puede dar el caso que se emplee intimidación, amenaza o violencia para llevar a cabo el aborto de la mujer.

Elementos:
Verbo rector: causar, consentir, amenazar o engañar.
Sujeto Activo: cualquier persona.

Sujeto Pasivo: la madre y el feto.
Bien Jurídico Tutelado: la vida intrauterina (dependiente).
Elemento Interno: intención de causar un aborto (delito doloso).
Elemento Material: causar el aborto con o sin el consentimiento de la mujer, o bien empleando violencia, amenaza o engaño.
Conducta: de acción, el agente efectúa el delito a través de movimientos

3.3.3 Aborto Calificado:

Regulado en el Código penal guatemalteco en el artículo número 136, el cual dice de la siguiente manera; “si a consecuencia del aborto consentido o de las maniobras abortivas consentidas, resultare la muerte de la mujer, el responsable será sancionado con prisión de tres a ocho años. Si se tratarte de aborto o maniobras abortivas efectuados sin consentimiento de la mujer y sobre viniere la muerte de está, el responsable será sancionado con prisión de cuatro a doce años”

En este caso en particular, únicamente la muerte de la mujer agrava el aborto , las lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, producidas en el cuerpo de la misma por la maniobras abortivas, quedan absorbidas por el delito de aborto consumado o tentado, con excepción de haber sido inferidas, de forma material o ideológicamente, de forma autónoma, por ejemplo, golpeara la mujer con la intención de obligarla a que seda su voluntad y así llevara cavo el hecho, de lo contrario, la muerte de la mujer opera como resultado agravatorio del aborto cuando objetivamente es provocado por la maniobra abortiva y no de un curso de diferente naturaleza, de esa manera el ese resultado no debe ser tomado en cuenta en el dolo del autor ya que el objeto en este caso seria, la intención de causar un aborto y no la muerte de la mujer.

Los casos serian de manera independiente los siguientes:
Que la mujer de su consentimiento para que sea realizado el aborto o maniobras abortivas, y como consecuencia de ello, la mujer fallezca, que la mujer no haya dado su consentimiento para la realización del aborto o maniobras abortivas y fallezca.

Elementos:
Verbo rector: causar.
Sujeto Activo: cualquier que realice el aborto.
Sujeto Pasivo: el feto y la madre.
Bien Jurídico Tutelado: la vida, tanto de la madre como del producto de la concepción.
Elemento Interno: intención de causar maniobras abortivas, (delito doloso).
Elemento Material: producir la muerte de la mujer, como consecuencia del aborto causado con o sin consentimiento o de las maniobras abortivas.
Conducta: de acción, el agente efectúa el delito a través de movimientos corporales o materiales.

3.3.4 Aborto terapéutico:

Regulado en el Código Penal guatemalteco, en el artículo 137, el cual cita de la siguiente manera; “no es punible el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer previo diagnostico favorable de por lo menos otro médico, si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evita un peligro, debidamente establecido para la vida de la madre, después de agotados todos los medios científicos y técnicos”.

Se debe medir la necesidad del aborto según las circunstancias del caso concreto, todo relativo a que una determinada enfermedad no enfrente la necesidad de la práctica del aborto en una mujer joven, pero si en una mujer mayor de 40 años, sin dejar por un lado el criterio de la mujer embarazada ya que este es el único que en este caso decide realizar el aborto o no y este sobrepasaría la opinión médica, estando ya informada la mujer de la gravidez del caso ella es quien decide ya que si el medico interviene de manera insistente podría constituir un delito de coacción.

Debe quedar claro que el aborto no solo debe ser sugerido por un médico certificado que cuente con todas la facultades necesarias del caso y también practicado por el

mismo y no por otra persona, y con la salvedad que se lleve a cabo por un grave peligro en la vida o la salud de la mujer.

Elementos:
Verbo rector: Practicar.
Sujeto Activo: Médico.
Sujeto Pasivo: el feto y la madre.
Bien Jurídico Tutelado: la vida de la madre y del feto.
Elemento Interno: Inexistencia de voluntad o intención.
Elemento Material: Practicar el aborto para salvarle la vida a la madre, el hecho no es punible.

Conducta: de acción, el agente efectúa el delito a través de movimientos corporales o materiales. Con la aclaración de que el hecho no constituye delito.

3.3.5Aborto preterintencional:

La legislación Guatemalteca lo define así: “quien por actos de violencia ocasionare el aborto, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la ofendida, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si los actos de violencia consistieren en lesiones a las que corresponda mayor sanción, se aplicara esta aumentada en una tercera parte”.

En este supuesto, el tipo exige expresamente que el autor haya ejercido violencia, es decir empleando una energía física sobre la mujer la cual se aplica intencionalmente para dañar a la persona estos malos tratos constituyen golpes o maltratos psíquicos dejando por un lado los delitos de lesiones u homicidio ya que en este caso lo que en verdad importa es la intención, la acción consiste que mediante actos de violencia se cause el aborto de la mujer sin haber tenido la intención de ocasionarlo, siendo del conocimiento del sujeto que lo causa, que la mujer se encuentra en estado de gestación.

Elementos:
Verbo rector: Ocasionar, lesionar.
Sujeto Activo: Cualquier persona a quien le conste el embarazo.
Sujeto Pasivo: el feto y la madre.
Bien Jurídico Tutelado: la vida intrauterina (dependiente).
Elemento Interno: Intención o culpa.

Elemento Material: Por actos de violencia ocasionar el aborto sin haber tenido la intención, pero contándole el estado de gestación de la ofenda.

Conducta: de acción, el agente efectúa el delito a través de movimientos corporales o materiales.

3.3.6 Tentativa y aborto culposo:

La legislación guatemalteca lo regula de la siguiente manera: “la tentativa de la mujer para causar su propio aborto y el aborto culposo propio son impunes. El aborto culposo verificado por otra persona, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que tal persona tenga conocimiento previo del embarazo”.

Existe tentativa cuando se empieza a poner en práctica un tratamiento abortivo, si la tentativa, en el caso de aborto realizado sobre una mujer por otra persona.

Por su parte el aborto culposo, es una causa especial de impunidad derogativa de las reglas generales aplicables para los delitos por imprudencia, se funda en la consideración de que cuando la mujer por sus simples negligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su propio aborto, resultaría inequitativo castigarla, por ser la primera víctima de su imprudencia al cancelarse sus esperanzas de maternidad, desde ese punto de vista el castigo iría en la culpa ante la negligencia, entonces el castigo estaría de más.

Elementos:
Verbo rector: causar, verificar.
Sujeto Activo: Mujer embarazada u otra persona.
Sujeto Pasivo: el feto.
Bien Jurídico Tutelado: La vida intrauterina.
Elemento Interno: Intención y /o culpa.
Elemento Material: Causar el aborto de manera culposa, o la tentativa del mismo, (para la mujer son impunes).
Conducta: de acción, el agente efectúa el delito a través de movimientos corporales o materiales.
Elementos.

En términos generales los elementos del aborto se clasifican en:
Elemento material: Consiste en la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, este elemento requiere como presupuestos; que exista previamente una mujer embarazada, pues en el caso de que se lleven a cabo maniobras sobre una mujer que no esté embarazada sería imposible que se constituya tal delito y por otra parte que se realicen maniobras abortivas (como la dilatación del cuello de la matriz, sondeos, punción de membranas) o bien por la ingestión de substancias abortivas.

Elemento subjetivo del tipo: la intencionalidad directa o de forma culposa.

El aborto, en cualquiera de sus modalidades afecta directamente la vida del ser que se desarrolla en las entrañas de la madre el cual merece la protección de su vida independientemente de la vida misma de esta.

El bien jurídico tutelado en este delito es la vida, ya que se protege la vida del ser que está en el vientre de la madre independientemente de la voluntad de la misma en una forma autónoma más bien vinculada de a la “vida humana”

La doctrina no enmarca solamente la vida humana, sino también, la esperanza de vida y el interés demográfico del Estado.

El sujeto activo tal como está redactada la norma, no hay duda que sujeto activo puede ser cualquier persona. Sin embargo, el sujeto activo sirve para diferenciar las distintas clases de aborto, y las respectivas penas que le corresponden a cada uno de esos tipos penales.

3.3.6.1 Otros tipos de aborto, según la doctrina

3.3.6.2 El caso de la mujer idiota o demente:

En este punto no hay duda en la doctrina de que el aborto es posible. Se exige, como condición fundamental, una violación o atentado al pudor, que haya dado lugar al embarazo de mujer idiota o demente, este, debe ser un estado de la mujer en el momento de la violación o del atentado al pudor.

3.3.6.3 El caso de la mujer sana que es violada, o el aborto sentimental.

Para Núñez el llamado aborto sentimental no entra en este artículo, ya que se ciñe aparentemente al texto legal, aunque sin dar ningún otro fundamento.

En cambio, Soler ha fundamentado la posición contraria, afirmando que es sorprendente que la ley hable primero de violación y después de atentado al pudor de la mujer idiota. Con lo cual se pregunta, y con razón, qué es el atentado al pudor del que habla el artículo en cuestión. Y sigue con el razonamiento diciendo que es al acceso carnal a lo que se llama violación. La cuestión, a los efectos de decidir si el aborto sentimental está o no legislado en la ley, es lograr descifrar qué es este atentado al pudor que no figura en otra parte del Código Penal. Soler interpreta que la ley no ha querido decir, cuando afirma "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor", más o menos lo siguiente: "De una violación o de un hecho que excluye la cópula", sino "de una violación o de acceso carnal".

De lo contrario, se llegaría al absurdo de que la segunda parte del artículo estaría de más, porque no diría nada. Sería algo así como que afirmara, "mediante violación o violación".

La base de la confusión, según Soler, surge del antecedente de la ley. La comisión del Senado, había tomado el artículo de la versión francesa del proyecto suizo, que tradujo la palabra alemana Schandung por attentat a la pudeur d'une femme idiote, alienée, inconsciente ouincapable de résistence. Y éste es el sentido de la palabra Schandungm en alemán. En cambio, para la violación por la fuerza el alemán usa el término Notzucht. Pues bien, el equívoco, según Soler, surge por dos causas: "El hecho de que la palabra violación sea genérica; el hecho de que se haya aceptado en el texto de la ley una traducción que es correcta, pero que al incorporarse a nuestro Código resulta equívoca con respecto a la expresión abuso deshonesto".

Con esta interpretación, no cabe duda de que se llega a la conclusión de que la ley ha previsto la posibilidad del aborto en todo caso de violación.

Si bien éste es un argumento de peso, frente a la casi nula argumentación de Núñez, no hay duda de que, aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El Derecho no puede exigir héroes.

De esta forma juega como causa que excluye la atribuibilidad, tal como lo hemos sostenido en nuestro libro, basado en criterios de prevención general. Adviértase que quien aborta, en esas condiciones, no tiene una posición contraria al Derecho. Es más, en situaciones normales es seguro que esta mujer no abortaría.

3.4 En el derecho comparado.

El aborto, como se indicó puntualmente en los párrafos que anteceden, ha sido un hecho típico y antijurídico, regulado no solo en la legislación guatemalteca, sino también en otras normativas extranjeras, las cuales reprimen el aborto en un sentido

similar, tal es el caso de la legislación de Uruguay, legislación de España y la legislación de México.

El derecho comparado suele ser calificado como una disciplina o método de estudio de Derecho que se basa en la comparación de distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados, por este motivo suele discutirse si resulta propiamente una rama del derecho o como una metodología de análisis jurídico.

Las tendencias de las legislaciones en cuanto al aborto son las siguientes.

3.4.1 La legislación de Uruguay

El código penal de Uruguay, en el artículo número 325, regula y tipifica el aborto de la siguiente manera; “aborto con consentimiento de la mujer, la mujer que causare su aborto o lo consintiera será castigada con prisión, de tres a nueve meses.

3.4.2 Las legislaciones de España

El código Penal de España regula y tipifica el Aborto, en el artículo 147, de la siguiente manera; “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa tratamiento médico o quirúrgico.

La simple vigilancia o seguimiento facultativo de la lesión no se considera tratamiento médico. Con la misma pena será castigado el que, en un plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este código. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad atendido al medio empleado o el resultado producido.”

Las que reprimen solamente algunos supuestos sobre el aborto donde se sanciona solamente cuando se practica sin el consentimiento de la mujer.

3.4.3 La legislación de México

El código penal de México regula y tipifica el aborto, en el artículo 329, de la siguiente manera; “se impondrá seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otra la haga abortar.”

Legislaciones que Autorizan el Aborto.

Legislación que autoriza el aborto: “Francia según la ley de 1,975 que lo permite durante las primeras diez semanas de embarazo, en Japón por ley de 1,952 se eliminó la necesidad de solicitar al comité de Protección Eugenética autorización para efectuarlo , quedando como requisito el juicio del médico y el consentimiento de la mujer, en India desde 1,972 está en vigor una ley sobre la interrupción del embarazo, Rusia fue el primer país que practico el aborto, pero han revocado esta ley, en la época zarista la ley prohibía terminantemente el aborto pero en la época de Lenin (1,920) se legalizo el aborto si era efectuado por médicos. Durante la época de Stalin, dichas predicciones fueron abolidas, restaurándose después de dicha época la legislación sobre la legalidad del aborto.

En estados unidos en 1,973, la Corte Suprema se pronunció por que el derecho a la vida privada de la persona es suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer sobre si desea o no dar termino a su embarazo, dicha decisión anuló por completo las leyes estatales que prohibían el aborto en la mayoría de la unión. En Inglaterra se legalizo el aborto con el Abortion Act. De 1,967, indicándose que “para poner fin al embarazo también se pueden tener en cuenta las circunstancias de vida de la madre”. [55]

[55] De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco, Derecho Penal guatemalteco Tomo II, parte especial, Guatemala, Magna Terra Editores, 2013 Página 361.

CAPITULO IV

FUNDAMENTOS TEÓRICO-DOCTRINARIOS QUE JUSTIFICAN EL AUMENTO DE LA PENA PARA EL DELITO DE ABORTO PROCURADO CON BASE EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

4.1 Valoración de la vida desde su concepción en la Constitución Política de la República de Guatemala

El jurista Juan Carlos Carbonell Mateu al desarrollar su definición de derecho penal, le asigna al mismo la función de protección de valores e intereses con relevancia constitucional, y respecto a tal función explica que "En todo caso, la intervención del poder punitivo se realiza para evitar comportamientos que venga a negar tales valores. … y que sólo puede restringirse la libertad de actuar en función de esa tutela: no puede prohibirse –y aún menos imponerse- ninguna conducta que no sea trascedente para las libertades de los demás …"[56].

Consecuentemente, el derecho penal protege la existencia, atribución o distribución de valores de rango constitucional y el proceso de incriminación primaria o selección de conductas penales, así como las consecuencias jurídicas de ella, sólo tendrá sentido si es en esa función tutelar.

En otro orden de ideas, la existencia de un delito y de la respectiva pena, solo es legítima si resulta necesaria en cuanto a proteger un valor proclamado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

La vida se tutela jurídicamente desde la concepción. La legislación guatemalteca tutela como garantía fundamental y sobre todo constitucional, la vida de la persona desde el momento de su concepción, regulado en el artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual cita; "Derecho a la Vida, el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la

[56] Carbonell Mateu, Juan Carlos. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999. Pág. 33.

seguridad de la persona" es decir, que el Estado proporciona una serie de garantías que van dirigidas específicamente a la protección de la vida humana y a que la misma goce de una calidad de vida en el trascurso del tiempo.

La vida es una condición del ser humano y por ende es el punto de partida de todos los derechos y garantías que el Estado proporciona a la persona como la misma ley suprema lo dice; "desde el momento de su concepción".

El derecho a la vida no solo lleva implícito el derecho a la existencia del ser humano en general, sino va más allá de ser un simple derecho, pues el mismo garantiza a la vez el derecho de gozar de una vida digna, como la normativa lo establece, la cual puede darse en forma individual o colectiva, este derecho también conlleva el de desenvolverse en todas las facetas de su vida, tanto social, económica, psicológica y culturalmente, siendo estos una garantía Constitucional, por lo tanto el Estado debe velar por el fin supremo que lo constituye el bienestar de la persona humana.

El derecho a la vida, es más que una garantía, es un derecho inherente del cual goza todo ser humano sin distinción o condición alguna, por lo tanto el nasciturus goza de protección jurídica, así se garantiza el derecho a la vida desde la concepción y es autónomo del ser humano.

Así pues, hay muchos ordenamientos tanto normativos como religiosos que protegen la vida y ven en esta, una supremacía que debe ser respetada bajo cualquier condición. Por su parte el Papa Juan Pablo II preceptúa lo siguiente acerca del derecho a la vida: "la vida humana es sagrada porque desde su inicio comporta la acción creadora de Dios y permanece siempre en una especial relación con el creador, su único fin. Solo Dios es señor de la vida desde su comienzo hasta su término, nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente"[57]

[57] Papa Juan Pablo II. Librería Editrice Vaticana, Evangelium Vitae. Vaticano, 1995,http: //www.vaticano.va/edocs/ESL0080/_INDEX. TM, 19 de noviembre de 2009, visto, 25 de junio, de 2013, 20:15 horas.

La honorable Corte de Constitucionalidad declara que es obligación del Estado garantizarla y protegerla en los siguientes términos: "… el derecho a la vida está contemplado en el texto supremo (artículo 3) como una obligación fundamental del Estado, pues el propio preámbulo de la Constitución afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, y de allí que en la ley matriz también se regula que el Estado de Guatemala debe organizarse para proteger a la persona humana (artículo 1) y que por ello, debe garantizar a los habitantes de la republica (entre otros aspectos) la vida y su desarrollo integral (artículo 2) por lo que este derecho constituye un fin supremo y como tal merece su protección. (Constitución)

El aborto se ha estudiado desde varios puntos de vista, como una falta contra la moral, como una falta religiosa o como un delito castigado penalmente por la ley en este caso se ha discutido el tema de la maternidad libre, por ende se ha dejado por un lado el derecho que las normativas le conceden al nasciturus.

En Guatemala el Aborto procurado se tipifica en el artículo número 134 del código penal guatemalteco, de la siguiente manera "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez" en este caso el Código Penal tutela la vida humana. Como se ha señalado anteriormente es preciso enfocarse en este punto, pues es la forma más frecuente de vulnerar este derecho que, como se ha estudiado es de suma importancia para el ser humano pues de él parten las demás garantías normativas en especial de rango constitucional.

4.2 Desde la ponderación Constitucional

4.2.1. Definición y Estructura de la Ponderación

En el mundo moderno, los ordenamientos jurídicos no están compuestos solo por reglas o normas jurídicas sino también por principios, por lo que ya no solo se subsume.

Todo esto viene a cambiar en Inglaterra y posteriormente en Alemania, al anexarse los principios en el lenguaje jurídico; por lo que aparte de estos principios existe su aplicación lo cual no va a usarse solamente la subsunción sino también la ponderación. Los principios son normas, pero diferentes, ya que poseen mandatos de optimización, lo que demanda que algo sea realizado de la mayor medida posible; como objeto de ejemplo serían los derechos fundamentales, por lo que algunas personas piensan que son reglas por su forma.

La ponderación, tiene un peso, sobrepasar algún principio por otro. La ponderación se aplica en los casos y sirve en las colisiones ya que estos determinan el peso de los principios que están en colisión. **Por ejemplo:** derecho a la información y protección a la intimidad, un hecho de noticia de interés público no se podría privar por el de intimidad. El problema de la ponderación es cuando estos colisionan.

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales. Al respecto debemos precisar, que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción; pues como indiqué se suman se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.

Los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

Por la ley de la ponderación, asumimos que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. A su vez, con la fórmula del peso, los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso. Ejemplo: en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión. Finalmente, las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso.

4.2.2 Límites de la Ponderación

En relación a los límites de la ponderación, debemos señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una postura por parte del intérprete.

En el desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional Español, el caso Magaly Medina, resulta interesante: en un proceso penal de habeas corpus se desarrolla, con ciertas variantes, el esquema que proponen Bernal Pulido y Robert Alexy, en cuanto suponen un juicio de adecuación o idoneidad, de necesidad(a fin de determinar si no existieron medidas menos gravosas que la conducta o norma objeto de acción constitucional), y finalmente un examen denominado de proporcionalidad.

El Tribunal aplica ponderación al confrontarse dos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad frente al derecho a la información, prevaleciendo el primero.

Veamos:

El juicio de adecuación: A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser

conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo.

El juicio de necesidad: El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

Asumiendo este argumento, se ha señalado que la vida privada (…) es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal.

El juicio de proporcionalidad: A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

A grandes rasgos, la ponderación aún espera mayor desarrollo jurisprudencial. La crítica a esta técnica, de igual forma, denota fuerza en la medida que desvirtúa que haya derechos prevalentes, cuando el principio de unidad de la Constitución supone un plano de igualdad para todos los derechos fundamentales. No obstante ello, la ponderación constituye un referente de importancia para nuestro ordenamiento y al mismo tiempo, una guía metodológica para el esclarecimiento de las controversias difíciles.

4.2.3 Estructura de la Ponderación

La estructura de la ponderación, debe basarse en tres elementos para poder estructurarse:

La ley de la ponderación

La fórmula del peso y

Las cargas de argumentación

4.2.4 La ley de la Ponderación

Se refiere en cuanto mayor sea la medida de afectación de un principio, mayor debe ser la medida de la satisfacción del otro, por lo que podemos resumir de esta manera esta premisa, diciendo de acuerdo a la ley de ponderación que:

Hay una afectación de un principio

La satisfacción de un principio

Si esa satisfacción en verdad valdría la pena

Por lo que el grado de afectación puede ser en tres formas:

Intenso

Medio

Leve

Se habla también de peso abstracto, a lo que se refiere, que a pesar de los principios que tengan la misma jerarquía normativa, uno va a tener mayor jerarquía en lo abstracto que otro, de acuerdo con los valores de la sociedad.

Por ejemplo: el de la vida, sobrepesa sobre el derecho de la libertad, porque para poder tener libertad, se necesita de la vida.

En similar situación está el caso bajo análisis, por cuanto, primeramente el delito de aborto implica un peligro para la vida de la madre procreadora, y una lesión efectiva a la vida del feto, es de mayor afectación, que la prisión que podría derivarse para el agresor por cuanto su libertad estaría siendo privado temporalmente. Entre ambos bienes jurídicos de rango constitucional debe haber entonces una proporcionalidad.

4.2.5 La fórmula del peso

Este segundo elemento se tiene en cuenta de forma abstracta de la manera que se le puede introducir un valor numérico. Se puede ver de qué manera se está afectando el principio que puede ser de mayor o menor medida según el caso, por lo

que la ley de la ponderación no lo contiene; introduciéndose la fórmula del peso, para hablar de peso de tres formas, como dijimos antes, intenso, medio y leve, y así poder realizar inextricablemente la ponderación.

Entonces, la ponderación constituye un principio importante ante la confrontación de dos bienes jurídicos, la vida lesionada o puesta en peligro, y la libertad ambulatoria; siendo de mayor valía la primera, por lo cual resulta desproporcionada la pena en el presente caso, aparte de ello dados los sustitutos penales no resultan como pena efectiva, sino impuesta y no cumplida, traduciéndose en mayor desvalorización e la vida; en consecuencia debe aumentarse para proporcionarla a la culpabilidad y daño causados.

4.3 Desde el punto de vista de los principios de la pena:

4.3.1 Principio de Proporcionalidad

Partiendo del concepto del principio de proporcionalidad, principio conocido también como proporcionalidad de injerencia, prohibición de exceso, principio de razonabilidad, entre otras calificaciones viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficios entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, compatibles con las normativas correspondientes.

En consecuencia, si mediante el delito de aborto se atenta contra la vida en formación, la reacción si bien no puede ser contra la vida del culpable ante un derecho penal humanitario, es también cierto que privarle la libertad ambulatoria sería privarle de un bien jurídico de menor valía que la vida misma, por lo que aumentando la dosis de pena de prisión, solo daría lugar a una reacción penal similar al resultado dañoso causado.

4.3.2 Principio de necesidad

En cuanto al principio de necesidad, la pena debe ser necesaria y la mínima para alcanzar la protección de los valores constitucionales que se pretende. Si en el presente caso, el Estado busca el control del respeto a la vida, y por ello la reacción penal debe corresponder al bien jurídico tutelado. Y al lesionarse la vida humana en formación, se hace necesario el aumento de la pena como reacción penal o consecuencia jurídica al delito mismo.

4.3.3 Principio de respeto a la persona humana o de dignidad:

El principio de respeto a la persona o de la dignidad humana, como valor constitucional (Artículo 4), es per se una limitación a la calidad y cantidad de la pena. En relación a la pena para el delito sub judice, es evidente que la dignidad humana no deja de ser respetada por el aumento de la pena, pues la lesión a un bien jurídico de mayor ponderación lo hace admisible.

4.3.4 Principio de culpabilidad

En cuanto al principio de culpabilidad, que en la pena permite graduar la dosis sancionatoria, todo ello de acuerdo a las circunstancias establecidas en el Código Penal en el artículo 65.

En suma, la consecuencia jurídica del delito actualmente establecida es insignificante al confrontarla con el resultado dañoso causado, en consecuencia es procedente el aumento de la pena para generar con ello el debido respeto al bien jurídico tutelado.

CONCLUSIONES

1. La vida, es una garantía constitucional tutelada de manera nacional e internacional, reconociéndola en ella, desde su concepción, valorando de esta forma el hecho de ser un ser revestido de derechos a su persona aun cuando este aun no haya nacido.

2. El aborto es uno de los delitos más comunes a nivel nacional y practicados de manera inconsciente e irresponsable, ya que no solo es el hecho de dar muerte al embrión sino que la madre pone en riesgo su propia vida, esto no afecta solamente a nivel personal, sino también a nivel social ya que en muchos casos no solo practican el aborto, sino que también desechan al embrión en cualquier lugar ya sea en basureros o en lugares públicos denigrando así doblemente la integridad de la persona y menospreciando la vida humana.

3. Existen varios tipos de aborto, pero en el aborto procurado específicamente, no existe motivo legal alguno para que se deseche la vida humana y aunque este es un acto tipificado y penado en la legislación guatemalteca, analizando que el bien jurídico tutelado es la vida, la pena impuesta no es suficiente al daño causado.

4. Se ha logrado establecer que la pena impuesta en el delito de “aborto procurado” no es proporcional a la pena que merece un ilícito penal que está regulando dentro de los delitos que protegen la vida de la persona humana. Ya que el código penal es claro al establecer la gravedad de la acción de “dar muerte” y por ende las penas son elevadas excepto en el delito de aborto procurado siendo este cometido con el mismo propósito que los demás.

5. La proporcionalidad o el principio de proporcionalidad, no es más que la pena o el castigo justo o adecuado a imponer ante un hecho delictivo que merezca dicha pena, es decir una verdadera y justa medida a el daño causado, dejando claro

que el tipo penal en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado analizado, claramente es el de “dar muerte”.

6. Algunos países y tratadistas justifican el aborto procurado, anteponiendo la voluntad y el bienestar sicológico de la mujer, sosteniendo que ella es sueña de su cuerpo y por ende dueña de sus decisiones, pero en este caso no se habla solamente de una vida humana sino de dos, es por ello que se concluye que una persona no puede decidir sobre la vida o la muerte de un ser que está en desventaja ante la vida.

7. El derecho penal guatemalteco específicamente hablando de la pena, goda de principios fundamentales y necesarios para su correcto fin, en este caso, el principio de proporcionalidad establece el justo castigo o la justa pena para ciertos delitos, de ahí se establece que la pena que se impone a la mujer que practica su aborto o consiente a otra persona que lo haga, según el código penal de Guatemala no es lo suficiente mente castigada y por lo tanto no existe un propósito de prevención o de intimidación puesto que la pena es desmerecida y despreocupante.

RECOMENDACIONES

1. EL Estado debe crear y fomentar políticas públicas destinadas a la protección de la vida humana en su estado de gestación, protegiendo la vida del que no ha nacido pero ya goza de derechos inherentes a su persona y sobre todo el derecho a la vida.

2. El aborto, a lo largo de los años se va haciendo una práctica normal en la sociedad, lo preocupante es que esta sociedad que lo aprueba con normalidad esta compuesta en su mayoría por menores de edad, es por ello que se recomienda hacer por un lado, conciencia de las practicas que se llevan a cabo ya que estas pueden causar daños irreparables y sobre todo el hecho que constituye un delito penado por la ley y por otro lado proteger el derecho a la vida que se adquiere desde el momento de la concepción según la norma suprema.

3. Que el estado incluya programas de concientización y prevención de embarazos o en su caso ultimo evitar los abortos procurados, brindando ayuda a las mujeres que así lo necesiten ya sea sicológica o económica, proporcionando trabajos de aprendizaje para el cuidado de su integridad física e implementando así mismo la educación sin discriminación alguna.

4. En el último de los casos, que el delito de aborto tenga una pena proporcional al daño causado para que con ellos no se reincida o en el mejor de los casos se evite cometer el hecho punible.

ANEXOS

ANEXO UNICO.

Cuadro No. 1

Este es el modelo de formulario utilizado para reunir la información requerida a las diferentes doctrinas y legislaciones a nivel nacional e internacional.

País.	Norma.	Artículo.	Pena.

BIBLIOGRAFIA

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

Beccaria, César. Tratado de los delitos y de las penas. Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L., 1,993.

Carbonell Mateu, Juan Carlos. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

Córdoba Roda, Juan. Culpabilidad y pena. Madrid: Editorial Trotta, 1,993.

Corte de Constitucionalidad, Gaceta 1, expediente 12-86.

Cuello Callón, Raúl Eugenio. La moderna penología. Barcelona: Editorial Bosch, 1,973.

De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal De León Velasco, Derecho Penal Guatemalteco, Guatemala, Magna Terra Editores, 2003.

Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina.

Escobar Cárdenas, Fredy Enrique, Compilaciones de Derecho Penal Parte Especial, Magna Terra Editores.

Ferajoli, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta S.A, 1,995.

Gómez de la Torre, Ignacio Berduo. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1,997.

Gracia Martin, Luis. Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

Hans Heinrich, Jeschek. La Crisis de la Política Criminal en Doctrina Penal. enero-marzo 1980.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1,992.

Morillas Cuevas, Lorenzo. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del delito. Madrid: Editorial Tecnos S.A., ,991. Pág. 17.

Landrove Díaz, Gerardo. Las consecuencias Jurídicas del Delito. Madrid: Editorial Tecnos, Tercera Edición, 1,991.

Quintero Olivares, Gonzalo. Introducción al derecho Penal, parte General. Barcelona 1,981.

Riquert, Marcelo Eduardo y Jiménez, Eduardo Pablo. Teoría de la Pena y Derechos Humanos. Argentina: Editorial Helista. Pág. 243.

Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas S.A., 1,997

Ruiz Castillo, Crista. Historia del Derecho, décima primera edición, ediciones Maite, 2007, página 13.

Silva Sánchez, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1,992.

REFERENCIAS NORMATIVAS.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Código civil.

Código Penal.

Código procesal Penal.

Código penal de Uruguay.

Código Penal de España.

Código penal de México.

REFERENCIAS ELECTRONICAS.

Papa Juan Pablo II. Librería Editrice Vaticana, Evangelium Vitae. Vaticano, 1995,http: //www.vaticano.va/edocs/ESL0080/_INDEX. TM, 19 de noviembre de 2009, visto, 25 de junio, de 2013, 20:15 horas