UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO PENAL, ADICIONANDO LA PENA RESTAURATIVA

ALETIA ROCÍO PÉREZ RODRÍGUEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2014

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO PENAL, ADICIONANDO LA PENA RESTAURATIVA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALETIA ROCÍO PÉREZ RODRÍGUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 2014

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA

DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DE LA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	Msc.	Avidan Ortíz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Luis Fernando López Díaz

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ

EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. Marvin Omar Castillo García
Secretaria:	Licda. Carmen Patricia Muñoz

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Vocal:	Lic. Leonel Armando López Mayorga
Secretario:	Lic. Héctor Orozco y Orozco

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis." (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 09 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, **WILBER ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **ALETIA ROCÍO PÉREZ RODRÍGUEZ**, con carné **9614967**, intitulado **PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO PENAL, ADICIONANDO LA PENA RESTAURATIVA.**

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA FAC. DE C.C. J.J. Y S.S. UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS GUATEMALA, C. A.

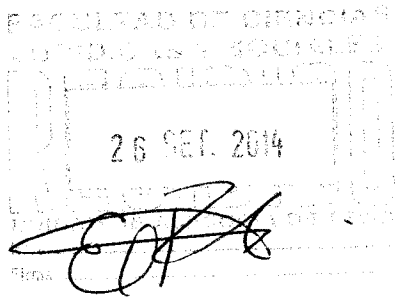
DR. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 10 / 10 / 2014. f) _____
Asesor(a)

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO

LIC. WILBER ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
3ª AV. 13-43 Zona 1
Guatemala C. A. Tels. 22304830

Guatemala, 16 de septiembre de 2014.



Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a la providencia de esa dirección, de fecha 30 de julio dos mil catorce, en la cual se me nombra Asesor de Tesis de la Bachiller ALETIA ROCÍO PÉREZ RODRÍGUEZ, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **"PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO PENAL, ADICIONANDO LA PENA RESTAURATIVA".** Hago constar que no tengo ningún parentesco dentro de los grados de ley con la asesorada, asimismo informo que habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN

a. El trabajo investigado tiene un profundo y fiable contenido científico y técnico ya que fue basado en libros especializados en la materia como podrá corroborarse en la bibliografía respectiva; la metodología utilizada se basa en los métodos científico, histórico, inductivo y deductivo y el analítico; las técnicas de investigación utilizadas fueron las bibliográficas y las documentales. En la redacción de la tesis le recomendé que por tratarse de un tema técnico jurídico, debería emplear un lenguaje escrito comprensible para alcanzar la finalidad de la misma, que es dar conocer a la sociedad la importancia que tiene para nuestro país la restitución del daño causado para la víctima, para la sociedad y para el responsable de haber cometido el delito. La contribución científica del tema presentado es de gran importancia para el campo del Derecho Penal debido a que se propone que el Congreso de la República de Guatemala adicione al artículo 41 del Código Penal, la Pena Restaurativa que permita una reparación digna y así un desarrollo integral de nuestra sociedad.

LIC. WILBER ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
3ª AV. 13-43 Zona 1
Guatemala C. A. Tels. 22304830

b. En la elaboración del indicado trabajo de investigación, el autor siguió las instrucciones y recomendaciones anotadas anteriormente, en cuanto a presentación y desarrollo de la misma.

c. En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones a que arriba el autor y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta, procedente aprobar el trabajo de tesis asesorado, razón por la cual doy mi dictamen en sentido favorable.

Deferentemente;

Colegiado No. 7,706

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO

USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 14 de octubre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ALETIA ROCÍO PÉREZ RODRÍGUEZ, titulado PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO PENAL, ADICIONANDO LA PENA RESTAURATIVA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

BAMO/srrs.

Lic. Avidán Ortíz Orellana
DECANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
DECANATO
GUATEMALA, C. A.

DEDICATORIA

A DIOS: Por darme fortaleza para culminar mi carrera y ser la luz que siempre guía mi camino.

A MIS PADRES: Maria Luisa Rodríguez de Pérez y Oscar Orlando Pérez Dávila (Q.E.P.D.), por darme la vida, por protegerme, cuidarme y guiarme por este sendero que es la vida.

A MI ESPOSO: Samuel Alexei Rossell Trujillo, con mucho amor.

A MIS HERMANOS: Alí Jahaira, Maura Idania, Flor de Maria Pérez Rodríguez, por los hermosos momentos compartidos, por su apoyo en los momentos difíciles, y siempre estar ahí cuando las necesito.

A MIS HIJOS: Ximena Alessandra y Fabio Alexei Rossell Pérez, porque son mi razón de ser, el motor que impulsa mi vida, el regalo más lindo que Dios me ha dado.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Por darme la oportunidad de realizar mis estudios y formar en sus aulas a un profesional.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

PRESENTACIÓN

La Constitución Política de la República de Guatemala es clara en cuanto a los fines de la de la pena, en eliminar la conducta contraria a la normada por la sociedad y la reeducación, en el sentido de adquirir formación cultural y educacional, esto para reinsertar a los privados de libertad nuevamente a la sociedad luego de haber cometido un delito.

La problemática de cumplir con estos fines fundamentales dentro del derecho penal guatemalteco es que no se cumplen dentro del sistema penitenciario por lo que atreves de esta investigación se hace una propuesta novedosa la justicia restaurativa, en la que con comparaciones de otros países se comprueba su efectividad y así contribuir en cierta medida con prevenir hechos ilícitos

Es necesario destacar que en el presente trabajo se utilizó la investigación cuantitativa en virtud que la problemática planteada está basada en información que se recolectó a través de datos estadísticos, los cuales son indispensables para su análisis; por ejemplo, se puede mencionar la comparación que se hace en países en donde ésta aplicación de la pena restaurativa ha funcionado y ha disminuido los hechos delictivos.

La realización y cumplimiento de los fines de la pena es obligación y responsabilidad del Estado de Guatemala, pero por medio de nuevas propuestas, ya que se ha demostrado que actualmente el sistema penitenciario se encuentra en decadencia y lejos de cumplir con la readaptación y resocialización, es una escuela del crimen, por lo que se hace necesario tomar en cuenta estas propuestas.

HIPÓTESIS

La investigación se propone, para que al condenado responsable de haber cometido un delito se le valore como ser humano, tendiendo a su reinserción a la sociedad, para que la víctima sea compensada y para que la sociedad sea restaurada por el delito cometido; la Constitución Política de la República de Guatemala en sus Artículos uno y dos estipula la protección de la persona y el deber del Estado de resguardar la vida, la libertad, la justicia, las seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, asimismo el Artículo diecinueve del mismo cuerpo legal establece que el fin del sistema penitenciario y sobre todo de la pena es tender a la readaptación social y reeducación.

Una vez establecidas las garantías, el Estado como único legitimado para ejecutarlas, debe emitir normas que coadyuven a cumplirlas, crear mecanismos alternos que lo permitan y así lograr el desarrollo integral de este país.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que regulan las penas a imponer a los responsables de haber cometido un delito se encuentran establecidas en el Artículo 41, Código Penal, del Decreto Número 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, no encontrándose en dicho ordenamiento jurídico una pena restaurativa que le permita al condenado su readaptación social, resarcir a la víctima y restaurar el daño causado a la sociedad, por el delito cometido.

En la investigación se comprobó la hipótesis, partiendo que a la entidad encargada de ejecutar las penas dictadas por juez competente en sentencia firme, no está cumpliendo con el fin constitucional de la pena que es la reeducación y readaptación social del condenado, no existen programas que permitan a la víctima ser compensada y a la sociedad como tal no se le considera dañada; por lo expuesto es procedente adicionar al ordenamiento jurídico penal guatemalteco una pena restaurativa que lo permita.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. La pena..... 1

1.1 Origen de la pena..... 1

1.2. Definición de pena..... 7

1.3. Fines de la pena..... 8

1.4. Clasificación doctrinaria de la pena..... 10

1.5. Clasificación legal de la pena en Guatemala..... 14

1.6. Teorías de la pena..... 19

1.7. Sustitutivos penales..... 21

1.8. Humanización de la pena..... 26

1.9. Base legal..... 27

CAPÍTULO II

2. La pena de prisión..... 29

2.1. Antecedentes históricos..... 29

2.2. Definición..... 33

2.3. Naturaleza jurídica..... 34

2.4. Derechos que limita la pena de prisión..... 36

2.5. Sistema penitenciario..... 38

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO III

Pág.

3. Justicia restaurativa..... 43

3.1. Definición..... 43

3.2. Estado actual en la discusión sobre la reparación del daño..... 46

3.3. Tesis abolicionista..... 49

3.4. Tesis resocializadora..... 52

3.5. Tesis garantista..... 62

3.6. Diversos conceptos de la reparación del daño..... 63

3.7. La reparación ex delito o derivada del delito..... 65

3.8. La reparación del daño como consecuencia jurídico penal..... 67

3.9. La mediación victima delincuente, la reconciliación y la regulación de conflictos..... 69

3.10. La reparación del daño en el derecho penal guatemalteco..... 70

3.11. ¿Por qué la resocialización y reinserción de los delincuentes?..... 71

CAPÍTULO IV

4. Tratados internacionales sobre derechos humanos con relación a la pena... 75

4.1. Derechos humanos..... 75

4.2. Documentos internacionales más importantes sobre derechos humanos..... 79

4.3 Análisis jurídico sobre el derecho interno y el derecho internacional respecto a la pena..... 82

CONCLUSIÓN DISCURSIVA..... 85

BIBLIOGRAFÍA..... 87

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

INTRODUCCIÓN

El tema de la presente investigación se seleccionó debido a la no aplicación que existe sobre la pena restaurativa en materia penal por parte del Estado de Guatemala, en las resoluciones judiciales que resuelven conflictos penales, dando como consecuencias el no cumplir con el fin de la pena según el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual expresa. "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..."

El objetivo de la investigación es comprobar que la aplicación de una pena restaurativa cumpliría con los fines de la pena, y la cual nunca se utiliza como referencia y asistencia jurídica al momento de emitir una resolución.

Para una mayor comprensión esta investigación, se encuentra comprendida en capítulos, el primer capítulo relata sobre la pena, origen, definición, fines, clasificación y teoría de la pena; el capítulo segundo indica la pena de prisión, sus antecedentes históricas, definición naturaleza jurídica y derechos que limita; el tercer capítulo explica en qué consisten la justicia restaurativa, definición, estado actual en la discusión sobre la reparación del daño, tesis abolicionista, resocializadora, garantista, diversos conceptos de la reparación del daño, la reparación del daño en el derecho penal guatemalteco; en el capítulo cuarto se encuentra un análisis de los convenios y tratados internacionales ratificados por

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Guatemala en materia penal relacionados con la pena. Dentro de la metodología utilizada en el estudio de investigación de este trabajo, se contó con los métodos, analítico, sintético, estadístico y otras técnicas para la mejor compresión de los temas.

Esta investigación fue desarrollada para los estudiantes, profesionales del derecho y jueces guatemaltecos como una valiosa, fiable y científica fuente de consulta, ya que debido al desconocimiento sobre este tema, existen resoluciones judiciales, no se cumple actualmente con los fines constitucionales de la pena.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO I

1. La pena

1.1. Origen de la pena

Es evidente que el antecedente más importante que impulsó a la corriente clásica del derecho penal es la obra de Beccaria, corriente de pensamiento jurídico penal que se inicia en la Escuela de Juristas como originalmente se le denominó a la Escuela Clásica. Y de quien se pueden resumir los más importantes logros de esta escuela quien fuera el maestro Francesco Carrara, según lo cuenta el doctor Sebastián Soler, "con la doctrina de Carrara alcanza el derecho penal un punto en el cual es posible fijar el límite perpetúo de lo ilícito, del cual ya no solamente el juez, sino el legislador mismo no puede apartarse sin incurrir en tiranía, es decir, en la negación misma del derecho" [1].

Con la construcción de Carrara quedan separadas las esferas de responsabilidad tradicionalmente confundidas por la religión, por la moral y el derecho. Para la Escuela Clásica y la doctrina Carrariana, el fundamento del Ius Puniendi es la sola justicia. Se equivoca dice, el que ve el origen del derecho de castigar en la sola necesidad de la defensa, desconociendo el primer origen de ella en la justicia. La ley penal no puede entrar a considerar sino aquellos hechos que se han realizado por un hombre, en violación de la ley, con plena conciencia. Es decir, con pleno discernimiento, voluntad y libertad. Para que una acción pueda por la autoridad social ser legítimamente declarada

[1] Soler, Sebastián. Prólogo de la obra **"Programa del curso derecho criminal"** Vol. I.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

imputable a su autor como delito, es necesario que sea reprochable, que sea dañosa a la sociedad y precisamente que esté promulgada la ley que lo prohíbe. Uno de los postulados más importantes de esta Escuela Clásica respecto de la pena, se reduce en la consideración como un mal, a través del cual, se realiza la tutela jurídica, siendo la única consecuencia del delito. Y éste, que no es precisamente un ente de hecho sino más bien un ente jurídico, una infracción a la ley del Estado, que establece el límite de lo prohibido, y que lo distingue además de ser una infracción a la ley moral, que no es delito, y que su sanción prevalece exclusivamente al orden moral de las personas, la colectividad; contrario a la pena que se traduce como sanción por la comisión del delito.

De ahí que si analizamos la evolución histórica de nuestra ciencia, encontramos que fue la Escuela Clásica, la que institucionalizó la pena, como la única consecuencia del delito, partiendo de la idea de que el delito era un ente eminentemente jurídico, la pena se convertía en un mal necesario para alcanzar la plena tutela jurídica, como lógica y exclusiva consecuencia de la infracción a la ley penal, con un carácter meramente retributivo de manera que se reestableciera el orden jurídico lesionado, en aras de alcanzar la plena justicia.

Así se mantuvo este postulado, hasta el aparecimiento de la Escuela Positiva, que partiendo del análisis de la personalidad del delincuente, (y no del delito como lo hicieron los clásicos) consideraron que la pena era un medio de defensa social, que debía de pretender la prevención general (con la amenaza de la pena a todos los ciudadanos) y la prevención especial (con la aplicación de la pena al delincuente) proponiendo al mismo tiempo una serie de medidas de seguridad que debían éstas de

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

aplicarse en relación a la personalidad del delincuente, quedando así desterrada para siempre la idea de que la pena era la única consecuencia del delito. Y así pues, lo manifiestan los juristas José Francisco De Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco, en su obra, Curso de Derecho Penal Guatemalteco, que en cuanto al origen y significado de la pena "realmente el origen de la pena en la sociedad jurídicamente organizada, se pierde en el transcurso del tiempo, tanto más si vemos que las características de las penas en la actualidad son diversas a las utilizadas por los antepasados, que basándose en el cumplimiento de un castigado o en una vindicta, se imponían directa y cruelmente" [2].

El origen de la pena como actividad estatal ha de buscarse en la edad media; comienza entonces una paulatina labor del Estado para abstraer las relaciones individuales y concentrarlas legalmente en la pena, y así se llega hasta el siglo XXVIII con el concepto de que la pena depende de un orden colectivo. En la actualidad solo podemos concebir formalmente las penas, como aquellas restricciones y privaciones de bienes jurídicos señalados específicamente en la ley penal, cualquier otro tipo de sanción jurídica que no provenga de la ley penal no es considerada como pena para efectos de nuestra disciplina.

Etimológicamente al término pena se le han atribuido 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 sánscrito **punya** que significa **pureza o virtud** (Valores espirituales que debía alcanzar el delincuente a través del sufrimiento

[2] De Mata Vela, J. F. De León Velasco H. A. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 235

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

por el delito cometido); Algunos otros creen que se deriva del griego **pono** que significa **trabajo o fatiga**; y por último se considera que proviene de la palabra latina **poena**, la cual significa **castigo o suplicio**. En cuanto a la terminología jurídica, en nuestro medio y en sentido muy amplio se habla de pena, sanción, castigo, condena, punición, entre otros, sin embargo entendemos que desde el punto de vista strictu sensu estos términos podrían tener diversos significados.

Cuando los tratadistas engloban tanto penas como medidas de seguridad, hablan de reacción social, reacción social contra el delito, medios de defensa social, medios de retribución y prevención social, sin embargo ha sido más acomodado el nominativo de consecuencias jurídicas del delito.

En cuanto al significado la pena tiene diversas formas de conceptualización, desde su concepción como un mero castigo que se impone al delincuente, hasta su concepción como un tratamiento para reeducarlo, pasando por la prevención especial y general contra el delito. Al respecto Eugenio Cuello Calon expresa: "el sentido y fin atribuido a la pena por las distintas concepciones penales es muy diverso. En este punto predominan dos *principios antagónicos*: *El de la expiación o retribución que da a la pena un sentido* de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito cometido, y el de la prevención que aspira, como su nombre lo indica a prevenir la comisión de nuevos delitos" [3]. El antagonismo entre las concepciones de la pena castigo y la pena prevención, termina en la orientación penológica anglosajona que abandona por completo la idea de retribución y de castigo, sustituyéndola por la de tratamiento; sobre

[3] Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Págs. 581 y 582.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

la base del estudio de la personalidad del delincuente y encaminado a su reforma, a la segregación de los no reformables y a la prevención del delito. Por su parte Enrique Pessina, expone "que la pena expresa en su significado general, es un dolor, considerado especialmente en la esfera jurídica, expresa un sentimiento que cae por obra de la sociedad humana, sobre aquel que ha sido declarado autor del delito"[4]. El fin último de la pena es negar el delito, no ya en el significado vulgar de hacer algo que no se haya realizado, sino más bien en el sentido de anular el desorden contenido en la aparición del delito, reafirmando la soberanía del Derecho sobre el individuo. Esta reintegración, del derecho violado abraza en su concepción todos los demás fines asignados por los varios sistemas científicos y que se pretendan sean fines fundamentales de la pena.

La intimidación o coacción psicológica para impedir el delito; la seguridad social e individual, ya en cuanto a la persona, ya en cuanto a los bienes, el impedir por medio de la amenaza de la pena, o por ejemplaridad del castigo infringido, que el número de los delitos crezca; la corrección de los individuos manchados por el delito, sea por el temor, sea por la disciplina, son todos ellos efectos útiles y apetecibles de la pena siempre que ésta vaya dirigida al fin de la reafirmación del derecho.

Recientemente en España el connotado maestro de la Universidad Complutense de Madrid, José María Rodríguez Devesa, analiza el significado de la pena desde dos puntos de vista: estáticamente dice, "la pena es simplemente la consecuencia primaria del delito. El delito es el presupuesto necesario de la pena; entre ambos hay una

[4] Pessina, Enrique. **Elementos del derecho penal**. Págs. 601,602 y 603.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

relación puramente lógica, puede decirse que es una retribución del delito cometido, si se descarga a esta palabra todo el significado vindicativo. Dinámicamente considerada, la pena tiene primordialmente los mismos fines de la ley penal, la evitación de las conductas que la ley penal prohíbe o manda ejecutar. Esa finalidad se trata evidentemente de conseguir, tanto al nivel de la amenaza legal general como de la imposición y ejecución concreta sobre un determinado individuo perteneciente a la comunidad, mediante un doble efecto que se denomina Prevención General, cuando opera sobre la colectividad, como un hecho en muchas conciencias Prevención Especial, operando sobre el que ha cometido el delito para que no vuelva a delinquir"[5].

En síntesis podemos afirmar que tanto el origen como el significado de la pena, guardan íntima relación con el origen y significado del delito; es el delito el presupuesto imprescindible para la existencia de la pena, de tal manera que una noción jurídica de la misma deberá estar en relación con la noción jurídica del delito, sin embargo es indiscutible que tanto la comisión del delito como la imposición de la pena tienen como común denominador al sujeto denominado delincuente, por lo que precisa el estudio de las penas, partiendo del delito y de la personalidad del delincuente, buscando la defensa de la sociedad a través de la plena justicia, conciliando de esta manera las contradicciones que al respecto plantearon en un principio las dos escuelas del Derecho Penal, referidas anteriormente.

[5] Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 883.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

1.2. Definición de pena

En cuanto a la definición de la pena como una de las principales instituciones del derecho penal, puede definirse de varias formas, atendiendo a diferentes puntos de vista, así algunos tratadistas principian definiéndola como un mal, que impone el Estado al delincuente como un castigo retributivo a la comisión de un delito, partiendo del sufrimiento que la misma conlleva para la expiación de la culpabilidad del sujeto; algunos otros parten de la idea de que la pena es un bien, o por lo menos debe serlo para el delincuente cuya injusta voluntad reforma, es un bien para el penado en cuanto debe consistir en un tratamiento desprovisto de espíritu represivo y doloroso, encaminado solamente a la reeducación del delincuente; otros parten del punto de vista de la defensa social y hablan de la prevención, individual o colectiva a la comisión del delito, otros se refieren a la pena como un mero tratamiento, para la reeducación y rehabilitación del delincuente; y algunos otros desde un punto de vista meramente legalista la abordan como restricción de bienes que impone el Estado a través de un órgano jurisdiccional, producto de un debido proceso penal como la consecuencia de la comisión de un delito; y así se ha definido la pena atendiendo a diversos criterios, que se consideran todos válidos desde su particular punto de vista, sin entrar a discutir desde luego los aspectos filosóficos de su naturaleza jurídica.

Entre otras definiciones resalta conforme Francesco Carrara, que la pena es el mal que de conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que son reconocidos culpables de un delito. Del argentino Sebastián Soler, se dice que la pena

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

es un mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos. Para el mexicano Raúl Carranca y Trujillo la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo como fin la defensa social. Nosotros, dicen De Matta Vela y De León Velasco, "consideramos que la pena es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone uno órgano jurisdiccional competente, en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal". [6] Y por último, el Abogado Manuel Osorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, dice: "La pena es un castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial a quien ha cometido un delito o Falta"[7].

Y continúa manifestando que Mezger dice que en sentido estricto es la imposición de un mal proporcionado al hecho, es decir; una retribución por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que corresponde aún en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido, debiendo de existir entre la pena y el hecho una equiparación valorativa.

1.3. Fines de la pena

Se ha considerado que la pena, tomada como castigo, tiende a reprimir la conducta antisocial, sin embargo, para la doctrina, la justificación de la pena presenta dos

[6] De Mata Vela, J. F. De León Velasco H. A. **Op. Cit.** Pág. 240.
[7] Manuel Osorio. **Diccionario de ciencias jurídicas.** Pág. 558

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

hipótesis: por un lado la pena tiene un fin específico, se aplica "quia peccetur est", es decir, a quien está pecando; y por el otro lado se considera en forma casuística, como medio para la consecución de fines determinados, se aplica en "peccetur", para que nadie peque.

Para explicar a la pena, surgen un sin número de corrientes o teorías, las cuales se pueden agrupar según su tendencia.

Las teorías absolutas afirman que la pena se justifica así misma y no es un medio para otros fines. Las teorías relativas sostienen que pena es un medio para obtener fines ulteriores, y se dividen a su vez en:

Teoría relativa de la prevención general: la pena será entendida con un propósito de prevención para los demás.

Teoría relativa de la prevención especial: la pena se impone y surte efecto en el delincuente.

Las teorías mixtas, respaldan la prevención general mediante la retribución justa.

En este sentido, la pena para la mayoría de los pensadores juristas tiene como fin último la justicia y la defensa social. Ignacio Villalobos, sostiene que "la pena para que sea eficaz deberá ser intimidatoria, por lo que será aflictiva; ejemplar, por lo que debe ser pública; correctiva; por lo que deberá disponer de medios curativos, educativos y de adaptación; eliminatoria y justa".[8]

[8] Villalobos, Ignacio, **Derecho penal mexicano**., pág. 523.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

1.4. Clasificación doctrinaria de la pena

Sobre este tema de la clasificación doctrinaria de la pena se han presentado una serie de clasificaciones en cuanto a las penas, tomando en consideración varios aspectos, como el fin que se proponen, la materia sobre la que recaen, el bien jurídico que privan o restringen, el modo como se imponen, su duración y su importancia entre otros. De Mata Vela y De León Velasco, consideran las más importantes las que a continuación se detallan:

"Atendiendo al fin que se proponen alcanzar. a) Intimidatorias: Son aquellas que tienen por objeto la prevención individual, influyendo directamente sobre el ánimo del delincuente con el fin de que no vuelva a delinquir. A decir de Puig Peña, son las más indicadas para los individuos aún no corrompidos en los que aún existe el resorte de la moralidad, que es preciso reforzar con el miedo de la misma, este tipo de pena se da principalmente en los delincuentes primarios y un ejemplo de ella es el arresto domiciliario. b) Correccionales o reformatorias: Son aquellas que tienen por objeto la rehabilitación, la reforma, la reeducación del reo para que pueda reincorporarse a la vida social como un ser útil a ella, desintoxicado de todo tipo de acciones antisociales; se dice que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente pero que aún consideramos como corregibles y un ejemplo de esta clase de pena lo es la pena de prisión, la cual debe de cumplirse en un centro especial correccional. c) Eliminatorias: Son aquellas que tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligroso. Se entiende que su eliminación tiene por objeto separarlo de la sociedad en consideración a su alto grado

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

de peligrosidad criminal, de tal manera que se puede lograr imponiendo la pena capital para privarlo de la existencia, o bien confinándolo en una prisión a través de la cadena perpetua, lo cual viene a ser un ejemplo claro de este tipo de pena.

Atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que restringen.

a) La pena capital: Mal llamada también pena de muerte, ya que realmente es una condena a muerte porque en realidad lo que se priva del delincuente condenado a ella es la vida; la pena capital o pena de muerte consiste pues en la eliminación física del delincuente y es muy discutible en la doctrina científica del Derecho Penal, lo que ha dado lugar a encendidos debates entre abolicionistas que propugnan por la abolición de la pena de muerte y anti abolicionistas que propugnan porque se mantenga la imposición de la misma". [9] A este extremo existen dos teorías, *según descripción que* hace Puig Peña, en donde cabe mencionar la teoría abolicionista, de la que se dice que principia a finales del siglo XVIII con la obra del penalista milanés César Beccaria quien "sostenía la ausencia de efectos intimidativos en la pena de muerte y la escasa trascendencia del espectáculo de la ejecución pública, con argumentos esgrimidos a favor, como lo es el punto de vista moral y jurídico"[10].

Y por otro lado la teoría anti abolicionista, de la que se dice que muchos siglos transcurrieron sin que se pusiera en tela de juicio la legitimidad de la pena de muerte, y ello –dice Puig Peña- se debió a la autoridad casi dogmática de Santo Tomás de

[9] De Mata Vela, J. F. De León Velasco H. A. **Op. Cit.** Pág. 253.
[10] Puig Peña, Federico. **Derecho penal.** Pág. 366.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Aquino, quien formuló su famoso símil del miembro enfermo que es necesario amputar para la conservación de la vida, teoría que tiene como argumentos una justa retribución para los delitos contra la vida. Nace entonces una teoría ecléctica, la que frente a las dos posiciones radicalmente adversas, surge una postura intermedia, que sostiene que la pena de muerte no debe aplicarse en tiempos de normalidad, pero si en circunstancias extremas de descomposición social, por cuanto la pena capital, constituye un acto de legítima defensa por parte del poder público, por cuanto que sin ella se multiplicarían lo criminales, se llegaría a la desorganización política y social de algunos pueblos, y en definitiva iría cada vez más en aumento el número de malhechores con el gran peligro para la sociedad que ello representa.

b) La pena restrictiva de libertad: Consiste en la pena de prisión o de arresto, que priva al reo de su libertad de movimiento, es decir, que limita o restringe el derecho de locomoción del condenado, obligándolo a permanecer en una cárcel, centro penitenciario o centro de detención, por un tiempo determinado. Científica, técnica y moralmente ejecutada la pena privativa de libertad, debe influir positivamente en el condenado a fin de retribuir la comisión del delito y ante todo a rehabilitarlo, reeducarlo y reformarlo para su nuevo encuentro con la sociedad, de lo contrario la cárcel puede convertirse en un centro de perversión y los reos en peligrosos criminales, lo cual es totalmente contrario a los fines de la ejecución de la pena en el moderno Derecho Penitenciario.

c) La pena restrictiva de libertad: Son aquellas que limitan o que restringen la libertad del condenado al destinarle un específico lugar de residencia, es decir, que obligan y

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

limitan al condenado a residir en un determinado lugar, tal es el caso del arresto domiciliario que contempla nuestra legislación procesal penal.

d) La pena restrictiva de derechos: Son aquellas que restringen o limitan ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley, tal es el caso de las inhabilitaciones o suspensiones a que se refiere nuestro Código Penal.

e) La pena pecuniaria: Son penas de tipo patrimonial que recaen sobre la fortuna del condenado, tal es el caso de la multa y el comiso, así como la confiscación de bienes que consiste en la pérdida del patrimonio o parte del mismo a favor del Estado.

f) Penas infamantes y penas aflictivas: Las penas infamantes privan o lesionan el honor y la dignidad del condenado, las cuales tenían por objeto humillar al condenado, tal es el caso de la picota (poste en donde se exhibía la cabeza de los reos), y la obligación de vestir de determinada manera. Las penas aflictivas son penas de tipo corporal que pretendían causar dolor o sufrimiento físico al condenado sin privarlo de la vida, tal es el caso de los azotes y las cadenas, la mutilación y la marca con hierro candente. Afortunadamente este tipo de penas ya han desaparecido de las legislaciones penales modernas de los países cultos, y tan solo han quedado como un recuerdo histórico en la evolución de las ideas penales, en las que en la antigüedad prevalecía la idea del castigo y jamás de la rehabilitación del delincuente.

g) Pena Mixta: Se llama así a la aplicación combinada de dos clases de penas, pena de prisión y pena de multa, por ejemplo tal y como lo presenta la legislación penal

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

guatemalteca para muchos delitos, sistema este que ha sido criticado en la doctrina y que no se comparte el aplicarlo en la sociedad guatemalteca, porque habiéndose cumplido la pena de prisión impuesta, si el condenado no puede hacer efectiva la pena de multa, esta se convierte en pena de prisión nuevamente, lo cual deviene ser contrario a los fines fundamentales de la pena, como lo es la retribución, la rehabilitación y la prevención; porque de esta manera se está castigando dos veces el mismo hecho delictivo, y no es factible en sociedades pobres como la nuestra.

1.5. Clasificación legal de la pena en Guatemala

De acuerdo con la actual legislación penal guatemalteca las penas se dividen en principales y accesorias, son penas principales la de muerte o pena capital, la de prisión, la de arresto y la de multa; y son penas accesorias la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, el comiso y la pérdida de los objetos o instrumentos del delito, la expulsión de extranjeros del territorio nacional, el pago de costas y gastos procésales, la publicación de sentencias, y todas aquellas que otras leyes señalen.

Penas principales: Son aquellas que gozan de autonomía en su imposición, de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de otra u otras, por cuanto tienen independencia propia. Manuel Osorio, dice al respecto que "son penas principales las que el código señala como correspondiente a cada delito y que se denomina así porque a veces esa pena principal puede ir acompañada de otra pena llamada accesoria"[11].

[11] Manuel Osorio. **Diccionario de ciencias jurídicas.** Pág. 560.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La pena de muerte: Tiene carácter extraordinario en nuestro país, y solo se aplicará en los casos expresamente consignados en la ley, es decir, a delitos señalados por la ley y cometidos en las circunstancias expresadas por la misma y después de agotados todos los recursos legales, aún el recurso de gracia, que no es un recurso jurídico penal propiamente dicho. Sin embargo la pena de muerte no podrá imponerse por delitos de orden político, cuando la condena se funde en presunciones, a las mujeres, a varones mayores de sesenta años y a las personas cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición, en esos caso siempre que la pena de muerte sea convertida en prisión, se aplicará está en su límite máximo.

La pena de prisión: Consiste en la privación de la libertad personal, y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración en nuestro país puede ser de 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 cometieren un nuevo delito durante el tiempo que estén gozando de dicho privilegio, deberán cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito cometido. La rebaja a que se refiere nuestro Código Penal no se aplicará cuando en reo observe mala conducta, cometiere un nuevo delito o infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena. Está destinada especialmente para los delitos o crímenes y es sin duda la más importante dentro de nuestro sistema punitivo. En Guatemala el sistema original de prisiones o penitenciarias, ha sido suplantado por un sistema de granjas penales de rehabilitación para el reo, sin que hasta la fecha de ello se vean buenos frutos a los cambios esperados respecto de la reeducación y reforma del delincuente, ya que las penas privativas de libertad

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

ejecutadas en estos centros penales no han logrado resolver los graves problemas desde el punto de vista patológico y social que presentan muchos delincuentes, y más aún ahora con las llamadas maras, prueba de ello es el elevado índice de reincidencia y habitualidad en muchos delincuentes que cumplen su condena, se integran a la sociedad, vuelven a delinquir y regresan de nuevo al penal.

La pena de arresto: Consiste también en la privación de la libertad personal, y su duración se extiende de uno a sesenta días y está destinada especialmente para las faltas o contravenciones que son infracciones leves a la ley penal. Nuestra legislación establece que éstas se ejecutarán en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión sin embargo por razones de espacio físico, carencia de instituciones previstas en la ley y el elevado número de personas sujetas a proceso y sujetos responsables de faltas, los lugares resultan siendo los mismos y no fue sino hasta hace algún tiempo atrás que fue creado un lugar supuestamente específico para contemplar este tipo de arresto.

La Pena de Multa: Consistente en el pago de una cantidad de dinero que deberá fijar el juez dentro de los límites legales señalados para cada delito y cuando no se encuentra estipulada, en la Ley del Organismo Judicial. La pena de multa tiene un importancia cada vez mayor dentro del Derecho Penal moderno, especialmente porque sigue ganando terreno en cuanto a su disputa con las penas cortas de prisión, señalándose en la doctrina que aunque causa aflicción no degrada, no deshonra al penado en su núcleo social y constituye una fuente de ingreso para el Estado; sin embargo ha sido constantemente criticada diciendo que para el rico representa la impunidad y para el

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

pobre un sacrificio, en ese sentido para Devesa, "esta pena debía estar reservada para las personas que gocen de cierto grado de fortuna, las distintas legislaciones penales en el mundo para contrarrestar lo expuesto han establecido cuantías proporcionales de acuerdo a la capacidad económica del penado" [12]. En Guatemala el Código Penal establece que la multa tiene carácter personal y será determinada de acuerdo a la capacidad económica del reo, su salario su sueldo o renta que perciba, su aptitud para el trabajo o capacidad de producción, cargas familiares y demás circunstancias que indiquen su solvencia económica.

Penas accesorias: Son aquellas que por el contrario de las principales no gozan de autonomía en su imposición, y para imponerlas necesariamente 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. Manuel Osorio, dice al respecto que pena accesoria es aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada principal y pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas.

Inhabilitación absoluta: Según nuestra legislación penal consiste en la pérdida o suspensión de los derechos políticos, la pérdida de empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque provinieren de elección popular, la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos; la privación del derecho de elegir y ser electo, y la incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor.

[12] Rodríguez Devesa, José María. **Op.Cit.** Pág. 835.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Inhabilitación especial: Que consiste en la imposición de alguna o de algunas de las inhabilitaciones absolutas descritas anteriormente; o bien en la prohibición de ejercer alguna profesión o actividad, cuyo ejercicio depende de una autorización, licencia o habilitación; esta prohibición se refiere especialmente cuando el delito se hubiere cometido abusando del ejercicio profesional o bien infringiendo deberes propios de la actividad a que se dedica el sujeto.

Pérdida de los objetos o instrumentos del delito: Consiste en la pérdida a favor del Estado de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido a no ser que estos pertenezcan a un tercero que no tenga ninguna responsabilidad penal en el hecho delictivo. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se decretará el comiso, aún y cuando no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del sindicado. Los objetos decomisados de ilícito comercio se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial.

Expulsión de extranjeros del territorio nacional: En cuanto a esta pena accesoria nuestro Código Penal solamente se limita a mencionarla, al igual que el pago de costas procesales, sin embargo entendemos que solo se aplicará a los extranjeros y deberá ejecutarse una vez cumplida la pena principal, sí como que las costas deberán de pagarse a quien se deben por el responsable de las mismas.

Publicación de sentencias: Se impondrá como accesoria a la principal, en los delitos contra el honor, y cuando fuere solicitado por el ofendido o sus herederos, y el juez considere que la publicidad contribuirá a reparar el daño moral causado y se hará a

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

costa del condenado o los solicitantes, en uno o dos periódicos de los de mayor circulación del país. Sin embargo en ningún caso podrá ordenarse la publicación cuando se afecta intereses de menores o terceras personas.

La conmuta: Se dice que no es precisamente una pena, sino un beneficio que se otorga al condenado, por medio de la cual la pena de prisión cuando no exceda de cinco años, o sea de arresto en todos los casos se puede trocar por pena de multa. Sin embargo no podrá otorgarse la conmuta a los reincidentes y delincuentes habituales, a los condenados por hurto y robo, a los peligrosos sociales a juicio del Juez.

Conversión de la pena de multa: En esta figura jurídica adoptada por nuestro Código Penal, se manifiesta que los penados con multa que no la hicieren efectiva en el término legal o que no cumplieren con efectuar las amortizaciones para su debido pago, o fueren insolventes, cumplirán su condena con privación de libertad, regulándose el tiempo y las condiciones personales del penado entre cinco y cien quetzales por cada día.

1.6. Teorías de la pena

Conviene hacer notar que la justificación de la pena ha sido concebida en la historia de distintas maneras y que en general, reflejan dos corrientes las que explican su sentido y las que orientan su finalidad.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

a) la teoría absoluta: Esta teoría determina que el sentido de la pena es la retribución, dado que la pena impuesta compensa el mal causado por el delito. Esta tiene su origen en el principio talional, el mal causado debe ser compensado con otro mal de la misma naturaleza. Corriente que es sostenida en el pensamiento moderno por Kant y Hegel desde la perspectiva de que la pena reafirma el ordenamiento jurídico frente a la sociedad. Esta teoría nos brinda exclusivamente el sentido retributivo de la pena. Para Roxin "el sentido de la pena en esta teoría está dirigida a que la culpabilidad del autor sea compensada con la imposición de un mal penal, él afirma que el fracaso de esta teoría se debe a que no es racional argumentar que un mal sea reparado con otro mal, pues la relación necesaria pena-compensación, no siempre se verifica y es inadmisible racionalmente"[13].

b) Teorías relativas: Se desvincula la pena de las ideas moralistas o religiosas de la justicia terrenal y se preocupan por orientarla a determinados fines como la protección de la sociedad. El fin de la prevención general, es decir, que su ejecución produce que la generalidad de ciudadanos se inhiban de realizar las conductas tipificadas por la ley como delitos o faltas, de tal forma que la población se abstiene de cometer delitos por el temor a sufrir personalmente la aplicación y ejecución de una pena. La pena tiene la finalidad de la prevención especial, es decir, prevención dirigida al penado en forma particular, porque le advierte e intimida lo corrige y enmienda, evita que vuelva a delinquir y tiene

[13] Roxin. **Sentido y límites de la pena estatal**. Pág. 12

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

como fin la readaptación social y reeducación del penado, se justifica en que se dirige hacia la prevención de la comisión de nuevos delitos por parte del autor.

c) Teorías unificadoras: Las críticas que se hacen de cada teoría como lo afirma Roxin, ponen de manifiesto los puntos débiles de cada una que aún no ha sido superados, lo que obliga a una teoría unionista o ecléctica, la cual combina las tres teorías mencionadas anteriormente.

1.7. Sustitutivos penales

"Los sustitutivos penales, son medios que utiliza el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, encaminados a sustituir la pena de prisión, atendiendo a una política criminal con el fin de resocializar al delincuente, dándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad y que no vuelva a delinquir."[14].

Los sustitutivos penales "consisten en beneficios que cambian el cumplimiento de la pena de multa y de la pena de prisión, cuando ésta es de corta duración, y que se otorgan siempre y cuando se cumplan los requisitos y los presupuestos señalados en la ley para su procedencia."[15].

Los sustitutivos penales, son figuras jurídicas por medio de las cuales la ley faculta al juez para sustituir la pena de prisión o de multa, dictada en sentencia condenatoria, siempre que se cumplan los requisitos establecidos legalmente para su aplicación.

---

[14] Starmedia, **Beneficios sustitutivos penales**. http: http://www.tsj-abasco. gon. mx/ guía detramites/Penal/beneficiossustitutivos.htm. (10 de julio de 2011).
[15] Maza, Benito. **Curso de derecho procesal penal guatemalteco**, Pág. 15.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Ahora bien, tal como aparece regulada, la sustitución de penas es una alternativa que la ley deja al absoluto arbitrio judicial. Únicamente se exige que la pena sea privativa de libertad sustituible no sea superior a determinado tiempo o que se haya cumplido parte de ella.

"En la medida, pues, en que el juez considere en atención a la pena conminada, para el delito y a las circunstancias de su comisión que el sentenciado no merece pena por encima de dicho límite, él podrá aplicar la sustitución, consignando en la sentencia la extensión de la pena privativa de libertad que se sustituye y luego de desarrollar el fundamento y funciones de esta institución, deben determinarse las características más importantes de la misma, que pasamos a enumerar:"[16]

a. Como sanción penal: La sustitución de las penas privativas de libertad consiste en el mecanismo que establece la legislación penal para aplicar un sustitutivo. La sustitución presupone la existencia de una sentencia condenatoria, en la que se establezca una pena presidiaria, que posteriormente se decide sustituir a entera discreción de los jueces o tribunales.

b. Como medio para evadir la pena privativa de libertad: El fundamento esencial de este cambio de pena, consiste en la facultad que se les otorga a los jueces para

[16] López Contreras, Rony Eulalio. **La sustitución de las penas privativas de libertad** (Aspectos procesales y penales). Pág. 54.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

no hacer ejecutar la pena privativa de libertad si estiman la conveniencia al condenado, dadas las circunstancias del hecho y de la persona.

c. Como medida alternativa: La idea fundamental de la sustitución de la pena privativa de libertad es evitar en lo posible la pena de prisión y por eso constituye una alternativa para eludir la resocialización del delincuente.

d. Como acto intelectual del juez: Es importante indicar que el juez antes de imponer la pena sustitutoria, deberá llevar a cabo un proceso intelectivo y orientado a la aplicación de la sustitución de una pena por otra, verificando la concurrencia de cada uno de los requisitos que se tienen que dar para que se aplique la pena sustitutoria.

e. Como actividad discrecional del juzgador: Este proceso que realiza el juzgador para la aplicación y ejecución de la pena, se fundamenta en la facultad legal de aplicar una sanción eficaz para evitar la cárcel, que se apoya en el margen de discrecionalidad que se les otorga legalmente para determinar la conveniencia de sustituir la pena de prisión por otra pena menos drástica.

f. Como medio necesario para lograr la resocialización del condenado: El fin primordial de la aplicación de las penas sustitutivas es la de evitar el encarcelamiento del delincuente y consecuentemente obtener su resocialización y así cumplir a cabalidad el mandato constitucional, por lo que deben de conducir al delincuente, lo más pronto y lo más seguramente posible, a su reintegro a la sociedad, como un miembro activo de ella.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Dentro de la legislación guatemalteca se encuentran regulados en el Código Penal las siguientes figuras que son consideradas como sustitutivos penales aplicables dentro del proceso penal: La suspensión condicional de la pena, la libertad condicional y el perdón judicial.

a. La suspensión condicional de la pena: Consiste en "el beneficio penitenciario por el cual se deja en libertad a los penados que hayan observado un comportamiento adecuado durante los diversos períodos de su condena y cuando ya se encuentren en la última parte del tratamiento penal, siempre que se sometan a las condiciones de buena conducta y demás disposiciones que para el efecto el juez señale."[17]. "Es el beneficio que confiere la gran mayoría de los ordenamientos penales, de suspender la efectividad de la pena, condicionando esa suspensión a la no correspondiente al nuevo delito."[18].

b. El perdón judicial: "El perdón judicial es un sustitutivo penal, o medio que utiliza el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, encaminado a sustituir la pena de prisión o multa, atendiendo a una política criminal con el fin de resocializar al delincuente, dándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad y que no vuelva a delinquir"[19]. "Es la facultad discrecional que algunas legislaciones penales modernas atribuyen a los tribunales para proceder fundamentalmente a remitir la pena prevista para el delito cometido por el reo

[17] Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.**, Pág. 281.
[18] Goldstein, Mabel, **Consultor magno, diccionario jurídico,** Pág. 151.
[19] De León Velásco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 225

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

condenado, cuando resulte más útil esta decisión."[20]. El perdón judicial "constituye una institución prevista por algunos ordenamientos penales, por medio de la cual los jueces o magistrados tienen la facultad de hacer remisión o perdonar la pena que han impuesto ellos mismos al acusado, en mérito de los antecedentes del condenado y demás circunstancias que rodean al hecho."[21]. Se entiende entonces, que el perdón judicial es un sustitutivo penal por el cual el juez está facultado para sustituir las penas de prisión y que tiene como efecto la extinción de la responsabilidad penal.

c. La libertad condicional: Puesto que "el fin esencial de la pena es la readaptación social del condenado, resulta inútil mantenerlo encerrado cuando el propósito ya se ha conseguido. Consistente en autorizar la salida del penado del establecimiento en que está recluido cumpliendo pena privativa de libertad, luego del cumplimiento parcial de su condena, siempre que se den ciertas condiciones y se someta a otras por un determinado período de tiempo"[22]. "Es un beneficio que se concede judicialmente a los condenados después que han cumplido determinada parte de su condena y observando buena conducta; siempre que no se trate de reincidentes que se atengan a ciertas reglas impuestas por el juez. Al no ser observadas algunas de esas condiciones el condenado vuelve a ser recluido por el tiempo faltante para el cumplimiento de la pena, sin que en el cómputo se tenga en cuenta el tiempo que se estuvo libre. "[23].

[20] Cabanellas Torres, Guillermo. **Ob. Cit.,** Pág.359.
[21] Goldstein, Mabel. **Ob. Cit.,** Pág. 421.
[22] Fontan Balesta, **Derecho penal, introducción y parte general,** Pág. 659.
[23] **Ibid.,** Pág.429.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

1.8. Humanización de la pena

El principio de humanización de la pena se encuentra plasmado en la Constitución Política de la República en el Artículo 19 inciso a, el cual se refiere a cómo deben ser tratados los reclusos y manifiesta: "Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos".

Uno de los principales objetivos del derecho penal es: "La humanización de las penas, rechazando aquellas que, estimadas de acuerdo con la sensibilidad y las valoraciones de la época, se revelen crueles en exceso o repugnen a la dignidad humana"[24].

La doctrina en materia penitenciaria establece este principio y reconoce que el recluso a pesar de ser un transgresor de la ley y quien comete un delito o falta contra la sociedad es también un ser humano con dignidad y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y que puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad al momento de cumplir con la pena privativa de libertad (prisión y arresto) que le fuere impuesta, ya que es innegable que el recluso al sufrir privación de su libertad, también se le restringen otros derechos, incluso constitucionales por la potestad al órgano correspondiente del Estado también le impone límites a su ejercicio de igual forma con el principio de humanidad.

[24] Rivocaba y Rivocaba, Manuel, **relaciones del derecho penal con el derecho político**, pág. 125

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Este principio es uno de los más importantes y necesarios para que el recluso pueda tener una rehabilitación adecuada, es fundamental que el recluso no se sienta discriminado por la sociedad deben ser tratados como seres humanos, no hacer diferencias entre ellos y tener los mismos derechos que cualquier otra persona, ya que el único derecho que se restringe es el de libertad.

1.9. Base legal

"De acuerdo con la actual legislación penal guatemalteca en los Artículos: 41 al 61 del código penal, las penas se dividen en principales y accesorias. Son principales: la de muerte, la de prisión, la de arresto y la de multa; son penas accesorias: la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, el comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, la expulsión de extranjeros del territorio nacional, el pago de costas y gastos procesales, la publicación de sentencias".

La pena de prisión en nuestro ordenamiento jurídico consiste en la privación de la libertad personal, y su duración en nuestro país puede ser de un mes hasta 50 años, está destinada especialmente para los delitos o crímenes y es sin duda la más importante dentro de nuestro sistema punitivo. En Guatemala el sistema original de prisiones o penitenciarias, ha sido suplantado por un sistema de granjas penales de rehabilitación para el reo sin que hasta la fecha se vean frutos plausibles de los cambios esperados en cuanto a la reeducación y reforma del delincuente, ya que las penas privativas de libertad ejecutadas en estos centros penales no han logrado resolver los

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

graves problemas desde el punto de vista patológico y social que presentan muchos delincuentes, prueba de ello es el elevado índice de reincidencia y habitualidad en muchos delincuentes que cumplen su condena, se entregan a la sociedad, vuelven a delinquir y regresan de nuevo al penal.

el Artículo 17 de la Constitución Política de la República, el cual establece: "No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración"; así mismo, el Artículo 1 del Código penal determina: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley", este artículo hace referencia al Artículo 7 del mismo cuerpo legal, el cual excluye a la analogía "Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones"; el Artículo 1 del código procesal penal manifiesta: "No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad. (Nullum poene sine lege)".

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO II

2. La pena de prisión

2.1. Antecedentes históricos

Las penas restrictivas de la libertad han figurado siempre a través de la historia. En el derecho romano, la práctica de este tipo de sanción como una de las penas principales de la época, nos muestra cómo esas penas estaban arraigadas en aquella legislación. En los primeros tiempos del imperio romano aparece la **relegatio**, que posteriormente toma una forma agravada con **la deportatio**. **La relegatio** o **relegación**, en el derecho romano, consistía en la pena de destierro que no llevaba consigo la perdida de los derechos civiles, en contraposición por ello con la **deportatio** o **deportación** que significaba el destierro total con todo y sus derechos ya fueran civiles o de familia, lo equivalente a dejar la ciudad de roma, sin otra restricción a la libertad.

El Derecho germánico y el canónico conocieron igualmente estas sanciones. Como su mismo nombre lo indica, este tipo de sanción no priva de libertad al individuo afectado por ella; sino, solamente restringe el uso de la misma. La política criminal, en su persistente tarea de demoler poco a poco lo viejo e inservible, inicio una campaña contra las penas cortas de privación de libertad, y hoy nadie discute que las mentadas sanciones, más que beneficiar perjudican gravemente. Efectivamente, el ambiente desmoralizador de la cárcel hace que los individuos al entrar en ella, en vez de corregirse, sigan las instrucciones del mal vivir dadas por los profesionales del delito.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Las estadísticas han hecho observar que las reincidencias se dan principalmente en los casos de penas cortas de privación de libertad. Así como en los anteriores supuestos las penas cortas no producen efecto intimidante respecto a los profesionales y habituales del hampa que nada tienen que perder, en cambio respecto de otros muchos, para los que son contraproducentes, porque rompen a veces el freno más poderoso que podría contenerlos: la vergüenza. En muchos pueblos, no es raro que un hombre de buenos sentimientos, después de algunos meses de cárcel a donde le llevó su mala ventura por la comisión de una falta no menos grave, se juzgue tan desventurado ante los suyos que tome el camino del delito.

La única obra de la prisión en estos casos ha sido en lanzar por esos derroteros a quien sin la pena, hubiera seguido una vida honrada. Esto, en realidad, no integra un argumento con poder disuasorio, lo que hay es que, puesto en concordancia con los anteriores argumentos, integra una razón atendible, pues sino corrige ni intimida, el gasto realizado por el Estado es superfluo. Algún penalista, como Sánchez Tejerína, ha encontrado excesivo todo este lujo de doctrinas contrarias y entiende que suprimir en absoluto las penas cortas de prisión de libertad supone un desacierto. No estamos conformes con el ilustre tratadista, mientras se disponga de otros medios para sustituir este fracaso represivo debe acudirse a los mismos, y solamente en última instancia podría mantenerse en algunos supuestos y mientras se consigne el reemplazarlos en definitivo del sistema.

A un primer momento en que el Estado una vez que haya señalado al delincuente y el castigo que ha de cumplir por su falta o delito, se desinteresa por completo de él,

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

sucede una segunda etapa, en la que el poder público tiene particular cuidado en examinar el desarrollo y eficacia de la medida impuesta contra el que ha violado la paz social. Este interés suscita en estudio y este estudio una ciencia, la ciencia penitenciaria, que tiene por objeto el concepto, especie y aplicación de las penas y en cierto sentido, el fin de la misma puesto que, naturalmente la finalidad asignada a la sanción tiene una influencia esencial sobre la concepción y construcción del régimen penitenciario. Ahora bien, por estrecho parentesco ha figurado hasta ahora la ciencia penitenciaria dentro del área del Derecho Penal, pero las más modernas conclusiones científicas sostienen que éste debe desembarazarse del pesado lastre que supone aquella. Esto no quiere decir que menosprecie su importancia ya que de todas maneras constituye una ciencia auxiliar al Derecho Penal.

En el Derecho Romano, la misión principal de la cárcel era la custodia de los delincuentes destinado al suplicio. Fue el Derecho Canónico el que dio gran importancia a la prisión, organizándola como verdadera pena con la finalidad de provocar la reflexión y conlleva el arrepentimiento y la enmienda. En los derechos seculares se seguía manteniendo el cometido originario hasta fines del siglo XVII, entonces el internamiento se sustentaba como propia pena y al poco tiempo de surgir así recibe la influencia del penitenciarismo John Howard, que es para esta ciencia lo que Beccaria fue para el Derecho Penal.

En su libro State of the Prisions, puso de manifiesto con vivos colores el estado lamentable de las prisiones de su tiempo, y por influjo, los estados comienzan una labor de ejecución racional y humana de las penas privativas de libertad, base del poderoso

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

movimiento penitenciario que caracteriza los tiempos modernos. No se puede olvidar nunca que la pena es un mal, es una sanción, es un sufrimiento que el Estado impone a consecuencia de un delito o falta. En este sentido, la organización de la pena tiene que estar orientada a esa dirección, evitando que la cárcel, como aspiran algunos penitenciaristas avanzados, se convierta en un lugar de molicie, tranquilidad y reposo. Puesto que la pena es un sufrimiento, sin eficacia, desmoralizando al penado mismo y a la sociedad. Al penado porque, encontrando en ella comodidades que a lo mejor no tendría en la vida de libertad, sería una tentación para la reincidencia; a la sociedad, porque, el ejemplo de una pena viene a constituir un mejoramiento de bienestar.

Lo anteriormente dicho, no significa, sin embargo, que al penado haya que tratársele como si se desconociera su condición de ser humano. No, el penado es un hombre, y como tal hay que tratarle. Como dice Cuello Calón, el delincuente no se haya fuera del derecho, sino, en una relación de derecho público con el Estado; porque deducidos los derechos perdidos o restringidos por la condena, su condición jurídica es igual a la de todos los ciudadanos no recluidos y en consecuencia la pena no puede ofender la personalidad humana ni repercutir sobre derechos e intereses jurídicos no afectados por la sanción, en este caso por la pena de arresto. Pero poco habría conseguido la legislación si con la pena solo se obtuviese el castigo del delincuente, su finalidad es muy distinta, tiende, quiérase o no, a reeducarlo. La reforma es el fin de todo sistema penitenciario y a ella, tiene que tender la legislación. Esa reforma exigirá una consideración particular de cada penado, su edad, sexo, condición, cultura, temperamento, carácter, género de vida, condiciones morales, físicas, etc. Pero, en

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

conclusión para obtener la reeducación es siempre necesario un órgano general disciplinario.

2.2. Definición

Conforme Manuel Osorio define "la prisión como la detención del presunto reo, reclusión por tiempo indefinido como corrección o pena"[25].

Es por excelencia la pena que mayores efectos intimidatorios tiene y por su naturaleza, además es la de mayor gravedad, teniendo en cuenta que restringe la libertad, derecho fundamental contenido en nuestra constitución. La pena de prisión ha recibido innumerables críticas desde que la misma surgió en el derecho penal, si embargo es de hacer notar que la misma resulta ser la más apropiada en casos extremos, si se toma en cuenta que la pena de prisión puede sustituir a la pena de muerte y a través de la historia sustituyó a las penas corporales tales como la tortura y a las penas infamantes. La pena de prisión en nuestro código penal, está fijada desde un mes como mínimo y como máximo con cincuenta años. Como se dijo anteriormente, la pena de prisión, ha recibido muchas críticas, si se toma en cuenta que uno de los fines del derecho penal es la rehabilitación y reinserción del delincuente a la sociedad; de tal finalidad resulta inapropiada una condena de prisión de cincuenta años, si atendemos al punto de vista de la determinación cuantitativa de la pena dependiendo el mal causado, punto de vista muy personal.

[25] Manuel Osorio. **Diccionario de ciencias jurídicas.** Pág. 232

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Entonces la pena de prisión, hasta nuestros días y según nuestro ordenamiento jurídico interno, es la pena principal que comúnmente se impone a los delitos de mayor gravedad o a aquellos que causan un gran impacto social.

2.3. Naturaleza jurídica

"El derecho penal es rama jurídica que pertenece al derecho público, los intereses que tutela se concentran en la defensa de la colectividad; es sólo el cuidado y protección de la misma lo que guía en la determinación de los delitos y en el señalamiento y aplicación de las penas, pues aun cuando en su ejercicio pueda depender en alguna ocasión de una manifestación de voluntad de los particulares, la acción dirigida a la represión es siempre pública y pertenece al Estado"[26].

La naturaleza de la pena de prisión es pública, ya que el Estado es el encargado de mantener el orden jurídico, con el fin de garantizar la convivencia social, teniendo el poder de coacción para impedir que se violen las normas jurídicas, pero este poder está limitado por el principio de legalidad (nullun crimen, nulla pena sine lege), ya que si no está previamente determinado en la ley no puede imponerse ninguna pena.

En cuanto a los fines de la pena en general, "aparte de la función retributiva, debe asignársele un fin de utilidad social que debe traducirse en la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente"[27].

[26] Puig Peña, Federico, **derecho penal,** pág. 34
[27] De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco **Ob. Cit;** pág. 269

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

A este respecto Cuello Calón asienta: "la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente a la de la prevención del delito. Pero orientada hacia este rumbo no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, porque la realización de la justicia es un fin socialmente útil. Sobre un fondo de justicia debe la pena aspirar a la obtención de los siguientes fines:

a) Obrar sobre el delincuente creando en él motivos que le aparten del delito en un futuro y sobre todo como finalidad preponderante, tender a su reforma y a su readaptación a la vida social.

b) Obrar no solo sobre el delincuente, sino, también sobre los ciudadanos pacíficos mostrándoles mediante su ejecución, las consecuencias de su conducta delictuosa, vigorizando así su sentido de respeto a la ley"[28].

Estos fines describen no solo el obrar del delincuente luego de haber cumplido una pena judicial apartándolos de cometer nuevos delitos y readaptarlos a la sociedad, sino también mostrándole a los ciudadanos las consecuencias sin infringen la ley.
Tanto el fundamento como los fines de la pena, son enfocados por tres teorías:

a) Teoría de la retribución: Sostiene que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de una pena, con el objeto de alcanzar la justicia. Se fundamenta en el castigo retributivo.

[28] Cuello Caló, citado por De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco **Ob. Cit;** pág. 269-270

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

b) Teoría de la prevención especial: Consiste en que la pena es una intimidación individual que recae únicamente sobre el delincuente con el objeto de que no vuelva a delinquir; pretende prevenir la comisión de nuevos delitos.

c) Teoría de la prevención general: Sostiene que la advertencia no debe ir encaminada solamente en forma individual, sino de tipo general a todos los ciudadanos, intimidándolos sobre las consecuencias perniciosas de su conducta antijurídica.

La pena, más que castigo persigue la reinserción social satisfactoria del condenado, se le impone una pena para reeducarlo y así prevenir delitos y no para imponer temor en la sociedad, sino para favorecer y fortalecer responsabilidad y fidelidad al ordenamiento jurídico.

2.4. Derechos que limita la pena de prisión

La pena de prisión tienen como característica principal la privación temporal o definitiva, de derechos distintos a la libertad de locomoción, tales como: la privación de ejercer cargos públicos o profesiones, o bien se refieren a determinadas situaciones jurídicas de la persona tal es el caso de la perdida de la patria potestad, el domicilio, la prohibición de elegir o ser electo entre otros.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Las penas privativas de derechos, las acoge el Código Penal, como penas accesorias, en el Artículo cuarenta y dos; entre éstas tenemos, la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, y la suspensión de los derechos políticos.

Inhabilitación absoluta: Consiste en privar de ciertos derechos a aquella persona que ha sido condenada y se aplica como pena accesoria a la principal y que comúnmente es la pena de prisión. Los casos de inhabilitación absoluta son: pérdida de los derechos políticos; pérdida del cargo o empleo público, aunque provengan de elección popular; no optar a cargo, empleo o comisión pública; la prohibición de elegir o ser electo y la pérdida de la patria potestad o la capacidad para ser tutor o protutor. Esta a su vez debe tener una duración igualmente a todo el tiempo en que se cumple la pena principal. Se encuentran enumeradas en el Artículo 56 de nuestro Código Penal.

Inhabilitación especial: De manera especial, se puede inhabilitar a personas para situaciones especiales. La inhabilitación especial como pena, según nuestro Código Penal puede ser: A) cualquiera de los casos contenidos para la inhabilitación absoluta, estos enumerados en el Artículo 56 y B) la prohibición de ejercer determinada profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación. Esta clase de pena está determinada en nuestra legislación como pena accesoria.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

2.5. Sistema penitenciario

Guillermo Cabanellas, define al mismo como "Cada uno de los regímenes que se propone, metódicamente la regeneración del delincuente, durante el lapso de su condena, que cabe incluso abreviar por el buen comportamiento"[29].

En otra de sus obras, el citado autor se refiere a los sistemas penitenciarios indicando que "son aquellos que han sido ideados para que el cumplimiento de las penas surta ciertos efectos de regeneración o de corrección, o para aislar debidamente a los penados"[30].

Manuel Osorio, hace alusión al sistema penitenciario denominándolo régimen penitenciario y determina: "Llamase así al conjunto de normas legislativas o administrativas encaminadas a determinar los diferentes sistemas adoptados para que los penados cumplan sus penas. Se encamina a obtener la mayor"[31].

La Constitución, norma jerárquicamente superior, es la estructura portadora del sistema penitenciario guatemalteco, recoge indudablemente las más nuevas corrientes del derecho penitenciario, de la penealogía, de la criminología y del derecho penal, cuando en su Artículo 19 le quita a la pena su concepción originaria de castigo o penitencia y establecer que "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

[29] Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** pág. 453
[30] Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.**, pág. 437
[31] Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 653

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

siguientes normas mínimas: a. Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos; b. Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; c. Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad. La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este Artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata.

El citado Artículo, propicia el desarrollo de un nuevo sistema penitenciario, proporcionando las directrices principales para el logro de la tan anhelada readaptación a la sociedad y la reeducación de los reclusos, pero desafortunadamente, la realidad demuestra que existe una total incapacidad para implementarlo y hacerlo viable ya que las autoridades administrativas a cargo lo han vuelto fuente de corrupción, escuela del crimen, e incapaz de readaptar.

Por otro lado, el Artículo 5 de la Convención Americana sobre derechos humanos, en su numeral 6º. Establece: "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". En ese mismo orden de ideas,

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

estableciendo el trato humano del detenido y así también, la finalidad del régimen penitenciario, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento que es de cumplimiento obligatorio para todos los Estados que lo hayan ratificado, que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976 en su Artículo 10, numeral 1º determina "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" y en el numeral 3º dice "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la readaptación social de los penados". Ante esto último, el Comité de Derechos Humanos, que es el órgano de Naciones Unidas que refuerza la eficacia del pacto a través de su acción, ya que se concibe como órgano de tutela jurisdiccional y ante el cual gozan de legitimación dinámica de recurso, mediante el protocolo facultativo, que es el que contiene las normas procesales para investigar denuncias colectivas o individuales, para conocer de peticiones individuales y para interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no sólo los Estados signatarios, sino también las personas individuales de dichos Estados, en su observación general número veintiuno ha interpretado que "las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato cruel, inhumano y degradante sino tampoco a penurias o restricciones que no sean las que resulten inevitables de la privación de la libertad".

Por tanto, debe quedar claro, que por mandato legal de carácter nacional y por los distintos convenios suscritos por nuestro país, para cumplir efectivamente con la finalidad del régimen penitenciario y teniendo como principio básico el respeto de la dignidad de la persona humana para lograr siempre y en cualquier circunstancia su desarrollo, ningún sistema penitenciario deber estar orientado solamente al castigo,

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

esencialmente debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso, quien no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de ella, si bien sometido a un particular régimen jurídico por su comportamiento antisocial, y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO III

3. Justicia restaurativa

3.1. Definición

La justicia restaurativa consiste en un movimiento social de carácter internacional de reforma a la justicia penal, que plantea que el crimen o delito es fundamentalmente un daño en contra de una persona concreta y de las relaciones interpersonales, diferencia de la justicia penal convencional de carácter retributiva, que plantea que delito es una lesión de una norma jurídica; en donde la víctima principal, es el Estado.

En la justicia restaurativa, la víctima concreta juega un papel fundamental y puede beneficiarse de una forma de restitución o reparación a cargo del responsable o autor del delito, y en donde también se habla del ofensor como concepto alternativo al de delincuente; pues la justicia restaurativa evita estigmatizar a la persona que ha cometido un delito.

"La justicia restaurativa toma diferentes formas, existiendo una variedad de programas y prácticas, pero todos estos sistemas y prácticas comparten principios comunes. Las víctimas de un crimen deben tener la oportunidad de expresar libremente, y en un ambiente seguro y de respeto, el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

victimización, y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado"[32].

La justicia restaurativa busca la responsabilizacion del infractor y lo hace de una forma constructiva. Durante todo el proceso busca que el delincuente vea, se dé cuenta que su acción, si daño a otro ser humano. Lejos de buscar avergonzarlo. Esta justicia trata de hacer surgir la vergüenza re integrativa, que al darse cuenta del daño que su acción ha causado, desee de forma voluntaria y porque se ha visto reflejado en el dolor de la víctima, reparar el daño o mitigar este dolor, y no como un castigo sino porque es una prestación constructiva y debida. Se trata al fn y al cabo de cambiar un castigo destructivo y pasivo, por uno constructivo activo y que conlleve responsabilizacion del infractor por su conducta.

Los valores centrales de la justicia restaurativa, son los siguientes:

a. El encuentro; Consiste en el acercamiento personal y directo entre la víctima, el autor u ofensor y otras personas que puedan servir de apoyo a las partes y que constituyen sus comunidades de cuidado o afecto.
b. La reparación: Es la respuesta que la justicia restaurativa da al delito y puede consistir en restitución o devolución de la cosa, pago monetario, o trabajo en beneficio de la víctima o de la comunidad. La reparación debe ir primero en beneficio de la víctima concreta y real, y luego, dependiendo de las circunstancias; beneficiar a víctimas secundarias y a la comunidad.

[32] Hulsman, Louk- **Sistema penal y seguridad ciudadana hacia una alternativa**. Pág. 24.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

c. La reintegración Se refiere a la restitución tanto de la víctima como del ofensor en la comunidad y significa no sólo tolerar la presencia de la persona en el seno de la comunidad sino que, más aún, contribuir a su reingreso como una persona integral; cooperadora y productiva.

d. La participación o inclusión: Consiste en brindar a las partes, o sea, a las víctimas, ofensores y eventualmente a la comunidad, la oportunidad para involucrarse de manera directa y completa en todas las etapas de encuentro, reparación y reintegración. Requiere de procesos que transformen la inclusión de las partes en algo relevante y valioso; y que aumenten las posibilidades de que dicha participación sea voluntaria.

La justicia reparadora consiste en el proceso una ofensa llegan conjuntamente a resolver el qué todas las partes afectadas por forma colectiva el modo de tratar en la situación creada por la ofensa y sus implicaciones para el futuro.

Son tres los elementos más ¡importantes de la justicia reparadora:

a) Participación de las partes exponiendo sus necesidades.

b) La facilitación de un diálogo ordenado.

c) La búsqueda de una solución consensuada que resuelva el conflicto.

El propósito que se busca es restablecer la armonía inicia existente antes de la ofensa o del delito. Es de importancia analizar si la justicia reparadora cumple con las premisas de la prevención general y la prevención especial, siendo la figura que más se aproxima a ello la de la mediación. El problema es que no se trata de un conflicto bilateral entre autor y víctima sino que también afecta a la comunidad.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Entre las críticas que se le hacen a la justica reparadora, es de importancia señalar las siguientes:

a) El victimario tiene más que ganar que la víctima.

b) La concepción reparadora de la justicia es utópica.

c) La justicia basada en la reparación supone la privatización de la justicia penal.

d) La justicia reparadora es válida para delitos no graves.

3.2. Estado actual en la discusión sobre la reparación del daño

La doctrina es pacífica en establecer que en el tanto en que la persecución penal fue asumida por el Estado, el rol de la víctima dentro del proceso fue desapareciendo, el sistema procesal inquisitivo con las facultades ilimitadas del juez, convirtió al conflicto penal en una lucha entre el representante estatal que debía resguardar los valores de la sociedad y el transgresor de esos valores, de tal forma que los intereses de la víctima quedaron totalmente al margen de la contienda penal.

Esta situación que se inicia en plena Edad Media y que se prolonga durante varios siglos va a generar el que la preocupación del derecho procesal y el derecho penal se centre en el ofensor, de tal forma que la reparación viene a configurarse como un componente ya no de la sanción penal sino del orden civil.

La consolidación del proceso inquisitivo genera la total neutralización de la víctima dentro del proceso penal, pues no será más un sujeto del proceso, lo roles protagónicos los llevará adelante el Juez y el imputado. En este sentido la criminología ha sido clara

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

en establecer que el conflicto le es expropiado por el Estado al ofendido, en donde su interés a nivel sustantivo se ve remplazado por el abstracto bien jurídico tutelado y su derecho a la acusación se ve suprimido en aras de la persecución estatal promovida por la vigencia del principio de oficialidad de la acción penal.

Como consecuencia de lo anterior, a la víctima solamente se le consideró como el material probatorio que podía ser utilizado por el Estado, y su pretensión de resarcimiento se concibió como algo meramente privado entre víctima y ofensor sin mayor importancia para el proceso penal.

Con la instauración de la reforma liberal, se avanzó en la construcción del proceso penal, al llevarse a cabo una mezcla entre el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio. En lo relacionado con la satisfacción de los intereses de la víctima no se avanzó, ya que la preocupación de la legislación y de la doctrina se encaminó hacia la protección de los derechos del imputado dentro del procedimiento penal.

La legislación derivativa de la reforma liberal solamente encuentra vagante la intención de la víctima en dos aspectos, el primero de ellos relacionado con el derecho penal sustancial, consistente en que el comportamiento de la víctima era tomado en consideración para el establecimiento de atenuantes y de eximentes de la pena, sin que ello llevase a la creación de un derecho penal sustantivo desde o a partir de la víctima. La posibilidad de reparación del daño dentro del proceso penal quedo encerrado dentro de los estrechos límites del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, siendo

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

que dentro de éstos límites resulta que efectivamente se da una adecuada satisfacción a los legítimos intereses resarcitorios de las víctimas.

"El abandono de la víctima como objeto de estudio de las ciencias penales se vio impulsado durante el siglo XIX y parte del siglo XX por el desarrollo del paradigma de la criminología tradicional, la cual asumía al delincuente como su objeto fundamental de estudio, centrándose su atención en la elaboración de modelos explicativos del delito"[33].

A nivel investigativo, la victimología ha desarrollado el estudio del proceso victimizador en tres aspectos fundamentales: la victimización primaria que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal con la consecuencia de estigmatización social; la victimización secundaria consistente en la actuación de las instancias de control social que al intervenir en el caso multiplican o agravan el impacto del delito, y finalmente, la llamada victimización terciaria que involucra el efecto victimizador que el propio sistema penal produce en el infractor de la norma, convirtiéndolo a su vez en una especie de víctima.

Uno de los logros del legislador guatemalteco ha sido el poder insertar a la víctima en el proceso penal, dándole una amplia participación como sujeto procesal, como participante activo y como contralor de la labor de fiscales y jueces. Las buenas intenciones del legislador de darle una amplia participación a la víctima quedan de manifiesto con la renuncia al monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Público, permitiéndose por medio de figuras como la querella, la conversión de la acción

[33] Tomart Sumalla, Julio. **La reparación a la víctima en el proceso penal**, pág. 8.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

penal, la conciliación o la reparación integral del daño, que la víctima no solo sea un protagonista dentro del proceso penal, sino que su voluntad se determine eventualmente en el proceso penal para que finalice con una solución consensuada al establecer medidas alternativas del proceso penal.

En lo relativo a la posibilidad de resarcimiento por parte de la víctima del daño sufrido, el Código Procesal Penal establece toda una normativa correspondiente al ejercicio de la acción penal, manteniendo aún más la posibilidad de la delegación de la acción civil en el Ministerio Público por parte de la víctima que no tenga los recursos económicos para ejercer la acción por sí misma. Muchos son los delitos que se cometen día a día, y mínimo es el porcentaje de los hechos delictivos que se denuncian debido al temor a represalias y a la falta de confianza en el sistema de justicia, porque del porcentaje de hechos denunciados, son pocos los que logran prosperar y alcanzar una sentencia condenatoria, y de estas relativamente son pocas las que ordenan la reparación de la víctima.

3.3. Tesis abolicionista

En su trabajo de política criminal elaborado conjuntamente por el Ministerio Público y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, nos exponen que: "Doctrinariamente existen dos conceptos del abolicionismo. En un sentido restringido se incluye a quienes propugnan por la abolición de alguna figura o institución del sistema penal como la cárcel, la pena de muerte, etc. En un sentido amplio se

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

incluye a quienes propugnan de verdad por la abolición completa del sistema penal y de toda forma de resolución coercitiva del conflicto"[34].

El modelo de política criminal denominado abolicionista, tiene su principal fundamento criminológico en los planteamientos de la criminología radical o critica, la cual descalifica objetivamente al sistema penal como mecanismo de control social, indicando que el sistema penal no cumple con los objetivos que aparentemente se le han atribuido por muchos años, es decir: La prevención general y la prevención especial. Esta corriente, establece que el sistema penal, es incapaz de responder a la conflictividad social y por ello no solo es ilegítimo sino ineficaz.

Indica que lo único que puede justificarse para intervenir en la conflictividad calificada hoy como delincuencia es la autogestión social que genera una respuesta social al conflicto basada en la mediación y no en la represión.

De lo contrario asegura esta corriente, se mantendrá la idea falsa de que el sistema penal procura a las víctimas ayuda y protección, situación que no ha sido posible lograr bajo ninguno de los modelos históricamente existentes. Por lo que actualmente se discute abundantemente, acerca del fracaso del modelo punitivo del derecho penal como política criminal del Estado.

[34] Ministerio Público y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Módulos I y II, Política criminal y métodos alternativos de resolución de conflictos**, Pág. 6.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Uno de los autores más destacados del modelo abolicionista, es Hulsman, señala el documento conjunto de las instituciones supra indicado el cual plantea que "el abolicionismo no es una utopía sino una realidad; pues en la realidad el sistema penal está abolido porque si no se aplica. Lo que sucede es más bien que existe una intervención violenta del Estado que no se justifica por el propio sistema pues quebranta los controles que éste se ha inventado para legitimarlo... por ello, plantea la necesidad de abolir el sistema penal por mera solidaridad a los condenados a las víctimas, a la sociedad en su conjunto y con los funcionarios que les corresponde asegurar el sistema penal"[35].

Los críticos del modelo abolicionista le señalan como una utopía, sin embargo puede visualizarse que este modelo emerge asentado en:

a) La integración del daño y su compensación como principal objeto y fin del sistema penal;
b) La atención del delito como un conflicto; y,
c) La factibilidad de arribar a acuerdos entre víctima y victimario dentro del proceso penal.

Criticas al modelo abolicionista, entre las principales se le señalan:

a) Desconfía al monopolio de la respuesta estatal, pero cree ciegamente en la respuesta social.

[35] Ministerio Público y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Ob. Cit.** Pág. 7.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

b) Los valores que propugna no son acordes con la realidad de los valores de las sociedades modernas.

c) Se le cuestiona que abolir el derecho penal incluye abolir los límites al derecho penal lo cual puede producirla instauración de una sociedad disciplinaria sin controles.

d) Científicamente se dice que parte de supuestos no demostrables, especialmente en cuanto a que no es científicamente demostrable que la abolición del sistema penal produzca respuestas no violentas por parte de la sociedad.

e) Que el razonamiento abolicionista es inconsistente entre lo que critica y sus alternativas; pues básicamente critica al sistema penal con casos de bagatela para descalificarlo pero nunca discute el núcleo del objeto del derecho penal, es decir los casos más graves, es decir que su capacidad de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza la justificación del uso del derecho penal.

No obstante, se puede advertir que el planteamiento abolicionista ha influido grandemente en la reorganización de la respuesta estatal ante el delito. Si bien es cierto que el derecho penal no ha sido abolido, este modelo ha roto el paradigma de concepción del delito como una simple categoría jurídica a una naturaleza de conflicto social.

3.4. Tesis resocializadora

La falta de límites y proporcionalidad del modelo terapéutico y su fundamentación acientífica del delincuente nato pusieron en crisis este modelo. Tras la II Guerra Mundial el modelo terapéutico quedó totalmente deslegitimado y fue sustituido por un nuevo

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

modelo de pensamiento, que el modelo resocializador. Este modelo parte de la criminología sociológica que tendió a explicar el fenómeno delictivo desde una perspectiva social; como un proceso en donde el individuo había sido sometido a una defectuosa socialización, ya que el delincuente es resultado de un mal proceso resocializador, la naturaleza social se asume a un problema criminal, es decir que los malos contactos, la pertenencia a grupos subculturales que se tengan dentro del ámbito social son los causantes de este defectuoso proceso de socialización, en este modelo, el delincuente es un producto social, el resultado necesario de un mal proceso de socialización asume, la naturaleza social del problema criminal. Sin embargo mantiene una perspectiva etiológica, los malos contactos, la pertenencia a grupos subculturales desviados o el ambiente social son los causantes de este defectuoso proceso de socialización. La legitimación de la pena radica en los procesos reeducadores y resocializadores.

El introducir la resocialización como un derecho fundamental ha sido un gran acierto del constituyente, ello sin perjuicio de los inconvenientes que la cárcel debe enfrentar en el ámbito de legitimación axiológica y de carácter práctico, lo cierto es que la pena no puede ser un mecanismo puramente retributivo, concebida con el único fin de causar un sufrimiento estéril, sin que redunde en un beneficio para la persona del delincuente. La resocialización entonces debe ser entendido como una garantía constitucional de carácter individual, que se constituye en una síntesis entre las necesidades de la sociedad de intervenir en la persona del delincuente, pero con limitaciones muy claras en cuanto a no violar la dignidad humana, esto es, el derecho de toda persona a ser

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

como es, a vivir de conformidad con sus propios valores y a mantener el carácter totalmente intangible del fuero interno de la personalidad[36].

"Todo proceso de resocialización en un Estado social y Democrático de derecho, es absolutamente voluntario; debe empezarse por rechazar cualquier intento de tratamiento impuesto contra la voluntad del afectado; no puede imponerse ninguna agravación de la condena por exigencias de resocialización; es inadmisible una concepción de tratamiento destinada a manipular la personalidad; no se puede pretender conseguir con la resocialización un convencimiento ético del individuo y su adhesión interna a los valores sociales"[37].

Por lo tanto resocialización implica básicamente, asegurar todos los derechos fundamentales de la persona que se encuentra sometida en prisión, garantizar su vida, condiciones de higiene y salubridad, indispensables para su salud física y mental y sobre todo que no vuelva a delinquir.

De acuerdo con Mapelli, se concluye que los principios inspiradores del tratamiento penitenciario son los siguientes:

a) Principios del tratamiento resocializador:

- Voluntariedad: El tratamiento penitenciario debe ser aceptado voluntariamente por el recluso. El éxito de los procesos resocializadores estriba en la participación, interés y

[36] Rodríguez Barillas, Alejandro. **Política educativa penitenciaria**. Pág. 100.
[37] Mir Puig, **Ob. Cit**. Pág. 123.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

voluntad del penado en el proceso, si el condenado no está convencido de la importancia del proceso o lo encuentra como un método ajeno a sus intereses o expectativas, lo más seguro es que este proceso de resocialización fracase.

- Individualizado: "El tratamiento debe estar orientado directamente a las necesidades y expectativas del interno, por ello abarca desde un estudio de la personalidad del recluso en todos los aspectos, hasta una proyección social que tienda a mejorar el ambiente del individuo para su futuro en libertad, debe recordarse que el tejido social hostil favorece la reincidencia"[38].

Este principio abarca desde un estudio de la personalidad del recluso en todos los aspectos, hasta una proyección social que tienda a mejorar el ambiente del individuo para su futuro en libertad.

La sociedad en su conjunto debe acoger mejor al exrecluso, proporcionándole un ambiente favorable para su readaptación, por ello los programas de tratamiento también deben de complementarse con sistemas de asistencia post-penitenciaria que eviten la reincidencia en el delito cuando la persona regrese en libertad.

- Programado: Lo importante es que el interno tenga participación activa en la definición de su programa o tratamiento. Si bien puede existir un equipo de tratamiento o disposición del penado, la decisión sobre las modalidades de la resocialización tiene que ser realizado por el propio sujeto, para quien es un derecho y no una obligación. El

[38] Ruíz Funes, Mariano. **La crisis de la prisión**. 1971. Pág. 109

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

tratamiento debe ser continuo y dinámico, de tal manera que se prolongue durante el tiempo para que el interno realmente pueda terminar los programas que desea aprender o en los que quiera participar.

- Mínima afectación: Otro derecho fundamental durante la ejecución penitenciaria es que se afecte lo menos posible los derechos del condenado. En este aspecto debe recordarse que la pena simplemente limita el derecho a la libertad ambulatoria, quedando los demás derechos del condenado plenamente vigentes. La condena no puede ser un medio para llegar afectar otros derechos que no fueron privados mediante la sentencia, en especial, el derecho a la vida a la integridad personal, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, son derechos que no pueden ser afectados por la sentencia.

- Principio de legalidad y control judicial de la ejecución penitenciaria: Es importante destacar que la ejecución penitenciaria debe cumplirse observando plenamente la legalidad de la administración pública. "En un Estado democrático de derecho, la persona no puede quedar sujeta a la arbitrariedad, a la inseguridad jurídica, a la incertidumbre sobre cuáles son sus derechos y deberes. La administración penitenciaria, como un órgano del poder público, solo puede efectuar aquellas acciones que se encuentran enmarcadas dentro de la ley"[39].

[39] Bovino, Alberto. **Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos**. Pág. 237.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

No puede existir facultad legal sino hay una ley previa que la establezca. El desarrollo de las facultades legales de la administración penitenciaria con relación a la resocialización de los reclusos es un presupuesto obligatorio en un Estado democrático de derecho.

Como Alberto Bovino ha señalado que "se trata de controlar una esfera de actuación estatal que debe ser sometida al control de la legalidad de sus actos como cualquier otro organismo estatal.

- Participación ciudadana: Los procesos de resocialización se requieren de actividad extrapenitenciarias y de contacto con el mundo libre y que la desocialización producida por el contacto con la sociedad. La participación ciudadana en el proceso de resocialización se convierte de gran utilidad en este punto, si se canaliza convenientemente para que sea efectivo y práctico. En una sociedad democrática corresponde que las cárceles ostentan iguales características; evitar los procesos resocializadoras implica abrir los muros de la cárcel, para lograr programas de intervención social serios y responsables, que realmente sirvan para fortalecer los procesos resocializadores"[40].

En Guatemala conforme a la normativa vigente el modelo de tratamiento es de la resocialización y la reeducación, son derechos del recluso por ello los programas resocializadores deben observar los principios doctrinales y normativos que orientan este modelo en un Estado Social y Democrático de Derecho. El derecho a la

[40] Convención Americana. **Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos**. Pág. 15.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

resocialización es pues una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho individual y no un derecho de la sociedad o del Estado. El derecho a la resocialización, como derecho individual, es uno de los derechos que el Estado no puede restringir como consecuencia de la imposición de una pena, porque la resocialización en sí misma es el principal fin constitucional asignado a la pena.

b) Prisión tradicional y readaptación del preso: "La característica de la pena de prisión ha sido de un modo general y continúa siendo todavía en muchos países, la confusión de los detenidos. Parece como si el propósito de la justicia fuera sólo el de separar al delincuente de la sociedad, abandonando después toda preocupación por su suerte futura. Considerando así la privación total de libertad, dentro de un recinto de contención, cobra un mayor alcance y se convierte en un verdadero ataque contra la propia vida del reo. Sólo se conserva a éste su existencia física, se le aloja, se le viste, se le alimenta, su vida intelectual y moral quedan totalmente desdeñadas. Piensa la justicia, sin duda, que para expirar su crimen debe ser sometido a una auténtica muerte civil. Aun desde el punto de vista de la proporcionalidad entre la pena y el delito, ese criterio, en relación con la mayor parte de las infracciones criminales, resulta excesivamente desproporcionada"[41].

En esencia el propósito y justificación de las sentencias de encarcelamiento son, proteger a la sociedad de la delincuencia, este objetivo sólo puede lograrse si el tiempo bajo custodia se utiliza para asegurar que el delincuente, una vez puesto en libertad, obedecerá la ley y solamente a través de un tratamiento adecuado se lograra ese propósito.

[41] Ruíz Funes, Mariano. **La crisis de la prisión**. 1971. Pág. 109.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

"Todo ello ha conformado esquemas arraigados en torno a la disciplina, el rigorismo, la mentalidad del carcelero, y se instrumenta por la arquitectura severa, con apariencia de fortaleza, de la prisión corriente. Este mismo edificio que se erigió como expresión de custodia, con su atmósfera de aglomeración consecuencia de haber considerado al delincuente con repulsa no puede acondicionarse hoy a fines del tratamiento penitenciario que posibilite la readaptación social"[42].

c) Readaptación social: "Los términos readaptación social parecen pertenecer a un lenguaje sobreentendido. Existe un tácito asentimiento cuando se los formula e igual ocurre con sus presuntos sinónimos: corrección, enmienda, reforma, moralización, adaptación, rehabilitación, educación, reeducación, reinserción social, socialización, resocialización, etc., con ello se refiere a la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del recluso y al posterior reintegro a la vida social"[43].

"Córrase el riesgo de emprender grandes programas teóricos sobre la base de interpretaciones muchas veces dogmáticas o deterministas respecto del delito, según sea el enfoque criminológico que se pretenda"[44]. En consecuencia todo programa o tratamiento penitenciario, encaminado a la readaptación social, debe tener una idea clara acerca del alcance de dicha readaptación, precisando exactamente qué debe entenderse y esperarse de ella, por ejemplo, para la técnica sicoanalítica, readaptar al

[42] Neuman, **Ob. Cit**. 1971. Pág. 96.
[43] Ancel, Marc. **Tendencias actuales de la individualización de la pena**. Pág. 12.
[44] Neuman, Ob. Cit. Pág. 101.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

delincuente sería hacer conciencia en él los traumas psíquicos, frustraciones, que hacen que su conducta se dirija hacia la criminalidad. Se entiende que penológicamente, readaptar sería lograr que los presos al recuperar la libertad definitiva o provisional se conduzca como los otros hombres.

En tal sentido se entiende que readaptar sería: lograr que los reclusos al recuperar la libertad definitiva se conduzcan como personas rehabilitadas, sin que pase por su mente volver a infringir la ley.

d) Individualización penitenciaria: "La individualización penitenciaria es la parte más importante y se conecta en forma directa y específica con la readaptación del hombre preso. Implica la individualización del tratamiento a que será sometido"82. El estudio del hombre preso desde todos sus niveles de su personalidad (físicas y psíquicas) y del ambiente del cual proviene (condición social, moral y material), así como de las motivaciones, causas y efectos de sus delitos, conlleva a la conclusión de que cada delincuente es un enigma, no existen delincuentes iguales.

Es forzoso que se promueva el tránsito inmediato de la confusión a la individualización, y como no es prácticamente posible atender a cada recluso, por lo menos debe implantarse el sistema homogéneo de la serie, que permite crear grupos regulares de detenidos, procedentes del mismo medio social, pertenecientes a idénticas categorías de criminales, inspirados en un diagnóstico homogéneo y susceptibles de un mismo pronóstico; solo es posible adaptar esos criterios a las realidades penitenciarias

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

mediante una diversidad de regímenes y de establecimientos, aun cuando estén reunidos siempre con radical separación.

Constituye el ideal del penitenciarismo actual, la individualización del tratamiento a un grupo criminológicamente integrado de delincuentes en un establecimiento adecuado y aplicando una terapia penológica sobre la base del trabajo. Ese ideal llegaría a la cúspide si se concibiera al tratamiento como estudio del penado, en su actitud actual y futura. A ello debería ligarse alguna aplicación de condena mínima, que permitirá su egreso, toda vez que se hallase en condiciones morales psíquicas y económicas, dejando de lado la parte inútil de la condena. "Los primeros pasos para la individualización del penado deben ser:

1) Determinar su situación actual y necesariamente las posibilidades actuales de adaptación;

2) Establecer si tiene condiciones para ser readaptado; y

3) Trazar el tratamiento apropiado. Para posibilitar ese estudio se requieren centros de observación que avalen debidamente las posibilidades que asisten a cada paso y procedan al fichaje y clasificación de los detenidos, aconsejando para los condenados los regímenes que más convienen a su personalidad, a fin de integrar los diversos establecimientos penales"[45].

La individualización consiste entonces, en último término en reintegrar a la comunidad social al condenado. La proporcionalidad de la pena, dentro de un Estado de Derecho,

[45] Ruíz Funes, **Ob. Cit**. Pág. 105.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

es necesario aplicar todos los principios que dieron origen a la norma jurídica penal, no saliendo de su naturaleza de pública.

En el análisis jurídico de la proporcionalidad de la pena en congruencia con el delito cometido el tratamiento debe ser humano, de igualdad, libre albedrío y por ende con una justa proporcionalidad de la pena. En Guatemala el delincuente se le considera no como un enfermo, es una persona no readaptada a la sociedad guatemalteca, estableciendo actividades laborales y educativas para su beneficio, para que el recluso deba ser objeto de un proceso de readaptación y reeducación social. Las teorías más importantes son la resocializadora y la retributiva acerca de la pena, la primera aplicándose desde el principio de la humanidad siendo un castigo personal, sin principios ni justas normativas, por otra parte la teoría resocializadora que tiene al delincuente como resultado de un mal proceso resocializador, siendo el problema social, se legitima la pena en procesos reeducadores y resocializadores.

3.5. Tesis garantista

Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, prevención general, significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respectos de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. Según Fouerbach; La ejecución de la pena tiene lugar para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza.

Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

3.6. Diversos conceptos de la justicia restaurativa

Tomando en consideración el problema de lo justo y las bases para la aplicación de la justicia en relación a los conceptos de la justicia restaurativa, es posible identificar los siguientes modelos de justicia:

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Justicia Retributiva: Tiene como presupuesto fundamental el castigo a la infracción de la ley, y supone una sociedad de individuos regulada por un contrato social. Se enfoca principalmente al tratamiento que debe dar al ofensor y generalmente deja de lado la víctima. Es un enfoque retroactivo puesto que los procedimientos legales se inician una vez se ha cometido la infracción y utiliza mecanismos tales como las cortes, las leyes criminales y los tribunales internacionales, para combatir la impunidad y disuadir futuras violaciones de derechos. Posee un alto nivel de abstracción ya que delito es concebido como una acción en contra del Estado y se desliga de la relación concreta entre personas y del origen social del conflicto.

Justicia Distributiva: Esta modalidad de justicia está centrada en los aspectos económicos de las relaciones sociales y se preocupa por dar a todos los miembros de la sociedad, una "parte justa" de los beneficios y recursos disponibles. Es la encargada de definir los criterios de esta distribución y garantizar los procesos que dan cuenta de ello. Supone que es necesario reglamentar de alguna manera la práctica económica, para corregir la desigual proporción con que los diferentes estamentos sociales se apropian del producido social.

Justicia Reparativa: También llamada justicia compensatoria. La justicia reparativa se preocupa por devolver a las víctimas lo que ellas han perdido durante el curso del conflicto. Estas reparaciones pueden ser individuales o colectivas y pueden ser económicas o no. Uno de los aspectos más importantes de la justicia reparativa es que lleva al ofensor al reconocimiento de la responsabilidad por el daño ocasionado a las

víctimas y el gesto de compensación puede ser positivamente percibido por las víctimas como una forma de arrepentimiento genuino.

Justicia Restaurativa: Es un tipo de justicia centrada en la dimensión social del delito. Busca restaurar el lazo social dañado por la acción criminal en un proceso de reparación y reconciliación entre la víctima y el infractor, con la mediación de la comunidad. Cuestiona la abstracción del modelo jurídico y apela al conocimiento y resolución de los conflictos entre sujetos concretos de comunidades concretas. Da un papel fundamental a la víctima a quien se repara el daño y responsabiliza al ofensor, además de darle la oportunidad de deshacer el daño y reconciliarse con la sociedad.

3.7. La reparación ex delito o derivada del delito

Uno de los temas que ha despertado el interés de algunos tratadistas en la actualidad es la reparación del delito; si bien ya estudiamos que toda acción criminal conlleva también a la responsabilidad civil o lo que se conoce como resarcimiento de daños y perjuicios o la llamada reparación del delito. Sin embargo se estudia a dicha reparación abordada esta por el positivismo criminológico en un intento de superar al derecho penal clásico y como ejemplo de su aplicación están aquellos sujetos que no necesitan de rehabilitación ni de reinserción a la sociedad.

El derecho penal como es sostenido por autores de renombre debe ser invocado como de ultima ratio, (se debe aplicar en última instancia) haciendo un análisis minucioso, lo

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

anterior nos aconseja que en algunos delitos se pueden sustituir las penas tradicionales por una pena menos agresiva la cual es la reparación a la víctima.

Lo anteriormente expuesto también está concatenado como parte de tal propuesta, en retornar la mirada hacia la víctima y que está sea parte de estudio y objeto de atención del derecho penal; asimismo la reparación del delito hacia la víctima puede ser un preventivo especial para los autores de determinados delitos y al efectuarse ésta de una manera compensatoria y satisfactoria desvanece el deseo de venganza que contempla la víctima o los agraviados, de la misma forma se crea un ámbito de conciliación entre autor y agraviado.

Ante la revolucionaria idea de querer innovar al derecho penal con la participación de la reparación del delito como una pena principal o alternativa podría generarse una gran confusión entre la responsabilidad penal y civil, aunque dicha doctrina es defendida por tratadistas reconocidos a nivel mundial resultando los más citados los europeos; se dice que el derecho penal está orientado por fines de carácter preventivo, re habilitador y social, asimismo las teorías sobre las penas como la retributiva y la preventiva nada tienen que ver con una finalidad compensatoria de los males ocasionados a la víctima.

También hay que destacar que la responsabilidad penal es frente al Estado y que el mismo derecho penal no es una forma de resolver conflictos entre sujetos privados, entonces, es necesario saber que ambas responsabilidades están orientadas a propósitos distintos y que son diferentes.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

"El argumento más importante a favor de la separación de los ámbitos de la responsabilidad penal y civil radica en los distintos criterios que rigen en su ponderación y que antes se han aludido: mientras la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, la responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o el perjuicio ocasionado por el mismo, que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito"[46].

3.8. La reparación del daño como consecuencia jurídico penal

Son varios ya los tratadistas del derecho penal que exponen, estudian y discuten sobre la posibilidad de implementar a la reparación del delito como una sanción novedosa que pueda suplantar a las penas tradicionales e incluso a las medidas de seguridad. Algunos de éstos tratadistas en su mayoría son europeos especialmente alemanes y es precisamente Alemania quien a la fecha ya tiene proyectos de ley para introducir dentro de su legislación a la reparación del delito como una pena retributiva ante la comisión de un hecho delictivo o crimen.

La idea de que la reparación del delito pueda constituir una pena que sustituya a las penas tradicionales, suena para algunos como descabellada y desnaturalizada ya que argumentan que ésta es de naturaleza civil y que la misma no cumple con los fines de la pena. Sin embargo existen motivos suficientes que impulsan a la inclusión de la reparación del delito en el derecho penal como una pena; pues con dicha reparación se le presta la atención debida a las víctimas que con la pena privativa de libertad que en la mayoría de los casos frustran la reparación del daño por parte del autor. "Ya el

[46] Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. **Ob. Cit**. Pág 630.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

Derecho vigente contiene planteamientos para una integración de la reparación del daño en el Derecho penal; sin embargo en la praxis todavía se utiliza poco"[47].

La reparación del delito resulta beneficiosa en aquellos delitos de mediana o pequeña criminalidad, incluso opiniones e investigaciones de carácter empírico han reflejado que, en delitos menores y con poco impacto social, el castigo de la pena prisión o de otra pena principal, tienen un valor escaso o hasta nulo. Totalmente distinta y novedosa sería, algún tipo de composición entre el autor y la víctima en los casos ya mencionados, es decir en delitos de mediana o pequeña criminalidad.

Entonces el punto de vista sustentado en este trabajo en el de sugerir la implementación de la reparación del daño, en aquellos delitos de poco impacto social y en aquellos penados con multa o arresto. Tal sería el caso del homicidio culposo o el hurto en los cuales resulta más beneficioso, la reparación del daño causado que la pena de prisión; este debería ser el resultado o la finalidad del derecho penal ya que la pena debe sanar una herida y no causar otra innecesaria.

Por otra parte en aquellos delitos de gran impacto social como el plagio o secuestro, o el asesinato entre otros, la reparación del daño causado puede originar una remisión hacia una pena condicional o la atenuación obligatoria de la misma en un grado determinante al daño reparado. "La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor

[47] Claux, Roxin. **Ob. Cit**. Pág. 108

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima"[48].

3.9. *La mediación victima delincuente, la reconciliación y la regulación de* conflictos

Entre las principales prácticas de justicia restaurativa es posible citar, según Bazemore y Umbreit (2005) cuatro especialmente: Mediación Víctima-delincuente, Conferencias de Grupos Familiares, Círculos de Discusión o Sentencia y Mesas Comunitarias de Reparación.

Este tipo de práctica tiene una historia de más o menos 20 años en Estados Unidos, Canadá y Europa. Han sido especialmente usados en el tratamiento de la delincuencia juvenil y se enmarcan en programas de Mediación Víctima-delincuente y Reconciliación Víctima- delincuente. El encuentro Víctima- delincuente es una oportunidad para que, en condiciones de seguridad física y emocional, la víctima se reúna con el ofensor y discutan sobre el delito ocurrido con el acompañamiento de un mediador/a entrenado/a. Se pide a la víctima que cuente al ofensor los efectos físicos, emocionales y financieros que le ocasionó la agresión; se escucha al ofensor sobre las causas de su comportamiento; y finalmente se busca un acuerdo de reparación. La MVO tiene diferencias si se usa en casos de disputas comerciales o civiles; e igualmente, hay variaciones en su comprensión y práctica si se usan nombres tales como 'reunión', 'conferencia' o 'diálogo' Víctima- delincuente.

[48] **Ibidem** Pág. 109

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

La función de mediación la pueden ejercer jueces, funcionarios de justicia, defensores de víctimas, fiscales, o mediadores/as entrenados/as. En algunos países la mediación se da previa aceptación de culpabilidad por parte del acusado/a, pero en otros ese no es un requisito. Los objetivos de la mediación son: uno, contribuir a sanar el daño en la víctima, propiciando un encuentro voluntario y seguro con el victimario/a. Dos, buscar que el ofensor/a comprenda el daño que ocasionó en la víctima y tome responsabilidad por su conducta. Y tres, propiciar que víctima y ofensor/a lleguen a un plan de reparación. En un principio ésta práctica se extendió en América del Norte bajo la responsabilidad de organizaciones comunitarias. Actualmente existe mayor participación del sistema judicial. Cuando es un caso remitido por la Justicia formal se deben informar los resultados. Es importante tener en consideración que la mediación no es recomendable en todos los casos.

3.10. La reparación del daño en el derecho penal guatemalteco

Para calcular la reparación de los daños causados cuando éstos son materiales, resulta no ser muy problemático, puesto que los mismos pueden valorarse objetivamente para su posterior restitución o reparación. El problema surge cuando los daños son producidos al aspecto moral de la persona y que en el futuro van a causar grave perturbación en el patrimonio de la persona agraviada u ofendida.

El Código Penal guatemalteco determina en su Artículo 119 que la extensión de la responsabilidad civil comprende, la reparación de los daños materiales y morales,

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

asimismo determina el Artículo 121 que, la reparación se hará valorando la entidad del daño material, atendiendo el precio de la cosa y el de afección del agraviado si constare o se pudiere apreciar. Lo anterior significa que la valoración de los daños morales se podrán fijar cuando se pueda constatar el grado de afección o el malestar causado a la persona agraviada.

3.11. ¿Por qué la resocialización y reinserción de los delincuentes?

El tratamiento penitenciario debe ser aceptado voluntariamente por el recluso. El éxito de los procesos resocializadores estriba en la participación, interés y voluntad del penado en el proceso, si el condenado no está convencido de la importancia del proceso o lo encuentra como un método ajeno a sus intereses o expectativas, lo más seguro es que este proceso de resocialización fracase.

"El tratamiento debe estar orientado directamente a las necesidades y expectativas del interno, por ello abarca desde un estudio de la personalidad del recluso en todos los aspectos, hasta una proyección social que tienda a mejorar el ambiente del individuo para su futuro en libertad, debe recordarse que el tejido social hostil favorece la reincidencia."[49].

La sociedad en su conjunto debe acoger mejor al exrecluso, proporcionándole un ambiente favorable para su readaptación, por ello los programas de tratamiento también

[49] Mapelli Caffarena, Borja, **tendencias modernas en la legislación penitenciaria,** pág. 121

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

deben de complementarse con sistemas de asistencia post-penitenciaria que eviten la reincidencia en el delito cuando la persona regrese en libertad.

Lo importante es que el interno tenga participación activa en la definición de su programa o tratamiento. Si bien puede existir un equipo de tratamiento o disposición del penado, la decisión sobre las modalidades de la resocialización tiene que ser realizado por el propio sujeto, para quien es un derecho y no una obligación. El tratamiento debe ser continuo y dinámico, de tal manera que se prolongue durante el tiempo para que el interno realmente pueda terminar los programas que desea aprender o en los que quiera participar.

"En una sociedad democrática corresponde que las cárceles ostentan iguales características; evitar los procesos desocializadores implica abrir los muros de la cárcel, para lograr programas de intervención social serios y responsables, que realmente sirvan para fortalecer los procesos resocializadores"[50].

En Guatemala conforme a la normativa vigente el modelo de tratamiento es de la resocialización y la reeducación, son derechos del recluso por ello los programas resocializadores deben observar los principios doctrinales y normativos que orientan este modelo en un Estado Social y Democrático de Derecho.

[50] Cfr. Constitución de la República y Convención americana, **reglas mínimas para el tratamiento de reclusos,** pág. 15

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

El derecho a la resocialización es pues una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho individual y no un derecho de la sociedad o del Estado. El derecho a la resocialización, como derecho individual, es uno de los derechos que el Estado no puede restringir como consecuencia de la imposición de una pena, porque la resocialización en sí misma es el principal fin constitucional asignado a la pena.

"Los términos readaptación social parecen pertenecer a un lenguaje sobreentendido. Existe un tácito asentimiento cuando se los formula e igual ocurre con sus presuntos sinónimos: corrección, enmienda, reforma, moralización, adaptación, rehabilitación, educación, reeducación, reinserción social, socialización, resocialización, etc., con ello se refiere a la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del recluso y al posterior reintegro a la vida social"[51].

Todo programa o tratamiento penitenciario, encaminado a la resocialización y reinserción social, debe tener una idea clara acerca del alcance de dicha readaptación, precisando exactamente qué debe entenderse y esperarse de ella, por ejemplo, para la técnica sicoanalítica, resocializar al delincuente sería hacer conciencia en él los traumas psíquicos, frustraciones, que hacen que su conducta se dirija hacia la criminalidad. Se entiende que penológicamente, readaptar sería lograr que los presos al recuperar la libertad definitiva o provisional se conduzca como los otros hombres. En tal sentido se entiende que resocializar sería: lograr que los reclusos al recuperar la libertad definitiva se conduzcan como personas rehabilitadas, sin que pase por su mente volver a infringir la ley.

[51] Cfr. Constitución de la República y Convención americana, **reglas mínimas para el tratamiento de reclusos**

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

CAPÍTULO IV

4. Tratados internacionales sobre derechos humanos con relación a la pena

4.1. Derechos humanos

Los derechos humanos los podemos definir como el conjunto de derechos y libertades, lógicamente se deduce que los derechos humanos devienen en un beneficio para el ser humano, tanto como ente individual o como miembro de una determinada sociedad; debe prevalecer el criterio que estos beneficios, siempre deben disfrutarse en armonía con los intereses de los demás miembros del grupo social, ya que de no ser así, se desnaturalizarían transformándose en abusos y libertinajes, que deteriorarían a la humanidad.

Abarcan los derechos humanos, factores políticos, económicos, culturales, biológicos y sociales de las personas, esto muestra que los mismos constituyen las libertades esenciales e inherentes de todo ser humano comprendiendo desde el derecho a la vida, hasta determinar el número de hijos que se desea tener; pasando por el derecho al voto, libertad de religión, la libre locomoción, la igualdad de las personas y muchos más

No puede un ser humano desenvolverse normalmente dentro de la sociedad en que vive; si en ésta, no se observan por todos las libertades que le corresponden, considerándonos como semejantes acreedores de los beneficios que por el simple hecho de ser personas, nos resultan atinentes. Por lo tanto no puede concebirse como

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

adecuado a un sistema donde no se le dé a los derechos humanos, el respeto y consideración que merecen. Por el respeto a los derechos humanos, se debe velar todos, y principalmente la organización encaminada al fin común de los habitantes, el Estado.

Aunque es en los últimos tiempos, principalmente en Guatemala, que se habla con mayor difusión y amplitud de los derechos humanos, la historia de los mismos tiene la misma duración que la humanidad. La desigualdad entre los hombres siempre ha causado graves conflictos en los aspectos jurídicos, económicos y sociales que devienen en atropellos a la dignidad personal, constituyendo una de las causas que a través de los siglos ha dado origen a que los pueblos, algunas veces en forma violenta y otras pacíficamente; hayan conquistado el reconocimiento por medio de los sistemas jurídicos; de lo que se denomi9na derechos humanos.

Generalmente, estos derechos, para su estudio histórico se han dividido en tres generaciones; que marcan su evolución y desarrollo, analicemos estas etapas.

a. Primera generación de derechos humanos: Aquí se encuentran derechos y libertades fundamentales concebidas como inherentes a la persona, destinadas a ésta como un ente netamente individual; ya que aún no se piensa en función social. Se desarrollan derechos y libertades civiles, entre éstos, derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, el derecho a adquirir y poseer propiedad. Se reconoce también los derechos políticos: todo ciudadano puede participar en la formación de la ley, y se tiene igualdad para optar a cargos y

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

empleos públicos. En el siglo XVIII, se pronuncian los postulados del individualismo y del Liberalismo Económico, los cuales sirven de fundamento a los derechos ya mencionados. Es en la Declaración de Derechos de Virginia en 1,776, en donde los mismos quedan plasmados. Luego en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa en 1789, se consigue enterrar las estructuras feudales en Europa. Estos acontecimientos políticos traen consigo tanto en Europa como en América la promulgación de Constituciones que comprenden derechos y libertades de carácter civil y político, constituyendo con esto, el primer reconocimiento que la organización estatal hace; en cuanto respetar y proteger, beneficios que a cada ciudadano le corresponden.

b. Segunda generación de derechos humanos Los derechos humanos siguen su desarrollo y es en esta etapa donde se logra que las libertades fundamentales del hombre aumenten cualitativamente, es decir encaminando los logros de un siglo anterior al beneficio colectivo. Aquí se logra el reconocimiento al derecho al trabajo, la libre elección del mismo, la fijación de salarios mínimos, y otros. La sociedad sufre grandes cambios a finales del siglo XVIII, lo cual trae como consecuencia derechos y libertades colectivos logrando mejoras laborales, el derecho a la cultura y principalmente una reivindicación del proyecto social. Surgieron ideas que se opusieron al liberalismo y al individualismo obligando a varios estados a legislar en ese sentido. Es en este siglo que los derechos y libertades políticas, económicas, sociales y culturales, son elevados a normas de carácter constitucional; siendo México quien contó con la primera Constitución a

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

nivel mundial que los plasmó el 5 de febrero de 1,917. En lo que respecta a Guatemala, fue hasta en la Constitución de 1,945 que se establecieron tales garantías; como producto seguramente de los cambios sociales a raíz de la revolución de 1,944.

c. Tercera generación de derechos humanos: Por algunos autores estos derechos son conocidos como derechos de solidaridad, y se reconocen como pertenencia de la humanidad, en algunos casos trascienden el ámbito territorial de los países, en el cual los estados ejercen la soberanía, abarcado aspectos que en tiempos anteriores no eran objeto de regulación. Se puede mencionar en este grupo de derechos, entre otros que se tutela, lo relativo al patrimonio común de la humanidad, al medio ambiente sano, al desarrollo de las comunidades, la paz y la libre determinación de los pueblos, etc. Característica fundamental de este grupo de derechos, es el hecho de ser reconocidos y considerados como iguales en todo el mundo. "Los nuevos derechos humanos podrían denominarse derechos de solidaridad, puesto que reflejan una cierta concepción de la vida en comunidad, sólo pueden adquirir existencia real mediante los esfuerzos conjuntos de todos los componentes de la sociedad: Individuos, Estado, Entidades Públicas o Privadas" [52].

El principio de legalidad de los delitos y de las penas está reconocido en el Artículo 11.2. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7 de la Convención Europea

[52] Cros Espell, Héctor. **Estudio sobre derecho**, pág. 98.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

de Derechos Humanos y en el Artículo 21 de la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales, del Parlamento Europeo, de 16 de Mayo de 1989.

4.2. Documentos internacionales más importantes sobre derechos humanos

a. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: Tiene más de doscientos años de haberse pronunciado, y fue aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789; se obtuvo luego que el Rey Luís XVI que en ese entonces se encontraba prisionero la firmara el 5 de septiembre del mismo año. Luego la Asamblea Nacional la incorporó como preámbulo de la Constitución francesa de 1791. En cuanto a lo relativo a los derechos inherentes a la persona establece en su Artículo 2, que la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; estableciendo además que los principales derechos humanos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

b. La Carta de las Naciones Unidas: Es uno de los principales instrumentos jurídicos en cuanto a la protección de los derechos humanos a nivel mundial; es reconocido y aceptado por varios países; este tratado se relaciona directamente con el origen a la Organización de las Naciones Unidas, y fue suscrito por representantes de cincuenta y un estados, entre ellos Guatemala, el 26 de junio de 1945 en San Francisco California; entrando en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. Mediante la Carta de las Naciones Unidas, se da un gran impulso a la protección de los derechos humanos, a nivel internacional ya que se proclama

el propósito de alcanzar la cooperación internacional en el desarrollo y respeto a las libertades fundamentales de todos los seres humanos, sin hacer entre ellos ningún tipo de distinción. Contiene en su preámbulo la identificación de los principios y libertades supremos de la humanidad, los cuales son tomados como justificativo para reconocer los derechos inherentes a la persona, como miembro de la sociedad. Queda plasmado como propósito de la Organización de Naciones Unidas en el artículo uno de este documento: mantener la paz y la seguridad internacional, la libre determinación de los pueblos, el estímulo al respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos. Se debe anotar, que la Carta de las Naciones Unidas, constituye el punto de partida en el plano internacional, para muchos pactos y convenios que desarrollan los aspectos relativos a la protección y desarrollo de los derechos que por la condición de seres humanos nos corresponden; predomina en estos tiempos la idea de que cualquier proyecto que trate aspectos relativos a los derechos humanos, debe partir de los principios contenidos por esta carta.

En estos tiempos, por todos es conocida la labor que desarrolla la Organización de Naciones Unidas, ya que su presencia se manifiesta hasta en los puntos más aislados del planeta realizando las labores tendientes a la protección de todas las personas y lógicamente de los derechos inherentes a las mismas.

c. La declaración universal de los derechos del hombre: Ha sido discutida la fuerza legal de este documento, ya que como su nombre lo dice es una declaración por lo tanto no puede tener la fuerza de un convenio o tratado, ya que la misma es

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

tomada como una mera resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas; mediante la Declaración de Teherán, se han disipado dadas a cerca de la obligación jurídica de respetar su contenido. Establece en sus considerandos "que tiene como ideal común por el que todos los pueblos naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren por medidas progresiva de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción"[53].

Esta declaración al igual que los demás documentos sobre derechos humanos tienden a explicar y desarrollar los derechos y libertades que en forma individual nos corresponden dentro la sociedad; asignando y limitando a la vez las funciones que los Estados deben observar como entes encargados del bienestar de sus ciudadanos, hoy en día reviste singular importancia, el hecho de proteger y fomentar tales derechos, existiendo, en muchos países organizaciones especializadas en esto, por ejemplo en Guatemala, la Procuraduría de los Derechos Humanos.

[53] Reyes Escobar, José Octavio. **Recopilación de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, de los cuales es parte la república de guatemala**. Pág. 411.

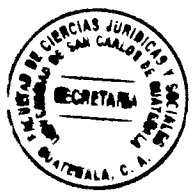
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

4.3 Análisis jurídico sobre el derecho interno y el derecho internacional respecto a la pena

El sentido y los fines de la pena raramente se ven reflejados en el debate sobre el endurecimiento del derecho penal. Dicha situación se repite en torno al debate sobre el sistema de justicia penal internacional emergente, con especial énfasis, en lo que concierne a la Corte Penal Internacional.

Conforme a una concepción moderna del derecho penal, éste se encuentra al servicio de una finalidad determinada, es decir, debe garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos que integran una comunidad. Esta consideración del derecho penal como protección de bienes jurídicos afecta a un fin, se remonta a Platón y Séneca y ganó significado en los tiempos modernos gracias a los escritos del penalista alemán Franz von Liszt. Conforme a ella, de las respectivas circunstancias históricas y sociales surgen una serie de condiciones básicas para la vida en comunidad, tales como la protección de la vida e integridad física, de la libertad de autodeterminación y de la propiedad. Tales condiciones las denominamos bienes o intereses jurídicos. Respecto de ellos, el Estado está autorizado e incluso obligado a protegerlos, y sólo a ellos, mediante la amenaza de una sanción penal.

No obstante lo anterior, la utilización del derecho penal para garantizar el orden de la comunidad suele ser por lo general innecesaria, puesto que la mayoría de sus integrantes acatan voluntariamente los mandatos del orden jurídico. Sólo en el caso de



que la totalidad del sistema de control social fracase, y otros medios alternativos para resolver conflictos sociales resulten ineficaces, deberá recurrir el Estado al empleo del derecho penal entendido como ultima ratio de los instrumentos de orden a fin de garantizar la integridad del orden jurídico. En atención a ello, se puede hablar de la subsidiaridad de derecho penal.

La experiencia muestra, sin embargo, la necesidad del recurso penal: Por un lado, la contemplación pasiva por parte del Estado de un serio quebrantamiento del Derecho, dejando con ello a disposición de los individuos la validez del ordenamiento jurídico, representaría una suerte de renuncia al poder del Estado. Por otra parte, el peligro de hacer justicia por propia mano, a lo cual probablemente se llegaría si el Estado no reaccionase en absoluto frente a los delitos cometidos, sólo puede ser sorteado por medio de un sistema penal público

En cambio el derecho penal internacional se distingue del derecho penal nacional no sólo en cuanto a su campo de aplicación, sino también, en cuanto a otra categoría básica, esto es, en su limitación para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los individuos y de la comunidad internacional la protección que incluso justifica, en gran medida, el reconocimiento del deber internacional de castigar. Si el derecho penal internacional pretende ser reconocido como expresión de un sistema de normas universalmente válido, dada la mencionada relatividad del derecho penal nacional, no puede partir de un determinado consenso valorativo de un círculo cultural específico, y confeccionar con arreglo a éste sus delitos. Por esta razón, el Estatuto de Roma sólo

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

codificó los llamados "core crimes" (o delitos esenciales) como estándar mínimo del Derecho penal internacional contemporáneo

Las diferencias culturales, religiosas o idiosincrásicas existentes en torno a la noción de justicia no deben ser sobreestimadas en el ámbito del derecho penal internacional. En este estadio, nos encontramos más bien en presencia de crímenes graves en contra de bienes jurídicos fundamentales de la humanidad, los cuales difícilmente podrían ser aceptados por cultura alguna. En efecto, el que algunos Estados suelan impedir el castigo de tales crímenes se encuentra más bien vinculado a consideraciones políticas de poderío nacional, que a un rechazo de determinadas concepciones valorativas. A la luz de lo anterior, y a pesar de las continuas e irreconciliables discrepancias existentes entre diferentes culturas, es posible afirmar que la concepción de justicia no representa en sí misma, un obstáculo insuperable para la persecución internacional de crímenes graves.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El Estado de Guatemala tiene la obligación de cumplir con los fines de la pena, que según el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala es la readaptación y la reeducación de los reclusos, para ello deberá tener alternativas que promuevan la aplicación a una pena alternativa, esta investigación hace referencia a la justicia restaurativa, en donde ya se ha demostrado cumplir con dicho fin, en base a las proyecciones del derecho comparado en los cuales los países que lo han aplicado. Han disminuido los índices delictivos. Por lo mismo el Estado de Guatemala a través del Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial debe crear y sustentar medidas legales y eficaces que materialmente permitan cumplir los fines de la pena, y en consecuencia la aplicación de la justicia restaurativa, teniendo relevancia los intereses de la sociedad guatemalteca.

La justicia restaurativa es solución a los fines de la pena. La víctima no sólo recibiría su legítima compensación monetaria si no que podría obtener una reparación simbólica en forma de arrepentimiento del infractor, lo que le permitiría recuperar el sentimiento de seguridad perdido y superar el suceso traumático sufrido. El penado conocería de forma clara las consecuencias de sus actos, podría responsabilizarse adecuadamente de los mismos y entendería el pago de la responsabilidad civil como una forma de reparar el daño causado y no como un simple requisito legal. Por su parte, dado que una adecuada asunción de responsabilidad es un elemento indispensable para hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DUBÓN, Marco Antonio. **La reparación de la víctima en el marco de las sanciones penales**. Valencia, España: Ed. Jurídica S.A., 2000.

BENITO ALONSO, Francisco. **Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito.** Madrid, España: Ed. La Ley, 1993.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. **Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología**. Madrid, España: Ed. Consultas, 1994.

DRAPKIN, Ignacio. **El derecho de las víctimas**. Madrid, España: Ed. Reus, 1980. GARCÍA DE MOLINA, Alberto. El redescubrimiento de la víctima. Madrid, España: Ed. CGPJ, 1993.

GONZÁLEZ VIDOSA, Francisco. **La víctima en el proceso penal en la criminología aplicada**. Madrid, España: Ed. Nacional, 1997.

GRACIA MARTIN, Luis. **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**. Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **La reparación del daño a la víctima del delito.** Guatemala: Ed. Fénix, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Tecfoto, 1998.

MORILLAS CUEVA, Luis. **Teorías de las consecuencias jurídicas del delito**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1991.

ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid, España: Ed. Reus, 1986.

ROIG TORRES, Manuel. **La reparación del daño causado por el delito**. Madrid, España: Ed. Reus, 2000.

TAMARIT SUMALLA, Julio. **La reparación a la víctima en el proceso penal**. Barcelona, España: Ed. Tecnos, 1999.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789.